

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

DOKTORA TEZİ

**ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA
ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI EYLEMİN
DEVLETE ATFEDİLMESİ**

**Ufuk DAL
2502130185**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ**

İSTANBUL, 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : UFUK DAL

Numarası : 2502130185

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU

Danışmanı : PROF. DR. AYŞE NUR TÜTÜNCÜ

Tez Savunma Tarihi : 01.08.2019

Saati : 14.00

Tez Başlığı : ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI
EYLEMİN DEVLETE ATFDİLMESİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. AYŞE NUR TÜTÜNCÜ		Kabul
2- PROF. DR. GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL		KABUL
3- PROF. DR. AHMET HAMDİ TOPAL		
4- PROF. DR. NAİM DEMİREL		Kabul
5- DOÇ. DR. GALİP ENGİN ŞİMŞEK		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. EMRE ESEN		
2- DOÇ. DR. AHMET MİTHAT GÜNEŞ		Kabul

ÖZ

ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI EYLEMİN DEVLETE ATFEDİLMESİ

Ufuk DAL

Çalışma uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesi ile ilgilidir. Uluslararası hukuka aykırı eylemlerin atfedilmesine ilişkin kurallar, 21. yüzyılda uluslararası toplumun giderek terörist, özel askeri şirketler ve siber bilgisayar korsanları gibi devlet dışı aktörlerle daha çok karşılaşması sebebiyle daha önem kazanmıştır. Çalışmanın temel sorusu şu şekilde belirlenmiştir: Özel kişilerin eylemleri hangi koşullarda devletlere atfedilebilir? Bu konudaki mevcut uluslararası hukuk kuralları nelerdir? Çalışmanın birinci bölümünde uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesine ilişkin mevcut kurallar incelenmiştir. İkinci bölümde, özel kişilerin eylemlerinin devletlere atfedilebilmesine ilişkin kurallar analiz edilmiştir. Son bölümde bu kuralların askeri gruplar, özel askeri şirketler, terörist faaliyetler ve siber saldırı faaliyetleri karşısında nasıl uygulandığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Devletin Uluslararası Sorumluluğu, Uluslararası Hukuka Aykırı Eylem, Etkin Kontrol, Bütünsel Kontrol, Terörist Faaliyetler, Özel Askeri Şirketler, Siber Saldırıları

ABSTRACT

THE ATTRIBUTION OF INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS TO STATE IN THE LAW OF STATE RESPONSIBILITY

Ufuk DAL

Our study is about attribution of internationally wrongful act to state. Rules relating to attribution of acts contrary to international law will become even more important in the 21st century as the international community is increasingly engaged with non state actors like terrorists, private military companies and cyber hackers. The basic question of our study is determined as follows: Under what circumstances will the acts of the private persons be attributable to the State? What are the rules of international law regarding to this question. In the first chapter, The existing rules about attribution of internationally wrongful act to state is examined. In the second part, attribution rules about private persons is analysed. In the third part, how the current rules are applying military groups, private military companies, terrorist activities and cyber attack activities is studied.

Keywords: State Responsibility in International Law, Internationally Wrongful Act of State, Effective Control, Overall Control, Terrorist Activities, Private Military Companies, Cyber Attacks

ÖNSÖZ

Uluslararası hukuka aykırı eylemlerin devletlere atfedilebilmesine ilişkin kurallar 21. yüzyılda önceki dönemlere göre daha önem kazanmıştır. Bunda uluslararası toplumun yapısındaki değişikliklerin etkisi vardır. Uluslararası toplum bir devletin ülkesinde konuşlanmış olan ve askeri kuvvetler gibi hareket eden teröristlerle, bir devletin ordusunda resmi olarak yer almayan ancak bir sözleşme ile ordunun yürütebileceği faaliyetler benzeri eylemlerde bulunan askeri şirketlerle, bir devletin ülkesinde yaşayan ve yalnızca tuşlara basarak başka bir devlete veya bulunduğu devlete zarar veren aktörlerle giderek artan bir şekilde karşı karşıya kalmaktadır. Devletler ise giderek artan oranda devlet dışı aktörleri kullanarak uluslararası hukuka aykırı eylemlerin gerçekleştirilmesine yardım etmekte, desteklemekte veya bizzat bu eylemlerin gerçekleştirilmesi için emir vermektedir. Birçok olayda devlet ile devlet dışı aktör arasında yönlendirme, kontrol veya emir ilişkisi bulunduğu ileri sürülmüş, ancak devletler bunu kabul etmemiştir. Bu sebeple gerek uluslararası sorumluluğa ilişkin kodlaştırma çalışmalarında gerekse doktriner tartışmalarda, özel kişiler ile devletlerin sorumluluğunu doğuran ilişki odak noktası olmuştur. Çalışmamız bu konuda meydana gelen sorunlara ilişkindir.

“Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi” başlığını taşıyan bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programında doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Çalışma 2019 yılında Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel, Prof. Dr. Naim Demirel, Prof. Dr. Ahmet Mithat Güneş, Doç. Dr. Galip Engin Şimşek’ten oluşan jüri karşısında savunularak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Lisansüstü eğitimimin tamamında desteğini hissettiğim, emeğini hiçbir zaman esirgemeyen hocam Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü’ye sonsuz şükranlarımı sunarım.

Tezin yazımı sırasında yardımlarını esirgemeyen, çalışmayı okuyarak yönlendirmelerde bulunan Doç. Dr Galip Engin Şimşek ve Doç. Dr. Ahmet Mithat Güneş'e teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca savunma sırasında ve sdaha sonra öneri ve görüşleri ile çalışmama büyük katkıda bulunan Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel ve Prof. Dr. Naim Demirel hocalarıma çok teşekkür ederim.

Bir akademik çalışmanın yalnızca yazara mal edilemeyeceği kanaatindeyim. Bu çalışmanın yazarı da birçok kişiden destek görmüştür. Bu bağlamda ismini burada zikredemeyeceğim kadar çok hoca ve arkadaşımın sayesinde bu çalışmanın ortaya çıktığını ifade etmem gerekmektedir. Hepsine çok teşekkür ederim.

Bu çalışmanın 6 aylık bir bölümü Hollanda'nın Leiden şehrinde Grotius Center of International Law'da TÜBİTAK'ın sağladığı araştırma desteği ile gerçekleşmiştir. TÜBİTAK'a çalışmama sağladıkları destek için çok teşekkür ederim. Leiden'da bulunduğum süre içerisinde benden desteklerini esirgemeyen Prof. Dr. Eric De Brabandare'ye ve sunumlar yaptırarak tezimi yönlendiren Dr. Dimon van den Driest'e de ayrıca teşekkür ederim.

Her koşulda yanımda olan eşim Suzan ve yüzünü görür görmez bütün yorgunluk ve stresimi alan kızım Defne Mira'ya yanımda oldukları için çok teşekkür ederim.

UFUK DAL

İSTANBUL, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI EYLEMİN DEVLETE ATFEDİLMESİNE İLİŞKİN KURALLAR

1.Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemden Devletin Sorumluluğunun Unsurları	5
2. Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilebilmesi	10
3. Terim Tartışması.....	12
4. Eylemin Devlete Atfedilmesine İlişkin Kuralların İşlevi ve Sorumluluk Hukuku Dışındaki Kullanımı	14
5. Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletin Eylemi ve Devletin Organı Kavramları.....	16
6. Devlet Organının Eylemlerinden Doğan Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Atfedilmesi.....	25
6.1. Yasama Organı	25
6.2. Yürütme Organı.....	29
6.3. Yargı Organı	31
6.4. Federe Devletler ve Özerk Birimler	33
6.5. De Facto Organlar	34
6.6. Devlet Organının Yetki Aşımı	36
7. Bir Devletin Tasarrufuna Diğer Bir Devlet Tarafından Verilen Organların Eylemlerinin Devlete Atfedilmesi.....	41

8. Resmi Otoritelerin Yokluğu ya da Yetersizliği Halindeki Eylemlerin Atfedilebilmesi.....	43
9. Ayaklanma ve İç Savaş Hallerinde Meydana Gelen Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerin Devlete Atfedilmesi.....	44
10. Devlet Tarafından Kendisinin Olarak Tanınan ve Benimsenen Davranışın Atfedilmesi.....	50

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL KİŞİLERİN EYLEMLERİNİN DEVLETLERE ATFEDİLMESİ

1. Özel Kişilerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumlu Tutulamaması Kuralı	52
2. Özel Kişilerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Kuralların Tarihçesi ve Teorik Temelleri.....	53
2.1. Müşterek Sorumluluk Doktrini	53
2.2. Hükümdarın Sorumluluğu Doktrini	56
2.3. İştirak Doktrininden Özel Kişilerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğuna Geçiş	58
3. Kamu Gücü Kullanma Yetkisi Verilen Birimlerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğu.....	60
4. Özel Kişilerin Eylemlerinden Sorumluluğa Dair Taslak Madde 8.....	66
4.1. Taslak Madde 8 Bağlamında Sorumluluğun Mahiyeti.....	70
4.2. Devletin Talimatı ile Hareket Eden Kişiler	71
4.3. Devletin Yönlendirme ve Kontrolü ile Hareket Eden Birimlerin Eylemleri....	72
4.3.1 Nikaragua Davası: Özel Kişilerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğunda Bir Milat.....	73
4.3.2 Tadic Davası: Katı Etkin Kontrol Ölçütünden Bütünsel Kontrol Ölçütüne Geçiş	77
4.3.3 Bosna Soykırımı Davası: Bütünsel Kontrol Testinin Reddi ve Etkin Kontrol Testinde Israr	81
5. Sorumluluk Ölçütlerine İlişkin Genel Değerlendirme	84
5.1. Tam Bağımlılık Testi.....	84

5.2. Etkin Kontrol Ölçütü	84
5.3. Bütünsel Kontrol Ölçütü	90
6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde Yetki, Sorumluluk ve Kontrol	94

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÜVENLİK BAĞLAMINDA ÖZEL KİŞİLERİN EYLEMLERİNDEN DEVLETLERİN SORUMLULUĞU- ULUSLARARASI UYGULAMA

1. Terörizm ve Devletlerin Sorumluluğunun Atfedilebilmesi	100
1.1. Devlet Destekli Uluslararası Terörizm	100
1.2. Devlet Destekli Uluslararası Terörizmden Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu	103
1.2.1. Devletlerin Terörist Eylemlerden Sorumlu Tutulması için Gerekli Kontrolün Derecesi	103
1.2.2. Özen Gösterme Yükümü	105
1.2.3. 11 Eylül Saldırıları ve Afganistan Müdahalesinin Uluslararası Terörizmle Mücadelede Hukukuna Etkileri	108
1.2.4. 11 Eylül Sonrası Terörist Eylemlerin Devletlere Atfedilmesine İlişkin Kuralların Değiştiğine İlişkin Görüşler	111
1.2.5. 11 Eylül Sonrası Atfedilme Bakımından Değişiklik Yaşandığına Karşı Çıkan Görüşler	114
2. Özel Askeri Şirketlerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğu	117
2.1. Özel Askeri Şirketler	117
2.2. Özel Askeri Şirketlerin Kullanımına İlişkin Tarihçe.....	119
2. 3. Özel Askeri Şirketlerin Hukuki Statüleri	119
2.4. Özel Askeri Güvenlik Şirketlerinin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğu	124
2.4.1. Devletin Sorumluluğu Taslağı Madde 4 Açısından Özel Askeri Güvenlik Şirketlerinin Eylemlerinden Sorumluluk	124

2.4.2. Devletin Sorumluluğu Taslağı Madde 5 Açıısından Özel Askeri Güvenlik Şirketlerinin Eylemlerinden Sorumluluk	127
2.4.2. Devletin Sorumluluğu Taslağı Madde 8 Açıısından Özel Askeri Güvenlik Şirketlerinin Eylemlerinden Sorumluluk	130
3. Siber Saldırılarda Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu	131
3.1. Siber Uzay	131
3.2. Siber Alana Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler.....	133
3.3. Siber Saldırı	134
3.4. Önemli Siber Saldırı Örnekleri.....	136
3.5. Siber Saldırıların Karşı Meşru Müdafaa Hakkı	139
3.6. Siber Uzayda Devletlerin Egemenliği	141
3.7. Siber Saldırılarda Devletin Uluslararası Sorumluluğu	143
3.7.1. Devletin Organı Aracılığıyla Gerçekleştirilen Siber Saldırıların Dolayı Devletin Sorumluluğunun Doğması	144
3.7.2. Devlet Dışı Aktörler Üzerinde Kontrol ile Gerçekleşen Siber Saldırıların Dolayı Devletin Sorumluluğunun Doğması	144
3.7.3. Siber Saldırıların Sorumluluk Bağlamında Özen Gösterme Yükümlünün Değerlendirilmesi.....	146
SONUÇ	152
KAYNAKÇA.....	157

KISALTMALAR

ARSIWA	: Draft Articles on Law of State Responsibility
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
AJIL	: The American Journal of International Law
bs.	: Bası
C	: Cilt
dn.	: Dipnot
Ed.	: Edition/edited by
EJIL	: The European Journal of International Law
Eyucm	: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
ICC	: The International Criminal Court
ICJ	: The International Court of Justice
ICRC	: The International Committee of the Red Cross
ICTR	: The International Criminal Tribunal For Rwanda
ICTY	: International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia
ILC	: The International Law Commission
IRRC	: The International Review of the Red Cross
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
Para.	: Paragraf
PCIJ	: Permanent Court of International Justice
Res.	: Resolution

s	: Sayfa
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
USAD	: Uluslararası Sürekli Adalet Divanı
UHK	: Uluslararası Hukuk Komisyonu
UN	: United Nations
UNIC	: United Nations Information Centres
UNRIAA	: United Nations Reports of International Arbitral Awards
UNTS	: United Nations Treaty Series
UNTC	: The United Nations Treaty Collection
VAHS	: Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
v.	: Versus
v.b.	: ve benzeri
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Uluslararası hukukun asli kişileri olarak devletler, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde bu ihlalden sorumlu tutulurlar. Devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğması için bir uluslararası yükümü ihlal etmeleri gereği ile birlikte, bu ihlalin o devlete atfedilebilmesi gerekir. İşte bu çalışma uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesi şartı ile ilgilidir.

Uluslararası hukuka aykırı eylemlerin devletlere atfedilebilmesine ilişkin kurallar 21. yüzyılda önceki dönemlere göre daha önem kazanmıştır. Bunda uluslararası toplumun yapısındaki değişikliklerin etkisi vardır. Uluslararası toplum bir devletin ülkesinde konuşlanmış olan ve askeri kuvvetler gibi hareket eden teröristlerle, bir devletin ordusunda resmi olarak yer almayan ancak bir sözleşme ile ordunun yürütebileceği faaliyetler benzeri eylemlerde bulunan askeri şirketlerle, bir devletin ülkesinde yaşayan ve yalnızca tuşlara basarak başka bir devlete veya bulunduğu devlete zarar veren aktörlerle giderek artan bir şekilde karşı karşıya kalmaktadır. Devletler ise giderek artan oranda devlet dışı aktörleri kullanarak uluslararası hukuka aykırı eylemlerin gerçekleştirilmesine yardım etmekte, desteklemekte veya bizzat bu eylemlerin gerçekleştirilmesi için emir vermektedir. Birçok olayda devlet ile devlet dışı aktör arasında yönlendirme, kontrol veya emir ilişkisi bulunduğu ileri sürülmüş, ancak devletler bunu kabul etmemiştir. Bu sebeple gerek uluslararası sorumluluğa ilişkin kodlaştırma çalışmalarında gerekse doktriner tartışmalarda, özel kişiler ile devletlerin sorumluluğunu doğuran ilişki odak noktası olmuştur.

Devlet dışı askeri gruplar, özel askeri şirketler ve özel güvenlik şirketleri, teröristler ve *hackerlar* gibi kişi gruplarının çalışmamız açısından birkaç ortak özelliği bulunmaktadır. Öncelikle bu kişi grupları özel kişilerdir. Ayrıca ulusal ve uluslararası güvenlikle ilgilidirler. Bu kişi gruplarının eylemlerinin devlete atfedilebilmesine ilişkin herhangi bir uluslararası sözleşme mevcut değildir. Bu

bakımdan çalışmamızda temel sorular şu şekilde belirlenmiştir: Uluslararası hukuka aykırı bir eylemi devlet kendi organları aracılığı ile değil de eylemlerinden sorumlu tutulmadığı özel kişiler aracılığıyla gerçekleştirdiğinde, hangi hallerde o eylem devletin eylemi kabul edilebilecektir? Özel kişinin eylemi devlete hangi hallerde yüklenebilecektir? Bu konudaki uluslararası hukuk kuralları nelerdir?

Söz konusu soruların cevapları uluslararası sorumluluğun atfedilebilmesine ilişkin bütün kuralların incelenmesini gerektirmektedir. Bu çerçevede ilk olarak birinci bölümde, uluslararası sorumluluğun devlete atfedilebilmesi olgusu hukuken izah edilecek ve devletin eylemi kavramı değerlendirilerek, sorumluluğun atfedilebilmesine ilişkin kurallar ayrıntılı açıklanacaktır. İkinci bölümün ilk kısmında özel kişilerin eylemlerinden devletlerin hangi hallerde sorumlu tutulabileceğine ilişkin genel kurallar, bunlara dair tarihsel süreç de incelenerek ele alınacaktır. Aynı bölümün ikinci kısmında ise bu alanı etkileyen yargı kararları ışığında bu kuralların günümüzde geldiği nokta açıklanacaktır. Üçüncü bölümde uluslararası sorumluluğun devlete atfedilebilmesine ilişkin kurallar dikkate alınarak özel güvenlik şirketlerinin, teröristlerin ve hackerların faaliyetleri açısından bir devletin uluslararası sorumluluğunun hangi durumlarda ileri sürülebileceği ve mevcut kuralların nasıl uygulandığı açıklanacaktır.

Çalışmada uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesine ilişkin sistem ve kuralların ayrıntılı incelenmesi ve odağın dağılmaması adına birtakım sınırlamalara gidilmiştir. Uluslararası hukukun yasaklamadığı eylemlerden devletlerin sorumluluğu konusu, çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasından bahsedildiğinde, bu çalışma açısından, devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğu anlaşılmalıdır. Devlet dışı aktörler ile devlet arasında kurulacak bağ ile ilgili olan bu çalışmada, uluslararası örgütlerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğu konusu da çalışmanın dışında bırakılmıştır. Uluslararası örgütlerin kendi eylemlerinden sorumluluğuna ilişkin kurallar ayrı bir sistem oluşturmaktadır. Uluslararası örgütün eyleminden devletin

sorumluluğu konusunda ise yine uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesine ilişkin genel kurallar uygulanmaktadır. Dolayısıyla ayrıca bu konuya ilişkin bir başlık açmanın, çalışmanın bütünlüğünü bozacağı gerekçesiyle bundan kaçınılmıştır. Bununla birlikte uluslararası örgüt ile devlet arasındaki ilişkiye değinilmesi gereken bazı yerlerde, özellikle konu ile ilgili içtihadı değinileceğı ifade edilmelidir.

Çalışmada temel kaynak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğu" konusunda hazırladığı taslak maddeler olacaktır. Doktrinde ve yargı kararlarında bu taslak maddelerin birçoğunun uluslararası örf adet hukuku kuralı haline geldiğı kabul edilmektedir. Taslak Maddeler hazırlanırken Komisyon'da meydana gelen tartışmalar, dile getirilen görüşler ve özel raportörlerin raporları yine uluslararası temayülü göstermesi açısından kullanılan kaynaklardandır. Hiç şüphesiz uluslararası mahkeme kararlarının, uluslararası hukukun ilerlemesinde önemli rolü bulunmaktadır. Bu bağlamda birçok uluslararası mahkeme kararı çalışmada irdelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI EYLEMİN DEVLETE ATFEDİLMESİNE İLİŞKİN KURALLAR

Bu bölümde Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) hazırladığı Taslak Maddeler temel alınarak, uluslararası hukuka aykırı eylemlerin devletlere atfedilmesine ilişkin kurallar açıklanacaktır.

UHK'nın 1949 yılında yapılan ilk toplantısında, devletlerin sorumluluğuna ilişkin bir çalışma yapılması kararlaştırılmıştır.¹ 1953 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu konunun öncelikli olarak çalışılması çağrısında bulunmuştur.² Bunun üzerine 1955 yılında F. V. Garcia Amador özel raportör olarak atanmıştır. Amador'un hazırladığı aldı adet rapor, dönemin uluslararası ilişkilerinin de etkisiyle yabancıların mallarına verilen zararlardan doğan sorumluluk ile ilgilidir. Daha sonra atanan Raportör Roberto Ago, çalışmayı Amador'un çalıştığı diplomatik himaye ve insan hakları ekseninden, “devletin sorumluluğu” temeline çekmiştir. 1963'te Roberto Ago, 1979'da Willem Riphagen, 1987'de Gaetano Arangio-Ruiz ve 1997'de James Crawford özel raportör olarak görevlendirilmiştir. Taslak Maddeler'in ikinci okuması 2001'de tamamlanmıştır. Maddeler “Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemleri Nedeniyle Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler” şeklinde nihayete kavuşmuştur. Aynı oturumda bu maddeler kabul edilmiştir.³

¹ **Yearbook of International Commission (YILC)**, 1949, s. 49-50. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1949_v1.pdf, 12.7.2019.

² The United Nations, General Assembly, **A/RES/799(VIII)**, 1953. (Çevrimiçi) [https://undocs.org/en/A/RES/799\(VIII\)](https://undocs.org/en/A/RES/799(VIII)), 12.7.2019.

³ Report of the International Law Commission, Fifty Third Session, 2001, **General Assembly**, Official Records, Fifty Sixth Session, **Supplement No: 10, A/56/10**, s. 29-43. Bundan sonra Komisyon'un çalışması metinde “Taslak Maddeler” olarak ifade edilecektir. Dipnotlarda “ARSIWA şeklinde kısaltılacaktır. (Çevrimiçi)

1. Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemden Devletin Sorumluluğunun Unsurları

Devletlerin sorumluluğu “devletlerin egemen eşitliği” prensibinin neticesidir.⁴ Kural olarak bir devletin diğer devlete karşı uluslararası hukuka aykırı hareket etmesi, iki devlet arasında sorumluluğun doğması ile sonuçlanan yeni bir ilişki meydana getirir.⁵ *Chorzow Fabrikası Davası*’nda bir konuda üstlenilen sözün yerine getirilmemesi halinde, onarım yükümlülüğünün ortaya çıkması uluslararası hukukun doğasında mevcuttur, denilmiştir. İşte bu örnekteki biçimi ile onarım yükümü ile ortaya çıkan ilişki iki devlet arasındaki yeni bir ilişkidir.⁶

İç hukuklarda olduğu gibi, uluslararası hukukta da yalnızca hukuka aykırı eylemlerden değil, hukuka uygun olup zarar meydana getiren eylemlerden de sorumluluk doğar. Pazarcı iki durumu da kapsayan bir sorumluluk tanımı yapmıştır:

*“bir uluslararası hukuk kişinin neden olduğu uluslararası hukuka aykırı fiillerin ya da uluslararası hukuka uygun faaliyetlerinden kaynaklanan belirli birtakım zararların etkilerini zarar gören uluslararası hukuk kişisine karşı ortadan kaldırma amacına yönelik bir uluslararası hukuk kurumu”.*⁷

Ancak giriş bölümünde de ifade edildiği üzere, uluslararası hukukun

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 12.7.2019.

⁴ Saad Siddique Bajwa, “To What Extent Is the Law of State Responsibility Regarding Attribution Adequate?”, **Reflections on Corporate, Public and International Law: A Compilation of Undergraduate and Postgraduate Essays** Lambert Academic Publishing, 2014, s. 1. Uluslararası sorumluluk hukuku, köken olarak yabancıların korunması hukukundan günümüzdeki haline evrilmiştir. (Gordon A. Christenson, Attributing Acts of Omission to the State, **Michigan Journal of International Law**, Vol. 12, s. 321.)

⁵ Malcolm N. Shaw, **International Law**, 8th Revised Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, s. 566; Edip Çelik, “Milletlerarası Mesuliyet”, **İÜHFİM**, C. XXI, No. 1-4, 1957, s. 67-75.

⁶ The Factory at Chorzow, Merits, Germany v. Poland, **PCIJ**, PCIJ Series, Serie A, No. 17, 1928, s. 27. (Çevrimiçi) http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.htm, 5.7.2019.

⁷ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk, 9. Bası**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s. 409.

yasaklamadığı faaliyetlerden meydana gelen sorumluluk çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Uluslararası hukuka aykırı eylemden devletin sorumluluğunun doğması için iki temel unsurun bulunması gerekmektedir. Bir uluslararası hukuka aykırı eylem gerçekleşmiş olmalı ve söz konusu eylem devlete atfedilebilir olmalıdır.⁸ Taslak Maddeler madde 1’de

“bir devletin uluslararası hukuka aykırı her eylemi devletin sorumluluğunu gerektirir”

denildikten sonra, madde 2’de bir devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin unsurlarının;

a) uluslararası hukuka göre devlete atfedilebilen ve b) devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlalini teşkil eden, bir fiil veya ihmalden oluştuğu”

⁸ James Crawford, **State Responsibility, General Part**, Cambridge University Press, 2013, s. 49; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2007, s. 145-180. Uluslararası hukuka aykırı eylemin varlığı şartı mı önce gerçekleşmelidir, yoksa eylemin uluslararası hukuka aykırı olup olmadığına bakılmaksızın devlete atfedilebilip atfedilemediği mi öncelikli olarak tespit edilmelidir sorusuna, farklı cevaplar verilmektedir. Öncelikli olarak eylemin atfedilebilmesini gerekli gören görüşe göre, eylemin devletlere atfedilebilmesine ilişkin kurallar yalnızca devletin sorumluluğuna ilişkin değil, uluslararası hukukun birçok alanında bir eylemi “devletin eylemi” haline getiren kurallardır. Dolayısıyla, eylem uluslararası hukuka aykırı olup olmadığından bağımsız olarak, uluslararası alanda bir anlam ifade edebilmesi için, onu yapan kişinin uluslararası hukuk kişisi olması gerekmektedir. Bununla birlikte uluslararası hukuka aykırı bir eylemin bulunmasının öncelikli olduğunu gerekli sürenler uluslararası sorumluluk hukuku bakımından bir değerlendirme yapıldığında, ortada bir uluslararası hukuka aykırı eylem yoksa, zaten devletlerin sorumluluğunu gerektirecek bir durum yoktur, dolayısıyla uluslararası hukuk bakımından incelencek bir durum yoktur demektir. Kanımızca sorumluluğun doğması için her iki şartın da varlığı gereklidir ve hangisinin öncelikli olarak meydana gelmiş olması gerektiği, uygulamada önem arz etmemektedir.

ifade edilmiştir.⁹

Kuralın bu şekilde uluslararası örf ve adet hukuku haline geldiği kabul edilmektedir.¹⁰ Uluslararası yargı kararlarında da devletin sorumluluğu konusunda bu iki unsurun istikrarlı şekilde arandığı görülmektedir.¹¹

Uluslararası hukuka aykırı eylem denildiğinde yalnızca yapma değil, yapmama veya ihmal ile ortaya çıkan uluslararası hukuka aykırı sonuçlarda kastedilir. Ancak bilinmelidir ki, bir ihmalin varlığından bahsedebilmek için yapılması gereken bir görev veya eylem olmalı ve bu eylemin yerine getirilmemesinden bahsedilmelidir. Buradan hareketle bazı yazarlar ihmalden devletin sorumluluğun içeriğini birincil yüküm altında değerlendirmiştir.¹² UHK'da bu yorum kabul edilmemiştir. İhmal, uluslararası hukuka aykırı eylem biçimi olarak yapmama şekline anlaşılmaktadır.

⁹ **ARSIWA**, art. 1 and 2. Ayrıca bkz. Crawford, **State Responsibility**, s. 49; Ian Brownlie, **State Responsibility, Part 1**, Clendon Press, 1983; Seha L. Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, C. I, 2. bs., Ankara, AÜSBFY, 1960, s. 495; Yusuf Aksar, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, 5.Baskı, Ankara, Seçkin, 2013, s. 205- 213; Yücel Acer, İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Baskı**, Seçkin, Ankara, 2018.

¹⁰ Taslak maddeler bazı ilerlemeci unsurlar içerse de örneğin karşı önlemlerle ilgili bazı usuli kurallar vb. sorumluluğa ilişkin yerleşmiş kuralları gösteren bir metin olduğu yönündeki görüş için bkz. Anthony Aust, **Handbook of International Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2. Baskı, 2010, s. 377.

¹¹ *Fas Fosfatları Davası*'nda Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD), uluslararası sorumluluğun doğması için söz konusu eylemin başka bir devletin haklarına aykırı olması ve bir devlete atfedilebilmesi gerektiğini ifade etmiştir. (Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, Italy v. France, 1938, **PCIJ**, PCIJ Series A/B, No. 74, s. 10. (Çevirmici) https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf, 3.8.2018.) *Tahran Rehineler Davası*'nda Uluslararası Adalet Divanı (UAD) söz konusu olayların İran'a atfedilebilir olup olmadığına bakılması gerektiğini ifade etmiştir. (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, USA v. Islamic Republic of Iran, **ICJ**, ICJ Reports, 1980, s. 3. (Çevirmici) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, 23.1.2017.)

¹² Tina Drolec Sladojevic, Pravnik, "Military aid as complicity in international crimes." **Pravnik letnik**, 70. številka 9/10 (2015) str. s. 667.643-682. (Çevirmici) <http://www.dlib.si/?URN=URN:NBN:SI:doc-B4Z7R3AV> 5.6.2017.

Uluslararası yükümlülüğün ihlal edilmiş sayılması için, kusurun gerekli olup olmadığı konusu tartışmalıdır.¹³ Bazı yazarlar uluslararası hukuka aykırı eylemin bir kusur değil, sadece hukuk kuralının ihlali olduğu görüşündedir.¹⁴ Diğer yandan uluslararası mahkeme kararları incelendiğinde kusursuz sorumluluğa yakın bir anlayışın hakim olduğu görüşüne varılabilecektir. Nitekim *Neer Davası*’nda ABD, öldürülen madenci vatandaşı adına soruşturmayı dikkatli yürütmedikleri gerekçesiyle Meksika’dan tazminat talep etmiştir.¹⁵ *Caire Davası*’nda, Meksikalı askerler tarafından öldürülen Fransız vatandaşından, Meksika’nın uluslararası sorumluluğunun doğup doğmadığı tespit edilirken objektif sorumluluk anlayışından hareket edilerek, Meksika’nın zarardan sorumluluğunun doğduğuna hükmedilmiştir.¹⁶ *Korfu Boğazı Davası*’nda ise Divan

“bir devletin sadece kendi kara ve deniz ülkesi üzerindeki kontrolünden yola çıkarak, burada işlenen hukuka aykırılıkları veya failleri zorunlu olarak bilmesi gerektiği ileri sürülemez.”

demek suretiyle kusur sorumluluğu anlayışına yakın gözükmektedir.¹⁷ Kusurun gerekip gerekmediği, Taslak Maddeler metninde de çok açık değildir.¹⁸

¹³ Elif Uzun, **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016, s. 47; Erkiner, **Devletin Sorumluluğu**, s. 105.

¹⁴ Hakkı Hakan Erkiner, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 101.

¹⁵ L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, **United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)**, Vol. IV, 1926, s. 217. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf, 12.10.2018.

¹⁶ Aktaran: Shaw, **International Law**, s. 570 – 571.

¹⁷ Corfu Channel Case, Merits, **ICJ**, ICJ Reports, 1949, s. 4, para. 155- 157. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>, 5.6.2017. Diğer yandan davada münhasıran kontrolün ispat ile ilgili kullanılacak yöntemlerde etkisinin olacağı ifade edilmiştir. (ICJ, 1949, s. 4, 18.) United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, USA v. Islamic Republic of Iran, **ICJ**, ICJ Reports, 1980, s. 3. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, 23.1.2017. (Bundan sonra: “**Tehran Hostages Case**”)

¹⁸ Yusuf Aksar, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 205.

UHK kusur açısından üzerinde uzlaşmış değişmez bir anlayışın bulunmadığını, objektif veya subjektif yaklaşımların ya da kusur, ihmal veya özen gösterme gereği gibi kıstaslarda birincil yüküme bağlı olarak farklı anlayışların benimseneceğini ifade etmiştir.¹⁹ Aksar Taslak Maddeler madde 2 ile madde 12'nin birlikte değerlendirildiğinde, hem kusurlu sorumluluk hem de kusursuz sorumluluğun anlaşılabilirliği ikili bir durumun söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte genel bir kural olmadığını ve her olayın kendine özgü şartları göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁰ Ayrıca eklemek gerekir ki objektif sorumlulukta kusur gerekli olmasa da zarar şarttır. Uzun'a göre bu yönüyle mevcut sistemde uluslararası hukuka aykırı eylemin ihlali gereği, sorunu kusurun olduğu sisteme ait kılmalıdır.²¹

Çalışmamız uluslararası hukuka aykırılığın devlete atfedilebilmesi ile ilgilidir. Dolayısıyla sorumluluk açısından devlete atfedilebilen bir eylemin uluslararası yükümlülüğe aykırılık teşkil edip etmediğine ilişkin kısım çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte istisnai bir durumu zikretmenin yerinde olacağı kanısındayız. Bazı haller vardır ki ancak hukuka aykırılık teşkil etmeleri halinde devlete atfedilebilirler. Örneğin bir büyükelçiliğin korunması yükümü, elçiliğin korunamaması halinde kendiliğinden, yüküm ihlal edildiği için sorumluluğun devlete atfedilmesiyle sonuçlanacaktır. Zira konsoloslugu koruması yükümü bulunan devlet eğer yeterli önlemi almış olsaydı, bu hukuka aykırılığın gerçekleşmeyeceği ön kabulü vardır. Böylece hukuka aykırılık ile devlet arasındaki bağ burada doğrudan kurulmuş olmaktadır.²² Yine de bu örneğin genel kuralı ifade etmediğini söylemek gerekmektedir. Sonuç olarak eylemin devlete atfedilebilir olması ile bir eylemin uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmesi farklı hukuki işlemlere tekabül etmektedir.

¹⁹ ARSIWA, Commentary to art. 2, para. 3-10.

²⁰ Aksar, **Uluslararası Hukuk II**, s. 205.

²¹ Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 33-34.

²² Erkiner, **Devletin Sorumluluğu**, s. 140.

UHK’de atfedilmeye ilişkin kurallar bakımından önemli tartışmalar yapılmıştır.

Doktrinde devletin uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüğünü ihlal eden bir eylemin mevcut olması şartı sorumluluğun objektif unsuru, eylemin bir devlete atfedilebilmesi ise uluslararası sorumluluğun sübjektif şartı olarak nitelendirilme olarak nitelendirilmiştir. Ancak UHK böyle bir niteleme yapmamıştır.²³

2. Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilebilmesi

Devletler tüzel kişiliğe sahip siyasi varlıklar olup, eylemlerini başka kişi veya birimler aracılığıyla gerçekleştirirler.²⁴ *Polonya’daki Alman Yerleşimciler Davası*’nda USAD, devletlerin yalnızca görevli ve temsilcileri aracılığıyla eylemde bulunabileceklerini ifade etmiştir.²⁵ Bu kişi veya birimlerin devletlerin ulusal hukuklarından yetki alarak gerçekleştirdikleri eylemler *devletin eylemi* olarak nitelendirilir.²⁶ Devletlerin temsilciler kullanmak suretiyle eylemlerini

²³ ARSIWA, Commentaries. Maddelerin şerhinde bu konuda herhangi bir görüş bildirilmemiştir.

²⁴ Jörn Griebel, Milan Plücker, “New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice’s Decision in Bosnia v. Serbia” **Leiden Journal of International Law**, Vol. 21 -3, 2008, s. 602. Hukuk biliminde kişiler, özel kişiler ve tüzel kişiler olmak üzere yapısal bir ayrıma tabi tutulurlar. Özel kişiler eylemlerini doğrudan gerçekleştirirler. Tüzel kişiler ise soyut kavramlardır ve eylemlerini gerçekleştirebilmek için başka kişi veya birimlere ihtiyaç duyarlar. Günümüzde genel kabul gören görüşe göre uluslararası hukukun kişileri olan devletler ve uluslararası örgütler tüzel kişilerdir. Devlet hukuk kişisinin tüzel kişi olmasından dolayı ortaya çıkan sorunlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Kelsen, **The Pure Theory of International Law**, 2. Baskı, çeviren: Max KNIGHT, University of California Press, California, 1967, s. 290-312.

²⁵ Questions Relating to Settlers of German Origin in Poland, Advisory Opinion, **PCIJ**, PCIJ Series, Serie B, No. 6, 1923, para. 22. (Çevrimiçi) http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.09.10_german_settlers.htm, 23.7.2017.

²⁶ Çalışma kapsamında kullanılan “devletin eylemi” kavramı Anglo-Sakson hukukunda mevcut olan “act of state” doktrini ile karıştırılmamalıdır. Act of state doktrininin en bilinen tanımını Yargıç Fuller şu şekilde yapmaktadır: “Her egemen devlet diğer egemen devletin bağımsızlığına saygı göstermekle bağlıdır ve bir ülkenin mahkemesi bir başkasının hükümetinin kendi ülkesinde gerçekleştirdiği eylemleri hakkında yargılama yapamaz. Bu tür işlemler nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü egemen güçlerin kendi aralarında anlaşmaları ile sağlanabilir. Bir ülkenin mahkemeleri, başka bir ülkenin hükümetinin kendi ülkesel yetkileri içinde yaptığı işlemler için yargılama yapamaz.” Bkz. Bilge Erson Asar, **Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta**

gerçekleştirdikleri bu sisteme “*agent based*” temsilci temelli sistem denilmektedir.²⁷

Uygulamada söz konusu eylemin devletin eylemi olup olmadığını tespit etmek her zaman kolay değildir, zira bazen devletler söz konusu eylemi gerçekleştirmediklerini ileri sürebilmektedir. *Tahran Rehineler Davası*’nda İran uluslararası hukuka aykırılıkları gerçekleştiren Devrim Muhafızları örgütü ile bir bağı olmadığını ileri sürdükten sonra, uluslararası siyasi baskılara dayanamayarak sonradan Devrim Muhafızları ile olan ilişkisini kabul etmiştir.²⁸ *Rainbow Warrior Davası*’nda Fransız istihbaratı Greenpeace Örgütüne ait *Rainbow Warrior* gemisini batırmıştır. Fransız yetkililer, bu kişilerle bir bağları olmadığını ifade etmişlerdir. Yine uluslararası siyasi baskılar sonucunda bu gemiyi batıran istihbarat görevlilerinin kendi elemanları olduğunu kabul etmiş ancak bu sefer de söz konusu kişilerin yetkilerini aştıklarını (*ultra vires*) öne sürmüşlerdir. Sonuçta davaya bakan mahkeme Fransa’nın tazminat ödemesine hükmetmiştir.²⁹

Bu bakımdan bir hukuka aykırılığın devlete atfedilebilmesine ilişkin kurallar bir eyleme uygulanırken bunun kimin tarafından ve nasıl gerçekleştirildiğinden ziyade, söz konusu eylem ile devlet arasında onu *devletin eylemi* kılabilcek ilgili bağın kurulup kurulamayacağına odaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle uluslararası hukuka aykırılığın devlete atfedilmesinde eylemi gerçekleştiren kişinin gerçek kişiliği unutulurak onun devletin bir aracı olarak hareket edip etmediği şeklindeki kurgu esas

Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 36-42. Uygulamada *act of state* doktrini ile yakın ancak farklı olan “devletin yargı bağışıklığı” meselesi de birbirine karıştırılmaktadır. Ancak bu konu çalışmanın kapsamı dışındadır.

²⁷ Kaj Hober, “State Responsibility and Investment Arbitration”, **The Oxford Handbook of International Investment Law** Ed. By. Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, Oxford, 2008, s. 92.

²⁸ **Tehran Hostages Case.**

²⁹ *Rainbow Warrior Arbitration, New Zealand v. France*, **UNRIAA**, Vol. XX, Part 3, 1990, s. 215-284, s. 217. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf, 27.3.2016.

alınır.³⁰

3. Terim Tartışması

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde atfetmek, bir işi veya bir sözü bir kimseye mal etmek, yüklemek, dayandırmak olarak açıklanmıştır. Isnat ise bir düşünceyi, bir konuyu bir kişi veya sebebe dayandırma, yükleme, atfetme şeklinde ifade edilmiştir.³¹

İç hukuklarda eylemin bir kişiye isnat edilmesi, o eylemi işleyen kendisi olmadığı halde bazı unsurların varlığı halinde, kişinin sorumlu tutulması ya da eylemi kendisi işlese bile sorumlu tutulması için başka birtakım unsurların varlığının aranması anlamına gelmektedir.³² Örneğin, ulusal ceza hukuklarında bir yargı organının bir suçtan söz konusu kişiyi sorumlu tutabilmesi için onun ruh hali, anlama kapasitesi veya iradesini değerlendirmesi gerekmektedir.³³

Uluslararası hukukta ise isnat veya atfedilme terimi ile açıklanan olgu, hukuka aykırı eylem ile bu eylemin sahibi arasındaki bağ dışında başka bir unsur içermemektedir.³⁴ Devletin yetkisi kullanabilen birimlerin eylemlerinden devletin sorumlu tutulması esas olup, başka bir unsurun varlığı aranmaz.

UHK önce isnat terimini tercih etmekteyken, ulusal hukuktaki farklı kullanımından dolayı, isnat teriminin yerine uluslararası hukukta daha az yanlış

³⁰ Luigi Condorelli, Claus Kress, The Rules of Attribution: General Considerations, s. 221-236. Ed. James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, **The Law of International Responsibility**, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 222.

³¹ Büyük Türkçe Sözlük, **Türk Dil Kurumu**, (1.1.2017).

³² Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 75-76.

³³ Roberto Ago, Third Report on State Responsibility, The Internationally Wrongful Act Of The State, Source Of International Responsibility, **YILC**, 1971, vol. II (1), para. 50, A/CN.4/246 and Add.1-3, s. 214. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1971_v2_p1.pdf, 8. 6. 2018.

³⁴ Aktaran: Roberto Ago, Second Report on State Responsibility, The Origin International Responsibility, **YILC**, 1970, vol. II, document A/CN.4/233, s. 187–190, para. 31–38. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1970_v2.pdf, 8.6.2018.

anlaşılmaya yol açabileceğini düşündüğü atfedilme/*attribution* terimini tercih etmeye başlamıştır.³⁵

Uluslararası hukukta devletin uluslararası hukuka aykırı eylemden sorumlu tutulmasına ilişkin doktrin ve mahkeme kararlarında isnat (*imputation*) veya atfedilme (*attribution*) terimlerinin birbirinin yerine kullanıldıkları görülmektedir. UAD *Tahran Rehineler Davası* ve *Nikaragua'da Militer ve Paramiliter Faaliyetler Davası*'nda isnat terimini kullanmıştır.³⁶ Buna karşın Bosna Soykırım Davası ve sonraki tarihli birçok yargı kararında UHK'nın atfedilme terimini kullanma kararı doğrultusunda atfedilme terimi tercih edilmiştir.³⁷ Bazen yüklenebilme veya izafe edilebilme terimleri de kullanılmaktadır.

Ülkemizde uluslararası sorumluluk hukuku konusunu müstakil olarak çalışan yazarlar da aynen uluslararası alanda olduğu gibi isnat³⁸ ve atfedilme³⁹ terimlerini birbirlerinin yerine kullanmaktadırlar.

³⁵ Ago, **Third Report**, s. 216; Brownlie, **State Responsibility**, s. 37; Ago, **Second Report**, s. 37; James Crawford First Report, **A/CN.4/490 and Add. 1-7**, para.146. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_490.pdf, 8. 6. 2018; International Law Commission 1212th Meeting, **YILC**, 1973, vol. I, 49, para. 8. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1973_v1.pdf, 8. 8. 2018.

³⁶ Tehran Hostages Case, Merits; Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua v. U.S.A., **ICJ**, ICJ Reports, 1986. (Bundan sonra: Nicaragua Case, **ICJ**) (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, 8.8.2018.

³⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, **ICJ**, ICJ Reports, 1996. (Bundan sonra: **Genocide Case**, **ICJ**, 1996) (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf>, 8.8.2018.

³⁸ Doktrinde Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu” adlı doktora tezinde, Ali Bal, “Devletlerin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması” adlı yüksek lisans tez çalışmasında “isnat” terimini kullanmaktadırlar. (Bkz. Erkiner, Devletin Sorumluluğu, Ali Bal, “Devletlerin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması” **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2006, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

³⁹ Elif Uzun, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu adlı doktora tezinde atfedilebilme terimini kullanmıştır. (Uzun, **Devletlerin Sorumluluğu**, s. 76-77.)

Uluslararası hukukta temel sorunları çözmek için geliştirilen yöntemler ve kullanılan terimler, ulusal hukuktan analogi yoluyla/benzetilerek elde edilmeye çalışıldığında, birçok zorluk ve karışıklık ortaya çıkabilmektedir. Analogi bir akıl yürütme yöntemi olarak bilinmeyen bilinene benzetilerek anlaşılmaya çalışılmasıdır. Dolayısıyla terim ve kavramların anlaşılması için hukukta da kullanılan bir yöntemdir. Ancak batılı ulusal hukuk terimleri köken olarak Roma hukukundan türemiştir ve bu yapı günümüzdeki uluslararası toplum ve uluslararası hukuktan ciddi farklılıklar gösterir. Toluner’in de işaret ettiği üzere, bu farklar, Roma hukuku kavramlarının uluslararası ilişkiler alanına doğrudan aktarılması sürecinde başlangıçtan itibaren yanlış anlaşılmalara yol açmıştır.⁴⁰

Bu açıklamalardan hareketle uluslararası hukukun kendi yapısına uygun olan terimi seçmenin doğru olacağını düşünüyoruz. Dolayısıyla çalışmamızda Sorumluluğa İlişkin Taslak Maddeler’ in dili benimsenerek “atfedilebilme” terimi kullanılacaktır.

4. Eylemin Devlete Atfedilmesine İlişkin Kuralların İşlevi ve Sorumluluk Hukuku Dışındaki Kullanımı

Geleneksel olarak uluslararası hukukta atfedilmeye ilişkin kurallar, devletlerin sorumluluğu konusuna ait kabul edilir. Bununla birlikte, uluslararası hukukun diğer birçok alanında da bu kurallara başvurulmaktadır.⁴¹ Zira bu kurallar bir eylem ile

⁴⁰ Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, Beta, 1996, s. 5-6. “Uluslararası hukuka aykırı fiil” ile “uluslararası haksız fiil” ifadeleri arasında da terminoloji sorunu vardır. Pirim “Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefîyeti” adlı çalışmasında bu tercihe işaret etmiştir. Pirim’e göre bu terminolojik sıkıntı sebebi medeni hukuk ile uluslararası hukuk sisteminin farklı yapıları ile birlikte Common Law ile Kıta Avrupası Hukuku arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. (Ceren Zeynep Pirim, **Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefîyeti**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 10-11.)

⁴¹ Crawford ilk raporunda “devletin eylemi” kavramı yerine “uluslararası hukukta eylemin devlete atfedilmesi” ismini önermiştir. Crawford, **First Report**, s. 33., para. 147.

devlet arasındaki ilişkiyi kurmaktadır. Bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının tespitinde, tek taraflı bir eylemin (tanıma, vazgeçme vb.) ilgili devlet tarafından gerçekleştirildiğinin ispatında, bir silahlı çatışmanın uluslararası nitelikli silahlı çatışma haline gelip gelmediği belirlenirken, meşru müdafaa hakkının doğduğunu ileri sürebilmek için, bu eylemlerin bir devlet tarafından gerçekleştirildiğini söyleyebilmek için, atfedilmeye ilişkin kurallara başvurulur.⁴²

Diğer yandan devletlerin sorumluluğuna ilişkin atfedilme kurallarıyla, diğer uluslararası hukuk konularındaki atfedilme kuralları farklılık arz edebilir. Crawford andlaşmalar hukukuna ilişkin atfedilme kurallarının sorumluluğa ilişkin kurallardan bazı yönlerden farklı olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yatırım hukuku, insan hakları hukuku gibi genel uluslararası hukuktan bazı yönleriyle ayrılan sistemlerde uluslararası sorumluluk hukukunda geçerli olan atfedilebilme kurallarının farklı olabileceğine dair görüşler ileri sürülmektedir.⁴³ Ancak genel bir değerlendirme yapıldığında temel kural ve sistemin geçerli olduğu görülecektir. Zira uluslararası sorumluluk hukukuna ilişkin kurallar ikincil kurallardır ve birincil kurallarla düzenlenmeyen her uluslararası hukuk işleminde yeni hukuki ilişkinin başlangıç

⁴² Condorelli, Kress, **The Rules of Attribution**, s. 223; Valentina Azarov, Internationalisation and Attribution: The Tadic Analysis in the Genocide in Bosnia Case, **University of Westminster School of Law Research Paper**, No. 09-11, Westminster International Law & Theory Centre Online Working Paper, 2009/2. Bosna'da meydana gelen olaylarla ilgili EYUCM'da *Tadic Davası* olarak geçen ve UAD'de *Bosna Soykırım Davası* olarak geçen davalarda o bölgede geçen silahlı çatışmaların uluslararasılaşmış bir silahlı çatışma haline gelip gelmediğini tespit ederken, mahkemeler uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesine ilişkin kurallar inceleyerek sonuca ulaşmışlardır. Aynı şekilde meşru müdafaa hakkının doğduğunu iddia edebilmek için yapılan silahlı saldırının bir devlete atfedilebilmesi gerekmektedir. Meşru müdafaa hakkının kapsamı, boyutları, silahlı saldırı kavramı, bir devlete atfedilebilmesine ilişkin tartışmalar için bkz. Tarcisio Gazzini, **The Changing Rules on the Use of Force in International Law**, Juris Publishing, New York, 2005; Tom Ruys, **Armed Attack and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; Jan Kittrich, **The Right of Individual Self-Defense in Public International Law**, Nomos, Berlin, 2008; Murray Colin Alder, **The Inherent Right of Self Defence in International Law**, Springer, Australia, 2013.

⁴³ Crawford, **First Report**, s. 33, para. 147.

noktasını bu kurallar oluşturur.⁴⁴

Bir eylemin devlete atfedilmesi, yalnızca analitik bir değerlendirme olmayıp, sorumluluk hukuku açısından devlete ait olan ile devlet dışı yani “kamusal” olanı “özel” olandan ayırma noktasında da bir işlevi bulunmaktadır.⁴⁵ Devletler güç ve yetkilerin paylaşımı açısından, kamu hizmetlerinin verilişi bakımından çeşitli şekillerde yapılanmışlardır. Kamusal hizmetlerin önemli bir kısmını özel kişilere devretmiş devletler bulunduğu gibi, kamu hizmeti vermeyi tekel şeklinde kendi elinde tutan devletler de vardır. Bazı devletlerde ise kamu ile kamu olmayan arasındaki çizgi belirgin olmayabilir.⁴⁶ İşte bu noktada atfedilebilme kuralları, kamu sektörüne ait olan ile olmayanın ayrılmasında tek kriter olmasa da bu kurallar devletin olan ile devletin olmayan eylemin belirlenmesinde önemli işlevlere sahiptir.⁴⁷

5. Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletin Eylemi ve Devletin Organı Kavramları

Uluslararası hukuk açısından devletin eylemi olarak değerlendirilmeyen bir eylemden ötürü devletin sorumluluğu doğmayacaktır. İşte bu sebeple hangi eylemlerin “devletin eylemi” olarak nitelendirilebileceğini tespit etmek önem arz etmektedir.

⁴⁴ Hart’a göre hukukta birincil ve ikincil kurallar olmak üzere iki çeşit kural tipi bulunmaktadır. Birincil kurallar, kişinin iradesine bakılmaksızın bir eylemi yapmasını ya da yapmamasını belirten kurallardır. Birincil tipteki kurallarda kişilerin isteğine bağlı olmaksızın birtakım eylemleri yapmaları veya yapmamaları istenir. İkincil kurallar işte bu birincil kuralların oluşturulmasını, işlenmesini sağlamak ve birincil kuralların yetersizliğinde sorunu çözmek için kullanılan kurallardır. Uzun, çoğu zaman ikincil kuralların, kişilere birincil kurallarla ilgili bir yapma yetkisi verdiği için yetki verici kurallar olarak ifade edildiğini aktarır. (Ertuğrul Uzun, “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk” **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed. Ertuğrul Uzun, İstanbul, İthaki Yayınevi, 2015, s. 158-163.)

⁴⁵ Crawford, **First Report**, s. 33-34, para. 154.

⁴⁶ Crawford, **First Report**, s. 33-34, para. 154.

⁴⁷ Griebel, Plücken, **Rules of Attribution**, s. 603.

Bir eylemin devletin eylemi olarak nitelendirilebilmesi için o eylemi gerçekleştiren kişi ile devlet yapılanması arasında asgari bir örgütsel bağın bulunması gereklidir. Bu örgütsel bağ ile kişi devletin görevlisi veya temsilcisi olarak kabul edilir. Bu çerçevede uluslararası sorumluluğun atfedilmesi sisteminin başlangıç noktasını devletlerin resmi organlarının eylemlerinden doğan sorumluluk oluşturmaktadır.⁴⁸

Uluslararası sorumluluk hukuku kapsamında organ terimi ilk olarak 1930 *Lahey Uluslararası Hukukun Kodlaştırılması Çalışmalarında* kullanılmıştır. Burada devletlerin organlarının gerçekleştirdiği uluslararası hukuka aykırı eylemlerin, devletin eylemi olarak kabul edildiği ifade edilmiştir. Konferans sonucu ortaya çıkan taslak düzenlemenin birinci maddesinde devlet organlarının herhangi bir hukuka aykırı eyleminin devletin sorumluluğunu doğurması yönünde oybirliği ile karar verilmiş olup, söz konusu madde şu şekilde kabul edilmiştir: “*Madde 1: Bir devletin parçası olan herhangi bir organı tarafından bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal ederek, bir yabancıya veya onun malına verilen zarar, devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur*”.⁴⁹

Bu dönem hazırlanan diğer kodlaştırma çalışmalarında da devlet organlarının eylemlerinden devletlerin sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. 1926 yılında uluslararası hukukçu Kokusaiho Gakkwai hazırladığı *Uluslararası Hukuk Kodu*’nda devlet görevlilerinin görevlerini yerine getirirken kasten gerçekleştirdikleri veya ihmal neticesinde meydana gelen uluslararası hukuka aykırı eylemlerden sorumlu

⁴⁸ Devlet organının doğrudan eylemde bulunmadığı, ancak meydana gelmesine izin verdiği uluslararası hukuka aykırı eylemler nedeniyle devletin sorumluluğu doğacaktır. (Hober, **State Responsibility**, s. 92.) Devlet organlarının ihmalden kaynaklanan uluslararası hukuka aykırı eylemlerinde uluslararası sorumluluğuna dair ayrıntılı bilgi için bkz. (Christenson, **Attributing Acts of Omission**, s. 312 – 370.)

⁴⁹ Report of F. V. Garcia Amador, International Responsibility, **YILC**, Vol. II. 1956, Annex 3, A/CN.4/96, s. 225. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1956_v2.pdf, 6.8.2018.

tutulmaları gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁰ 1927 tarihli Uluslararası Hukuk Enstitüsünün hazırladığı *Devletlerin Ülkelerinde Yabancılar veya Mallarına Verilen Zararlardan Dolayı Sorumluluğu'na İlişkin* Taslak Çalışmanın ilk maddesinde yasama, yürütme, idare, yargı veya herhangi bir devlet organına ilişkin olmasına bakılmaksızın, bu eylem veya ihmallerden kaynaklanan zarar söz konusu olduğunda, devletin sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir.⁵¹ Harvard Hukuk Enstitüsü'nde hazırlanan 1929 tarihli, *Devletlerin Ülkelerinde Yabancılar veya Mallarına Verilen Zararlardan Dolayı Sorumluluğu Çalışmasında* devletin sorumluluğunu doğuracak organın hem üst düzey otoritelerin hem de alt ya da yardımcı nitelikteki organların eylemlerinden kaynaklanabileceği düzenlenmiştir.⁵² Yine Harvard Hukuk Enstitüsü'nde hazırlanan 1961 tarihli başka bir çalışmada, devletin fiili olarak organı olan veya görünüşte organı olan birimlerin eylemlerinden devletin sorumluluğu düzenlenmiştir.⁵³ Son olarak Amerika Devletleri Arası Adli Komite'nin 1962 yılında yaptığı çalışmada da Latin Amerika ülkelerinin usulüne uygun şekilde oluşturulmuş iç birimlerinin kusurlarından devletin sorumluluğunun doğacağı ifade edilmiştir.⁵⁴

Devlet organı kavramını, terim olarak UHK'nın gündeminde yer alan Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Çalışmaya aktaran özel raportör Ago olmuştur. Ago organ terimini “*devlet adına hareket eden birey veya birey topluluğu*” şeklinde tanımlamıştır.⁵⁵ Scelle'den alıntı ile devletin soyut kavram olduğunu ve fiziki kişilerle eylem icra edebileceğini kanıtlamaya çalışmıştır.⁵⁶ Fakat Komisyon oturumları sırasında bazı üyeler bireyin organ tanımı içerisinde kullanılmasının teorik

⁵⁰ Robert Maclean, **Public International Law**, Old Bailey Press, 1997, s. 143.

⁵¹ Aktaran: Ago, **Third Report**, para. 126.

⁵² Ago, **Third Report**, para. 126.

⁵³ Ago, **Third Report**, para. 126.

⁵⁴ Ago, **Third Report**, para. 126.

⁵⁵ **YILC**, 1213th meeting, Vol. I, 1973, s. 56.

⁵⁶ **YILC**, 1213th meeting, s. 56.

anlaşmazlıklara yol açabileceğini iddia etmiştir.⁵⁷

Üye Francis Vallat, Ago'nun devlet organı tanımında geçen birey kelimesinin, devletin organı olmayan ancak taslak madde 8'de (taslak maddelerin son şekli ile) belirtildiği gibi devletin temsilcisi haline gelebilen özel kişiler ile karıştırılabileceği ihtimalini göz önünde bulundurmadığını ifade etmiş ve bu duruma örnek olarak Birleşik Krallık yerel mahkemesinde görülen *The New Brunswick Development Şirketi Davası*'nı göstermiştir.⁵⁸ Söz konusu dava daha ziyade devletin yargı bağımsızlığı ile ilgilidir. Ancak organ ile temsilci terimlerinin nasıl karışıklıklara yol açabileceğini göstermek adına iyi bir örnektir. The New Brunswick Development Şirketi devletin veya The News Brunswick Eyaleti'nin bir organı olmamakla birlikte The News Brunswick Eyaleti adına bazı sözleşmelerin görüşme ve müzakerelerine katılabilme yetkisine sahiptir. Bu sözleşmelerden birinde çıkan bir uyuşmazlıkla ilgili, şirketle devlet arasında kurulan ilişkiden dolayı şirkete dava açılmıştır. Mahkeme şirketin devletin bir temsilcisi olduğundan dolayı olaya özgü olarak, bu şirketin eylemlerinin devletin eylemi gibi olduğu için söz konusu davada yargı bağımsızlığının bulunduğu hükmüne varmıştır. Şüphesiz mahkeme şirketi devletin organı olarak kabul etmemiştir. Ancak devletin bir temsilcisi gibi hareket ettiğini de göz ardı etmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.⁵⁹

Müzakerelerdeki itirazlar üzerine, Raportör Ago birey kelimesinin kaldırılmasının uygun olduğu düşüncesini kabul etmiş ve Taslak Çalışmanın ikinci okuması sırasında “devlet organı” ifadesinin kapsamı “herhangi bir devlet organı veya temsilcisi” olarak değiştirilmiştir. Son raportör Crawford ise devlet organını kişi veya birim ifadelerini kullanarak ifade etmeyi tercih etmiştir. Bu bağlamda “birim” devlet yapılanmasından kaynağını alan ancak farklı hukuki kişiliği olan varlıktır.

⁵⁷ YILC, 1213th meeting, s. 54, para. 59-60.

⁵⁸ YILC, 1213th meeting, s. 54, para. 59-60.

⁵⁹ YILC, 1213th meeting, s. 54, para. 59-60.

Böylece sadece devlet organlarının değil, kamu gücü ile faaliyetlerini yürüten, kamu gücü kullanma yetkisi ile yetkilendirilmiş birimlerin eylemleri de devletin sorumluluğunu doğurabilecektir.⁶⁰

Bu çerçevede Devletin Sorumluluğuna ilişkin Taslak, madde 4'te devletin organlarının eyleminden sorumluluk şu şekilde düzenlenmiştir:

“1. Devlet örgütlenmesi içerisinde sahip olduğu konum ne olursa olsun, yasama, yürütme, yargı ya da başka herhangi bir işlevi yerine getiren devlet organının eylemi, uluslararası hukuk uyarınca bu devletin eylemi kabul edilir.

2. Organ, devletin ulusal hukukuna göre bu konuma sahip kişi veya varlığı içerir.”

Devlet eylemi kavramına ilişkin uluslararası mahkeme kararlarının da hem devlet uygulaması ile hem de kodlaştırma çalışmaları ile uyumlu olduğu görülmektedir. Örneğin, 1894-1895 yılları arasındaki Peru iç savaşında İtalyan vatandaşlarının verdiği zararlardan dolayı hakem mahkemesinin kararında “*devlet görevlilerinin eylemlerinden devletin uluslararası sorumluluğunun doğduğu, evrensel düzeyde kabul edilmiş bir uluslararası hukuk kaidesidir*” denilmiştir.⁶¹ Benzer şekilde Salvador Railway Şirketi Davası’nda hakem mahkemesi, devlet yöneticilerinin yasama, yürütme veya yargı organlarına ait olmaları fark etmeksizin resmi sıfat ile gerçekleştirdikleri eylemlerden devletlerin sorumluluğunun doğduğunu ifade etmiştir.⁶² Kararda, bir devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının resmi

⁶⁰ Djamchid Momtaz, “Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities empowered to Exercise Elements of Governmental Authority” in **The Law of International Responsibility**, James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, The Law of International Responsibility, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 238.

⁶¹ Ago, **Third Report**, para. 124.

⁶² The Claims of Rosa Gelbtrunk and the “Salvador Commercial Company”, El Salvador v. U.S.A., **UNRIIAA**, Vol. XV, 1902, s. 455-479. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XV/455-479.pdf, 6.8.2018.

görevleri bağlamında gerçekleştirdikleri eylemlerden sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır.⁶³ *Alman Yerleşimcileri Davası*’nda USAD, devletlerin yalnızca görevli veya temsilcileri aracılığıyla eylemlerini gerçekleştirebileceklerini ifade etmiştir.⁶⁴ Aynı şekilde *Özel Raportör Danışma Görüşünde* UAD, devletlerin herhangi bir organı tarafından gerçekleştirilen bir eylemin devletin eylemi olarak kabul edileceğini söylemiştir. Dahası bu kararda söz konusu kuralın bir uluslararası örf adet hukuku kuralı olduğu açıkça ifade edilmiştir.⁶⁵

Devlet organı kavramı açısından belirleyici olan ilgili eylemlerin resmi sıfat ile yürütülüyor olmasıdır.⁶⁶ Bu açıdan Taslak Madde 4 “organ” teriminin tanımını yapmamış, bunun yerine Hober’in de ifade ettiği üzere madde 4/2’de ulusal hukukun organ kabul ettiğinin organ olarak kabul edilmesini bir çıkış noktası olarak değerlendirmiştir. Zira egemenlik ilkesinin doğal sonucu olarak, devlet ulusal hukuk düzenlemelerini ve buna bağlı olarak hangi birimlerin organları olduğunu hangilerinin olmadığını, bu organların işlevlerinin neler olduğunu belirlemeye yetkili tek erktir.⁶⁷ Dolayısıyla bir kişi veya kişi grubunun devletin organı olarak kabul edilebilmesi için *prima facie* devletin ulusal mevzuat ve düzenlemeleri göz önünde

⁶³ **Salvador Commercial Company Case**, s. 477. ABD ile El Salvador arasındaki *Salvador Commercial Company Davası*’nda, İtalya ile Venezuela arasındaki *Sambiaggio Davası*’nda, Hollanda ile Venezuela arasındaki Karma Talepler Komisyonu’nun karar verdiği *J. N. Henriquez Davası*’nda, Hakem Algot Bagge’nin karar verdiği *Finnish Shipowners Davası*’nda ve daha birçok davada, bu kural aynen tekrarlanmıştır.

⁶⁴ Questions Relating to Settlers of German Origin in Poland, Advisory Opinion, s. 22.

⁶⁵ Difference Relating to Immunity From Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights, Advisory Opinion, ICJ, ICJ Reports, 1999. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/100/100-19990429-ADV-01-00-EN.pdf>, 6.8.2018.

⁶⁶ Ago’nun çalışmasında yer alan organın kamu yetkisi ile eylemde bulunması gerekliliği daha sonra madde metninden kaldırılmıştır. (Ago, **Third Report**, s. 243.) Mevcut taslak maddeler, madde 7’de kamusal yetki- kamu gücü kullanımı terimi, özel eylem ile gerçekleştirilen eylemlerden ayrılabilmesi için açıkça belirtilmiştir. (ARSIWA, art. 7.)

⁶⁷ Hober, **State Responsibility**, s. 87-121.

bulundurulmaktadır.⁶⁸

Taslak madde 4'teki herhangi bir devlet organının devletin sorumluluğunu doğurabileceği ifadesi, devlet organı kavramının Komisyon tarafından geniş anlamda kullanıldığını göstermektedir. Organ terimi konusunda değerlendirme yapılabilmesi için iki ölçüt geliştirilmiştir. Bunlar yapısal/örgütsel ölçüt ve işlevsel/fonksiyonel ölçüttür. Örgütsel ölçütte önemli olan söz konusu birimin devlet teşkilatı içerisindeki yeridir. İşlevsel ölçütte ise birimin yürüttüğü faaliyetlerin niteliği, yani kamu gücü kullanımını içerip içermediği hususları delil olarak kullanılmaktadır. Taslak maddeler açısından devlet organını belirlenmesinde işlevsel ölçüt ve örgütsel ölçütün birlikte kullanıldığı kabul edilebilir. Zira ilgili birimin devlet örgütlenmesindeki yerinin yanında birimin gerçekleştirdiği eylemlerin ticari mi yoksa kamusal mı olduğu da önemsizdir.⁶⁹ Bu doğrultuda bölgesel birimler, *de jure* organ olmayan ve çok istisnai kullanılan *de facto* organlar,⁷⁰ alt veya üst düzeyde görevli olması fark etmeksizin her kademedeki görevliler devletin organı kabul edilir.

Alt düzey görevlilerin eylemlerinin devletin uluslararası sorumluluğunu doğuramayacağını veya bir üst düzey görevlinin alt düzey görevlinin eylemini onaylaması halinde devletin sorumluluğunu doğurabileceğini ileri süren devletler olmuştur. Örneğin 1927 tarihli *Massey Davası*'nda Meksika bir gardiyanın gerçekleştirdiği uluslararası hukuka aykırı eylemin hiçbir şekilde kendisinin sorumluluğunu doğuramayacağını ifade etmiştir. Ancak o dönemde bile Hakem Mahkemesi Meksika'yı gardiyanın eyleminden sorumlu tutmuştur.⁷¹

⁶⁸ Nitekim Bosna Soykırımı Davası'nda UAD, *de jure* organ statüsünü hangi birimlerin haiz olduğunu ulusal hukukun belirlediğini ifade etmiştir. (**Genocide Case, ICJ, 2007**, para. 386, 388.)

⁶⁹ Hober, **State Responsibility**, s. 93.

⁷⁰ Momtaz, **Attribution of Conduct to State**, s. 239.

⁷¹ G.P. Massey Claims, U.S. v. Mexico, **UNRIAA**, Vol. IV, Part 1, 1927, s. 155-164. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/155-164.pdf, 5.7.2017. Bunun yanı sıra devlet organı olmayan birimlerin eylemlerinden de şayet o birimler devletin bir organı tarafından yetkilendirilmişse

Uluslararası sorumluluk hukuku açısından devlet organının iç ilişkileri yürüten bir organ mı yoksa dış ilişkilerle ilgili bir organ mı olduğu da önemsizdir.⁷² Bir dönem devletlerin iç işlerini yürüten organlarının devletin uluslararası alanda herhangi bir sorumluluğuna yol açamayacağı sokamayacağı yönünde bir görüş savunulmaktaydı, ancak bugün bu görüşün geçerliliğini ileri sürmek imkansızdır.⁷³ Elbette yalnızca ulusal hukukla ilgili görev yürüten bir organın sürekli dış faaliyetler yürüten bir organla aynı oranda veya şekilde sorumluluk doğurması mümkün değildir. Ancak bu fiili durum devletin bütün organlarının uluslararası sorumluluğunu doğurabilmesi kuralına etki etmez.⁷⁴

Devlet organının eylemlerinden sorumluluğu konusunda değinilmesi gereken diğer nokta, devletlerin yargı bağımsızlığı ile devletlerin sorumluluğu ilişkisidir. Devletler *acta jure gestionis* eylemler gerçekleştirdiklerinde yargılamadan bağımsızlıkları bulunmamaktadır. Bu kural uluslararası hukukta genel kabul görmüş bir

sorumluluk doğabilecektir. (ARSIWA, Commentary to art. 4, para. 2.)

⁷² Ancak bu açıdan 1969 VAHS, madde 7'de işaret edilen görevleri gereği devleti uluslararası alanda temsile yetkili kişilerin bir uluslararası yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, bu ihlalin devletin eylemi olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. (Aust, **International Law**, s. 379.) 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 7/2. maddesi şu şekildedir: "Görevleri gereği ve yetki belgesine başvurmaksızın aşağıdaki kişilerin Devletlerini temsil ettikleri kabul edilir: a- Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanları, bir andlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemin yapılması amacıyla; b- Diplomatik misyon başkanları, kendilerini akredite eden Devletle akredite oldukları Devlet arasındaki bir andlaşmayı metin olarak kabul etmesi amacıyla; c- Devletler tarafından bir milletlerarası konferans veya bir milletlerarası örgüt veya organlarından birine akredite olan temsilciler, o konferansta, örgütte veya organda bir andlaşma metnini kabul etmek amacıyla." Bu kural uluslararası örf ve adet hukuku niteliği almıştır. (LaGrand Case, Provisional Measures, **ICJ**, ICJ Reports, 1999, s. 9, 16. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>, 8.6.2018; G.P. Massey Claims, U.S. v. Mexico, **UNRIAA**, S. 155.

⁷³ Nitekim Raportör Ago da bu görüşün eski ve hatalı bir görüş olduğunu ifade etmektedir. **YILC**, 1973, vol. I, 49, para. 42.

⁷⁴ Fransız- İtalyan Uzlaşma Komisyonu'nda Verdol Davası'nda bu doğrultuda bir karar vermiştir, bkz. The Italian-United States Conciliation Commission (Italy v. United States), **UNRIAA**, 1952-1960, vol. XIV, s. 67-446. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/67-446.pdf, 6.8.2018.

uluslararası örf adet kuralıdır.⁷⁵ Buradan hareketle devlet organlarının gerçekleştirdiği eylemler nitelik bakımından *acta jure imperii* olması halinde devletin yargı bağımsızlığı kuralı gereği uluslararası sorumluluğunun doğmayacağı ileri sürülebilmektedir. Bu doğrultuda ICSID bünyesinde görülen yakın tarihli Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine Davası örnek gösterilebilir. Alpha Projektholding GmbH şirketi Ukrayna Devleti'nin, şirkete yaptığı ödemeleri durdurması sebebiyle ICSID'e başvurmuştur. Mahkeme öncelikle taslak maddeler madde 4 uyarınca SAA'nın (Devlet İlişkiler İdaresi) devletin organı olduğunu ve SAA'nın talimatı uyarınca ödemeleri kestiğini tespit etmiştir. Mahkeme,

“..eylemin devlete atfedilmesi işleminin, uyumsuzluk konusu meselelerin niteliğinden bağımsız bir süreç olduğunu ifade etmiştir. Taslak maddeler şerhinde açıkça belirtildiği üzere devlet organının gerçekleştirdiği eylem, organın hiyerarşik yerinden bağımsız olduğu gibi, organın gerçekleştirdiği eylemin niteliğinden de bağımsızdır. Eylemin devlete atfedilebilmesi noktasında acta jure gestionis işlem veya acta jure imperii işlem olması önemsizdir” demiştir.⁷⁶

ICSID bünyesinde görülen başka bir davada da ise bu görüşün tam zıttı olan ve bugün artık kabul edilmeyen bir görüş ileri sürülmüştür. *SGS Societe Generale De Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay Davası*'nda mahkeme uygulamada eylemin *jure imperii* mi yoksa *jure gestionis* mi olduğunu tespit etmenin kolay olmadığını, mantıksal çıkarımda bulunulduğunda devletin gerçekleştirdiği her eylemin *jure imperii* eylem olarak kabul edilebileceğini ileri sürmüştür. Mahkemeye göre devlet yalnızca ticari bir eylem gerçekleştiriyor diye o eylemin artık devletin eylemi olarak nitelendirilmeyeceği sonucuna varmak kolay değildir.⁷⁷ Davada

⁷⁵ **Difference Relating to Immunity Case.**

⁷⁶ Alpha Projektholding GmbH (Claimant) V. Ukraine (Respondent) Award, **ICSID, Case No. ARB/07/16.** para. 401-402. (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0026.pdf>, 21.6.2018.

⁷⁷ *SGS Societe Generale De Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, **ICSID, Case No.**

eylemin devlete atfedilmesi mahkemenin inceleme noktasının odağı değildir. Kanımızca mahkemenin incelediği bağlam eylemin atfedilmesi olsaydı mahkeme UHK'nın şu ifadeleri uyarınca hareket edecekti:

*“uluslararası sorumluluk hukuku bakımından bir devlet organının davranışının niteliği önemsizdir. Organın gerçekleştirdiği eylemin acta jure gestionis ya da acta jure imperii olması, eylemin devlete atfedilebilmesi açısından herhangi bir fark arz etmemektedir.”*⁷⁸

Çalışmanın bundan sonraki kısmında devlet eylemi kavramı, devlet tüzel kişiliği kapsamında kuvvetler ayrımına dayalı yetki esasına göre yapılan yasama, yürütme ve yargı şeklindeki bölümlenme dikkate alınarak incelenecektir. Uluslararası hukuk açısından devlet organının hangi birime ait olduğunun bir önemi olmasa da⁷⁹ söz konusu devlet organlarının uluslararası hukuka aykırı bir eylemi gerçekleştirme biçimlerinin kendilerine özgü yetkiler çerçevesinde ele alınması açıklayıcı olacaktır.

6. Devlet Organının Eylemlerinden Doğan Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Atfedilmesi

6.1. Yasama Organı

Yasama erki devletlerin iç yapılanmalarında genel olarak yasama faaliyetlerini gerçekleştiren organlardır. Yasama faaliyetleri asıl olarak bir devletin anayasası dahil, yasaları, kararnameleri, tüzükleri, yönetmelikleri ve buna benzer bütün eylemlerini

ARB/07/29, Decision On Jurisdiction, 2010, para. 134-135. (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10053.pdf>, 4.7.27017.

⁷⁸ ARSIWA, Commentary to art. 4, para. 6; Crawford, **First Report**, para 172; Aust, **International Law**, s. 379.

⁷⁹ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, Gözden Geçirilmiş 5. Bası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.159; Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 63; Aust, **International Law**, s. 379. Ayrıca bkz. **Salvador Commercial Company Case**, s. 477.

içermektedir.⁸⁰ Tıpkı devletin diğer organları gibi yasama organının uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden devletin uluslararası sorumluluğu doğar. Bu açıdan devletler hem uluslararası yükümlerine aykırı çıkardıkları yasalardan ve hem de çıkarmaları konusunda uluslararası yükümlülükleri olmasına rağmen çıkarmadıkları yasalardan sorumlu tutulurlar. Bu bağlamda ilk olarak 1930 *La Haye Konferansı*nda önerilen taslak maddeler m. 6'da *“uluslararası yükümlerine aykırı şekilde yasama faaliyeti gerçekleştiren veya uluslararası yükümlünü yerine getirmesi için gerekli yasama faaliyetini yapmayan devletin, bu ihmal ve eylemden ötürü yabancıların gördüğü zararlardan sorumlu tutulacağı”* düzenlenmiştir.⁸¹

Bu konuda bazı hukukçular “parlamento egemenliği” kavramını gerekçe göstererek, devletin yasama yetkisini kullandığı eylemlerden sorumlu tutulmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Buna göre yasama devletin ulusal egemenliğini en açık gösterdiği alandır ve yasama bir sınırlamaya tabi tutulamaz.⁸² Ancak mevcut uluslararası hukuk sistemi içerisinde bu görüş kabul görmemiştir. Zira günümüzde devletlerin hangi ulusal mevzuattan kaynaklanırsa kaynaklansın uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmek için ulusal hukuklarını ileri süremeyecekleri genel kabul görmüş bir uluslararası kuralıdır.⁸³ Bu kural Taslak Maddeler madde 3'te de bu şekilde düzenlenmiştir: *“Bir eylemin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi uluslararası hukuk çerçevesinde olur. Bu nitelendirme aynı eylemin ulusal hukuk açısından hukuka uygun olmasından etkilenmez.”*

⁸⁰ Kanunlar gibi, kararnameler ve diğer düzenleyici işlemler de devletin gücünü gösterme kapasitesini haizdir. Dolayısıyla yasama faaliyetleri yalnızca kanunları değil, diğer düzenleyici işlemleri de içerebilir. (Crawford, **State Responsibility**, s. 120.)

⁸¹ Report of Amador, First Report, **A/CN.4/96**, s. 255.

⁸² Bal, **Devletin Sorumluluğu**, s. 202. Özellikle tekçi/monist görüşü benimseyen bazı yazarlarca devletlerin, yasama faaliyetlerinden sorumlu tutulmaya karşı anayasal hükümleri ileri sürebilecekleri iddia edilmiştir, bkz., Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, Gözden Geçirilmiş 5. Bası**, s. 177.

⁸³ **Oppenheim's International Law**, 9. Baskı, Vol. 1 Peace, Ed. Robert Jennings, Arthur Watts, Oxford University Press, 2008, s. 542.

Bu konunun ele alındığı ilk davalardan biri olan Alabama Davası'nda, ulusal hukuk mevzuatının yetersizliğini ileri süren İngiltere'ye karşı, Hakem Mahkemesi “uluslararası yükümlerin yerine getirilmesi hususunda ulusal mevzuatın yetersizliği ileri sürülemez” demiştir.⁸⁴ Yine Danzig'deki Polonya Uyraklular Davası'nda verdiği Danışma Görüşü'nde, USAD devletlerin bir uluslararası hukukaaykırı eylemi Anayasasına dayandıramayacağını bildirmiştir ve Polonya'nın uluslararası yükümlülüklerini ihlal eden yasalar çıkardığını gerekçe göstererek Polonya'nın sorumluluğunun doğduğu sonucuna varmıştır.⁸⁵ Son olarak 2004 tarihli Avena Davası'nda verdiği kararda Adalet Divan'ı ulusal hukukun mazeret olamayacağı yönündeki bu kuralı teyit etmiştir.⁸⁶

Yasama faaliyetlerinden sorumluluk uygulamada çoğunlukla bir devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan ve yasama faaliyetleri ile gerçekleştirmesi gereken bir yükümü yerine getirmemesi⁸⁷ veya uluslararası yükümlülüklerine aykırı yasalar çıkarması şeklinde olmaktadır.⁸⁸ Örneğin Fransa ile İspanya arasındaki olağan dışı vergilendirme yapılmayacağına ilişkin bir andlaşmaya rağmen Fransa'nın İspanyol tüccarlardan güncel vergilendirme yasaları üzerinden vergi istemesine ilişkin davada, Hakem Mahkemesi Fransa'nın bu yasa ile vergilendirmeye ilişkin ilgili uluslararası andlaşma hükümlerini ihlal ettiğinden dolayı sorumluluğunun doğduğuna hükmetmiştir. Norveçli Armatörler Davası'nda da Hakem Mahkemesi tarafından kamulaştırma yapıldığında zarar gideriminin uluslararası örf ve adet hukuku kuralı

⁸⁴ Alabama Claims Arbitration, U.S.A. v. U.K., **UNRIIAA**, Vol. XXIX, Part 9, 1872, s. 130-131. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf, 6.8.2018.

⁸⁵ Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), **PCIJ**, Serie A, No 7, 1926. (Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf, 6.8.2018.

⁸⁶ Crawford, **State Responsibility**, s. 121.

⁸⁷ Devletin uluslararası sorumluluğunu doğurabilecek bir eylemin, hem yabancılara hem de vatandaşlara uygulanması, devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. (Meray, **Devletler Hukuku**, s. 631.)

⁸⁸ Aktaran: Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap**, s. 178.

olduğuna ve Norveç'in bunu ihlal ettiği için uluslararası sorumluluğunun doğduğuna hükmedilmiştir. Yasama faaliyetinden uluslararası sorumluluğun doğduğu bir başka alan ise devletlerin uluslararası andlaşmadan kaynaklı uluslararası yükümlülüğüne ilişkin ulusal hukuk düzenlemelerini yapmamalarıdır.⁸⁹ Yakın tarihli bir örnekte ICSID bünyesinde görülen Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company Dava'sıdır. şirket, Ekvador'un çıkardığı bir yasa ile birlikte adil piyasa değerinin ortadan kalktığını, kendisi dahil yatırımcıların meşru beklentilerinin keyfi ve adil olmayan bir şekilde kaldırıldığını iddia etmiştir. Mahkeme öncelikle devletlerin yasama eylemlerinden uluslararası sorumluluklarının doğduğunu ifade etmiştir. Daha sonra yasanın gerçekten adil ve hakkaniyetli olmadığı gerekçesiyle, bu yasama eyleminin taraflar arasında hüküm doğurmamasına karar vermiştir.⁹⁰

Yasama faaliyetinden devletin sorumluluğunun doğması hususunda faaliyetin zamanı da önem arz etmektedir. Burada esas sorun devletin sorumluluğunun yasama faaliyetinin gerçekteşirildiği tarihte mi, yoksa çıkarılan veya çıkarılmayan yasa sonucu hak ihlalinin gerçekteşirildiği tarihte mi doğacağıdır? Brownlie yabancılara verilen zararlar söz konusu olduğunda, yasanın uygulanması sonucu zararın meydana gelmiş olması gerektiği görüşündedir.⁹¹ Ancak örneğin bir andlaşma ile devlete bir yükümlülük yüklenmişse bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde devletin

⁸⁹ Bu açıdan USAD'ın Türk -Yunan Mübadelesine ilişkin vermiş olduğu Danışma Görüşünde, Türk-Yunan Mübadelesine ilişkin Sözleşmenin 18. maddesinde öngörülen tarafların gerekli yasal değişiklikleri yapmalarına ilişkin uluslararası yükümlülüklerine uygun davranmaları gereği açıkça ifade edilmiştir, bkz. **PCIJ**, Exchange of Greek and Turkish Populations Advisory Opinion, No 1. Ser B, 1925. (Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_10/01_Echange_des_populations_grecques_et_turques_Avis_consultatif.pdf, 6.8.2018.

Diğer örnekler için bkz. Crawford, **State Responsibility**, s. 121.

⁹⁰ ICSID, Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, **ICSID** Case No. ARB/06/11, Award, Merits, 2012, para. 558-560. (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>, 4.5.2019.

⁹¹ Brownlie, **State Responsibility**, s. 142, Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap**, s. 161.

sorumluluğu zarar doğmadan da meydana gelir.⁹²

6.2. Yürütme Organı

Yürütme organının yapısı sınırsız şekilde düzenlenebileceğinden yürütmenin yetkisi kapsamı ile ilgili tüketici bir tanım yapmak mümkün değildir. Ancak kural olarak yürütme işlevini gerçekleştiren birimler arasında uluslararası sorumluluk hukuku açısından herhangi bir ayırım bulunmadığından genel olarak yürütme içerisinde yer alan bütün kişilerin eylemlerinden devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğduğu kabul edilir.⁹³

Uygulamada yürütme organının eylemlerinden sorumluluk uluslararası alanda daha çok devletlerin kolluk güçlerinin yürüttükleri faaliyetlerden doğmaktadır. Örneğin Mallen Davası'nda Mahkeme, Meksika konsolosunun Amerikan polisi tarafından yaralanması ve tutuklanması sonucu ABD'nin sorumluluğuna hükmetmiştir.⁹⁴ Baldwin ve Diğerleri davasında Amerikan askerlerine karşı bir saldırı meydana gelmiştir. Panama kolluk kuvvetleri bu saldırıyı engelleme güçleri olmasına rağmen, herhangi bir müdahalede bulunmamıştır. Mahkeme Panama'nın sorumluluğunun doğduğunu ifade etmiştir. Rainbow Warrior Davası'nda ise Fransız istihbarat görevlilerinin bir sivil toplum örgütü olan Greenpeace'e ait bir gemiyi Yeni Zelanda suları içerisinde batırmalarından dolayı Fransa'nın sorumluluğunun doğduğuna hükmetmiştir. Caire Davası'nda Meksikalı askerler bir Fransız

⁹² Brownlie, *State Responsibility*, s. 142-143.

⁹³ **Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap**, s. 161; Bal, **Devletin Sorumluluğu**, s. 209; Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 86. 1930 Kodlaştırma Konferansında 24 devlet, devletlerin kamu işlevi yerine getiren organlarınca gerçekleştirilen eylemlerinden sorumlu tutulmaları gerektiğini ifade etmiştir. Ago devletlerin bu durumu kabul etmesinin ve içselleştirmesinin, o günlerden günümüze bu konuda çok tartışma yaşanmamasına yol açtığını ifade eder. (Ago, **Third Report**, s. 257, para. 173.) Hükümetin yanı sıra sivil görevliler, güvenlik görevlileri, istihbarat görevlileri, konsolosluk görevlileri veya alt düzey-üst düzey görevliler gibi ayrımlar olmadan devlet yürütme organı eylemlerinden sorumlu tutulurlar.

⁹⁴ Mallén Case, Mexico v United States, Mexico-United States General Claims Commission, **AJIL**, Vol. 21, 1927, s. 803-810. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/173-190.pdf, 4.5.2019.

vatandaşının önünü keserek, ondan para istemiş ve parayı alamayınca öldürmüşlerdir. Mahkeme Meksika Devleti'nin sorumluluğuna karar vermiştir. Youman Claims Davası'nda Meksika'daki askerler isyana karışmıştır. Bundan Meksika Devleti sorumlu tutulmuştur. Mahkeme askerlerin sivil değil de üniformalı olmalarını devletin organı olarak bu fiilleri gerçekleştirdikleri şeklinde yorumlamıştır.⁹⁵

Askeri faaliyetlerden sorumluluğun kişi bakımından otomatik olarak devlete atfedilmesi gibi *rationae persone* bakımından özel bir atfedilme kuralının mevcut olduğu kabul edilmektedir. Zira bir devletin askeri kuvvetleri kaybolursa, devletin kontrolünden çıksa ve kendi başlarının çaresine bakmaya karar verse dahi, bu sırada gerçekleştirdikleri eylemler devletin eylemi olarak kabul edilir.⁹⁶ Ancak Amerika-Meksika Genel Talepler Komisyonu Putnam ve Morton Davaları'nda Meksikalı polislerin bazı Amerikan vatandaşlarını, tamamen görevleri dışında tamamen kişisel hesaplaşma amacıyla öldürme eylemlerinin Meksika devletine atfedilemeyeceğine karar vermiştir.⁹⁷ Diğer yandan devletin bu eylemlerden *ultra vires* eylem olduğu için mi yoksa bu askeri kuvvetlere ilişkin özel atfedilme kuralından ötürü mü sorumlu olduğu ayrımının yapılması uygulamada zordur.⁹⁸ Ancak kural olarak bir askerin kaybolması gibi durumlar devletin organı olma vasfını kaybetmesine yol açmayacağından, şahsi çıkar amacıyla gerçekleştirilen yağma vb. suç teşkil eden eylemlere karışması da sonucu değiştirmeyecektir.

Buna karşın kolluk güçleri ve askeri kuvvetlerle ilgili olanlar dışındaki yargı kararları incelendiğinde ve devlet uygulamalarına bakıldığında devlet organı

⁹⁵ Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States, General Claims Commission, **UNRIAA**, Vol. IV, 1927, s. 139. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/139.pdf, 4.5.2019.

⁹⁶ Crawford, **International Law**, s. 119.

⁹⁷ Ago, **Third Report**, para. 131.

⁹⁸ Crawford, **State Responsibility**, s. 120. Devlet organının yetkisini aşması çoğu zaman bir ulusal hukuk ihlalidir. Ancak bu tür bir ihlalin olması, o eylemin devlet eylemi olarak kabul edilmesine engel değildir, zira devlet organı, devlet otoritesinin kendisine verdiği yetkiyi, görevini ifa ederken aşmaktadır. Bu nedenle bu eylem devletin eylemidir.

statüsünü haiz birimlerin kamu yetkisinin olmadığı özel kişi gibi gerçekleştirdikleri eylemlerin devletlerin sorumluluğunu doğurmadığının kabul edildiği görülmektedir.⁹⁹ Bu konuda en çok anılan davalardan Bensley's Davası örnek gösterilebilir. Söz konusu dava Meksika Valisi'nin Amerikan vatandaşı genç bir çocuğu, resmi işlem olmaksızın, resmi göreviyle bağlantısı olmayan şekilde gözaltında tutmasının ve tutuklamasının Amerikan Devletine atfedilebilip atfedilemeyeceği ile ilgilidir. Mahkeme Amerikan Devletine atfedilemeyeceği kararını vermiştir.¹⁰⁰ Resmi nitelik taşımayan özel eylem ile gerçekleştirilen bir eylem *ultra vires* eylemden farklıdır. Zira ilkinde özel eylem ile hareket eden bir devlet organı, diğer durumda ise yetkisini aşarak hareket eden bir devlet organı söz konusudur. Ancak yetki aşımı ile özel eylem kullanılarak gerçekleştirilen eylemler ayırımının yapılması kolay olmayıp, somut olayda maddi verilerin göz önünde bulundurulmasıyla sonuca varılabilir. Lahey Kodlaştırma Konferansında devletler bu meseleyi tartışmış ve yine oybirliği ile özel kişi gibi hareket edilen, resmi sıfatın kullanılmadığı durumlarda devletlerin sorumluluğunun doğmayacağını kabul etmiştir. Nitekim konferansın 3. toplantısında önerilen madde, bu şekliyle kabul edilmiştir.¹⁰¹

6.3. Yargı Organı

Yargı organlarının da uluslararası hukuka aykırı eylemleri Devletlerin sorumluluğunu doğurur.¹⁰² Bozkurt-Lotus Davası'nda USAD, "*Uygun uluslararası hukuk kuralını seçerek, doğru şekilde uygulamak yargının görevidir. Bununla birlikte yargı kararı, devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesine yol açarsa, ilgili*

⁹⁹ Ago, **Third Report**, para. 129.

¹⁰⁰ Ago, **Third Report**, para. 130.

¹⁰¹ Ago, **Third Report**, s. 257, para. 173.

¹⁰² Crawford, **State Responsibility**, s. 121. Brownlie yargı kararlarını yürütmedeki gibi devlet görevlisinin gerçekleştirdiği eylemler altında incelemektedir. (Brownlie, **State Responsibility**, s. 144.) Ancak yargı yoluyla gerçekleştirilen hukuka aykırılıkların giderilmesi, yürütmenin hukuka aykırılıklarına göre daha uzun bir süreçtir. (Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 68.)

*karar uluslararası hukukun alanına girer” demiştir.*¹⁰³ Bu açıdan Anzilotti gibi bazı hukukçular yargısal eylemlerden devletlerin uluslararası sorumluluğu söz konusu olduğunda, “yargı bağımsızlığı”nın ihlali anlamına geleceğini ileri sürmüşlerdir. Ancak yargı bağımsızlığı kavramı, karar verirken sürecin tamamında kendisine müdahale edilmemesidir. Dolayısıyla yargısal faaliyetlerden devletin sorumluluğuna itiraz ederken “yargı bağımsızlığı” kavramını ileri sürmek aslında “yargı sorumsuzluğunu” istemektir. Böylesi bir durum ne ulusal hukuk açısından ne de uluslararası hukuk açısından kabul edilebilir değildir.¹⁰⁴

Devletin yargısal faaliyetten sorumluluğunun doğması için, sadece uluslararası hukuka aykırı olması yeterli olmayıp, uluslararası yükümlülüğünün ihlalini de teşkil etmesi gerekmektedir.¹⁰⁵ Bu açıdan yargı kararlarından sorumluluk, çeşitli biçimlerde meydana gelse de esas olarak ihkak-ı haktan imtina¹⁰⁶ biçiminde

¹⁰³ The Case of The S.S. "Lotus", France v. Turkey, **PCIJ Series**, Serie A, No. 10, 1927. (Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, 4.5.2017.

¹⁰⁴ Aktaran: Momtaz, **Attribution of Conduct to State**, s. 239-240.

¹⁰⁵ Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 84.

¹⁰⁶ İhkak-ı haktan imtina terim olarak hakkın kişiye verilmemesidir. Uluslararası hukukta ihkak-ı haktan imtina devletlerin milletlerarası yükümlülüklerine uygun davranmayarak yabancılara haklarını vermemeleri anlamına gelmektedir. Örneğin, ICSID bünyesinde görülen Middle East Cement v. Egypt Davası’nda, Mısır’ın yatırımcının gemisine el koyarak satması ve yatırımcıya haber vermemesini Hakemler uluslararası hukuka aykırı bulmuştur. Görüldüğü üzere davada yatırımcının birçok hakkı Mısır Devlet’i tarafından gasp edilmiştir. (Rumeysa Partalci, “Yatırım Antlaşmalarında Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Vol. 36, Issue: 2, 2016, 131-162.) İhkak-ı haktan imtina müessesesi yatırım hukuku bağlamında çok fazla gündeme gelmektedir. Örneğin Franck Charles Arif v. Republic of Moldova davasında bir ulusal mahkemenin kararına karşı Moldova Devleti’nin sorumluluğu ileri sürülmüştür. Moldova ulusal hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle sorumluluğun doğduğuna ilişkin iddialara itiraz etmiştir. Ancak mahkeme taslak madde 4 uyarınca yargı kararlarının da devletin sorumluluğunu doğuracağını, ihkak-ı haktan imtina hali haricinde, ulusal hukukun tüketilmesinin gerekmediğini ifade etmiştir. (Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, **ICSID Case** No. ARB/11/23, Award, 2013, para. 344. (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1370.pdf>, 8.6.2018.) ICSID bünyesinde görülen ihkak-ı haktan imtina içeren durumların olduğu ve olduğunun ileri sürüldüğü bazı davalar şu şekilde zikredilebilir: Eli Lilly v. Canada, Eli Lilly and Company v. Canada, **ICSID Case** No. UNCT/14/2; (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case->

veya bir yargı organının bir uluslararası hukuk kuralını yanlış yorumlamasından dolayı meydana gelmektedir.

Mahkemeler elbette uluslararası hukuk kurallarını yorumlama yetkilerini haizdir. Bununla birlikte uluslararası yorum kuralları bağlamında değerlendirme yapmakla da yükümlüdürler.¹⁰⁷

6.4. Federe Devletler ve Özerk Birimler

Uluslararası ilişkilerde federe devletleri federal devletler temsil etmektedir. Federe devletler uluslararası ilişkilerinde bu merkezi devlete bağılırlar ve bu bağıllık uluslararası sorumluluk açısından gözönünde bulundurulur.¹⁰⁸ Bu bakımdan federe devletlerin gerçekleştirdikleri uluslararası hukuka aykırı eylemler federal devletin kabul edilir ve merkezi devletler federe birimler üzerinde denetleme yetkisi bulunmadığı iddiasıyla sorumluluktan kurtulamazlar.¹⁰⁹ Aynı şekilde devletlerin ulusal

[documents/italaw8546.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf), 23.4.2017;

Liman Caspian Oil and NCL Dutch Investment v. Kazakhstan Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan **ICSID** Case No. ARB/07/14; (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1429.pdf>, 23.4.2017;

Iberdrola Energía v. Guatemala, Iberdrola Energía, S.A. v. Republic of Guatemala **ICSID** Case No. ARB/09/; (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10317.pdf>, 23.4.2017; Waste Management v. Mexico (II) Waste Management v. United Mexican States **ICSID** Case No. ARB(AF)/00/3; (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>, 23.4.2017; H&H v. Egypt H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt **ICSID** Case No. ARB/09/15. (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7979.pdf>, 23.4.2017.

¹⁰⁷ Brownlie, **State Responsibility**, s. 65-67; Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 84.

Örneğin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir eylem, kişinin bulunduğu devletin iç hukukuna göre ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmeyip, suç olarak kabul edilmekteyse ve AİHM bu kişinin sözlerinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanısında ise, devletin bir uluslararası hakkı yanlış yorumladığı sonucuna varılacaktır.

¹⁰⁸ Çelik, **Milletlerarası Mesuliyet**, s. 247.

¹⁰⁹ Ancak mutlak gibi gözüken bu kural konusunda bile uygulamada sorun çıkmaması adına düzenlemeye gidildiği durumlar olabilmektedir. Örneğin, İsviçre Anayasası madde 56-3 ve 172-3'de kantonlara yabancı birimlerle doğrudan ilişkiye girme ve uluslararası andlaşma akdetme yetkisi veren bazı istisnai durumlar karşısında nasıl anlaşılması gerektiği izah edilmiştir, bkz. İsviçre Konfederasyonu

hukuklarındaki yerel birimler arasında yer alan belediye, il veya kasabaların kendi ulusal hukuklarında kişilikleri mevcut bulunsu dahi milletlerarası hukuk kişilikleri bulunmadığı için bunların eylemlerinden de devlet sorumlu olur.¹¹⁰

Yargı kararlarında da kural bu şekilde uygulanmaktadır. Nitekim *Pellat Davası*'nda hakem mahkemesi Meksika'nın federe devletlerinden birisinin Fransız vatandaşına verdiği zarardan sorumlu tutulacağını söyleyerek, federe devletle ilgili gerekli önlemleri alamadığı takdirde dahi federal devletin sorumlu tutulacağını bildirmiştir.¹¹¹

6.5. De Facto Organlar

Taslak madde 4'de şöyle bir düzenlemeye yer verilmiştir: “1*yasama, yürütme, yargı veya başkaca bir işlevi yerine getirmeye yarıyor olsun, devlet içindeki durumu ne olursa olsun, merkezi ya da yerel idare içerisinde yer alması da fark etmeksizin, bütün devlet organlarının davranışları devletin bir fiili olarak kabul edilir. 2. Organ, ulusal hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsar.*”

Söz konusu maddenin lafzından devletin organını belirleyebilmek için ulusal hukukun başlangıç noktasını teşkil ettiği,¹¹² ancak bu belirlemenin nihai sınırının ulusal hukuk olmadığı ortaya çıkmaktadır.¹¹³ Bosna Soykırımı Davası'nda bu duruma işaret edilmiştir. UAD “*işbu davada söz konusu olan vakıda olduğu gibi, aslında*

Federal Anayasası, 18 Nisan 1999 (Status as of 1 January 2018), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201801010000/101.pdf>.

¹¹⁰ Erkiner, **Devletin Sorumluluğu**, s. 145. Örneğin Türk hukukunda belediyelerin, kendi tüzel kişilikleri vardır. Ancak bu durum, ilgili belediyenin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden kendisinin sorumlu tutulacağı anlamına gelmez.

¹¹¹ ARSIWA, Commentary to art. 4, para. 9.

¹¹² Momtaz, **Attribution of Conduct to State**, s. 243.

¹¹³ Paolo Palchetti, *De Facto Organs of a State*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law www.mpepil.com, **Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law**, Heidelberg and Oxford University Press, 2012, s. 1. Londra dışında İngiliz polisi, İngiliz ulusal hukukuna göre devletin organı olarak kabul edilmemektedir. Uluslararası hukuk açısından ise İngiltere sınırları içerisinde devletin organı olarak kabul edilir, bkz. Brownlie, **State Responsibility**, s. 136.

*devlet adına hareket eden, gerçekte ise “bağımsızlığın” bir kurgu olduğu devlet ve devlet dışı birimler arası ilişkilerle ilgili bir hukuki nitelendirme yapılması gereken hallerde “yasal statü” nün ötesini araştırmak uygun olacaktır” demiştir.*¹¹⁴

Nitekim maddenin şerhinde de ifade edildiği gibi, bazı devletlerin organları yalnızca ulusal hukukları ile değil uygulama ile de oluşabilmektedir.¹¹⁵ Bu nedenle Komisyon’un bu yaklaşımı uluslararası hukukun asli üyesi olan bütün devletleri kapsayacak şekilde bir kural arz etmesi bakımından yerindedir. Böylece bir devlet, uygulamada aslında devlet organı gibi olan bir birimin eyleminden dolayı bunun ulusal hukukuna göre organ olmamasını gerekçe göstererek uluslararası alanda sorumluluktan kaçamayacaktır.¹¹⁶ Dolayısıyla devletin kendisi ile arasında *de jure* organlarda olduğu gibi resmi bir bağ bulunmayan, ancak *de facto* bir organ olarak kabul edilebilecek bir birimin yaptığı bütün eylemler de o devletin eylemi olarak kabul edilecektir.¹¹⁷

Ancak burada şunu da ifade etmek gerekir ki *de facto* organ statüsü sorumluluk hukuku açısından istisnai bir durumdur.¹¹⁸ Yani bir kişi veya birimin *de facto* organ olarak nitelendirilebilmesi için herhangi bir *de facto* bağ yeterli olmayacak bu bağın belirli niteliklere sahip olması gerekecektir.¹¹⁹ Bir birimin *de facto* organ olarak kabul edilebilmesi için sahip olması gerekli eşik UAD’nin Bosna Soykırımı Davası’nda ortaya konmuştur. Bu davada mahkeme, öncelikli olarak söz konusu birimin devlet ile tam bağımlılık (*complete dependence*) içerisinde olması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁰ Crawford bu konuda “tam bağımlılık”tan ne anlaşılması

¹¹⁴ Genocide Case, ICJ, 2007, s. 43.

¹¹⁵ YILC, 1971, vol. II (1), A/CN.4/SER.A/1971/Ad ((Part 1). (Çevrimiçi) https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1971_v2_p1.pdf, 8.4.2017.

¹¹⁶ Aust, *International Law*, s. 379; Palchetti, *De Facto Organs of a State*, s. 3

¹¹⁷ Crawford, *State Responsibility*, s. 126.

¹¹⁸ Crawford, *State Responsibility*, s. 125.

¹¹⁹ Palchetti, *De Facto Organs of a State*, s. 2.

¹²⁰ Genocide Case, ICJ, 2007, s. 43.

gerektiğinin Divan'ın Nikaragua Davası'nda ortaya konduğunu ifade etmektedir.¹²¹ Buna göre ulusal hukuk açısından devlet organı olmayan bir birimin devlet organı olarak kabulü için yani devletle arasında tam bağımlılığın söz konusu olduğunun kabul edilebilmesi için bu birimin devlet tarafından meydana getirilip getirilmediğine, devletin müdahalesinin eğitim ve finansal yardımın ötesine geçip geçmediğine, uygulamada fiili kontrol icra edip etmediğine ve yöneticilerin devlet tarafından atanıp atanmadığına bakılması gerekmektedir.¹²² Bu açıdan Milanovic de bir birimin *de facto* organ olarak kabul edilebilmesi için bu birim üzerinde devletin aynı ulusal hukukta düzenlenmiş olan bir *de jure* organ üzerindeki benzer bir kontrol ve yetkiye sahip olması gerektiğini ifade etmektedir.¹²³

6.6. Devlet Organının Yetki Aşımı

Devlet organları işlevlerini yerine getirebilmeleri için gerekli olan yetkilerle donatılırlar. Bu yetkilerle devlet mekanizmasının kendilerine tevdi ettiği görevleri yerine getirirler. Eylemlerini gerçekleştirirken bazen kendilerine verilen yetki veya görevin sınırları dışına çıkılabilmektedir. Yetki dışına çıkarak gerçekleştirdikleri eylemlere *ultra vires* eylemler denilir. *Ultra vires* kavramı, yetki aşımı veya kamu otoritesinin gücünü aşan anlamına gelmektedir.¹²⁴

Yetki aşımı hallerinde meydana gelen uluslararası hukuka aykırılıktan devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusu tartışmalara yol açmıştır. Devlet görevlilerinin yetkileri dışında yaptığı eylemleri devletin reddetmesi halinde bundan sorumlu tutulmayacağı ileri sürülmüştür. Dolayısıyla uluslararası hukukta *ultra vires*

¹²¹ Crawford, **State Responsibility**, s. 125.

¹²² Nicaragua Case, **ICJ**, para. 62-63.

¹²³ Marko Milanovic, "State Responsibility for Genocide", **The European Journal of International Law**, Vol. 17 no. 3, 2006, s. 577.

¹²⁴ Belgin Erdoğan, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 132.

eylemden devlet sorumlu tutulmayacaktır.¹²⁵ Milletler Cemiyeti'nin *Uluslararası Hukukun Kodlaştırılması Lahey Konferansı*'nda devletlerin sorumluluğu ile ilgili Uzmanlar Komitesi Rapor'unda devletlerin yetkisini aşan temsilcilerin eylemlerinden bazı şartların bulunmaması halinde sorumlu tutulamayacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Bu şartlar Rapor'da şu şekilde sayılmıştır:

*“Hükümetin yabancıya verilecek zarardan haberi olması ancak gerekli adımı atmaması, hükümetin eylemi gerçekleştiren görevliye karşı gerekli disiplin ve ceza önlemlerini uygun bir şekilde almaması, eğer haksız fiilde bulunan görevliye karşı yabancının izleyebileceği hiçbir hukuki yolun bulunmaması.”*¹²⁶

Ancak bu anlayışın günümüzde devam ettiğini söylemek mümkün değildir. Böyle bir anlayış uluslararası ilişkilerin bu denli çeşitli ve fazla olduğu bir dönemde hukuki güvenlik, devletlerarası güven gibi devletler arası ilişkilerde önemli ilkeler açısından kabul edilebilir değildir.¹²⁷ Ayrıca fiilen devletin organı gibi bir eylemi gerçekleştiren kişinin devletin ulusal hukuku uyarınca gerçekten organı olup olmadığı da önemsizdir.¹²⁸ Bu nedenle ulusal hukuka göre eylemin yetki aşımı niteliğinde olup olmaması yani ulusal hukuka uygun olup olmaması veya eylemi gerçekleştirenin ulusal hukuktaki durumu devletlerin sorumluluğu açısından bir bağışıklık

¹²⁵ Julius Goebel, “The International Responsibility of States for Injuries Sustained by Aliens on Account of Mob Violence, Insurrections and Civil Wars, **American Journal of International Law**, Vol. 8, 1914, s. 816.

¹²⁶ J. G. Starke, Imputability in International Delinquencies, **British Yearbook of International Law**, 19- 104, 1938, s. 112.

¹²⁷ Taslak maddelerin şerhinde, bu yönde bir kuralın bulunmasının uluslararası ilişkilerin yürütülmesi için lazım olan açıklık ve güvenlik unsurlarının sağlanması için gerekli olduğu ifade edilmiştir. (**ARSIWA**, Commentary to art. 7, para. 3.) Devletlerin sorumluluğuna ilişkin taslak madde'de de “Devletin bir eyleminin, uluslararası hukuka aykırı bir eylem olarak kabul edilmesi, uluslararası hukuktan ileri gelir. Uluslararası hukukça yapılan bu nitelendirme, aynı eylemin ulusal hukuka hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmez.” denilerek bu hususa ayrıca dikkat çekilmiştir.

¹²⁸ Ali Bal, **Devletin Sorumluluğu**, s. 197.

getirmemektedir.¹²⁹ Dolayısıyla devletlerin diğer organlarının bu eylemi gerçekleştiren organın eylemini reddetmesi devleti sorumluluktan kurtarmayacaktır.¹³⁰

Sorumluluğa ilişkin taslak madde 7'de yetki aşımı halinde devletlerin sorumluluğu hususu şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir devlet organının davranışı ya da kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da birimin davranışı, bu organ, kişi ya da birim bu nitelikte hareket ederken, yetkisini aşıya ya da talimatlara aykırı hareket etse bile, uluslararası hukuka göre devletin eylemi olarak kabul edilecektir”.

Bu çerçevede yetki aşımına ilişkin Taslak madde 7, hem devlet organlarının eylemlerini,¹³¹ hem kamu gücü kullanma yetkisi ile donatılmış birimlerin eylemlerini,¹³² hem de başka bir devlet tarafından bir devletin tasarrufuna verilmiş organların eylemlerini¹³³ kapsamaktadır.¹³⁴

Devlet organlarının gerçekleştirdikleri eylemlerin bir *ultra vires* eylem mi yoksa eylemi yapan kişinin özel eylem ile gerçekleştirdiği bir eylem mi olduğu sorunu da bu konuda önemli bir ayrımı gerekli kılmıştır. Kural olarak devlet organının yaptığı bir eylem *ultra vires* olsa da olmasa da kamu gücünün kullanılmasını içeriyorsa devletin eylemi olur ve bu eylem uluslararası hukuka

¹²⁹ Örneğin suçluların iadesine ilişkin bir andlaşmanın varlığına rağmen ulusal hukuka dayanarak geri verme talebinin reddedilmesi, ulusal hukuka uygun olmakla birlikte devletlerin uluslararası sorumluluğunu doğurmaktadır, bkz., Bal, **Devletin Sorumluluğu**, s. 197.

¹³⁰ **ARSIWA**, Commentary to art. 7, para. 2.

¹³¹ **ARSIWA**, art. 4.

¹³² **ARSIWA**, art. 5.

¹³³ **ARSIWA**, art. 6.

¹³⁴ Burada zikretmediğimiz özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğunu düzenleyen taslak madde 8, resmi otoritelerin yokluğu veya yetersizliği hallerinde devletlerin sorumluluğunu düzenleyen madde 9 ve iç çatışmalardan meydana gelen devletlerin sorumluluğunu düzenleyen madde 10, bu madde kapsamına girmemektedir.

aykırılık taşıyorsa devletin sorumluluğunu doğurur.¹³⁵ Daha açık ifadeyle burada önemli olan yetkinin uygun kullanılıp kullanılmadığı değil, o eylemde devlet otoritesinin yani kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığıdır.¹³⁶

Devletlerin yürüttükleri faaliyetler arasında yetki aşımına en sık rastlanan durum kolluk kuvvetlerinin faaliyetlerdir.¹³⁷ Bu konuda bazı mahkeme kararlarını incelemek uygulamada karşılaşılan sorunları ve çözüm yollarını ortaya koymak açısından yararlı olacaktır. Örneğin *Union Bridge Company Davası*’nda bir İngiliz askeri görevlisi tarafından Boer Savaşı sırasında düşman tarafın malları zannedilerek Amerikan mallarına el konmuştur. İngiliz-Amerikan Talepleri Komisyonu kararında savaşanlara ait mallara el koyma ile yetkilendirilmiş bu görevlinin yanlışlıkla da olsa kendisine verilmiş yetkiyi savaşmayan birisinin malına el koyarak aşmış olmasının İngiltere devletin sorumluluğuna engel olmayacağını ifade etmiştir.¹³⁸

Uygulamada çokça zikredilen *Caire* davasında, Fransız vatandaşı Caire adlı kişinin Meksika’da işlettiği misafirhaneye Meksika vatandaşı iki asker gelerek kendisinden parasını almaya çalışmış, ancak Caire bunu reddetmiştir. Askerler parayı alamayınca bu kişiyi kışlaya götürüp soymuş ve daha sonra da başka bir köye gidip öldürmüştür. Söz konusu olaya ilişkin davada Komisyon mahkemesi Meksika devletin bu Fransızın öldürülmesinden sorumlu olduğunu, zira askerlerin bu öldürme fiilini gerçekleştirirken Meksika devleti memuru olmanın verdiği yetkilerden yararlanarak gerçekleştirdiklerini ifade etmiştir. Mahkemeye göre, bu askerler,

¹³⁵ Shaw, **International Law**, 573-574.

¹³⁶ Crawford, **State Responsibility**, s. 136.

¹³⁷ Crawford, **State Responsibility**, s. 120. Bu açıdan 1949 Cenevre Konvansiyonlarına ek 1977 tarihli 1 Numaralı Protokol’ün 91. maddesi: “Çatışmanın tarafı... silahlı kuvvetlerinin parçası olan kişilerin bütün eylemlerinden sorumlu olacaktır” diyerek genel bir sorumluluk kuralı getirmiştir. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977, Article 91. (Çevrimiçi) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201125/volume-1125-I-17512-English.pdf>, 4.4.2018.

¹³⁸ **International Legal Materials**, vol II., 1924, para. 170.

devletin verdiği yetkiyi aşmış olsalar bile o makamın verdiği statü, hak ve araçları kullandıkları için devletin sorumluluğu doğmaktadır.¹³⁹

Ultra vires eylemlerin özel eylem ile işlenen eylemlerden ayırdedilebilmesine ilişkin önemli bir örnek *Mallen Davası*'dır. ABD'nin Teksas Eyaleti'nde görevli Konsolos Mallen bir polis tarafından iki kere saldırıya uğramıştır. İlkinde polis Mallen'e sokakta saldırıda bulunmuş, daha sonraki olayda ise aynı polis kimliğini göstererek Mallen'i tutuklamak amacıyla bindiği treni durdurmak istemiştir. Mahkeme'ye göre ilk saldırı herhangi bir özel kişinin gerçekleştirebileceği türden bir eylem olup, polisin sahip olduğu yetkilerin kullanımı söz konusu değildir. Fakat ikinci saldırıda polisin kimliğini göstermesi yani memuriyetini kullanması ve hapse atma gibi özel bir kişinin yapamayacağı bir yetkiyi kullanması gibi noktaları gözönünde bulundurmuş ve devletin bu ikinci eylemden sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴⁰ Somut olayda her iki eylem de kişisel sebeplerle gerçekleştirilmiştir, ancak karar açıkça göstermektedir ki önemli olan kamu gücünün kullanılıyor olmasıdır.

Bu açıdan *Yeager v. İran Davası* bir başka önemli örnektir. Dava bir İran havayolu görevlisinin yolcuyu, ödenmiş bilet için yeniden ödeme yapmak zorunda bırakması ve o dönemde hükümet ile resmi bağı olmayan İran Devrim Muhafızlarından iki üniformalı muhafızın rüşvet istemeleri ile ilgilidir. İlk olayda İran havayolları doğrudan devletin sahip olduğu bir şirkettir ve dolaylı olarak o görevli İran devletinin bir görevlisidir. Davaya bakan Tahkim Mahkemesi bu olayda İran havayollarında çalışan görevlinin kendi kişisel çıkarı haricinde, havayolu şirketi adına hareket ettiğine dair yeterli bir delil bulunmadığına hükmetmiştir. İkinci olayda ise söz konusu kişilerin gümrük görevlisi olmaları ve resmi sıfatları bulunmasından

¹³⁹ Antonio Cassese, The International Community's Legal Response to Terrorism, **International Comparative Law Quarterly**, Vol. 38, No 3, 1989, s. 598.

¹⁴⁰ **Mallén Case**, Mexico v United States s. 803-810.

ötürü yetki aşımı olsa da devleti bunların eylemlerinden sorumlu tutmuştur.¹⁴¹

Bu konuda yakın tarihli Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi-*Rodríguez v. Honduras Davası*'ndan bahsetmek yerinde olacaktır. Mahkeme bu davada Amerikalararası İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlal edilip edilmediği meselesinin ilgili devletin iç hukukunun ihlal edilip edilmediğinden veya organın bir ihlal gerçekleştirip gerçekleştirmediği ya da kendisine verilen yetkinin sınırını aşıp aşmadığından bağımsız bir mesele olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, uluslararası hukukta devlet temsilcilerinin resmi sıfatla gerçekleştirdikleri eylemlerin yetkileri dışında olması halinde bile devlete atfedilebilir olduğunu aktarmıştır.¹⁴²

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki *ultra vires* eylemler şeklinde sürekli tekrar eden bir durumun varlığı halinde, bundan haberdar olan bir devletin özen gösterme yükümü çerçevesinde bu durumu ortadan kaldırmaya yönelik gereken önlemleri alması gerekmektedir.

7. Bir Devletin Tasarrufuna Diğer Bir Devlet Tarafından Verilen Organların Eylemlerinin Devlete Atfedilmesi

Devletler bazı durumlarda organlarını başka bir devletin tasarrufuna verebilirler. Bu durumda söz konusu organın yaptığı uluslararası hukuka aykırı eylem, tasarrufuna verildiği devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Bu durum UHK Taslak madde 6'da şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir devletin rızası dahilinde bu devletin topraklarında bulunan bir devlete ait organ, topraklarında bu devlete ait organların bulunmasına izin veren devletin

¹⁴¹ Yeager v. Islamic Republic of Iran, The Iran-United States Claims Tribunal, 1987, **AJIL**, vol. 82, 1988, ss. 353-7. Taslak maddeler hazırlandıktan sonra da devletlerin sorumluluğunda *ultra vires* eylemlere ilişkin sorunlar uluslararası mahkeme kararlarına konu olmaya devam etmektedir.

¹⁴² Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Judgment, (Merits), **Inter-American Court of Human Rights**, 1988. (Çevrimiçi) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf, 6.7.2017.

idari yetkilerinin unsurlarını kullanıyorsa bu organın eylemi milletlerarası hukuk açısından (organın bulunmasına izin veren) devletin eylemi kabul edilir.”

Lafzından da anlaşılacağı üzere madde 6'daki gibi bir durumun ortaya çıkabilmesi için üç koşulun bulunması gerekmektedir. İlk olarak, başka bir devlete gönderilen birim gönderen devletin organı olmalıdır. Öyleyse özel kişiler ve devlet organı olmayan kişi veya birimler bu maddenin kapsamı dışında kalmaktadır. İkinci olarak gönderen devletin organı diğer devletin rızası ile orada bulunmalıdır, zira madde şerhinde açıkça gönderilen organın gönderildiği devlet mekanizması içerisine yerleştirilmiş olmasını öngörmektedir. Son koşul ise gönderildiği devletin tasarrufuna verilen organın gönderildiği devlette kamu gücü kullanma yetkisini haiz olması gereğidir.

Bu madde bağlamında *Chevreau Dava'sı* akla ilk gelen örneklerdendir. İran'daki İngiliz konsolosluğunda bir konsolos, geçici bir süre için Fransa Devleti'nin konsolosluk işlerini yerine getirmesi için görevlendirilmiştir. İngiltere tarafından Fransa'nın emrine verilen konsolos, Fransız temsilciliğinde görevini icra ettiği dönemde kendisine tevdi edilen bazı belgeleri kaybetmiş ve bunun üzerine Fransa dava açmıştır. Hakem mahkemesi İngiltere'nin başka bir devletin emrine verilmiş ve iki tarafın da rızasının olduğu bir görevi yerine getiren bu kişinin dikkatsizliğinden sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir.¹⁴³

Bu konuda AİHM içtihatlarında da örnekler bulunmaktadır. Örneğin *Jaloud v the Netherlands Davası*'nda Mahkeme Hollanda Devletine mensup askeri birliklerin Irak'ta İngiliz ve ABD askerlerinin kumandası altında hareket etmeleri halinde, bu durumun söz konusu kişileri AİHM madde 1 bağlamında Hollanda'nın yetkisinden çıkarıp, ABD ve İngiltere'nin yetkisine girdiği anlamına gelmediğine hükmetmiştir. Zira Mahkeme'ye göre Irak'taki Hollandalı askeri birlikler, başka bir yabancı gücün

¹⁴³ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, s. 406.

organlarının emrine verilmemiş veya münhasıran onun yönlendirme ya da kontrolünün altında bulunmamışlardır. Davada AİHM, Hollanda askeri kuvvetlerinin İngiliz Kuvvetlerinin komutasında olmasının Devlet organının başka bir devletin emri ve kumandası altında olduğu yerleşik kuralının davada mevcut olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkemeye göre Hollanda askeri kuvvetleri'nin İngiliz Askeri Kuvvetleri'nin veya Irak Askeri kuvvetlerinin emrine organının kullanımını vermemiştir. Kısmi bir yetki devri durum söz konusu değildir.¹⁴⁴

8. Resmi Otoritelerin Yokluğu ya da Yetersizliği Halindeki Eylemlerin Atfedilebilmesi

Resmi otoritenin yetersizliği veya yokluğu halinde, bir kişi veya grubun şartlar öyle gerektirdiği için kamu gücü kullanmaları durumunda bunların hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğun muhatabının yine devlet olduğu kabul edilmektedir.

Nitekim bu konuyu düzenleyen Taslak madde 9 uyarınca: “*Kişi ya da kişi grupları resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halinde, kamu gücü yetkilerini kullanıyor ve şartlar bu yetkilerin kullanılmasını gerektiriyorsa, uluslararası hukuka göre devletin eylemi olarak kabul edilir.*”¹⁴⁵

Maddede söz konusu isnadın yapılabilmesi için aranan şartlardan biri öncelikle yetkili otoritenin yetkilerini icra edemiyor hale gelmesidir. Bu gibi

¹⁴⁴ Jaloud v the Netherlands, Judgment, **European Court of Human Rights**, 2014, para. 142. (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-114929\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) 6.9.2017. Uluslararası örgütlerin askeri faaliyetlerinden sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sevda Keskin, **Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018. Liechtenstein adına yetki kullanan İsviçre polisinin sorumluluğuna ilişkin X-Y v. İsviçre Davası'nda ise Mahkeme İsviçre'nin bundan sorumlu olamayacağına ve Liechtenstein'ın da AİHS tarafı olmaması sebebiyle davaya bakamayacağına hükmetmiştir. (X-Y v. Switzerland Case, 402-406.)

¹⁴⁵ **ARSIWA**, art. 9.

durumlara örnek olarak bir devrim, silahlı çatışma veya yabancı işgali gösterilebilir. İkinci olarak olayda kamu gücü yetkileri kullanılmalı ve son olarak da bu yetkilerin kullanıldığı dönem otorite kaybının olduğu dönem olmalıdır. Dolayısıyla yukarıda saydığımız durumlardan herhangi birinin gerçekleştiği varsayılsa bile resmi otoritenin tekrar egemen güç kullanabilen tek güç haline geldiği bir dönemde söz konusu özel kişiler kamu gücü yetkilerini kullanmaya devam ederse, bunların eylemleri artık kapsam dışında kalmış olacaktır.¹⁴⁶ Bu duruma örnek olarak gösterilebilecek bir dava olan Yeager Davası'nda, İran – ABD Talepleri Mahkemesi devrimin başlangıcı sırasında İran'da çalışmakta olan Kenneth Yeager'e karşı o dönemde henüz resmi devlet organı sıfatını kazanmamış olan İran Devrim Muhafızlarının gerçekleştirdikleri eylemlerden İran devletinin sorumlu olacağına hükmetmiştir.¹⁴⁷

9. Ayaklanma ve İç Savaş Hallerinde Meydana Gelen Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerin Devlete Atfedilmesi

Günümüzde uluslararası nitelikte olmayan iç çatışmalar tarihte hiç olmadığı kadar artış göstermiştir.¹⁴⁸ Bu iç çatışmalar sırasında yabancıların mallarına ve canlarına birtakım zararlar ortaya çıkabilmektedir. İç çatışmalarda devletlerin sorumluluğu sorunu genellikle bu tür zararlarla ilgilidir.

UHK Taslağı madde 10'da iç çatışmalardan devletlerin sorumluluğu şu şekilde düzenlenmiştir:¹⁴⁹

¹⁴⁶ Erkiner bu maddenin eski dönemde ayaklanma hakkı olarak bilinen eski bir duruma işaret ettiğini aktarmaktadır. (Erkiner, **Devletin Sorumluluğu**, s. 159.)

¹⁴⁷ **Yeager v. Islamic Republic of Iran**, s. 353-7.

¹⁴⁸ Bunun birçok sebebi vardır. Ancak çalışmanın kapsamı dışında kalmasından dolayı değinilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Taşdemir, **Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku**, Ankara, Adalet, 2009.

¹⁴⁹ Taslağın ilk okuması sırasında iç çatışmalardan sorumluluk madde 14 ve 15'te düzenleniyordu. Madde 14'te asilerin eylemlerinden sorumluluğun doğmadığı düzenleniyor ve madde 15'te de bunun istisnasının yeni kurulan hükümet veya devlet olduğu aktarılıyordu. Özel raportör bu ayrımın silinerek,

1. Bir isyan hareketi başarılı olması halinde, bunların eylemleri uluslararası hukuk tarafından devletin kabul edilir.

2. Bir isyan hareketinin veya benzeri grupların eylemleri mevcut bir devletin ülkesinin bir kısmında veya yönetiminde bulunan topraklarda yeni bir devlet kurmayı başarır, uluslararası hukuka göre bu eylemler yeni devletin eylemi olarak kabul edilir.

3. İşbu madde, Taslak maddeler madde 4'ten madde 9'a kadar devletin eylemi olarak kabul edilmesi gereken bütün eylemlerin, isyancı hareketler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, devlete atfedilebilmesine engel değildir.¹⁵⁰

İç çatışmalar sırasında meydana gelen uluslararası hukuka aykırı eylemlerin devlete atfedilmesi bu madde bağlamında açıklanacaktır.

İlk olarak, bir iç çatışmanın taraflarından olan asiler devlet yapılanması içerisinde yer almıyorsa veya asilere devlet tarafından destek verilmemiş ve bunlar üzerinde devletin yönlendirme, emir veya kontrolü mevcut değilse, asilerin eylemleri devletlere atfedilemez.¹⁵¹ Uluslararası mahkeme kararlarında da kural bu şekilde uygulanmıştır. Örneğin *Solis Davası*'nda hakem mahkemesi, devlet otoritesine karşı

negatif bir kuralın konulmamasını önerdi ve madde bazı tartışmalardan sonra tek madde haline getirildi. Komisyon'un iç çatışmalarda ilgilendiği önemli bir sorun ayaklananları bir tutmanın özgürlük ve kurtuluş hareketlerine ilişkin hukukun gelişmesine engel olup olmayacağıydı. Ago bu hareketlerin ne zaman meşru olduğu sorununun, kişiliklerini tartışmaktan bağımsız olduğunu ifade etmektedir. (Crawford, **State Responsibility**, s. 172-173.)

¹⁵⁰ Maddeden yola çıkarak, uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesi ile ilgili kuralları üç temel kural şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Birinci kural, devletin kendisine karşı ayaklananların uluslararası hukuka aykırı eylemleri devletlere atfedilemez. İkinci kural, isyancı veya asiler yeni bir devlet kurmayı başarırlarsa, iç çatışmalara sırasında yaptıkları bütün uluslararası hukuka aykırı eylemler kendilerine atfedilir. Üçüncü kural, çatışmalar sırasında Devlet taslak maddeler 4-9 arasında düzenlenen eylemin devlete atfedilebilmesi durumlarını isyancılar gerçekleştirmişse dahi, eylemler devlete atfedilir.

¹⁵¹ Haig Silvanie, "Responsibility of States for Acts of Insurgent Governments", **AJIL**, Vol. 33, 1939, s. 90.

gelerek isyan otoritelerine karşı gelerek isyan eden grupların eylemlerinin söz konusu devletin sorumluluğunu doğuramayacağını bildirmiştir.¹⁵²

Kuralın bu şekilde yerleşmesinin altında yatan mantık açıktır. Devlet ve devlete karşı ayaklananlar birbiri ile mücadele eden birimlerdir ve ayaklananlar devlet adına herhangi bir kamu gücü kullanmamaktadırlar.¹⁵³ Sambiaggio Dava'sında bu minvalde şu açıklamalar yapılmıştır:

*“Öncelikle isyancılar devletin temsilcisi değildirler. Dolayısıyla doğrudan bir sorumlulukları bulunmamaktadır. Yine kendisine düşman birinin eylemlerinden kişinin kendisinin sorumlu olması hukuk mantığınca mümkün değildir. İsyancılar zaten hükümete karşı birimlerdir ve hükümetin kontrolü dışındadırlar”.*¹⁵⁴

Taslak madde 10/2'de düzenlenen diğer bir kural isyancı birimlerin yeni bir devlet olmaları halinde sorumluluğun bu birime atfedileceğidir. Bosna Soykırımı Davası'nda Divan taslak maddede düzenlenen bu kuralın uluslararası örf ve adet hukukunu beyan ettiğini ifade etmiştir. Diğer yandan, bu maddenin sadece söz konusu eylemlerin yeni devlete atfedilmesi ile ilgili olduğunu ama yeni devleti veya yeni devlet kurmayı başaran asileri bağlayıcı diğer yükümleri içermediğini ifade etmektedir. Bu doğrultuda taslak madde 13'te düzenlenen *“Bir devletin eylemi, o devlet eylemin meydana geldiği tarihte söz konusu yükümlerle bağlı değilse, bir uluslararası yükümlerin ihlalini oluşturmaz”* hükmünü de göz önünde bulundurarak

¹⁵² G. L. Solis (U.S.A.) v. United Mexican States, **UNRIAA**, Vol. IV, 1928, s. 358-364. (Çevrimiçi) https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/358-364.pdf, 8.9.2019.

¹⁵³ Crawford, **State Responsibility**, s. 170. Bu açıdan özel raportör Ago bir iç çatışma sırasında asilerin devletin organı olmadığı, kamu gücü kullanmadığı ve herhangi bir kontrol ya da yönlendirmenin bulunmadığı gibi gerekçelerle bu birimlerin devletin *de facto* organı olamayacaklarını ifade etmiştir, bkz., Gerard Cahin, “Insurrectional Movements” James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, in **The Law of International Responsibility**, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 247.

¹⁵⁴ Sambiaggio Case, Italy v. Venezuela, **UNRIAA**, Vol. X, Part 1, 1903. (Çevrimiçi) https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/477-692.pdf, 8.9.2019.

Federal Yugoslavya'nın o tarihte Soykırım Sözleşmesi ile bağlı olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁵⁵

Ancak devletlerin iç çatışmalardaki uluslararası hukuku aykırı eylemlerden uluslararası sorumluluğu, isyancıların eylemleri bakımından tedbirli davranma, önleme veya cezalandırma yükümlerini “iyi niyetle yerine getirmemesinden” ötürü doğabilmektedir.¹⁵⁶ Bu açıdan Komisyon madde 10, paragraf 3'e ilişkin şerhinde, *“isyancıların bir diplomatik misyon binasına yönelik saldırı tehditlerine karşı, bu binaların korunması için gerekli olan önlemleri almamasının, o devletin sorumluluğunu doğuracağı noktasında herhangi bir şüphe bulunmadığı”* ifade edilmiştir.¹⁵⁷

Asiler, şayet belirli bir toprak üzerinde kontrolü ele geçirirlerse ve fiili bir yaptırım uygulama gücü kazanırlarsa, orada devlet fonksiyonları icra ettikleri için eylemlerinden sorumlu tutulabileceklerdir. Bu tür durumları kitle ayaklanmalarından ayıran ise bu grupların bir ülke parçasını kontrol etmeleridir.¹⁵⁸ Gerçi böyle bir hareket geçici niteliktedir. Asiler devlet güçlerini yenerek yeni bir devlet veya hükümet kurabilir, yahut devlet güçleri yenilebilir. Dolayısıyla söz konusu birimin

¹⁵⁵ Genocide Case, **ICJ**, 2015, para. 102-105.

¹⁵⁶ Shaw bu yükümlüğün tam anlamıyla ne şekilde yerine getirileceğinin sorun teşkil ettiğini ifade eder, bkz., Shaw, **International Law**, s. 576. Bu açıdan örneğin *Home Missionary Society* Davası'nda hakem mahkemesi devlete ilişkin bazı şartların bulunmaması halinde, *“otoriteye karşı ayaklanmış isyancıları bastırmak için yaptığı eylemlerden sorumlu tutulamayacağını milletlerarası hukukun yerleşmiş bir kuralı”* olduğunu ifade etmiştir. (Home Missionary Society, American and British Claims Arbitration Tribunal, 1920, **AJIL**, Vol. 15, 1921, s. 295. (Çevrimiçi) https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/42-44_Brethren.pdf, 8.9.2018.; Maclean, **International Law**, s. 141.)

¹⁵⁷ **ARSIWA**, Commentary to art. 10, para. 15. Cahin'e göre de başarısızlık halindeki sorumluluk atfedilme kuralı değildir, olsa olsa özen gösterme yükümlüğünün ihlalden sorumluluk olacaktır. (Cahin, **Insurrectional Movements**, s. 247.

¹⁵⁸ Crawford, **International Law**, s. 171.

devletten farklılığını göstermesi açısından geçici kişiliği dikkate alınmalıdır.¹⁵⁹

Belirtmek gerekir ki, asilerin geçici bir hukuki kişilik kazanmaları durumunda bunlara sorumluluk yüklenmesi tartışmalıdır.¹⁶⁰ Ancak Cahin'in de belirttiği üzere söz konusu sorumluluk asilerin kişiliğinin kapsamı ve bu kişiliğin meşruiyeti sorunundan bağımsızdır.¹⁶¹ Dumberry de bir çatışmaya meşruiyet tanınmamasının çatışma sırasındaki hukuka aykırılıklar açısından bağımsızlık sağlamayacağını ifade etmiştir.¹⁶²

Asiler hükümet kurmaları halinde, çatışmalar sırasında yaptıkları eylemlerden sorumlu tutulurlar.¹⁶³ Bu kuralın altında yatan mantık isyancıların yeni hükümet olması ile birlikte mevcut devletin değişmeyip, kurumlar veya kişilerin değişmesine ve asilerin yönetiminin devletin yönetimi haline geleceği düşüncesine dayanmaktadır.¹⁶⁴ Bu açıdan bazı yazarlar asilerin *de facto* hükümete dönüşmesini bunların baştan itibaren milli iradeyi yansıttığı şeklindeki hukuki meşruiyet temeline dayandırmıştır.¹⁶⁵ Ancak Cahin'e göre bu konudaki en uygun ve hukuksal açıklama devletin devamlılığı ilkesi olacaktır. Buna göre asiler çatışmayı kazanmalarından itibaren devlet yapılanmasıyla yakın organik bir bağ kurmaktadır.¹⁶⁶ Dumberry de

¹⁵⁹ Cahin, **Insurrectional Movements**, 248.

¹⁶⁰ Crawford neredeyse sömürgelerin bağımsızlığı sürecinden sonra hiç tanınmamış bu kurumların işlevsiz olduğunu ifade eder.

¹⁶¹ Crawford, **State Responsibility**, s. 171.

¹⁶² Patrick Dumberry, "New State Responsibility for International Wrongful Acts by an Insurrectional Movement", **EJIL**, vol. 17, 2006, s. 611-612.

¹⁶³ Roberto Ago, Fourth Report, The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility, A/CN.4/264, **YILC**, 1972 para. 144-151. (Çevrimiçi) https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1972_v2.pdf, 4.5.2018. 1930 Kodlaştırma Komitesi, devletlere bu konudaki görüşlerini sormuş ve devletlerden görüş almıştır. Ayrıca Venezuela Talepleri Mahkemesi ve İran- Amerika Talepleri Mahkemesi de bu kuralın iyi yerleşmiş bir uluslararası hukuk kuralı olduğuna hükmetmişlerdir. (Crawford, **State Responsibility**, s. 175.)

¹⁶⁵ Chittharanjan Felix Amerasinghe, **State Responsibility for Injuries to Aliens**, Oxford, Clarendon Press, 1967, s. 4.

¹⁶⁶ Cahin'e göre taslak madde 10'un ifadesi, -atfedilmenin kapsamı devletin egemenliğinin sınırına

sorumluluğun örgütsel devamlılığın bir sonucu olduğunu ve bu şekilde kurulan fiili bağın yalnızca asilerin eylemlerini değil eski hükümetin hareketlerini de kapsayacağını ifade etmiştir.¹⁶⁷ Ancak Komisyon taslak madde 10'un şerhinde, asilerin hükümet olması halinde sorumlu tutulmaları kuralının çok geniş uygulanmaması gerektiğini, söz konusu sorumluluğun gerçek ve esaslı bir devamlılık ilişkisinin bulunduğu durumları kapsamaması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶⁸ Zira asilerin hükümet veya devlet olmadan önceki eylemlerinden sorumlu tutulmaları bunların eski yönetime halef olmalarından değil, atfedilme kurallarının geriye yürütülmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁶⁹

Madde 10 ile ilgili dikkat çeken bir başka husus, birinci paragrafta yeni hükümet kurabilme konusunda sadece asilere yer verilmişken, ikinci paragrafın yeni devlet kurulmasında asiler veya diğer hareketler şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Böyle bir ayrımın neden öngörüldüğü açık değildir. Bu düzenleme uygulama açısından da tamamen elverişsiz bir durumdur, zira yeni devlet oluşumu çoğu zaman asiler aracılığıyla gerçekleşmekte iken, hükümetlerin değişimi farklı birçok grupta olabilmektedir.¹⁷⁰

eşitlenir- ilkesini yansıtır şekildedir. (Cahin, **Insurrectional Movements**, s. 249.)

¹⁶⁷ Dumberry, **New State Responsibility**, s. 611-612.

¹⁶⁸ ARSIWA, **Commentaries** s. 51. Sorumluluğun ne zamandan itibaren isnat edilebileceği hususunda, Ago raporunda isyan hareketinin uluslararası hukuk kişiliği kazandığı andan itibaren olsun demiş, ancak Komisyon isyan hareketlerinin hukuk kişiliği kazanmaları tartışmalarına girmekten de imtina etmiştir. (Crawford, **State Responsibility**, s. 173.)

¹⁶⁹ Jean D'Aspremont, "Rebellion and State Responsibility: Wrongdoing by Democratically Elected Insurgents", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 58, Issue 2, 2009, s. 430. Örneğin Sierra Leone'de 1998 ateşkesinde yer alan taraflar arasında eski hükümetten üyeler olsa da hükümetler arasında tam bir devamlılık bulunmadığı için, Revolutionary United Front (RUF)'un yaptığı insancıl hukuk eylemlerinden sorumluluk yeni hükümete atfedilememiştir. (Ademola Abass, **Complete International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 776.)

¹⁷⁰ Asi tanımı için Ek Protokol 1997 madde 1 paragraf 1'deki eşğin kabul edilebileceği ifade edilmektedir, ancak Komisyon'un diğer hareketlerden kastının ne olduğu açık değildir.

10.Devlet Tarafından Kendisinin Olarak Tanınan ve Benimsenen Davranışın Atfedilmesi

Uluslararası hukuka aykırı eylemlerin devletlere atfedilmesi ile ilgili kuralların tamamında erişilmek istenen amaç söz konusu eylemleri gerçekleştirenin devlet olduğuna ilişkin bir bağ kurulmasıdır.¹⁷¹ Peki devletler hiçbir şekilde müdahil olmadıkları bir uluslararası hukuka aykırı eylemi, daha sonra kendisininmiş gibi sahiplenemezler mi? Uluslararası yargı kararları ve devlet uygulamaları incelendiğinde bu soruya verilecek cevap olumlu olacaktır. Devletler meydana geldiği sırada kendileri ile aralarında bir illiyet bağı bulunmayan eylemleri sonradan kabul ederek benimseyebilirler.¹⁷² Bu durumda söz konusu eylem doğrudan devletin eylemi olarak kabul edilmez, ancak kabul gördüğü ölçüde devletin eylemi sayılır. Devletin bir uluslararası hukuka aykırı eylemi benimseyerek, bu eylemden sorumlu olması düşüncesi Vattel'de temellerini bulmaktadır. Foreuvelle, Vattel'in bu görüşünün bu madde ile kabul edilen modern uluslararası hukuka işaret ettiğini ifade eder.¹⁷³

Uluslararası örf adet hukukunu yansıttığı kabul edilen madde 11'de bu durum şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Diğer maddeler uyarınca devletlere atfedilemeyen eylemler, kendisinin olduğunu benimsemesi veya kabul etmesi halinde, benimsediği ve tanıdığı ölçüde uluslararası hukuka göre devletin eylemi olarak kabul edilir.”*¹⁷⁴

Taslak maddede kabul (*acknowledgement*) ve benimseme (*adopt*) terimleri ile

¹⁷¹ Taslak m. 4 devletin organları, m. 5 devletin kamu gücü kullanma yetkisi verdiği, m. 8 devletin özel kişileri yönlendirme, kontrol veya talimat verdiği halleri düzenlemektedir. (vb.)

¹⁷² Kenan Dülger, **Devletlerin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, İstanbul, Beta, 2015, s. 166.

¹⁷³ Crawford, **State Responsibility**, s. 181.

¹⁷⁴ ARSIWA, art. 11.

açıklanan durum, bu kuralın dikkate alındığı bir dava olan Tahran Rehineleri Davası'nda ise uygun bulma (*approval*) ve onaylama (*endorsement*) terimleri tercih edilerek uygulanmıştır. Söz konusu kural açısından Tahran Davası'nda böyle bir tercih bilinçli olarak yapılmıştır, zira Divan ilgili olayda İran'ın meydana gelen gelişmeler karşısında hareketsiz kalma şeklindeki tavrını, devlet dışı aktörlerin eylemlerini kabul ettiği anlamında değil onayladığı yönünde yorumlamıştır. Bununla birlikte Taslak madde 11 kapsamına girecek bir durumda devletle eylem arasındaki bağın kurulabilmesi açısından aranması gereken kabulün daha açık bir şekilde desteğe dayanması istenmiştir. Bu bakımdan devletin yalnızca eyleme ilişkin niyeti (meydana gelen hukuka aykırılığı bilmesi ve ses çıkarmaması) değil, bu niyetin eyleme geçiş şekli (ilgili eylemi kendisinin kılacağı bir duruma getirmesi) de önemlidir.¹⁷⁵ Ancak bu konuda mahkemelerce yakın zamanda verilmiş bazı kararlarda devletin niyetini ortaya koyan kabulün zımnen de ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Örneğin, bir projenin çevresel değerlendirme yapan organın tavsiyesi üzerine Kanada Devleti'nce reddedilmesi üzerine açılan *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, inc. v. the Government of Canada* Davası'nda mahkeme, 2015 yılındaki kararında, davacının çevresel değerlendirme yapan birimin devletin bir organı olarak değerlendirilmese bile Kanada Devleti'nin haiz olduğu kamu gücü yetkileri kapsamındaki bazı yetkileri kullandığına ilişkin iddiasını, “*şüphesiz bir danışma organı ile hükümet aynı karara varabilir ancak olayda daha fazlası vardır. Hükümet JRP'nin görüşleri doğrultusunda hareket etmiş ve Çevre Bakanı... kararı kendisinin aldığını ancak JRP'nin raporunu titizlikle incelediğini ve JRP ile aynı sonuca vardığını ifade etmiştir*” diyerek, Kanada'nın taslak madde 11 bağlamında JRP'nin eylemlerini tanıdığı ve benimsediği gerekçesiyle sorumluluğuna hükmetmiştir.¹⁷⁶

¹⁷⁵ ARSIWA, Commentaries to art. 11, para. 7.

¹⁷⁶ William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL KİŞİLERİN EYLEMLERİNİN DEVLETLERE AT- FEDİLMESİ

Özel kişilerin eylemleri kural olarak, devletlerin sorumluluğunu doğurmamaktadır. Ancak devletlerin bu kuraldan faydalanarak her türlü sorumluluktan kolaylıkla kurtulmalarını önlemek amacıyla uluslararası hukukta bu temel kurala bazı istisnaların getirilmesi lüzumu doğmuştur. Bu açıdan münhasıran uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesine ilişkin kuralların açıklanmasını amaçlayan bu çalışmada öncelikle özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğunun doğmamasına ilişkin genel kuralın ve bu kurala ilişkin istisnaların teorik temelleri açıklanacaktır. Daha sonra söz konusu istisnalara temel oluşturan en önemli ilişki biçimleri arasında yer alan özel kişiler tarafından kamu gücünün kullanılması ve devletin emir, kontrol ve yönlendirmesi gibi konular ayrıntılı biçimde özel olarak incelenecektir.

1. Özel Kişilerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumlu Tutulamaması Kuralı

Uluslararası hukukta kural olarak, devletler özel hukuk kişilerinin eylemlerinden sorumlu tutulmazlar. Diğer bir deyişle özel kişilerin eylemleri nedeniyle herhangi bir sorumluluk devletlere teşmil edilemez.¹⁷⁷ Buna karşın devletin

Delaware, inc. v. Government of Canada, **Permanent Court of Arbitration**, (Case No. 2009-04), 2015, para. 321, 322, 324. (Çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4212.pdf>, 8.9.2018.

¹⁷⁷ ARSIWA, Commentary to art. 8, para. 1; Crawford, **State Responsibility**, s. 141. Bu kural doktrinde sorumluluğun atfedilememesi olarak ifade edilmektedir. (Tal Becker, **Terrorism and the**

doğrudan sorumluluğu ancak devletin organları, temsilcileri veya görevlileri gibi unsurların söz konusu olduğu görevlilik/temsilcilik (*agency*) bağları ile kurulur.¹⁷⁸ Devletlerin sorumluluğuna ilişkin bu genel kuralın temelinde “Devletler yalnızca kendi eylemlerinden sorumlu tutulurlar” kuralı yatmaktadır. Zira halen geçerli hukuk anlayışına göre özel kişilerin eylemleri devletlerin eylemlerinden tamamen ayrı tutulmakta ve yalnızca bu kişilerin devlet adına hareket etmeleri halinde bunların eylem ve işlemleri devletlerin eylemi haline gelmektedir.¹⁷⁹ Uygulamada bu kuralın katı şekilde yorumlanması ve uygulanması suretiyle devletlerin sorumluluğu açısından ciddi bir özel alan- kamu alanı ayrımı ortaya çıkmıştır.

2. Özel Kişilerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Kuralların Tarihçesi ve Teorik Temelleri

Özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğu konusunda bugün geçerli olan anlayışı ortaya koymadan önce, uluslararası hukuk tarihi içinde bu konuda benimsenmiş olan farklı görüşleri ve uygulamaları kısaca ele almanın gerekli olduğunu düşünüyoruz.

2.1. Müşterek Sorumluluk Doktrini

Müşterek sorumluluk doktrini, Roma hukuku ve o dönemdeki diğer

State Rethinking the Rules of State Responsibility, Hart Publishing, 2006 s. 37.) Ayrıca bkz. Clyde Eagleton, **The Responsibility of States in International Law**, New York University Press, 1928, s. 76-77; Brownlie, **State Responsibility**, 132-166; Ago, **Fourth Report**, s. 95-126; Questions Relating to Settlers of German Origin in Poland, Advisory Opinion, s. 22.

¹⁷⁸ Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 12.

¹⁷⁹ Özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumlu tutulmamasına ilişkin kuralın ele alındığı uluslararası mahkeme kararlarından birisi olan Finlandiya ile Ukrayna arasındaki Finnish Shipowners Davasındaki hakem mahkemesi kararında mahkeme, uluslararası hukukta özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğunun doğması için söz konusu eylemlerin iddialara muhatap devlet veya onun temsilcileri tarafından icra edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. (Finland/UK – Finnish Shipowners Case. **RIAA**, 934, Vol. III, s. 1479-1550. (Çevrimiçi) https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1479-1550.pdf, 8.9.2019.)

hukukların ve toplumsal hayatın doğal sonucu olan bir sorumluluk anlayışına dayanır.¹⁸⁰ O dönemlerde toplum bireylerden değil, ailelerden meydana gelmektedir. Bu aileler ise akrabalık gruplarını, akrabalık grupları kabileleri, kabileler devletleri meydana getirir.¹⁸¹ Orta Çağ hukukunda da sosyal yapılanmanın ve dolayısıyla sorumluluk anlayışının aynı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim bu dönemde de aileler köyleri, köyler de dükalıkları oluşturmaktadır.¹⁸² Söz konusu birimlerin sorumluluğu toplumların örgütlenme biçiminden etkilenmiştir. Buna göre bir grup veya birimin üyesi başka bir grup veya birimin üyesine zarar vermişse, zarar veren kişinin ait olduğu birimdeki bütün herkesin sorumluluğu doğmaktadır.¹⁸³ Bir kişinin verdiği zarar mensup olduğu bütün birimin sorumluluğuna yol açmaktadır.¹⁸⁴ Buna kabileler arası müşterek sorumluluk (*Sippenhaftung*) ilkesi adı verilmiştir. Bu ilke doğrultusunda kabileden birisinin işlediği bir suçtan ötürü kan davası güdülmekte veya tazminat andlaşması yapılmaktadır.¹⁸⁵

Daha sonra kabilelerin büyümesi ile müşterek sorumluluk anlayışı yumuşamıştır. Kabile suçu işleyen kişiyi kovarsa, sorumluluktan kurtulabilecektir. Kovulan kişi gayrı meşru kişi haline gelir ve diğer kabileler tarafından öldürülmesi halinde, öldüren kabileye karşı kan davası güdülmeyecektir.¹⁸⁶ Bu anlayış yöneten birimin zararın giderilmesine yönelik olumlu bir adım atması halinde sorumluluğun

¹⁸⁰ Roma toplum yapısının hukuk sistemine etkisi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Sir Henry Maine, **Ancient Law: Its Connection to the History of Early Society**, M. Dent & Sons Ltd. Aldine House Bedford St. London, 1917.

¹⁸¹ Jan Arno Hessbruegge, "The Historical Development Of The Doctrines Of Attribution And Due Diligence In International Law", **New York University Journal of International Law and Politics**, Vol. 36, No. 2- 3, 2004, s. 279.

¹⁸² Hessbruegge bu dönemde Kilise'nin veya Kutsal Roma İmparatorluğu'nun 11. yüzyılın sonlarına kadar gerçek iktidarı ele geçiremediğini, dolayısıyla bu açıdan siyasi merkezi bir otoritenin bulunmadığı Avrupa özelinde uluslararası hukuki düzenin kabileler arasında olduğunu aktarmaktadır. (Hessbruegge, **Attribution and Due Diligence**, s. 279.)

¹⁸³ Max Sorensen, **Manual of Public International Law**, St. Martins Press, New York, 1986, s. 531.

¹⁸⁴ Garcia Amador, **International Responsibility**, Fifth Report, **YILC**, 1960 Vol II, 1961, s. 61.

¹⁸⁵ Hessbruegge, **Attribution and Due Diligence**, s. 279- 280.

¹⁸⁶ Hessbruegge, **Attribution and Due Diligence**, s. 280.

kalkabileceğine işaret eden kuralın kabul görmesine yol açmıştır.¹⁸⁷

Bu çerçevede bazı yazarlar zarara ilişkin etkin bir tazmin mekanizmasının oluşturulması halinde, devletin ve dolayısıyla ilgili devlette yaşayan bütün kişilerin sorumluluktan kurtulmasının mümkün olduğu ifade etmişlerdir.¹⁸⁸ Örneğin William Hall bir devletin *prima facie* kendi ülkesindeki eylem veya ihlallerden sorumlu olduğunu, ancak söz konusu haksızlığı gidererek bu sorumluluktan kurtulmasının mümkün olduğunu ileri sürmüştür.¹⁸⁹ Eagleton da aynı görüşü benimsemiş ve etkin ulusal hukuk tazmin yollarının bulunuşunu, sorumluluğun devlet üzerinden kaldırılması için geçerli bir mekanizma saymıştır.¹⁹⁰

Günümüzde objektif sorumluluk kuralı denilen anlayışın temelinde müşterek sorumluluk görüşü yatmaktadır. Nitekim objektif sorumlulukta da toplu sorumluluk anlayışında olduğu gibi bir zarar meydana gelmişse herhangi bir kusurun aranmaması ve doğrudan sorumluluğun doğması kabul edilmektedir. 21. yüzyıl uluslararası hukukunda bu tür sorumluluk daha çok uzaydaki faaliyetler, nükleer faaliyetler ve çevreye ilişkin faaliyetlerde ortaya çıkmaktadır. Örneğin nükleer faaliyet yürüten bir özel işletmenin eylemlerinden bir başka devletin zarar görmesi halinde, işletmenin bulunduğu devletin herhangi bir kusur veya ihmali bulunmasa da bu zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Becker gibi yazarlar objektif sorumluluk yaratan durumların sınırlı olduğunu ve özel kişilere ilişkin genel kurala hanel getirecek seviyeye ulaşmadığını ifade etmiştir.¹⁹¹ Buna göre müşterek sorumluluk doktrininin andıran çağdaş objektif sorumluluk doktrininin sınırlı bir uygulama alanına sahip olması itibarıyla, “özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumlu tutulamaması” ana

¹⁸⁷ Hessbruegge, **Attribution and Due Diligence**, s. 280.

¹⁸⁸ Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 13.

¹⁸⁹ William Hall, **A Treatise On International Law**, 2. Baskı Oxford, Clendon Press, 1884, s. 193.

¹⁹⁰ Clyde Eagleton, “Measure of Damages in International Law”, **YLJ**, Vol. 39 -1, s. 56.

¹⁹¹ Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 14. Nitekim Lauterpacht da bu sorumluluk biçiminin çok tehlikeli faaliyetlerden doğan zarara karşı ekonomi politikaları ve risk paylaşımı gibi saiklerle ileri sürüldüğünü ifade etmektedir. (Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 14.)

kuralına bir hâlel getirmediği söylenebilecektir.

2.2. Hükümdarın Sorumluluğu Doktrini

Orta çağın müşterek sorumluluk anlayışından ayrılma yönündeki ilk görüşlerin Grotius ile ortaya çıktığı görülmektedir. Aynı dönemde Alberico Gentili'nin 1598 yılında yayınlanan *De Jure Belli Liberi Tres* adlı eserinde egemenin kendi dışında başka birisinin eyleminden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Ancak ülkesinde suç işleyen kişinin sürülmesi veya cezalandırılması şartı getirilmekte ve bugünkü *aut dedere aut judicare* ilkesinin temeli atılmaktadır.¹⁹² Grotius'a göre uluslararası hukukta sorumluluk halkın veya kişilerin değil kralın sorumluluğudur. Dolayısıyla Grotius'a göre Kral'ın emrindeki bir kişinin gerçekleştirdiği hukuka aykırılık, Kral'ın bir hatasının bulunmaması halinde uluslararası hukukunun kapsamında sorumluluk doğurmayacaktır.¹⁹³ Yine bu görüş uyarınca bir kral ülkesinde yaşayan kişilerin eylemlerine bir şekilde iştirak etmediği sürece o kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulamayacaktır.¹⁹⁴ Bu açıdan Grotius'a göre sorumluluk ülkesel ilişkiden değil devletin o ülkedeki kontrolünden kaynaklanmaktadır.¹⁹⁵ Ancak bir devlet ülkesindeki bir kişinin yaptığı hukuka aykırılığın farkında olup, onu önlemeye yönelik gerekli adımları atmaz veya eylem gerçekleştikten sonra sınır dışı etmez ya da cezalandırmazsa, bu hareketi bir nevi onaylamış ve göz yummuş sayılır. Devletin burada özel kişinin eyleminden doğrudan sorumluluğu değil, bu eyleme göz yumması ve zımnen onaylamasından kaynaklanan iştirakinden ötürü bir sorumluluğu mevcuttur. Vattel de Grotius gibi müşterek sorumluluk anlayışını reddederek özel kişilerin eylemlerinin devletler tarafından onaylanmadıkça ya da kabul edilmedikçe

¹⁹² Hessbruegge, *Attribution and Due Diligence*, s. 285

¹⁹³ Hessbruegge, *Attribution and Due Diligence*, s. 283. Grotius bu görüşünü ulusal hukuktaki “*kusur yoksa sorumlulukta yoktur*” anlayışından analogi yoluyla uluslararası hukuka geçirmiştir. (Aaron Fellmeth ve Maurice Horowitz, *Guide to Latin International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, s. 238.)

¹⁹⁴ Becker, *Terrorism and State Responsibility*, s. 14.

¹⁹⁵ Hessbruegge, *Attribution and Due Diligence*, s. 287.

bu eylemlerden sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir. Vattel'e göre bir egemen meydana gelecek olan haksızlığı giderebilecek durumda olduğu halde bunu yapmıyor veya meydana gelen haksızlığı cezalandırmıyorsa bu eylemden sorumlu tutulabilecektir.¹⁹⁶

İştirak doktrini, müşterek sorumluluk teorisine kıyasla dönemin devlet anlayışına daha uygun sayılmıştır.¹⁹⁷ Modern devletler devletin tüzel kişiliği ile özel kişiler birbirinden ayrılmıştır. Müşterek sorumluluk doktrini bu gelişme karşısında yetersiz kalmıştır.¹⁹⁸ Buna karşın iştirak doktrininde bir özel kişinin eyleminden devletin sorumlu tutulmaması genel kuralını kabul edilirken, ancak devletin kendi üstüne düşeni yapmaması yani kusurlu davranması üzerine sorumlu tutulması öngörülmektedir. Bununla beraber sonraki dönemde iştirak teorisine yönelik bazı eleştiriler bu teoriyi savunan hukukçuları devletin hukuka aykırılığı önleme ya da cezalandırma yükümünü yerine getirmemesinin söz konusu fiile iştirak etmiş sayılacağı düşüncesinden vazgeçmeye zorlamıştır. Bu çerçevede bir devletin gerekli cezayı vermemesi veya önlemeye çalışmaması fiilinin kendisi bizatihi uluslararası hukuka aykırı sayılmıştır.¹⁹⁹ Ago bu yeni anlayışı sistematik şekilde izah etmiştir. Ago'ya göre devletin organ veya temsilcilerinin eylemleri kesinlikle devletin eylemidir. Buna karşın devlet dışı aktörlerin (ör. başarısız ayaklanmalar ve olağan suçlar gibi) eylemleri hiçbir şekilde devletin eylemi değildir. Ancak bir devlet bu aktörlerin eylemlerinin önlenmesi ve cezalandırılmasına ilişkin görevlerini yerine getirmese, bu yerine getirmeme eyleminden ötürü devletin sorumluluğu doğar.²⁰⁰

¹⁹⁶ Hessbruegge, **Attribution and Due Diligence**, s. 287.

¹⁹⁷ İştirak teorisinin günümüzdeki bir başka izdüşümü Uluslararası Hukuk Komisyonu Taslağının 16. maddesinde görülmektedir. Bu madde bir devletin diğer devletin eylemlerinden sorumlu tutulması ile ilgili olup, devletin söz konusu olan hukuka aykırılığa yardım, destek veya katılması halinde ortaya çıkmaktadır.

¹⁹⁸ Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 17.

¹⁹⁹ Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 19.

²⁰⁰ Christenson, **Christenson, Attributing Acts of Omission**, s. 326.

2.3. İştirak Doktrininin Özel Kişilerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğuna Geçiş

İştirak doktrininin sonra, özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğunun doğması anlayışına geçilmiştir. Özel kişilerin eylemlerinden devletin sorumlu tutulması noktasında Janes Davası dönüm noktasını teşkil etmektedir.²⁰¹ Dava Meksika’da bir maden şirketinde eski işvereni tarafından öldürülen Byron Everett Janes adındaki bir Amerikan vatandaşının ölümünden Meksika’nın sorumlu tutulup tutulamayacağı ile ilgilidir. Davada ABD tarafı Meksikalı otoritelerin işlenen cinayeti önlemede gerekli özeni göstermediğini ve daha sonra da suçu işleyeni cezalandırmadığını ileri sürmüştür. Nitekim mahkeme de kararında Meksika Devletini adaleti gereği gibi yerine getirmedikten dolayı sorumlu bulmuştur.²⁰²

1925 tarihli Zafiro Davası’nda Amerikan- İngiliz Talepleri Hakem Makemesi devlet ile temsil ilişkisi içerisinde bulunmayan özel hukuk kişilerinin suç teşkil eden eylemlerinden ABD’yi sorumlu tutmuştur. Dava konusu olayda Zafiro, Amerikan Donanması’nın Hong Kong’dan satın aldığı ticaret gemisidir. Donanma gemiyi, genel amaçlarla değil, kömür temini, ikmal veya destek işlerinde kullanmıştır. Geminin alınma amacı, sefer sırasında zorlukla karşılaşmadan limanlara giriş çıkış yapabilmektir. Bu limanlardan biri olan Filipinler’deki Cavite limanında geminin Çinli mürettebatı kıyıya çıkararak kargaşa çıkarmış, yağma ve benzer suçları işlemiştir. Mahkeme kararında ABD’yi özel kişilerden oluşan bu mürettebatın işledikleri eylemlerden sorumlu tutmuştur. Mahkemeye göre, ABD’nin sorumluluğu özen gösterme yükümünü yerine getirmemesi sonucu zararın meydana gelmesinden

²⁰¹ Laura MB Janes (USA) v United Mexican States, **RIAA**, 1925, 4, para. 82. (Çevrimiçi) https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/82-98.pdf, 8.9.2018.

²⁰² Jimenez De Arechaga, International Responsibility, in M. Sorensen (ed.), **Manual of Public International Law**, London, Macmillan, 1968, s. 559.

doğmuştur.²⁰³

Konumuz açısından sıkça atıf yapılan bir başka dava ise Stephens Davası'dır. Dava olay Amerikan vatandaşının Meksika ordusunda yardımcı sınıf mensubu Lorenzo Valenzuela tarafından vurulması üzerine Meksika'nın sorumluluğu ile ilgilidir. Valenzuela adlı kişi söz konusu eylemi ordu kuvvetlerinin dağıtımı sırasında üzerinde ordu mensubu olduğunu gösterir mahiyette bir işaret bulunmadığı sırada işlemiştir. Ancak mahkeme bu kişinin aslında Meksika ordusuna mensup olduğu ve işlediği suçtan Meksika'nın sorumluluğunun doğduğu yönünde karar vermiştir.²⁰⁴ Mahkeme Lorenzo'yu özel kişi olarak değil devletle resmi bağı bulunan kişilerden ve devletin bir organı olarak değerlendirmiştir.

Son olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nu etkileyen kararlardan ABD-Almanya Karma Talepler Komisyonu'nun Almanya v. Lehigh Valley RR Co. and Agency of Canadian Car and Foundry Co. Ltd Davası'na değinmek yerinde olacaktır. Mahkeme bu davada Birinci Dünya Savaşı sırasında New York'taki Black Tom tren yolu istasyonu ve New Jersey'deki Kingsland araba ve demir döküm fabrikasında çıkan yangınlarda Almanya'nın sorumluluğunun doğup doğmadığını araştırmıştır. Kararda sorumluluk hukuku açısından çok önemli ifadeler zikredilmiştir. Mahkeme sorumluluğun ileri sürüldüğü her iki yangında da Alman idareleri ile ilişki içerisinde olduklarının ispatlanması halinde devlet görevlileri ile ilgili kişiler arasındaki bağı başka bir delil ya da gerekçe aramadan yeterli göreceğini ifade etmiştir. Ancak Almanya'nın bu olayları gerçekleştirdiğine dair herhangi bir kanıtın bulunmaması nedeniyle Alman Devleti'nin sorumluluğunun doğmadığı ifade

²⁰³ D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States (Zafiro case), 1925, **RIAA**, Vol. 6, s. 160 – 165. (Çevrimiçi) https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/160-165_Earnshaw.pdf, 4.11.2017.

²⁰⁴ Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States, 1927 **RIAA**, Vol. 4, s. 265 – 268.

edilmiştir.²⁰⁵

Aslında erken dönem davaları olarak değerlendirebileceğimiz bu davalar özel kişilerin eylemlerinden devletin sorumluluğunun doğması ile doğrudan ilgili değildir.²⁰⁶ Bununla birlikte özel kişilerin eylemlerinden devletin sorumluluğu noktasında bu davalara atıf yapılması yanlış değildir. Zira mahkemelerin söz konusu kararlarındaki ifadeler değerlendirildiğinde bir devletin ulusal hukukuna göre devletin organı olmayan gerçek kişilerin eylemlerinden devletin sorumlu tutulması konusunda bazı hallerde sorumluluğun devlete atfedilebileceğinin açıkça kabul edildiği görülmektedir.

3. Kamu Gücü Kullanma Yetkisi Verilen Birimlerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğu

Devlet ülkesinde kamu gücü kullanma yetkisini elinde bulunduran birimdir. Modern ulus devlet sisteminin ortaya çıktığı dönem kamu gücü kullanma yetkisi hala tamamen devletin elindedir. Ancak zamanla devletler kamu gücü kullanma yetkisini özel kişilerle paylaşmaya başlamıştır. Bu değişiklik devlet yönetimindeki anlayış farklılığından kaynaklanmıştır. Özellikle ekonomik faaliyetler söz konusu olduğunda kamu gücünün özel idari birimlere veya kişilere iş yaptırılmak suretiyle devredilmesinin ilk örnekleri Birinci Dünya Savaşı'nın sonlarında görülür. Bu anlayış SSCB'nin dağılması ve sosyalist ekonomik modelin çöküşünün ardından genel bir

²⁰⁵ Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases), **RIAA**, 1930 Vol. 8, s. 84-101.

²⁰⁶ Bu sayılan davaları erken dönem davaları olarak nitelendirmemizin sebebi UAD'nın Nikaragua Davası ve bu davadan sonra uluslararası mahkemeler önünde görülen başka davalarda özel kişilerin devletler tarafından kontrol, yönlendirilme veya talimat alma hallerinde uygulanacak kurallara ilişkin çok önemli yeni gelişmelerin meydana gelmiş olmasıdır. Devletlerin özel kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulmalarına ilişkin yeni gelişmeler için bkz. Robert McCorquodale, Penelope Simons, "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility For Extraterritorial Violations By Corporations Of International Human Rights Law" **Modern Law Review**, Vol.70- 4, 2007, s. 611.

kabule dönüşmüştür.²⁰⁷

Lahey Konferansı hazırlık komitesinde konu değerlendirildiğinde bazı devletler bu durumu *territorial-ülkesel* birimlerin eylemlerindeki duruma benzetmişlerdir. Konferans'ın 16. oturumunda bir devletin yasal veya idari özellik gösteren faaliyetlerini özel birimler aracılığıyla gerçekleştirmesi sırasında, uluslararası yükümlülüklerinin ihlal edilmesi halinde bundan sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir.²⁰⁸

Bu konudaki yargı kararları da kodlaştırma çalışmaları ile aynı doğrultudadır. İkinci Dünya Savaşı sonrası, Fransız-İtalyan Uzlaştırma Komisyonu önüne gelen konularda, olaydaki bazı birimlerin devlet organı olmamakla birlikte, eylemlerinden dolayı devletlerin yükümlülüğünün doğduğuna karar verilmiştir. Örneğin *Mosse Davası*'nda faşist rejime ait birimler, Fransız vatandaşlarına ait malların müsadere edilmesinden, bunların etkin şekilde kamu gücü kullanıp kullanmadıklarına bakılmaksızın sorumludur, denilmiştir. Komisyona göre uluslararası hukuk, devletlerin iç düzenlemesiyle ve bu iç düzenlemedeki etkinlik veya geçerlilikle ilgilenmez. Atfedilme devletin içerisinde kamu gücü kullanan kim olursa ona ulaşacak şekilde düzenlenir.²⁰⁹

Bu konuda UHK'nın yaklaşımı, özellikle ilk okuma sırasında taslak madde 7'de düzenlendiği şekliyle, Lahey Kodlaştırma çalışması ile örtüşmektedir. Bu haliyle madde 7'de kamu organı olan ülkesel birimler ve diğer benzer birimlerin eylemlerinin devletin eylemi gibi kabul edileceği ifade edilmiştir. Ancak ikinci okuma sırasında Komisyon üyeleri kamu gücü uygulama yetkisi verilen birimlerle ilgili müstakil bir

²⁰⁷ Jan Ole Voss, **The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors**, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 139; Momtaz, **Attribution of Conduct to State**, s. 244.

²⁰⁸ ARSIWA, Commentary to art. 5, para. 4.

²⁰⁹ ARSIWA, Commentary to art. 5, para. 4.

düzenleme getirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.²¹⁰ Zira göre, kamu organı olan ülkesel birimler devlet yapılanması içerisinde yer alırken, kamu gücü kullanan diğer birimlerin devlet yapılanması içerisinde yer almazlar.²¹¹

Bu çerçevede Taslağın son halinde yer alan madde 5 bir devletin eylemi gibi gözüken ancak taslak madde 4 uyarınca devlet organı niteliği taşımayan birimlerin eylemlerinden sorumluluğu düzenlemektedir.²¹² Devletin organı olmayan ancak kamu gücü kullanmakla yetkili kılınmış birimlerin faaliyetlerinden devletin sorumluluğu madde 5'te şu şekilde ifade edilmiştir:

Madde 5

Kamu Gücü Unsurlarını Kullanan Kişi ve Birimlerin Tasarrufu

“Madde 4 uyarınca devlet organı olmayan ancak kamu gücü unsurlarını kullanma yetkisi o devletin hukuku tarafından kendilerine verilmiş kişi veya birimlerin eylemleri, ilgili olayda bu nitelikte hareket ettikleri müddetçe, uluslararası hukuka göre devletin eylemi kabul edilir.”

²¹⁰ Momtaz, **Attribution of Conduct to State**, s. 244.

²¹¹ Crawford Anglosakson hukukunda bu birimleri karşılamak için *agent* (ajan) kelimesinin kullanıldığını aktarmaktadır. Devletin Sorumluluğuna ilişkin taslak maddeler hazırlanırken, *agent*/ajan kelimesinin kullanılmasından kaçınılmış, yerine Kıta Avrupa'sının kullanmaya veya Kıta Avrupası'nda kullanılan birim daha yatkın olduğu *entity*/birim terimi tercih edilmiştir. (Crawford, **State Responsibility**, s. 144.)

²¹² Taslak madde 5, yukarıda bahsedildiği üzere, modern devlet sisteminde sıkça karşılaşılan, özel kişilere kamu yetkilerinin verilmesi yoluyla kamu işlerinin gördürülmesi sırasında oluşan uluslararası hukuka aykırı eylemlerden sorumluluğu düzenlemektedir. Ancak hem devlet organı olmayan hem devlet tarafından resmi olarak yetkilendirilmemiş birim ve kişilerce gerçekleştirilen eylemlerden de devletin sorumluluğu doğabilmektedir. Devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü ile gerçekleştirilen eylemlerden bir devletin sorumluluğunun doğmasına ilişkin durum taslak madde 8'de düzenlenmektedir ve ileride ayrıntılı inceleneceği için burada değinilmeyecektir. (ARSIWA, Commentary to art. 5, para. 1.; Simon Olleson, **The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – Preliminary Draft**, British Institute of International and Comparative Law, 2007, s. 61.)

Devletin taslak madde 5 bağlamında sorumlu tutulması için, söz konusu birimin devletin organı olmaması ancak kamu gücü kullanma yetkisi ile yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. O halde “yetkilendirilme” ve “kamu gücü” kavramları bu madde açısından önem arz etmektedir.

Serbest piyasa ekonomisinin geçerli olduğu ülkelerde uygulamada kamu gücünü kullanan birimlerin tespiti açısından ayırt edici bir ölçüt bulmak oldukça zordur. Zira bu tür birimler çok geniş sahada faaliyet göstermektedir. Ayrıca kendilerine verilen hukuki yetki de çok çeşitlilik göstermektedir. En genel ortak noktaları devlet tüzel kişisinden farklı bir hukuk kişiliğine sahip olmalarıdır. Bunun dışında da elbette ayırt edici ölçütler bulunmaktadır. Ancak bunların tespiti uygulamada birtakım güçlükler doğurmaktadır. Devletin bu birimlerin sermayesine katılımı, yönetimine katılımı, maddi desteği gibi hususlar göz önünde bulundurulan ölçütlere örnek olarak verilebilir. Nitekim devletlerin iç hukukları söz konusu olduğunda bir birimin kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğunun belirlenmesinde genellikle sermayesine veya malvarlığına devletin katılımı, devletin kontrolünde olup olmadığı veya kontrolünde ise devletin o birim üstünde ne ölçüde etkili olduğu gibi hususların göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Ancak bu ölçütler o birimin faaliyetlerinden devletin uluslararası alanda sorumluluğunun doğmasında kullanılabilecek nitelikte değildir. Bu ölçütlerin hiçbirisi karar verme aşamasında tek başına nihai ölçüt olarak yeterli olmamaktadır.²¹³ Uluslararası hukuk açısından bu konuda uygulanabilecek en uygun kıstas ilgili birimlerin devlet organlarının gerçekleştirebileceği türden eylemleri gerçekleştirebilme yetkisi ile yetkilendirilmiş olup olmadıklarıdır.²¹⁴ UHK şerhinde de ortak ölçütün “*bir devletin organlarınca gerçekleştirilen veya gerçekleştirilebilecek nitelikteki eylemleri gerçekleştirebilmesi için bazı birimlerin*

²¹³ Momtaz, **Attribution of Conduct to State**, s. 244 – 245.

²¹⁴ ARSIWA, Commentary to art. 5, para. 3.

bazı işlevleri yerine getirmek üzere yetkilendirilmesi” olduğu ifade edilmiştir. O eylem bağlamında birim ile devlet arasında “yetkilendirme ilişkisi olmalıdır.”²¹⁵ Bu ölçüte işlevsel ölçüt denilmektedir.²¹⁶

Yetkilendirme kamu gücü kullanmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır.²¹⁷ Ancak kamu gücünün tanımı noktasında öncelikli bir kabul yoktur. Genelde her toplumun tarihine, geleneklerine göre değişkenlik gösterebileceği kabul edilmektedir.²¹⁸ Bununla beraber bazı hallerde kamu gücü unsurlarının kullanıldığı konusunda şüphe yoktur. Örneğin gözaltı ve tutuklama kararlarının uygulanması, göç kontrolü ile ilgili işlemler veya el konulacak malların saptanması gibi durumlarda kamu gücü kullanıldığı kabul edilmektedir.²¹⁹ Taslak çalışma hazırlanırken kamu gücünün nasıl anlaşılacağı hususunda tarihsel teamülün yetersiz kalabileceğinin fark edilmesi üzerine uygulamada kolaylık sağlayacağı düşünülen birtakım ölçütler sıralanmıştır. Bunlar verilen yetkinin içeriği, yetkinin veriliş usulü, kullanılan yetkinin amacı, birimin kullandığı yetkilerden ötürü ne ölçüde hesap verebilir olduğu gibi ölçütlerdir.²²⁰ Şimdi bu unsurları ayrıntılı açıklayalım. Değerlendirmede göz

²¹⁵ Bu kriterin hem doktrinle hem de uluslararası örf adet hukuku ile uyum içinde olduğu ifade edilmektedir. (Momtaz, **Attribution of Conduct to State**, s. 245.) Bazı yazarlara göre de devletin ilgili birim üzerindeki kontrolünün derecesi önemlidir. Devletin etkin bir kontrolü şirketin eylemlerini devlete atfedebilmek için yeterli olacaktır. Böcksteigel ise atfedilme hususunda şu kriterleri belirlemiştir: devlet tarafından yetkilendirilmiş gibi gözüken birimlerin kamusal görevler yapmaları (bu eylemlerin *jure imperii* nitelikli olmaları) ve devletin uluslararası yükümlerini yerine getirmemek amacıyla ilgili birimleri kullanıp kullanmadığı, Voss, **The Impact of Investment Treaties**, s. 144. Ayrıca bkz., Michael Feit, Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State Owned Entity, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 28 – 1, s. 147-148.

²¹⁶ Taslak madde 4'teki ölçüte de yapısal ölçüt denilmektedir.

²¹⁷ Kısmen veya tamamen devletin sahip olduğu veya yönettiği birimler olarak, kamu şirketleri, yarı kamu birimleri, çeşitli kamu ajansları örnek olarak sayılmaktadır. Adları farklı biçimlerde olsa da ortak noktaları devletin ulusal hukuku uyarınca çeşitli oranlarda kamu gücü yetkileri kullanmaya yetkilendirilmesidir, ARSIWA, Commentary to art. 5, para. 2.

²¹⁸ ARSIWA, Commentary to art. 5, para. 2.

²¹⁹ Crawford, **State Responsibility**, s. 129.

²²⁰ Crawford, **State Responsibility**, s. 129.

önünde bulundurulan ilk ölçüt söz konusu eylemin devletin olağan bir eylemi olmasıdır. Bu açıdan özel bir tüzel kişi, herhangi bir devlet izni ya da müdahalesi olmadan bu eylemi gerçekleştirebiliyorsa, bu eylemde kamu gücü kullanımının gerektiği şeklinde değerlendirilemez. Bu düşüncenin temelinde devletin sınırlı yargı bağışıklığında esas alınan *acte jure gestionis* ile *acta jure imperii* ayrımı yatmaktadır.²²¹ Bu konuda ikinci ölçüt, kamu gücü kullanımına ilişkin yetkinin verilmesiyle ilgilidir. Yetkilendirme genel olarak devletlerin idari işlemleri veya yasaları aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Ancak devletler artık artan bir şekilde, özel hapisaneler veya özel askeri şirketlerin kullanılması gibi durumlarda sözleşmeye bağlı düzenlemeler de yapmaktadır.²²² Bu tür faaliyetler de şayet kamu sözleşmeleri aracılığıyla kanuna uygun şekilde gerçekleştirilmişse, bunlar taslak madde 5 kapsamında değerlendirilebilecektir.²²³ Üçüncü ölçüt verilen yetkinin amacıyla ilgilidir. Diğer bir deyişle verilen yetki geleneksel egemen eylemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak için verilmiş olmalıdır. Hyatt v. İran Davası'nda bu konu araştırılmıştır. Mahkeme dava konusu eylemleri gerçekleştiren vakfın kuruluş amaçları bağlamında kabul edilen durumların İran Devleti vasıtasıyla yapılabilecek faaliyetler olduğunu bu nedenle sorumluluğun doğduğu sonucuna varmıştır.²²⁴ Son ölçüt nezaret etme ve gözetim altında bulundurma ile ilgilidir. Bu açıdan verilen kamu yetkisine ilişkin gözetimde ve denetimde bulunma belirleyici olacaktır. Bu ölçüt açısından da Hyatt v. İran davası iyi bir örnektir. Olaydaki vakıf açık bir şekilde İran Devletinin gözetimi altındadır. Vakfın görevlileri Ayetullah Humeyni tarafından atanmış, ekonomik ve ticari ilişkileri İran Başbakanlık Ofisi tarafından denetlenmekte

²²¹ Crawford böyle bir ilişki kurulabilmesinin, uluslararası hukukun farklı dalları içerisinde uyumaya bir örnek olacağını ifade etmiştir, Crawford, **State Responsibility**, s. 130.

²²² Ayrıca özel hapisaneler örneğinde olduğu gibi temizlik, gıda, eğitim gibi faaliyetlerin yürütülmesinin yanında, tutuklama, gözaltı, iç disiplin gibi alanlarda kullanılan yetkilerden de bahsedilmektedir, Crawford, **State Responsibility**, s. 130.

²²³ Crawford, **State Responsibility**, s. 131.

²²⁴ Crawford, **State Responsibility**, s. 130.

ve hesapları kamu denetimi altındadır.²²⁵

Madde 5 ile oldukça katı bir rejim getirilmiştir. Çünkü söz konusu birimin normalde devlet organlarıncı gerçekleştirilebilecek eylemleri gerçekleştirmek üzere yetkilendirilmiş olması ve söz konusu işin kamu gücü kullanılmadan gerçekleştirilemeyecek olması gerekmektedir. Bu açıdan Taslak madde 5 uyarınca ilgili birimin kamu gücünü kullanabilmesi için resmi şekilde ve devletin hukuki düzenlemeleri aracılığıyla yetkilendirilmesi önemlidir.²²⁶ Ancak Taslak Madde 5'in devletin kontrolünden ziyade ilgili birimin kamu gücü kullanması ile ilgilendiği de söylenebilir. Zira devletin kontrolünün derecesi ne olursa olsun, fiili olarak kamu gücü kullanmıyorsa bunun bir anlamı olmayacaktır. Bu açıdan mahkemelerin madde 5 ve 4'ü yorumlarken yapısal ve işlevsel ölçütleri birlikte değerlendirmeye tabi tuttukları dikkat çekmektedir.²²⁷

4. Özel Kişilerin Eylemlerinden Sorumluluğa Dair Taslak Madde 8

Özel kişilerin eylemlerinden devletin sorumlu tutulmaması temel kural olsa da günümüzde özel kişilerle devlet arasında uluslararası hukuk tarafından tanınan bazı özel durumların bulunması halinde devletin bu özel kişilerin eylemlerinden sorumluluğunun doğduğu kabul edilir.²²⁸ Eğer bir devlet organı tarafından bir özel

²²⁵ Aust, **International Law**, s. 379.

²²⁶ Ancak yetki kanununun ilgili birimin sorumluluklarını tüketici şekilde saymasına gerek yoktur. (Crawford, **State Responsibility**, s. 132.) Bu konuda bazı istisnalar da mümkün olup, Taslak madde 5'te özel güvenlik şirketlerinin hapisane korumalığı/gardiyanlığı için sözleşmelere taraf olmaları buna örnek gösterilmiştir. (Aust, **International Law**, s. 380.)

²²⁷ Voss, **The Impact of Investment Treaties**, s. 146. Ayrıca bkz., Carlo de Stefano, "Adel A Hamadi Al Tamimi v Sultanate of Oman, Attributing to Sovereigns the Conduct of State-Owned Enterprises: Towards Circumvention of the Accountability of States under International Investment Law", **ICSID Review**, Vol. 32, No. 2, 2017, s. 267–274.

²²⁸ Crawford **First Report**, s. 39 – 40; **ARSIWA**, Commentary to art. 8, para. 2. .Bu kabulün altında yatan ana sebep özel kişilerin bazı durumlarda bir nevi devletin kolu haline gelmeleridir. (Rüdiger

kişi ya da kişi grubu talimat alır, yönlendirilir veya kontrol edilirse, yani bu eylemlerle devletin organı arasında somut bir bağ bulunursa, artık o eylemlerin devletin eylemi olarak kabul edilmesi gerekir.²²⁹ Zira aksi takdirde devletler sürekli olarak özel kişi veya kişi gruplarına birtakım işleri sevk ederek sorumlu olmaktan kaçabileceklerdir. Böyle bir durum, bir hukuk sistemi içerisinde kabul edilemeyecektir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda özel kişilerin eylemlerinin devletlere atfedilememesi kuralı ilk olarak 1972 yılında Raportör Ago'nun dördüncü raporu ile birlikte gündeme getirilmiştir.²³⁰ Raportör raporun ilk paragrafına “özel kişilerin eylemleri” başlığını koymuştur. Önerisinin ikinci paragrafında özel kişi veya kişi gruplarının özel hukuk kişilerine ait kapasite ile gerçekleştirdikleri eylemlerin uluslararası hukuk açısından devletin eylemi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bazı üyeler özel kişi kavramı için *invidual* (birey) kelimesinin uygun olmadığını ifade ederek, hukuken daha kapsayıcı olduğunu düşündükleri *person* terimini önermişlerdir. Özel Raportör ve Taslak Hazırlama Komitesi'nde hem gerçek hukuk kişilerini hem de tüzel hukuk kişilerini kapsayan *person* terimi tercih edilmiştir.²³¹ Birtakım tartışmalardan sonra 1975'de madde 11 olarak kabul edilmiştir.²³²

Wolfrum, “State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance” **International Responsibility Today Essays in Memory of Oscar Schachter Ed.** Maurizio Ragazzi Martinus Nijhoff Publishers Leiden – Boston, 2005, s. 431.)

²²⁹ Başka bir deyişle devletin ulusal hukuku uyarınca temsilcisi veya organı konumunda olmayan ancak devlet ile fiili bir bağın kurulduğu özel hukuk kişilerinin uluslararası hukuka aykırı eylemleri, devletlerin sorumluluğunu doğuracaktır. (Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 66.)

²³⁰ Ago, **Fourth Report**, s. 267.

²³¹ Ago, **Fourth Report**, s. 126, para. 146. Bazı üyeler özel kişi kavramı için *invidual* kelimesinin uygun olmadığını ifade ederek, hukuken daha kapsayıcı olduğunu düşündükleri *person* terimini önermişlerdir. Özel Raportör ve Taslak Hazırlama Komitesi'nde hem gerçek hukuk kişilerini hem de özel hukuk kişilerini kapsayan *person* terimi tercih edilmiştir.

²³² Paul Reuter bu maddenin kuralın esasına ilişkin bir şey söylemediğini, eğer bir düzenleme

Ago sorumluluk hukuku açısından özel kişilerin eylemleri bakımından doktrin ve devlet uygulamaları değerlendirildiğinde devlet ile eylemi gerçekleştiren kişinin doğrudan devlet örgütlenmesine bağlı olmasından ziyade, icra edilen eylemin niteliğine bakılması gerektiğini ifade etmiştir. Önemli olan gerçekleştirilen eylemin kamu nitelikli bir eylem olması veya kamu işlevinin yerine getirilmesiyle ilgili olmasıdır. Nasıl ki devlet organı özel hukuk kişisi gibi özel hukuka tabi bir eylem sergilediğinde bu eylem devlet eylemi olarak değerlendirilmiyorsa, sadece kamu gücü ve yetkisi kullanılarak gerçekleştirilebilecek eylemlerde de bunun devletin eylemi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir²³³

Bu çerçevede Ago raporunda 8. madde için şu şekilde bir öneride bulunmuştur:

*“Devletin ulusal hukukuna göre devlet organı olmayan veya devletten ayrı bir kamu kuruluşu statüsünü haiz olan kişi veya kişi gruplarının eylemleri, gerçekte kamu sal işlevi görmek veya devlet adına hareket etmek şeklindeyse, uluslararası hukukta devletin eylemi olarak kabul edilir.”*²³⁴

Taslağa nihai şeklini veren raportör Crawford ise özel kişilerin eylemlerinden dolayı devletlerin sorumluluğuna ilişkin Nikaragua Davası²³⁵, İran-Amerikan

yapılmazsa uluslararası hukuk açısından bir eksiklik teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. (YILC, 1975, Vol I, 31, A/CN.4/Ser.A/1975. (Çevrimiçi) https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1975_v1.pdf, 8.4.2017, para. 30.) Bu gözlem bir etki yaratmamış ve taslak 11 hükmü Taslak Hazırlama Komitesince korunmuştur. ABD doğrudan bu maddenin silinmesini talep etmiş, silinmesi halinde bir sorun olmayacağını ifade etmiştir. Nitekim özel raportör James Crawford bağımsız bir içeriği haiz olmaması sebebiyle, maddenin silinmesini uygun görmüştür. (Olivier De Frouville, “Private Individuals”, **The Law of International Responsibility**, James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, The Law of International Responsibility, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 262-63.

²³³ Crawford, **State Responsibility**, s. 143.

²³⁴ Ago, **Third Report**, s. 283.

²³⁵ Nikaragua Davası’ndaki ayrı görüşünde, Ago taslak madde 8’in o günkü haline göre davayı değerlendirirken, Divan’ın sorumluluk açısından özel kişilerin “doğrudan emir ve kontrole” tabi olması

Talepleri Mahkemesi'ne gelen Yeager Davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki Loizidou Davası ve Eski Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi önüne gelen Tadic I (Dava Dairesi) ve Tadic II (Temyiz Dairesi) gibi davaları göz önünde bulundurmak suretiyle Taslak madde 8'in son halini oluşturmuştur.²³⁶

Komisyon tarafından kabul edilen Taslak madde 8 şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Bir kişi veya grup, bir devletin talimatıyla veya bir devletin yönlendirmesi veya idaresi altında eylemde bulunuyorsa, bu kişi veya grubun eylemleri, uluslararası hukuk uyarınca, söz konusu devletin eylemi kabul edilir.”*²³⁷

Görüleceği üzere Komisyon madde 8 kapsamında özel kişilerin eylemlerinden sorumluluğunu, yapılan işin niteliğinden ziyade, bunu yapanın devletin talimat veya yönlendirme yahut kontrolü altında olup olmadığı ölçütüne bağlamıştır. Taslak madde şerhinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bu davalarda asıl mesele, olayın içerisinde özel kişilerin bulunup bulunmadığı ya da eylemlerinin idari eylem içerip içermediği değildir. En yaygın haliyle bu davalar devlet organının özel kişi veya özel kişi gruplarını emir vermek veya çalıştırmak suretiyle yardımcıları gibi kendi eylemlerine destek olarak kullanırken, diğer yandan da bunları resmi devlet yapılanmasının dışında tuttukları hallerde çıkmaktadır. Yani, devlet tarafından gönderilmemesine veya devletin askeri ya da polis gücüne mensup olmamasına rağmen, devletin yardımcısı gibi çalışan,

gerektiği şekilde bir ölçüt getirmesini, özel kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulma konusundaki yargı kararlarının haiz olduğu birlik ve devamlılığı bozduğunu belirtmiştir. (Nicaragua Case, ICJ, s. 190.)

²³⁶ Bu listeye Avrupa Komisyonu önündeki Stocké v. Germany Davası, A v. France Davası, MM v Netherlands Davası, Ilaşcu and Others v Moldova Davası, Adali v Turkey Davası, Keyfi Gözaltı Çalışma Komisyonu'nun Al Kham Cezaevi kararları da eklenebilecektir.

²³⁷ Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin Uygulanması Davasında UAD, taslak madde 8'in bu haliyle bir uluslararası örf adet hukuku haline geldiğini ifade etmiştir, **Genocide Case**, s. 207, para. 398-399.

komşu devletlere gönüllü gönderilen veya yurtdışında birtakım özel faaliyetleri icra etmek için talimat verilen kişi veya kişi gruplarını içermektedir.”²³⁸

Yine bu düzenlemede talimatlar doğrultusunda hareket etme ile yönlendirme veya kontrol altında olma ölçütleri iki gruba ayrılmış ve bunların birbirlerinden bağımsız haller olduğu kabul edilmiştir. Ancak uygulamada özel hukuk kişilerinin bir talimat alarak hareket etmeleri durumunda sorumluluğun doğması ve ispatı daha kolay saptanabilirken, devletin yönlendirmesi veya kontrolü halini ispatlamak görece daha zordur. UHK’nın bu açıdan bir standart ortaya koymamış olması bu zorluğu daha da artırmaktadır. Bu durum birçok davada mahkemelerin farklı yorumlar yapmalarına neden olmaktadır.

4.1. Taslak Madde 8 Bağlamında Sorumluluğun Mahiyeti

Devletlerin talimat veya yönlendirme veya kontrolü ile hareket eden özel kişilerin eylemlerinden sorumluluğunun doğduğu uzun zamandır kabul edilmektedir.²³⁹ Bu açıdan ilgili maddenin şerhinde de söz konusu kuralın uygulamada tartışmasız şekilde kabul gören bir ilke olduğu ifade edilmektedir.²⁴⁰ Bu gibi hallerde uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi kuralının altında yatan düşünce, devlet adına hareket eden birim veya kişinin devletin bir kolu gibi sayılması gerektiğidir.²⁴¹ Aksi takdirde devletler özel kişilerin kendilerinden ayrı hukuk kişiliklerine dayanarak uluslararası yükümlülüklerinden kolayca kaçabileceklerdir.²⁴² Daha önce de belirtildiği üzere Taslak madde 8 esasen iki farklı sorumluluk halini düzenlemektedir. Bunlardan ilki uluslararası hukuka aykırı eylemi

²³⁸ ARSIWA, Commentary to art. 8, para. 2Ayrıca bkz. **Tehran Hostages Case**, para. 29-30.

²³⁹ Crawford, **First Report**, s. 39-40; ARSIWA, Commentaries to art. 8 para. 2.

²⁴⁰ Crawford, **State Responsibility**, s. 141; ARSIWA, Commentaries to art. 8 para. 7.

²⁴¹ Özel kişiler devletin ulusal hukukunda organ niteliği kazanmadan devletin *longa manus*’u (uzanmış kol) haline gelir. Böylece bu bağın sonucu olarak o kişi ya da birimin eylemleri devletin eylemi gibi olur. (Wolfrum, **State Responsibility for Private Actors**, s. 427.)

²⁴² Crawford, **State Responsibility**, s. 141.

gerçekleştiren özel kişinin bir devletin talimatı ile hareket etmesidir. Diğer ise daha genel bir hal olan özel kişinin bir devletin yönlendirmesi veya kontrolü altında hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmesidir. Ayrıca madde 8 bağlamında talimat veya kontrol unsurları birbirinden bağımsız fiiller olarak kabul edildiğinden bunlardan birinin bulunması sorumluluğun doğması için yeterli kabul edilmektedir.²⁴³ Dolayısıyla bir devletin diğer bir devleti yönlendirmesi veya kontrolü yoluyla meydana gelen uluslararası hukuka aykırılık ile devletin özel kişi veya kişi gruplarını yönlendirmesi ile meydana gelen hukuka aykırılık hali arasında hem terimlerin anlamları açısından hem de hukuki sonuç açısından farklılık bulunmaktadır.²⁴⁴

Yine madde 8’de bir kişi veya grup üzerinde kontrol veya yönlendirmenin bulunması halinde devletin sorumluluğunun doğacağı ifade edilmektedir. Bu açıdan maddede “kişi veya kişi grupları” ifadesinin kullanılmasının sebebi ayrı bir hukuki kişiliği bulunmayıp *de facto* temelde bir kişiliğe sahip sayılabilecek birimlerin de kapsam içine alınmasının sağlanmasıdır. Böylece hukuken tüzel kişiliği haiz olan kişi veya kişi gruplarının yanında fiilen bir araya gelmiş topluluklar da madde 8’in kapsamına sokulmuştur.²⁴⁵

4.2. Devletin Talimatı ile Hareket Eden Kişiler

Özel kişiler ve devletler arasındaki bağın kurulması uygulamada oldukça güçtür. Ancak devletin talimatı ile hareket eden özel kişilerin eylemlerinden sorumluluğun ispatı görece daha kolaydır.²⁴⁶ Bununla beraber bazen devletin talimat

²⁴³ **ARSIWA**, Commentaries to art. 8 para. 7. Sorumluluğu doğurduğu iddia edilen eylemin yönlendirme, kontrol veya talimat mı olduğu hususunda her olay kendi geçmişi ve kendi unsurları bağlamında değerlendirilir.

²⁴⁴ **ARSIWA**, Commentaries to art. 8 para. 1.

²⁴⁵ **ARSIWA**, Commentaries to art. 8 para. 8. Bu ifadenin bir diğer amacı gerçekte bir temsilci niteliği taşımayan kişiler ile devlet arasında kurulan söz konusu bağı, gerçekte bir devletin temsilcisi olan kişilerin durumundan ayırmaktır. Ancak bu formülün uygulanması her vakının özel durumuna göre değişiklik gösterecektir. (Crawford, **State Responsibility**, s. 146.)

²⁴⁶ Shaw, **International Law**, s. 790. Bu sorumluluk kapsamında bir örnek olarak özel askeri şirketler

vermesi bakımından da devletle özel kişiler arasında aranacak olan bağın niteliği konusunda zorluklar çıkabilmektedir. Örneğin bir devletin ilgili birime özel olarak belli bir eylem yapılmasını emretmesine gerek var mıdır, yoksa bunu gerçekleştirme şeklini açık bırakan (veya belki bunun için bir tercihi ima eden) daha genel bir talimat yeterli olur mu?²⁴⁷ Bu açıdan Bosna Soykırım Davasında UAD söz konusu durumu açıklığa kavuşturmaya teşebbüs ederek, bir devletin madde 8 kapsamında sorumluluğunun doğması için verdiği talimatların, *“ihlalleri gerçekleştirmiş kişiler ve kişi gruplarınca yapılmış bütün eylemler bakımından genel olarak değil iddia edilen ihlallerin olduğu her bir operasyon bakımından”* verilmiş olması gerektiğini vurgulamıştır.²⁴⁸

4.3. Devletin Yönlendirme ve Kontrolü ile Hareket Eden Birimlerin Eylemleri

Çalışmanın bu kısmında madde 8 kapsamında sorumluluğun doğmasına yol açacak yönlendirme ve kontrol durumlarının ele alındığı birtakım temel davalar incelenecek ve her bir davada kararı veren mahkemenin söz konusu sorumluluğun ortaya çıkması bakımından dikkate aldığı birtakım ölçütlere ilişkin görüşleri ortaya koyulacaktır.²⁴⁹ Daha sonra bu kararlarda esas alınan farklı ölçütler ve bunlara

veya özel güvenlik şirketlerinin, devlet adına bazı faaliyetleri gerçekleştirmek için kiralananmaları gösterilebilir. (Hannah Tonkin, **State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict**, Oxford, University of Oxford, 2011, s. 114-117.) Özel askeri şirketlerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğu, uygulama kapsamında ileride izah edilecektir.

²⁴⁷ Crawford, **State Responsibility**, s. 145.

²⁴⁸ **Genocide Case**, s. 208, Ancak Divan'ın kararında esas aldığı tanım da kendi içinde birtakım sorunlar içermektedir. Örneğin bir devletin talimatları doğrultusunda çalışan özel askeri bir şirketin bir tutukluyu “herhangi bir yolla” konuşmaya zorlaması halinde ne olacaktır? Bu açıdan Komisyon özel kişinin aldığı bir emri yerine getirdiği sırada işlediği hukuka uygun olmayan ve yetkisinin kapsamı dışında kalan eylemlerden de devletin sorumlu tutulacağını ifade etmiştir. (**ARSIWA**, Commentaries to art. 8 para. 8.)

²⁴⁹ Ancak UHK'nun 1972 yılında, yani günümüzde tartışılan davalar önüne gelmeden önce de özel kişilerin eylemlerinden devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğması için belli derecede bir kontrolün bulunması gerektiği yönünde devlet uygulaması ve *opinio juris*'in mevcut olduğunu ifade ettiği belirtilmelidir. (Ago, **Third Report**, s. 264.)

yönelik eleştiriler ayrıntılı olarak analiz edilecek ve bu konuda geline son durum izah edilecektir.

4.3.1 Nikaragua Davası: Özel Kişilerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğunda Bir Milat

Nikaragua, kendi ülkesinde ABD'nin çeşitli biçimlerde müdahaleleri ile gerçekleşen bazı uluslararası hukuka aykırılıkların meydana geldiği gerekçesiyle ABD'ye karşı UAD'ye başvuruda bulunmuştur. ABD ise Divan'ın bu uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisinin bulunmadığını ileri sürerek itiraz etmiş ancak bu itiraz Divan tarafından kabul edilmemiştir. Divan'ın önüne gelen olayda Nikaragua'yı 46 yıldır yöneten Somoza Hükümeti devrilmiş ve yerine devrimci Sandinista Hükümeti kurulmuştur.²⁵⁰ Bunun üzerine devrik Somoza Hükümeti yanlıları Sandinista Hükümetine karşı Honduras sınırında Fuerza Democratica Nicaragüense (FDN) ve Costa Rica sınırında the Alianza Revolucionaria Democratica (ARDE) şeklinde kontralar olarak bilinen iki silahlı grup olarak silahlı mücadeleye başlamıştır. ABD Hükümeti kontralara yardımları önce gizli olarak daha sonra 1983 yılında ABD Kongresi'nin "Nikaragua'da doğrudan ya da dolaylı askeri ve yarı askeri operasyonlar" gerçekleştirilmesi için çıkardığı bütçe kanunu çerçevesinde açıkça yardım etmiştir. Nikaragua hükümeti söz konusu askeri ve yarı askeri operasyonların bazılarının kontralarca değil, doğrudan ABD hükümetinin ödeme yaptığı kişiler tarafından ve ABD personelinin talimatları doğrultusunda ve bazen de bir derecede katılımı ile gerçekleştiğini iddia etmiştir. Bu açıdan Nikaragua topraklarına mayın döşenmesi, limanlara, petrol tesislerine ve askeri karargâhlara saldırılar gibi eylemlerin doğrudan ABD tarafından gerçekleştirildiği iddia edilmiştir.²⁵¹ ABD ise

²⁵⁰ **Nicaragua Case**, para. 18. ABD'nin Sandinista hükümetine karşı tavrı ilk başlarda olumsuz değildir. **Nicaragua Case**, para. 19.

²⁵¹ **Nicaragua Case**, para. 21. Ayrıca Nikaragua, ABD'nin şeker ithalini azalttığı, ticari ambargo uyguladığı, Amerikalararası Kalkınma Bankasını menfi olarak etkilediği, yine IBRD'yi etkisi altında bıraktığı ve Nikaragua'ya verilecek kredilerin önüne geçtiğine ilişkin suçlamalar yöneltmiştir.

Divan'ın yetkisizliğini iddia etmek dışında dava boyunca Nikaragua'nın iddialarına karşı herhangi bir savunma yapmamıştır.

Divan önce ABD'nin doğrudan dâhil olduğu bazı eylemlerden sorumluluğu konusunu değerlendirmiştir. Bu hususta Divan Nikaragua iç suları, karasuları ve limanlarında yapılan bombalama eylemlerinin planlanması, yönlendirilmesi, desteklenmesi ve bazılarının icrasında ABD'nin kendi personeliyle bizzat yer aldığı tespitini yapmıştır.²⁵² Dolayısıyla ABD'nin bu eylemlerden uluslararası sorumluluğunun doğduğu ifade edilmiştir.²⁵³

Daha sonra Divan ABD'nin kontralar ile ilişkinin biçim ve derecesini incelemeye geçmiştir. Bu açıdan ilk olarak 1984 tarihli Bütçe Kanunu çerçevesinde askeri ve yarı askeri faaliyetleri doğrudan veya dolaylı olarak desteklemek için 1981-1984 arasında kontralara askeri yardımların yapıldığı, insani yardımların ise 1986 tarihine kadar devam ettiği tespitini yapmıştır.²⁵⁴ Ayrıca ABD'nin desteğinin yıllar içinde lojistik destek, Sandinista askerlerinin mevkileri hakkında bilgi temini, yine Sandinista askerinin hareketleri hakkında bilgi temini, ileri teknoloji iletişim yöntemlerinin kontralara sağlanması, saha yayını ağlarının kurulması, radar bölgesi oluşturma gibi çok çeşitli şekillerde tezahür ettiğine dikkat çekilmiştir.²⁵⁵ Ancak ABD'li askeri eğitmen ve danışmanlarca kontralara sunulan hizmetlerin karada Nikaragua sınırları dışında, denizde ise açık denizlerde gerçekleştiği

(**Nicaragua Case**, para. 22.)

²⁵² Bunlardan başka ABD uçakları alçak irtifalı ve yüksek irtifalı keşif uçuşları ve ses patlamaları gerçekleştirmiştir. (**Nicaragua Case**, para. 80-91.)

²⁵³ **Nicaragua Case**, para. 86.

²⁵⁴ Bu konuda ABD Kongresinin resmi yayınlarından ortaya çıkan veriler çarpıcıdır. Kontralara verilen ekonomik yardımın sonucunda 500 (veya 1000) olan askeri grupların sayısı, yüksek oranda bir artışla 12.000'e ulaşmıştır. (**Nicaragua Case**, para. 94, 95- 99.)

²⁵⁵ Ayrıca kontraların ABD'nin desteği ile strateji değiştirdiğini ve bu stratejinin elektrik trafolarına saldırılar ve mühimmat depolarına saldırılar düzenleme, şehir merkezlerinde silahlı çatışma yürütme gibi faaliyetleri içerdiğini açıklamıştır. (**Nicaragua Case**, para. 105-6.)

vurgulanmıştır.²⁵⁶ Sonuçta Divan ABD'nin kontralara doğrudan ve ciddi savaş desteği verdiğinin söylenemeyeceğine, ancak geniş finansman, eğitim, donanım, silahlanma ve örgütlenme desteği yapmış olduğu kanaatine varmıştır.²⁵⁷

Bu tespitler doğrultusunda kontraların işlediği uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden ABD'nin sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin olarak Divan, ilk olarak kontralar ile ABD Hükümeti arasındaki bağımlılık ve kontrol ilişkisine bakılması gerektiğini ifade etmiştir. Divan'a göre, bu ilişki ya bu gücü ABD'nin bir organı haline getirecek ya da ABD adına hareket ettirecek seviyede olmalıdır. Divan bu hususta kontralara ciddi derecede destek verilmesi ve diğer şekillerde yardım sağlanmış olmasıyla birlikte, bunlar üzerinde ABD'nin fiili bir kontrolünün bulunup bulunmadığına bakılmasını gerekli görmüştür.²⁵⁸

Divan bu yapı bakımından tam bağımlılığın mevcut olduğunun ispatının kabul edilebilmesi için şu unsurların bulunması gerektiğini ifade etmiştir:

- a- *Devlet dışı birim veya gruplar yabancı devlete tam bağımlı olmalıdır,*
- b- *Bu tam bağımlılık, bağımlı grubun gerçekleştirdiği eylemlerin bütün alanlarında mevcut olmalıdır. Devlet açıkça görülebilen bir kontrol icra ediyor olmalıdır.*
- c- *Tam bağımlılık ölçütü bağımlı grubun kontrol eden devletten gerçek bir özerkliğinin bulunmaması anlamına gelmelidir.*²⁵⁹

Bu formülde hareketle söz konusu ilişkiyi inceleyen Divan, kontraların

²⁵⁶ Zaten Nikaragua'da ABD'nin kontralar aracılığıyla gerçekleştirdiği eylemlerin ülkesi dışından desteklendiğini kabul etmektedir. (**Nicaragua Case**, para. 102.)

²⁵⁷ **Nicaragua Case**, para. 108.

²⁵⁸ **Nicaragua Case**, para. 109.

²⁵⁹ **Nicaragua Case**, para. 109-110. Buna karşın Nikaragua, ABD ve kontralar arasında tam bağımlılığın mevcut olduğunu, zira arada gerçek bir otonomi ve gerçek bir bağımsızlığın olmadığını ileri sürmüştür. (**Nicaragua Case**, para. 110.)

eylemlerini gerçekleştirebilmesi için gerekli birçok yardımın yapılmasına rağmen kontraların her alanda ABD adına hareket ettiğine dair açık bir delilin bulunmadığına, dolayısıyla kontraları ABD'nin *de facto* organı haline getirecek bir tam bağımlılık ilişkisi kurulamayacağına karar vermiştir.

Kontraları ABD'nin *de facto* organı haline getirecek bir bağın bulunmadığı tespitini yaptıktan sonra, Divan etkin kontrol denilen bir ölçüte başvurmuştur. Bu çerçevede Divan etkin kontrol testi denilen bir ölçütü kullanmıştır.

Bu bakımdan öncelikle kontraların bir dönem ABD'ye çok yüksek derecede bağımlı olduğu, o kadar ki, bazı önemli veya çok yönlü askeri – yarı askeri faaliyetlerin ABD olmadan gerçekleştiremeyeceği ifade edilmiştir. Divan'a göre ABD'nin kontralara bu amaçla finansman sağlaması, bunları organize etmesi, eğitim, donanım ve askeri hedeflerin belirlenmesi gibi eylemleri iç işlere karışmama yasağı ve kuvvet kullanma yasağının ihlali anlamına gelmektedir.²⁶⁰

Ancak Divan'a göre ABD'nin kontraların işlediği insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu tutulabilmesi için bu birimler üzerinde etkin kontrolünün bulunması gerekmektedir.²⁶¹ Bunun için ABD'nin bizzat kendisinin söz konusu eylemler için doğrudan talimat vermesi veya suç işlemeye zorlaması gerekmektedir. Dolayısıyla sorumluluk için ABD tarafından finansman sağlanması, eğitim, donanım ve askeri hedeflerin seçiminin yapılması ve operasyonun tamamının planlanması gibi hususlar yeterli görülmemiştir. Etkin kontrol ölçütünün operasyonlarda özel olarak emrin verilmiş olması veya operasyon gerçekleştirilmesi için zorlanması şeklinde tanımlanması bu ölçütü ispatlanması çok zor bir hale getirmektedir.²⁶² Sonuçta Divan kontralara verilen yardım ve desteğin bu birimlerin işlediği hukuka aykırı eylemleri ABD'ye atfetmek için yeterli olmadığı ve dolayısıyla ABD'nin bu eylemlerden

²⁶⁰ **Nicaragua Case**, para. 115.

²⁶¹ **Nicaragua Case**, para. 111.

²⁶² **Nicaragua Case**, para. 115.

sorumlu tutulamayacağı kanaatine varmıştır.²⁶³

Özetle Divan'ın Nikaragua kararına göre, bir devlet ile devlet dışı aktör arasında etkin kontrol ölçütüne uygun yeterli bir ilişki olduğu kanıtlanırsa, devlet dışı birimin eylemlerinden söz konusu devlet sorumlu tutulabilecektir.²⁶⁴

4.3.2 Tadic Davası: Katı Etkin Kontrol Ölçütünden Bütünsel Kontrol Ölçütüne Geçiş

Dusko Tadic (şunlardan sorumlu olmuştur.) adlı şahıs Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından Güney Bosna'daki bazı enterne kamplarında 1992'de gerçekleşen insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve adam öldürme, işkence gibi suçları işlediği iddialarıyla yargılanmıştır.²⁶⁵ Mahkeme Tadic'i bazı-hangi suçlardan suçlardan sorumlu bulmuş, diğer bazılarından ise sorumlu olmadığı sonucuna varmıştır.²⁶⁶

Mahkemenin önüne gelen en önemli sorunlardan birisi Bosnalı gayri nizami Sırp kuvvetleri (VRS) komutanı Tadic'in 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlaline ilişkin maddesinin ihlalini gerçekleştirip gerçekleştirmediği noktasında olmuştur. Bu açıdan Mahkeme ilk olarak 1992'de Yugoslav Ulusal Ordusu'nun Bosna'dan resmi olarak çekilmesinden sonra işlenen suçlardan doğrudan bu ordunun örgütlenmesine ait askeri kuvvetler tarafından işlenmediği tespitini yapmıştır.

Bunun üzerine Mahkeme VRS ile Sırbistan ordusu arasındaki ilişkiyi değerlendirmeye geçmiştir. Bu hususta Mahkeme öncelikle VRS'nin eski

²⁶³ **Nicaragua Case**, para. 116.

²⁶⁴ Bir başka deyişle bu ikisi arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yönünde hukuki bir standart getirilmektedir. (Oona A. Hathaway, Emily Chertoff, Lara Domínguez, Zachary Manfredi, Peter Tzeng, Ensuring Responsibility: Common Article 1 And State Responsibility For Non-State Actors, **Texas Law Review**, Vol. 95, s. 11.)

²⁶⁵ The Prosecutor v. Tadic, Opinion and Judgement, Trial Chamber, **ICTY Cases**, 1997 (Bundan sonra: "Tadic Case Trial Chamber").

²⁶⁶ **Tadic Case, Trial Chamber**, para. 513.

Yugoslavya Askeri Kuvvetleri'nin bir parçası olduğuna²⁶⁷ ve VRS'nin askerlerinin eski Yugoslavya'nın askerleri olduğuna dikkat çekmiştir.²⁶⁸ Ayrıca Bosnalı Sırpların ücretlerinin, ağır silah sınıfına giren silahlar dahil silahlarının ve iletişimlerinin Sırbistan tarafından sağlandığı²⁶⁹ ve bu kuvvetlerin Sırbistan ile koordineli bir şekilde hareket ettiği ifade edilmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre söz konusu koordinasyon bir emir komuta zinciri altında hareket edildiği ve aralarında bir etkin kontrol ilişkisinin mevcut olduğu anlamına gelmemektedir.²⁷⁰ Bu çerçevede Mahkeme söz konusu suçları işleyen VRS üzerinde Sırbistan'ın etkin kontrolünün bulunmaması halinde, bu bölgede gerçekleştirilen silahlı çatışmalar uluslararası silahlı çatışma sayılamayacağı için 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallere ilişkin maddesinin burada uygulanamayacağını ifade etmiştir.²⁷¹ Bu değerlendirmeler doğrultusunda İlk Dava Dairesi 2/3 oy oranı ile 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin olayda uygulanamayacağına, zira Bosna Sırpları'nın Sırbistan'ın bir organ veya temsilcisi sayılamayacağına ya da doğrudan Sırbistan'ın etkin kontrolü altında bulunmadığına karar vermiştir.²⁷² Bu karara karşı Savcılık temyiz yoluna başvurmuştur.²⁷³ Yargıç Gabriel Kirk McDonald, mahkemenin kararına karşı önemli eleştiriler barındıran bir muhalefet şerh kaleme almıştır. Yargıç McDonald, Bosna'da gerçekleşen silahlı çatışmaların uluslararası silahlı çatışma olduğunu ileri sürmüştür. Zira Bosnalı Sırplar ile Sırbistan Devleti'nin savaş araçları bütünlük olup, bu araçlar Sırbistan'ın örgütsel bir parçasını teşkil etmektedir. Bu açıdan Yargıç Bosnalı Sırplar ile Sırbistan'ın aynı komuta kademesi ve aynı askeri birlikleri paylaştıklarını, aynı lojistik merkezleri kullandıklarını, aynı

²⁶⁷ **Tadic Case, Trial Chamber**, para. 84- 107.

²⁶⁸ **Tadic Case, Trial Chamber**, para. 114, 122, 126. Bir fark olarak Bosnalı Sırplar Ordusu, Sırp olmayanları Ordu'dan çıkarmıştır. (**Tadic Case, Appeal Chamber**, para 151.)

²⁶⁹ **Tadic Case, Trial Chamber**, para. 598.

²⁷⁰ **Tadic Case, Trial Chamber**, para. 598.

²⁷¹ **Tadic Case, Trial Chamber**, para. 109, para. 578.

²⁷² **Tadic Case, Trial Chamber**, para. 607.

²⁷³ Defence Files Notice of Appeal against Judgment, UN Doc. CC/ PIO/208-F (June 4, 1997), Prosecutor Files Notice of Appeal against Judgment, UN Doc. CC/PIO/210-E (June 9, 1997).

askeri tesisleri kullanabildiklerini, finans kaynaklarının aynı olduğunu, paylaştıkları strateji, misyon ve operasyonların aynı olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla VRS Sırbistan Devleti'nin bir organıdır. Ayrıca Yargıç McDonald Bosnalı Sırplar'ın Sırbistan'ın organı olduğunun ispat edilmesi için aralarındaki kontrol ilişkisinin her gün ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini iddia etmiştir.²⁷⁴

Temyiz Dairesi ilk olarak bu alanda kullanılan kontrol ölçütlerinin içeriğini değerlendirme yoluna gitmiştir. Mahkemeye göre bunlardan biri olan tam bağımlılık testi ya da diğer bir deyişle katı kontrol ölçütüne göre devlet ile özel kişi arasındaki bağın o kişiyi devletin bir organı haline getirecek seviyede olması gerekmektedir. Buna karşın diğer bir ölçüt olan etkin kontrol ölçütü ise devlet ile aralarında herhangi bir hiyerarşik yapılanma bulunmayan grup veya kişilere uygulanabilecek olan bir testtir. Mahkeme bu iki kontrol testini de aynı testin tamamlayıcı parçalarıymış gibi kabul etmiştir. Buna karşın Mahkeme söz konusu her iki testin özel kişilerin eylemlerini değerlendirme konusunda çok yüksek eşikler olduğunu ve özellikle askeri veya yarı askeri grupların eylemlerinde bu kadar yüksek eşiklerin aranmaması gerektiğini belirtmiştir. Zira böyle yüksek eşikler uygulandığında devletler çok sınırlı durumlarda sorumlu tutulabilecektir.

Bu değerlendirmeler doğrultusunda Mahkeme önce VRS adlı grubun devletle arasında bir emir komuta zinciri bulunan ve onun otoritesi altında hareket eden bir yapı olduğu tespitini yapmıştır.²⁷⁵ Böylesi bir askeri hiyerarşik organizasyon ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda etkin kontrol testinin uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.²⁷⁶ Bunun yerine bu tür bir ilişkinin bulunduğu askeri veya yarı askeri grupların eylemlerinden devletin sorumlu tutulabilmesi için etkin kontrol yerine

²⁷⁴ Yargıç McDonald, Muhalefet Şerhi, para. 7.

²⁷⁵ The Prosecutor v Tadic, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 120. (ICTY, **Appeal Chamber**, Jul. 15, 1999 (Bundan sonra: Tadic Case, Appeal Chamber).

²⁷⁶ **Tadic Case, Appeal Chamber**, para. 116-124.

bütünsel/genel bir kontrolün varlığı yeterli bulunmuştur.²⁷⁷

Ancak Temyiz Dairesi'nin uyguladığı bütünsel kontrol ölçütü, bu tür gruplara finansman, teçhizat, eğitim desteği gibi faaliyetlerin yanı sıra gerçekleştirilecek askeri operasyonların planlanmasına katılım ve koordinasyon gibi unsurları içermektedir.²⁷⁸ Dolayısıyla söz konusu ölçüt açısından bir askeri gruba sadece finansman, teçhizat ve eğitim gibi yardımların verilmesi halinde sorumluluğun doğduğunun iddia edilemeyeceği vurgulanmıştır.²⁷⁹

Bunun yanında Temyiz Dairesi, UAD'nin etkin kontrol ölçütünün ne uluslararası yargı kararlarında ne de devlet uygulamasında yeterince yer bulmadığını ifade etmiş ve bu yargısını örneklendirmek için bazı uluslararası mahkeme kararlarını değerlendirmiştir.²⁸⁰ Mahkemenin verdiği örneklerden birisi *Meksika- ABD Genel Talepler Komisyonu Davası*'dır.²⁸¹ Mahkemeye göre bu davada *Genel Talepler Komisyonu*, Meksika'ya bağlı düzensiz askeri birliklerin uluslararası hukuka aykırı eyleminden sorumluluğunu incelerken özel talimat-özel bir emrin verilip verilmediğine bakmamıştır.²⁸² Bu bağlamdaki bir diğer örnek olarak *İran - ABD Talepleri Mahkemesi*'nin bir kararı gösterilmiştir. Söz konusu davada da Amerikan vatandaşlarının bir askeri grup tarafından, evlerini terk etmeye zorlanmaları, bir otelde alıkonulmaları ve havaalanında aranmaları gibi eylemlerden sorumluluğun

²⁷⁷ Ancak Mahkeme başka bir ülkede gerçekleştirilen eylemler bakımından daha ikna edici ve yoğun bir kontrol ilişkisinin aranmasını kabul etmiştir. (**Tadic Case, Appeal Chamber**, para. 138.) Dolayısıyla eğer kontrol eden devlet ile bu devletin kontrolüyle hareket eden grupların eylemlerini icra ettikleri devlet komşu (bitişik) devlet ise, sorumluluğun tesisine ilişkin kontrolün derecesi daha farklı olacaktır.

²⁷⁸ İngilizcesi “overall control” olan bu ölçüt, Türkçeye “genel kontrol” şeklinde de çevrilmiştir.

²⁷⁹ **Tadic Case, Appeal Chamber**, para. 131.

²⁸⁰ **Tadic Case, Appeal Chamber**, para. 116-124. Temyiz Dairesi'nin Nikaragua kararına yönelttiği bir diğer önemli eleştiri de etkin kontrol testinin değişmez bir kural gibi uygulanmasının o sırada UHK tarafından hazırlanmakta olan Taslağın *ratio legem*'ine uygun olmadığıdır.

²⁸¹ United States v. Mexico, **RIAA**, vol IV, s. 266-267.

²⁸² **Tadic Case, Appeal Chamber**, para. 125.

tespitinde *İran - ABD Talepleri Mahkemesi* özel bir emrin mevcut olup olmadığı ile ilgilenmeksizin, devlet dışı aktörün bir devlet fonksiyonu icra edip etmediğine bakmıştır.²⁸³

Mahkemenin söz konusu etkin kontrol - bütünsel kontrol ayrımı ile her davanın kendine özgü durumlarını tartışabilmeyi sağlayacak esnek bir yorum geliştirdiği söylenebilir.²⁸⁴ Bu çerçevede Mahkeme genel olarak özel kişilerin eylemlerinden sorumlulukta etkin kontrolü geçerli görüş olarak kabul etmeye devam ederken, *organize ve hiyerarşik yapıli grupların* eylemlerinde bütünsel kontrolün varlığını devleti sorumlu tutabilmek için yeterli görmüştür. Ayrıca Mahkeme Nikaragua’da Divan’ın yaptığı tam bağımlılık ve etkin kontrol değerlendirmelerini bu gibi gruplar dışında kalan özel kişilerin eylemleri bakımından uygulanacak olan ve bir bütünün parçalarını oluşturan tek bir ölçüt saymıştır.²⁸⁵

4.3.3 Bosna Soykırımı Davası: Bütünsel Kontrol Testinin Reddi ve Etkin Kontrol Testinde Israr

Bosna Soykırımı Dava’sı olarak bilinen davada, UAD devlet dışı aktörlerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğu meselesini tekrar tartışma imkanı bulmuştur. Bu davada General Mladic komutanlığındaki Bosnalı Sırplar’ın VRS gücünün Srebrenica ve diğer yerlerde gerçekleştirdikleri katliamların FRY devletinin halefi Sırbistan ve Karadağ’a atfedilebilir olup olmadığı değerlendirilmiştir.

²⁸³ Collin S. Allan, Attribution Issues in Cyberspace, **Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law**, Vol. 13, No. 2, 2013, s. 68.

²⁸⁴ Antonio Cassese, “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia” **EJIL**, Vol. 18 - 4, 2007 s. 657. Buna karşın Mahkemenin kararını ilk eleştirilerden biri olan yargıç Shuhabdeen bir silahlı çatışmanın sınıflandırılması noktasında kontrolün derecesine ilişkin ölçütlerin değerlendirilmesini anlamsız bulmuştur. Zira silahlı çatışma sınıflandırması insancıl hukuk ile ilgilidir. (Theodor Meron, ‘Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout’ **AJIL**, 92, 1998, 236 - 238.)

²⁸⁵ **Tadić Case, Appeal Chamber**, para. 112. Ayrıca bkz. Kalle Kirss, “Role of the International Court of Justice: Example of the Genocide Case” **Acta Societatis Martensis**, 3, 2007-2008, s. 154.

Divan Srebrenica’da gerçekleştirilen eylemlerin soykırım olduğunu ve 1948 Soykırım Sözleşmesi’nin ihlal edildiğini tespit ettikten sonra²⁸⁶, bu durumun Sırbistan ve Karadağ devletine atfedilebilir olup olmadığını incelemeye geçmiştir.²⁸⁷ Divan bu incelemesini Srebrenica’da işlenen suçların FRY devletinin organları tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği veya söz konusu suçların bu devletin emir ve talimatı ile gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği şeklinde iki farklı kapsamda yapmıştır.²⁸⁸ İlk soru açısından bu katliamları gerçekleştirenlerin Taslak madde 4’e göre bu devletin *de jure* organı olmadığı sonucuna varılmıştır.²⁸⁹ Daha sonra Divan Nikaragua Davası’ndaki tam bağımlılık- katı kontrol ölçütünü referans alarak bu eylemleri gerçekleştirenlerin devletin *de facto* organı olup olmadıklarına bakmıştır. Divan bu bakımdan da Bosnalı Sırların FRY devletine belli derecede bağımlılıkları olmakla birlikte bunun tam bir bağımlılık ilişkisi olmadığına ve dolayısıyla VRS’nin FRY devletinin *de facto* organı sayılamayacağına hükmetmiştir.²⁹⁰

VRS’nin *de jure* veya *de facto* organ olmadığını tespit ettikten sonra Divan kendi ifadesiyle tamamen başka bir değerlendirmeye geçmiştir. Divan bu yapının eylemlerinden devletin yine de sorumlu olup olmadığını bir de etkin kontrol ölçütüne göre ele almayı gerekli görmüştür. Bu açıdan Divan Tadic Davası’nda uygulanan bütünsel kontrol testinin her devletin yalnızca kendi eyleminden sorumlu tutulabileceği genel uluslararası hukuk kuralına aykırı olduğunu ve devletin sorumluluğu hukukunun kapsamını genişlettiğini ifade etmiştir. Ayrıca Divan bir silahlı çatışmanın uluslararası silahlı çatışma olup olmadığı konusu ile devletin

²⁸⁶ **Genocide Case, ICJ, 2007**, para. 297. Davada Srebrenica haricinde gerçekleştirilen eylemler de soruşturulmuş ancak en son yalnızca Srebrenica’da gerçekleştirilen eylemlerin soykırım suçunu teşkil ettiği kabul edilmiştir.

²⁸⁷ **Genocide Case**, para. 376.

²⁸⁸ **Genocide Case**, para. 384.

²⁸⁹ **Genocide Case**, para. 386-389.

²⁹⁰ **Genocide Case**, para. 391-392. Mahkeme Tadic’in tersi olarak etkin kontrol ve tam bağımlılık testlerini birbirlerinden ayırmıştır. (para. 393.)

sorumluluğu konusunun çok farklı konular olduğu kanaatindedir. Zira bir devletin toprakları üzerinde diğer bir devletin kontrolünün bulunması nedeniyle bir silahlı çatışmanın uluslararası hale gelmesi ile bir devletin topraklarındaki özel kişilerin başka bir devlet tarafından kontrol edilmesi sonucu o devletin sorumluluğunun doğması tamamen farklı meselelerdir. Dolayısıyla bu iki hukuki sorunun tek bir ölçütle hukuki değerlendirmeye tabi tutulması ve silahlı çatışmaların niteliğini tespit etmek için devletlerin sorumluluğu konusunun kullanılması doğru değildir.²⁹¹ Dolayısıyla bu alanda doğru ölçütün etkin kontrol olduğuna ve Taslak 8'in doğru okunuşundan etkin kontrolün tercih edildiğinin anlaşılacağına karar vermiştir.²⁹² Divan Temyiz Dairesi'nin Tadic kararında esas aldığı bütünsel kontrol ölçütünü iki sebeple reddetmiştir: bu Mahkemenin esasen bireysel cezai sorumluluk konusunda yetkili olup, genel uluslararası hukuk alanında yetkili olmaması ve bütünsel kontrol testinin devletlerin sorumluluğu konusunda yeterli ve ikna edici bir ölçüt oluşturmaması.²⁹³

Ayrıca Divan etkin kontrol ölçütünün artık bir uluslararası örf adet kuralı haline geldiğini de ifade etmiştir.²⁹⁴ Sonuçta etkin kontrol ölçütüne göre FRY'nin soykırımın gerçekleştirilmesi noktasında VRS'ye herhangi bir somut talimat vermediği ve zorlamada bulunmadığından sorumlu tutulamayacağına hükmedilmiştir.²⁹⁵

²⁹¹ **Genocide Case**, para. 404-405-406.

²⁹² **Genocide Case**, para. 209 – 210.

²⁹³ **Genocide Case**, para. 403-6; Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 649; Brent Michael, “Responding to Attacks by Non State Actors: The Attribution Requirement of Self Defence” **Australian International Law Journal**, vol. 16, s. 44.

²⁹⁴ **Genocide Case**, para. 398-99.

²⁹⁵ **Genocide Case**, para. 413.

5. Sorumluluk Ölçütlerine İlişkin Genel Değerlendirme

5.1. Tam Bağımlılık Testi

UAD tarafından Nikaragua’da geliştirilmiş olan tam bağımlılık testi özünde devlet dışı bir aktör olan kontraların ABD’nin *de facto* organı olup olmadığını anlamak için yapılmış bir değerlendirmedir. Dolayısıyla Divan eğer kontralar *de facto* organ haline gelmişlerse, artık sorumluluk için bu birimler üzerinde etkin kontrolün varlığına bakmaya gerek kalmayacağını dile getirmiştir. Zira bir devletin organı halini almış bir birimin uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden doğrudan o devletin kendisi sorumlu tutulabilecektir.²⁹⁶

Ancak Divan’a göre tam bağımlılıktan bahsedilebilmesi için, söz konusu birim üzerinde o devletin kontrolünün *de jure* bir organ üzerindeki kadar esaslı ve etkin şekilde olması gereklidir. Öyle ki, söz konusu birimin *ultra vires* eylemleri bile devletin uluslararası sorumluluğunu doğurabilecektir. Anlaşılabileceği üzere tam bağımlılık testi sonucu belirlenen *de facto* organ statüsü ile *de jure* organ statüsü arasındaki tek fark devletin ulusal hukuk mevzuatında *de facto* organa yer verilmemiş olmasıdır.²⁹⁷ Dolayısıyla tam bağımlılık testi aslında taslak madde 8’in değil taslak madde 4’ün kapsamına girmektedir.

5.2. Etkin Kontrol Ölçütü

Nikaragua Davası’nda UAD özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumlu tutulabilmesi için gerekli kontrol derecesinin etkin kontrol olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme öncelikle kontraların ABD’nin *de jure* organı olmadığını tespit etmiştir. Daha sonra tam bağımlılık testini uygulayarak *de facto* organı olmadığı kanısına

²⁹⁶ Kimberley N. Trapp, **State Responsibility for International Terrorism: Problems and Prospects**, Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 39-40. Milanovic, **State Responsibility for Genocide**, s. 581.

²⁹⁷ Milanovic, **State Responsibility for Genocide**, s. 77.

varmış ve son olarak etkin kontrolün bulunup bulunmadığını değerlendirmeye geçmiştir.²⁹⁸ Yine Divan 2005 Kongo Toprakları'nda Gerçekleştirilen Askeri Faaliyetler Davası'nda Mouvement de libération du Congo (MLC) kuvvetleri üzerinde Uganda'nın etkin kontrolünün bulunup bulunmadığını tespit etmek için etkin kontrol ölçütünü uygulamıştır.²⁹⁹ Daha sonra Divan 2007 Bosna Soykırımı Davası'nda da Bosna'da gerçekleşen olaylardan dolayı Sırbistan Devleti'nin uluslararası sorumluluğunun tespitinde etkin kontrolün bulunmasının gerekli ölçüt olduğunu ifade etmiştir.³⁰⁰

Ancak etkin kontrol ölçütünün uygulandığı söz konusu davaların hiçbirinde etkin kontrolün tanımı ve kapsamına yer verilmemiştir. Bu doğrultuda özel raportör Crawford UHK üyelerinin etkin kontrol üzerindeki tartışmaların uygulamayla açıklığa kavuşmasını beklediklerini ifade etmiştir.³⁰¹ Bu açıdan UHK da etkin kontrol ölçütünün kapsamının ağırlıklı olarak meydana gelen olaylara bağlı olduğunu ifade etmiştir.³⁰² Kanımızca mahkeme kararlarında etkin kontrole ilişkin bir açıklama yapılmamasının gerekçesi, UHK'nın gerekçesi ile aynı değildir. Mahkemeler tanım yapmayarak kontrol ölçütlerinin kapsamına ilişkin kesin sınırlar çizmemek amacı gütmüşlerdir

Etkin kontrol ölçütünün tam bağımlılık olarak ifade edilen ölçütten daha

²⁹⁸ Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 652.

²⁹⁹ Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of Congo v. Uganda, Judgement, **ICJ Reports**, 2005. Ayrıca bkz. Robert Uerpman-Wittzack, "Armed Activities on the Territory of the Congo Cases", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2011.

³⁰⁰ Buna karşın Griebel ve Plücker, Bosna Soykırımı Davası'nda Divan'ın taslak madde 8'i sorumluluğun atfedilmesine ilişkin bir kural olarak değerlendirmedigini ifade etmişlerdir. (Jörn Griebel, Milan Plücker, "New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia" **Leiden Journal of International Law**, Vol. 21 -3, 2008, s. 606-611.)

³⁰¹ Crawford, **State Responsibility**, s. 205.

³⁰² **ARSIWA**, Commentary to art. 8, para. 7.

düşük bir eşiği ifade ettiği açıktır.³⁰³ Zaten bu farkı gözetmek adına Divan gerek Nikaragua gerek Bosna Soykırımı Davası'nda bunların ayrı ölçütler olduğu üzerinde durmuştur. Zira katı tam bağımlılık ölçütü özel kişilerin devletin bir *de facto* organı gibi olup olmadığını tespit ederken, etkin kontrol ölçütü özel kişilerin devletin *de facto* temsilcisi olup olmadığını tespit etmek için kullanılmaktadır. Bu çerçevede eğer özel kişiler ile devlet arasında *de facto* organı olma ilişkisi bir kere kurulmuşsa, her yeni olayda bu ilişkinin tekrar kurulması aranmayacak, buna karşın devlet ile özel kişiler arasında *de facto* temsilcilik ilişkisinin kurulup kurulmadığı her olayda yeniden incelenmeyi gerektirecektir.³⁰⁴

Nikaragua Davası'nda Divan, ABD'nin konralara finansal destek, eğitim, donatım, silahlanma ve örgütlenme gibi geniş bir alanda yaptığı yardımları yeterli bulmayarak, *de facto* ilişki için her bir operasyona yönelik özel emir alınması gerekliliğini aramıştır.³⁰⁵ Bu açıdan Divan kontrol ile desteğin farklı kavramlar olduğunu ve kontrol için operasyonların planlanması, hedeflerin seçimi, özel ve belirli talimatların verilmesi gibi destekten daha fazla bir müdahalenin bulunması gerektiğini ifade etmiştir.³⁰⁶ Talmon özel olarak operasyon emri verilmesi unsurunun operasyonun başından sonuna kadar olan süreyi kapsadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla operasyon başlarken veya operasyon biterken verilen emirler etkin kontrolün ispatı için yeterli olmayacaktır.³⁰⁷

³⁰³ Ancak her hâlükârda uygulamada ciddi anlamda yüksek bir eşiğe karşılık geldiği söylenebilecektir. Bu yüzden EYUCM, AIHM ve UCM gibi mahkemeler özel kişilerin eylemleri ile devletler arasındaki bağı tespit ederken, UAD'den daha düşük eşikler olan bütünsel kontrol ve etkin bütünsel kontrol gibi ölçütleri geliştirmiş ve uygulamışlardır.

³⁰⁴ Alexandre Peytchev, **A Legal Perspective on the Fight against International Terrorism International Terrorism & the Law of State Responsibility, has Nicaragua been left aside?** Master Thesis, Ghent University, 2013, s. 61.

³⁰⁵ **Nicaragua Case**, para. 115; **Genocide Case** para. 399.

³⁰⁶ **Nicaragua Case**, para. 112.

³⁰⁷ Stefan Talmon, "The Various Control Tests in the Law of State Responsibility and the Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist", **ICLQ**, Legal Research Paper Series, Paper

Divan'ın Nikaragua ve Bosna Soykırımı Davaları'nda kullandığı etkin kontrol ölçütüne ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu konuda bazı yazarlar, etkin kontrol ölçütünü uygulamada ispat edilemeyecek kadar yüksek bir eşik olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir.³⁰⁸ Becker, böylesine katı bir anlayışın devletlerin sorumluluğunun doğabilmesini teorik bir ihtimal durumuna düşürdüğünü ifade etmiştir. Zira bu ölçütün gerçekleşmesi için devletler ile özel kişiler arasında devletin hukuku uyarınca kendi organı statüsünü haiz bir birimden ayırt edilemeyecek kadar esaslı ve yaygın şekilde nüfuz etmiş bir ilişkinin mevcut olması gerekmektedir.³⁰⁹ Nitekim Trapp de etkin kontrol ölçütünün Nikaragua ve Bosna Davaları'nda kullanıldığı şekliyle kullanılmaya devam etmesi halinde, devletlerin devlet dışı aktörleri kullanarak uluslararası suçlara katılımı ile ilgili gerçekler açısından ciddi anlamda bir uyumsuzluğun meydana geleceğini ifade etmektedir.³¹⁰ Ancak Trapp'e göre bu iki davada da sorumluluğu iddia edilen devletlerin verdikleri desteklerin "içsel unsuru" (inherent feature) meydana gelen uluslararası insancıl hukuk ihlallerini gerçekleştirmek değildir. Nikaragua'da ana amaç Sandinista'ları hükümetten uzaklaştırmak, Bosna'da ise toprak kontrolünü tesis etmektir. Dolayısıyla Divan içsel unsuru uluslararası insancıl hukuk ihlalleri olmayan söz konusu durumlarda, etkin kontrolün varlığını aramaktadır.³¹¹ Trapp ayrıca birçok destek ile birlikte içsel unsurun da bulunması halinde, uluslararası insancıl hukuk ihlallerini devletin önlemeye gücü olduğu halde önlememesinden dolayı bile sorumlu tutulacağını ifade

No 16/2009, s. 8 – 9.

³⁰⁸ William W. Burke-White, Anne-Marie Slaughter, "International Legal Responses to Terrorism, An International Constitutional Moment", **Harvard Journal of International Law**, vol. 43, no. 1, 2002, s. 20; Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 182-183. Etkin kontrolün çok yüksek bir eşik teşkil etmesi devletlerin uluslararası sorumluluğu gibi siyasi açıdan çok hassas bir konuda, bu kontrolün ispatını neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Scott Shackelford, Holding States Accountable for the Ultimate Human Right Abuse: A Review of the International Court of Justice's Bosnian Genocide Case, **Human Rights Brief**, vol. 14 (3), 2007, s. 23-24.

³⁰⁹ Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 69.

³¹⁰ Trapp, **State Responsibility for International Terrorism**, s. 248.

³¹¹ Trapp, **State Responsibility for International Terrorism**, s. 249.

etmiştir.³¹²

Gibney de aynı doğrultuda Bosna'da işlenen suçlar Sırbistan Devletine atfedilemiyorsa ne şekilde bir yardımın bulunması halinde devletin sorumlu tutulabileceğini hayal etmenin gerçekten güç olduğunu ifade etmiştir.³¹³ Böyle yüksek bir eşiğin belirlenmesi nedeniyle devlet ile özel kişiler arasında yüksek seviyede bir bağımlılığın bulunduğu ancak kontrol derecesinin genel seviyede kaldığı durumlarda, devletin bu özel kişilerin eylemlerinden sorumluluğu doğmayacaktır.³¹⁴ Shackelford da delillendirmeye ilişkin seviyeyi UAD'nin Bosna'da çok yüksek bir yere koyduğunu, olguların bu seviyeye ulaşmasının neredeyse imkânsız olduğunu ifade eder.³¹⁵ Gal'ın dikkat çektiği üzere etkin kontrolün mecburi olarak aranması demek, bir olayda bütünsel kontrolün bulunması halinde, devletin destek verdiği devlet dışı aktörlerin eylemlerinden sorumlu tutulamaması anlamına gelecektir ki, bütünsel kontrol ölçütü de aslında ciddi anlamda yüksek bir kontrolün bulunmasını gerektirmektedir.³¹⁶ Cassese ise UAD'nin etkin kontrol ölçütünü bir uluslararası örf adet hukuku kuralı saymasını gerek devlet uygulaması gerek *opinio juris* açısından ikna edicilikten uzak olarak nitelendirmiştir.³¹⁷ Cassese'ye göre etkin kontrol ölçütü sorumluluğun devletlere atfedilmesine ilişkin uluslararası örf adet hukuku kurallarına ve UHK'nın hazırladığı taslak maddelerin *ratio legem*'ine aykırıdır. Bu doğrultuda EYUCM Temyiz Dairesi Tadic Temyiz Dairesi de etkin kontrolün devlet

³¹² Trapp, **State Responsibility for International Terrorism**, s. 250.

³¹³ Mark Gibney, Genocide and State Responsibility, **Human Rights Law Review**, Volume 7, Issue 4, 2007, s. 771.

³¹⁴ Talmon, **The Various Control Tests**, s. 9. Cassese ise etkin kontrolün uygulanmasının gerçek faillerinin ortaya çıkmamasıyla sonuçlanacağını ve gerçekte de suçları işleyenlerin ortaya çıkmadığını ifade etmiştir. (Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 654.)

³¹⁵ Shackelford, **A review of Genocide Case** s. 24.

³¹⁶ Tom Gal, Unexplored Outcomes of Tadić: Applicability of the Law of Occupation to War by Proxy, **Journal of International Criminal Justice**, Volume 12, Issue 1, March 2014, s. 63-64.

³¹⁷ Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 654.

uygulamasıyla bağdaşmadığı ifade edilmiştir.³¹⁸ Zira atfedilmeye ilişkin kuralların temeli devletlerin özel hukuk kişileri kullanarak sorumluluktan kaçmalarını önlemektir.³¹⁹ Ayrıca Cassese Divan'ın uluslararası sorumluluğa ilişkin temel prensipleri doğru anlamadığı kanısındadır. Eğer doğru anlasaydı kontralara verilen bunca destek ve yardımdan sonra etkin kontrol ölçütü gibi bir ölçütü gerekli görmesi mümkün olmazdı. Kontraların gerçekleştirdiği birçok suikast, tecavüz, işkence eylemleri belki gerçekten ABD emretmemiştir. Ancak kontraların bu eylemleri yapabilme kapasiteleri, silahlanmaları ve askeri örgütlenmeleri çok büyük oranda ABD'ye bağımlıdır. Cassese bu açıdan Divan'ın Bosna Soykırımı Davası'nda etkin kontrolün bir uluslararası örf adet kuralı olduğu yönündeki görüşünü yalnızca kendisinin Nikaragua Davası'ndaki içtihadına ve UHK'nın etkin kontrolün geçerli olduğu yönündeki tutumuna dayandırdığını, böylesi bir yaklaşımın ise hukukilikten uzak olduğunu ifade etmiştir.³²⁰ Gerçekten de mahkeme delil olarak bir tek Nikaragua Davası dışında haricinde başka bir delil göstermemiştir. Kaldı ki UHK'nın etkin kontrol ölçütünün geçerli bir ölçüt olduğu yönünde açık bir beyanı bulunmamaktadır. Komisyon Nicaragua ve Tadic davalarına atıfta bulunduktan sonra, her örnek olayda yeterli derecede kontrolün sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi mahkemenin takdir hakkıdır demiştir.³²¹

Divan'ın Bosna Soykırımı Davası'nda verdiği karara ilişkin bir diğer eleştiri de kullanılan hukuk tekniği ile alakalıdır. Divan bu davada devletlerin sorumluluğu ile bireysel cezai sorumluluğu ayırt etme yoluna giderek devletlerin uyuşmazlıklarına bakan bir mahkeme, ortaklaşa veya benzer konular söz konusu olduğunda bile, sadece bireylerin cezai sorumluluğu bakımından yargı yetkisi bulunan bir mahkemeden bir

³¹⁸ **Tadic Appeal Chamber**, para 124.

³¹⁹ Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 654

³²⁰ Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 649.

³²¹ **ARSIWA**, Commentary to art. 8, para. 6.

şey öğrenemez şeklinde bir yorumda bulunmuştur.³²² Divan'ın usule ilişkin yargı yetkisiyle alakalı bir hususu esasa ilişkin bir konuya etki edecek şekilde ele alması eleştirilmiştir.³²³ Bu açıdan Cassese de bir uluslararası mahkemenin kendi görüşünü, önceki devlet uygulamaları ve mahkeme kararlarıyla desteklemeden, sadece diğer bir uluslararası mahkemenin yetkisinden yola çıkarak oluşturmasını hatalı bulmaktadır.³²⁴ Nitekim Azarov'a göre uluslararası hukukta bir uluslararası mahkemenin kararı bir başka uluslararası mahkeme için emsal karar teşkil etmemektedir. Dolayısıyla emsal karar tekniği uluslararası hukukta bulunmadığına göre Divan'ın EYUCM'un yargı yetkisine ilişkin görüşler beyan etmesi uygun değildir. Bunun yerine UAD'den beklenen kontrol ölçütüne ilişkin normatif çerçeve çizmesidir.³²⁵

5.3. Bütünsel Kontrol Ölçütü

Yukarıda anlatıldığı üzere, EYUCM Temyiz Dairesi Tadic Davası kararında sorumluluk açısından uygun ölçütün bütünsel kontrol olduğunu ifade etmiştir. EYUCM'nin, yetkisi bireysel cezai sorumluluktur. Ancak davanın açıklandığı bölümde de ifade edildiği üzere silahlı çatışmanın niteliğini belirlemek Tadic Davası'nda kilit bir rol oynamaktadır. Çünkü eğer Bosnalı Sırpların yaptığı hukuka aykırılıklar Sırbistan'a atfedilebilirse, burada yürütülen silahlı çatışmalar uluslararası nitelikte silahlı çatışma haline gelecek ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlallerini düzenleyen EYUCM Statüsü madde 2'nin kapsamına girecektir. Dolayısıyla Mahkeme çatışmanın niteliğini devletlerin sorumluluğuna ilişkin kurallara başvurarak çözmüştür. Ayrıca mahkeme uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada, bir devletin askeri birlikleriyle müdahalesi söz konusu olursa veya bir iç çatışmanın taraflarından birisi, başka bir devlet adına hareket etmeye başlarsa,

³²² **Genocide Case**, para. 403.

³²³ Trapp, **State Responsibility for International Terrorism**, s. 246-247.

³²⁴ Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 651.

³²⁵ Azarov, **Internationalisation and Attribution**, s. 22.

söz konusu silahlı çatışma uluslararası silahlı çatışma haline gelir, demiştir.³²⁶ Daha sonra UCM’de Lubanga Davası’nda silahlı çatışmaların niteliğini belirlerken yine bütünsel kontrol ölçütünü olaya uygulamıştır.

Bu açıdan Mahkeme özellikle örgütlenmiş ve hiyerarşik yapılar söz konusu olduğunda etkin kontrol gibi yüksek bir eşiğin aranmasının uygun olmadığını belirtmiştir.³²⁷ Ancak bütünsel kontrol ölçütü açısından bir devletin söz konusu özel kişilere finansman, eğitim, teçhizat, operasyonel ve askeri destek sağlamasının yanı sıra, bu grupların örgütlenmesi, eşgüdümün sağlanması ve askeri operasyonları gerçekleştirmelerine yardım gibi faaliyetlerde bulunması da gereklidir.³²⁸ Dolayısıyla sorumluluğun doğması için lojistik destekle birlikte operasyonel desteğin de bulunup bulunmadığına bakılacaktır.

EYUCM Temyiz Dairesi Tadic Davası’nda bütünsel kontrolün yeterli olduğu kanısına 3. Cenevre Sözleşmesi madde 4’teki “ait olma ve parçası olma” gibi belli bir derecede kontrolü anlatan ifadelerden yola çıkarak varmıştır.³²⁹ Mahkeme bu açıdan uluslararası insancıl hukuk kuralları bireylerin eylemlerinin devletin eylemi haline dönüşmesine ilişkin özel bir kural içermediğinden, bu hususta genel uluslararası hukuk kurallarına başvurulmasının kaçınılmaz olduğunu ifade etmiştir.³³⁰

Mahkeme ayrıca Divan’ın etkin kontrol ölçütü ile olaylara çok şekilci yaklaştığını, kontrol ölçütlerinin özünde gerçekçi bir hesap verilebilirliğin sağlanmasını amaçladığına dikkat çekmiştir.³³¹ Dolayısıyla bütünsel kontrol

³²⁶ **Tadic Appeal Chamber**, para. 84.

³²⁷ **Tadic Appeal Chamber**, para. 119.

³²⁸ **Tadic Appeal Chamber**, para. 120.

³²⁹ **Tadic Appeal Chamber**, para. 95. 3. Cenevre Sözleşmesi madde 4 için bkz. (Art. 4 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention), 75 United Nations Treaty Series 135.

³³⁰ **Tadic Appeal Chamber**, para. 98.

³³¹ Mahkeme ayrıca etkin kontrolün Taslak madde 8 tarafından kabul edilen bir ölçüt veya mahkemelerin genel bir uygulaması olmadığını ve kontrolün derecesinin her davanın fiili gerçekliğine

ölçütünün uygulanması halinde siviller daha fazla korumaya kavuşacak ve dahası saldırı suçundan sorumluluk da taraflara uygulanabilir hale gelecektir.³³² Son olarak Tadic kararının dolaylı bir etkisi olarak söz konusu olaydakine benzer silahlı çatışmaların uluslararası silahlı çatışma olarak kabul edilmesiyle bu tür silahlı çatışmalara uygulanacak insancıl hukukun alanının da genişlediğinden bahsedilebilir.³³³

Daha önce de belirtildiği üzere, bütünsel kontrol ölçütüne gerek Divan gerek doktrinde birtakım eleştiriler getirilmiştir. Divan'ın bütünsel ölçüte iki temel noktada karşı çıktığı görülmektedir. Divan öncelikle bütünsel kontrolün mevcut uluslararası sorumluluk hukuku sisteminin temeli olan, “devletlerin kendi eylemlerinden başka kimsenin eylemlerinden dolayı uluslararası sorumluluğunun doğmaması” kuralına esaslı bir aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür.³³⁴ Divan'ın getirdiği ikinci eleştiri ise, EYUCM'nin kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin yargı yetkisi çerçevesinde gerekli gördüğü kontrol ile devletlerin sorumluluğu açısından aranacak olan kontrolün derece ve doğasının ciddi anlamda farklı olduğudur.³³⁵

Tadic Davası'nda temyiz kararına muhalefet şerhi düşen Yargıç Shahabuddeen de bunlara benzer görüşleri dile getirmiştir. Yargıç Shahabuddeen, Mahkemenin Nikaragua kararını değerlendirmesinin yanlış olduğunu, zira

göre değişiklik göstereceğini ifade etmişti. (**Tadic Appeal Chamber**, para. 108-109.) Devlet örgütlenmiş grup üzerinde tam kontrole sahipse, zaten atfedilme noktasında burada bir sorun yoktur. Ancak eğer kontrolün derecesi gerekli seviyede değilse, mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıktaki özel olayı soruşturması gerekecektir. (Andre De Hoogh, “Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia” **British Yearbook of International Law**, 72-1, s. 280-281). Ayrıca bkz. Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 69.

³³² Gal, **Unexplored Outcomes of Tadić**, s. 17-8.

³³³ Gal, **Unexplored Outcomes of Tadić**, s. 5.

³³⁴ **Genocide Case**, para. 406-8. Cassese, Divan'ın bu görüşüne ilişkin herhangi bir gerekçe sunmadığını, delil göstermediğini ifade etmektedir, Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 651.

³³⁵ **Genocide Case**, para. 403-404-405.

Nikaragua’da hukuki sorunun başka bir devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin olup olmadığının araştırılması olduğunu ifade etmiştir. Bilindiği üzere her kuvvet kullanma eylemi, aynı zamanda uluslararası insancıl hukuk kuralları ihlali anlamına gelmemektedir. Devletler herhangi bir uluslararası insancıl hukuk ihlali gerçekleştirmeden de kuvvet kullanabilir. Tadic Davası’nda sorun FRY’nin Bosna Hersek’e karşı VRS aracılığıyla uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi olup, FRY’nin VRS aracılığıyla uluslararası insancıl hukuk ihlalleri gerçekleştirip gerçekleştirmediği değildir.³³⁶ Tonkin de bu ayrımın önemli olduğu kanısındadır. Zira insancıl hukuk kuralları devletlerin yükümlerini içeren birincil kurallardır, ancak devletlerin sorumluluğu konusu hukuka aykırı eylemde hangi şartlar altında devletlerin sorumlu tutulacağını ve sorumluluğun sonuçlarını içeren ikincil kuralların kapsamına girmektedir.³³⁷ Cassese’ye göre UAD, Bosna Soykırımı Davası’nda Yargıç Shahabuddeen’in muhalefet şerhindeki görüşlerinden ciddi anlamda etkilenmiştir.³³⁸

Doktrinde De Frouville bütünsel kontrol ölçütü ile hiyerarşik yapısı bulunan, örgütlenmiş gruplar ile hiyerarşik yapıda olmayan ve örgütlenmemiş gruplar arasında yapılan ayrımın başka bir sorun ortaya çıkmadığını ifade etmiştir. Buna göre, Tadic Davası’nda uygulandığı şekliyle bütünsel kontrol açısından eylemlerin planlanması, grubun finansmanı, eğitimi gibi eylemlerin bulunması sorumluluğun devlete atfedilebilmesi için yeterli görülmektedir. Fakat örneğin tek bir kişinin terörist eylem gerçekleştirmesi halinde, bütünsel kontrol nasıl tespit edilecektir veya yeterli kontrolün derecesi burada ne olacaktır?³³⁹ Buna karşın UHK’nın taslak maddelerde bu açıdan birey veya gruplar arasında herhangi bir ayrım yapmadığı

³³⁶ Shahabuddeen, Muhalefet Şerhi, s. 155, para. 17-8.

³³⁷ Tonkin, **State Control over Private Military and Security Companies**, s. 118-119.

³³⁸ Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 650.

³³⁹ De Frouville, **Private Individuals**, s. 270. – 271.

vurgulanmalıdır.³⁴⁰

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Yetki, Sorumluluk ve Kontrol

Ülke veya kişiler üzerinde uluslararası hukuka uygun kontrolün derecesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı önemlidir. Bilindiği üzere AİHM kararlarını verirken uluslararası hukuka uygun vermelidir. Bu bağlamda devletin AİHS'ten kaynaklı bir yükümünü ihlal edip etmediğini tespit etmek için, söz konusu eylemi söz konusu devlete atfedilip atfedilemeyeceğini göz önünde bulundurması gerekmektedir. AİHM'in kişi bakımından yetkisinin bulunduğunu tespit etmesi de bu "atfedilme" hukuki sürecine bağlıdır. Dolayısıyla "mahkemenin kişi bakımından yetkisi" ve "eylemin devlete atfedilebilmesi" meseleleri mahkeme açısından birleşik bir hal almaktadır. Mahkeme özellikle ülke dışı eylemler söz konusu olduğunda kişi bakımından yetkili olup olmadığını tespit ederken, sözleşmeye aykırı olduğu iddia edilen eylemin bir akit devlete atfedilebilip atfedilemediğini değerlendirmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki, AİHM geleneksel uluslararası hukuk kurallarını değerlendirirken, kendine özgü geliştirdiği yorum teknikleri ile birlikte, geleneksel uluslararası hukuk yorumundan farklı değerlendirme ve sonuçlara varabilmektedir. Çalışmanın bu kısmında AİHM'in kontrol meselesini nasıl değerlendirdiği ortaya koyulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yer bakımından yargı yetkisi sözleşmedeki hak veya hakların ihlallerinin gerçekleştiği yer ile ilgilidir. Sözleşme'nin 1. maddesine göre, "*Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'de açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.*" Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi imzacı devletin egemenlik sınırları içerisinde

³⁴⁰ Crawford, *State Responsibility*, s. 154.

geçerlidir.³⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 1, bütün üye devletlerin yetkilerinin bulunduğu alanda kişilerin güvenliğini sağlama yükümü altında olduğunu düzenlemektedir. AİHM bu bağlamda uluslararası hukukta yetkinin ülkeselliği ilkesinin geçerli olduğunu ifade ederek, sözleşmenin 1. Maddesinin yer bakımından yetkiyi devletin ülke sınırları içerisinde değerlendirmiştir.³⁴² Bunun dışında Sözleşme, Mahkeme içtihadı ile gelişen ve hem niteliği hem uygulaması karardan karara değişen bir değerlendirme olarak, üye Devletin fiili kontrolünün bulunduğu yerlerde de Devletin Sözleşme ile bağlı olduğu görüşündedir.³⁴³ Ancak ifade edilmelidir ki, Mahkeme fiili kontrolün bulunduğu durumlarda yer bakımından yetki değerlendirmesi yaparken tutarlı bir içtihat geliştirmemiştir.

AİHM Loizidou Davası'nda Türkiye'nin fiili ve etkin kontrolü olduğu gerekçesiyle burada gerçekleştiği iddia edilen ihlallere bakmaya kendisini yetkili görmüştür. Loizidou Davası'nda başvuru 1974 Barış hareketi sonrası Kuzey'deki mallarına erişimi kalmadığı gerekçesiyle Türkiye'yi şikayet etmiştir. Buna karşın Türkiye, şikayetlerin konusunun KKTC Devleti'nin yetki alanına girdiğini, Türkiye'yi ilgilendirmedığını ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, Sözleşmenin birinci maddesi ile her ne kadar Sözleşmenin uygulama alanı sınırlanmışsa da, “hüküm ve tasarruf” veya “yargı yetkisi” kavramının sadece taraf devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlı olmadığına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre taraf bir devlet yasal olsun olmasın, kendi sınırları dışında belli bir bölgeyi kontrol altında tutuyorsa, o bölgeyi

³⁴¹ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, Madde 1: İnsan haklarına saygı yükümlülüğü Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.

³⁴² Banković And Others V. Belgium And Others, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22099>, para. 59, 4.11.2015.

³⁴³ Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakların Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 690- 698; Enver Bozkurt, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Legem Yayıncılık, 2018, Ankara, s. 249.

kontrol altına alan askeri birliklerin eylemlerinin sonuçlarından sorumlu olacaktır.³⁴⁴

Sözleşmenin uygulanacağı yer bakımından yetki bağlamında bir diğer dönüm noktasını Bankovic kararı teşkil eder. Bankovic kararı olarak bilinen davada başvuruçuların hepsi Yugoslavya Federal Cumhuriyeti vatandaşıdır. Vlastimir ve Borka Bankovic, mahkemeye kendileri ve ölen kızları için başvurmuşlardır. Diğer başvuruçu Zivana Stojanovic, mahkemeye kendisi ve ölen oğlu Nebojsa Stojanovic için başvurmuştur. Dördüncü Başvuruçu Mirjana Stoimenovski, kendisi ve ölen oğlu Darko Stoimenovski, için başvurmaktadır. Beşinci Başvuruçu Dragan Sukovic, kendi için mahkemeye başvurmuştur. Kosova’da, 1998 - 1999 yılları boyunca Sırb ve Kosova’lı Arnavut güçleri arasındaki çatışmaların çözümü için birçok diyalog yolu aranmış ancak bulunamamıştır. NATO müttefik güçleri Kuzey Atlantik Kurulu kararı ile Yugoslavya Federal Cumhuriyeti’nin isteklerine uymaması halinde hava saldırılarına başlayacağını duyurmuştur. Birtakım anlaşma yolları denenmiş yine sonuç alınamamıştır. Bunun üzerine Kuzey Atlantik Kurulu, hava saldırılarına başlanmasına karar vermiştir. Hava saldırıları 24 Mart - 8 Haziran 1999 tarihleri arasında sürmüştür. NATO uçakları Radio Televizije Srbije’yi bombalamıştır. Radyo binasının iki katı çökmüş, ana kumanda odası imha edilmiştir. RTS’nin bombalanması ile birinci ve ikinci başvuruçunun kızları, üçüncü ve dördüncü başvuruçunun oğulları ve beşinci başvuruçunun kocası öldürülmüştür. Başvuruçular RTS binasının NATO güçleri tarafından bombalanması nedeniyle madde 2 yaşam hakkı, madde 10 ifade özgürlüğü, madde 13 etkin başvuru hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuşlardır. şikayetçi olup Sözleşmenin takip eden maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler: Madde 2 (Yaşam Hakkı), Madde 10

³⁴⁴ **Case Of Loizidou V. Turkey**, (Çevirimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58007>, 6.7.2017.

(İfade Özgürlüğü) ve madde 13 (Etkin Başvuru Hakkı).³⁴⁵ Başvurucular RTS'nin bombardımanına ilişkin, davalı devletlerin yer bakımından yetki kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Davalı devletler ise kişi bakımından yargı yetkisi kapsamında olmadıklarını ileri sürmüştür. Mahkeme söz konusu başvurular yargı yetkisi kapsamında mıdır, değil midir sorusu üzerinde durmuştur.³⁴⁶ Mahkeme başvurucular ve Devletlerin iddialarından sonra değerlendirmeye geçmiştir. Mahkeme öncelikle söz konusu NATO bombardımanının “ülkedışı eylem” olduğunu tespit etmiştir. Buradan hareketle esas sorunun bu ülkedışı eylemlerin üzerinde Devletlerin yetki kapasitesi bulunup bulunmadığını tespit edecektir.³⁴⁷ Mahkemeye göre uluslararası hukukta esas olarak yetki ülkeseldir. Mahkemeye göre diğer yetki kurma biçimleri istisnadır.³⁴⁸

Bankovic kararı aslında bir ülke üzerinde fiili bir kontrol ile ilgili olmayıp, Devlet organlarının eylemlerinin ülke dışında etkisi olan eylemleri ile ilgilidir. Başvurucular Loizidou Davası'na dayanarak “etkili kontrol” kistasının kullanılmak suretiyle AIHM'in yetkili olduğuna karar vermesini talep etmişlerdir. Ancak Mahkeme uluslararası hukuk bağlamında ülkesel yetkinin esas olduğunun kabul edilmesi ve diğer yetki alanı dayanaklarının istisnai olduğunu, özel bir hukuki gerekçeyi gerektirdiğini ileri sürmüştür. Buradan hareketle bir sözleşmecî devletin başka ülke topraklarında kontrolü elinde tutması ve kural olarak hükümet tarafından kullanılan kamu yetkilerini kullanıyor olması halinde ülke dışındaki faaliyetlere yetki kullanılabileceğini ifade etmiştir.³⁴⁹

Mahkeme Loizidou'dan sonraki bazı davalarda fiili kontrol kistasından öteye giderek, kaçan terörist takibinden, suçlunun teslim alınması gibi geçici olaylarda dahi,

³⁴⁵ **Bankovic Case**, para 28.

³⁴⁶ **Bankovic Case**, para 9-11, 30,46.

³⁴⁷ **Bankovic Case**, para 54.

³⁴⁸ **Bankovic Case**, para 61.

³⁴⁹ **Bankovic Case**, para 71.

Devletlerin sözleşmedeki hakları sağlama yükümlülüğü olduğunu değerlendirmiştir. Öcalan Davası'nda mahkeme Kenya'lı temsilcilerin Türk yetkililerine Öcalan'ı teslim ettiği andan itibaren Türkiye'nin fiili kontrolü altında olduğunu ve ülke dışında olsa da Sözleşme'nin 1. Maddesinin burada uygulanacağına hükmetmiştir.³⁵⁰

Verdiği kararlar değerlendirildiğinde mahkemenin yer bakımından yetkiyi mekan ve kişi üzerindeki kontrol olmak üzere iki farklı şekilde değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Mekan bakımından kontrolde, bir toprak parçası üzerindeki etkin bütünsel kontrol üzerinden yetki kurmaktadır. Kişiler üzerindeki kontrolden yola çıkarak yetki kurarken ise devlet temsilcilerinin kişi veya kişiler üzerindeki kontrolünü göz önünde bulundurmaktadır.³⁵¹ Esasında Bankovic davasında mahkeme bu şekilde hareket etmemiştir. NATO müttefiklerinin bombalama eylemlerini etkin bütünsel kontrol ölçütünü sağlamadığı gerekçesiyle davayı kabul edilemez bulmuştur.³⁵² Ancak Al Skeini davasında mahkeme kişiler üzerinde bir şekilde belirli bir kontrolün bulunduğu durumlarda yetkiyi kabul edilebilir olarak değerlendirmiştir. Mahkeme Al Skeini davasında İngiliz askerlerinin Irak'ta yaptığı eylemlere ilişkin yetki değerlendirmesinde kişisel modeli kullanarak, mahkemenin yetkili olduğunu ifade etmiştir.³⁵³

Mahkeme Bankovic davasında bir işgal ve etkin kontrol olmasını, ya da devletin kendi ülkesinde kullandığı kamu gücü icra edilmesi gibi özellikler aramaktaydı.³⁵⁴ Ama Al Skeini davasında bu tutumdan uzaklaşmıştır. Davada

³⁵⁰ **Öcalan Case**, Grand Chamber, para. 91.

³⁵¹ Milanovic, Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court Marko Milanovic, s. 2.

³⁵² **Bankovic Case**, para 71.

³⁵³ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-105606\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) Grand chamber para Case Of Al-Skeini And Others V. The United Kingdom [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-105606\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) , Grand Chamber para 138-139.

³⁵⁴ **Bankovic Case**, para, 71.

devletin ülkesi dışında olan ama akit devlet adına hareket eden temsilcilerin eylemleri söz konusu olması halinde sözleşmenin yetkisi kabul edilecektir.³⁵⁵

Sonuç olarak AIHM'in hem Nikaragua Davası'nda UAD'nin verdiği karardan hem de EYUCM'un Tadic'te yapmış olduğu değerlendirmelerden farklı bir değerlendirme yaptığını, benzer terimleri kullanmakla birlikte esasını farklı yorumladığını söylemek gerekecektir.

³⁵⁵ **Al Skeini Case**, para. 136.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÜVENLİK BAĞLAMINDA ÖZEL KİŞİLERİN EYLEMLERİNDEN DEVLETLERİN SORUMLULUĞU- ULUSLARARASI UYGULAMA

1. Terörizm ve Devletlerin Sorumluluğunun Atfedilebilmesi

1.1. Devlet Destekli Uluslararası Terörizm

Terör genel korku yaratma kavramına karşılık gelirken, terörizm korku yaratma amacı güden şiddet sürecine işaret etmektedir. Latince *terrere* kelimesinden türemiş olup, İngilizce’de *terror*, Fransızca’da *terreur* olarak ifade edilmektedir. Türkçe’de uzun yıllar terör kelimesi yerine *tedhiş* kelimesi kullanılmıştır. Günümüzde terör kelimesi yaygın şekilde kullanılmaktadır. Türkçe’de terör yıldırma, korkutma anlamlarına gelmektedir.³⁵⁶ Terörizmin üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanımı bulunmamaktadır.³⁵⁷ Bazı yazarlar terörizmin üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanımının bulunmamasının sorun olmadığını ifade etmektedirler. Zaid, terörizmin üzerinde anlaşmaya varılmış ortak bir tanımının bir uluslararası andlaşmada yer almasına çalışmaktan ziyade ulusal tanımlarının yapılmış olmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir. Zaid’e göre önemli olan suçun kendisine odaklanmaktır, tanımına değil.³⁵⁸ Bununla birlikte saldırganların siyasi ideolojik bir amaç gütmeleri,

³⁵⁶ “Terör”, Türk Dil Kurumu, **Büyük Türkçe Sözlük**, Güncel Türkçe Sözlük. Ayrıca bkz., Ahmet Hamdi Topal, **Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı**, İstanbul, Beta, 2005, s. 7; Cherif M. Bassiouni, “International Terrorism, in **International Criminal Law**”, Second Ed., Vol I Crimes, Ed. By Cherif Bassiouni, Transnational Publishers, Newyork, 1999, s. 771.

³⁵⁷ Bassiouni özü itibarıyla terörizmin, hukuka aykırı şekilde siyasal şiddet kullanımı olduğunu ifade etmektedir. (Cherif Bassiouni, “Legal Control of International Terrorism: a Policy – Oriented Assessment”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 43, n. 1, 2002, s. 783-786.)

³⁵⁸ Mark S. Zaid, *Combating International Terrorism into the 21st Century*, **ILSA Journal of International and Comparative Law**, 2, 1995-1996, s. 665.

saldırganların insanların şahsına veya mülkiyet haklarına verilen zarardan şahsi bir çıkarlarının bulunmaması, gerçekleştirilmiş veya gerçekleştirilme tehdidi içeren bir şiddet eyleminin mevcut bulunması, korku ortamı yaratarak toplumu sindirmeyi gaye edinmeleri gibi unsurlar terörizm suçunu diğer suçlardan ayıran unsurlardır.³⁵⁹ Çalışmamızda, Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Sözleşmesi 2. maddede yer alan tanım kullanılacaktır. Uluslararası hukukta terörizme ilişkin kabul edilmiş unsurları büyük oranda içeriyor oluşu ve önemli oranda katılımın olduğu bir Sözleşme olması bu tercihin sebebidir. Söz konusu maddede terörizm şu şekilde tanımlanmıştır: *“niteliği veya kapsamı itibariyle, bir halkı korkutmak, ya da bir hükümeti veya uluslararası örgütü herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacını gütmesi halinde, bir sivil ya da bir silahlı çatışma durumunda muharebelere doğrudan katılmayan herhangi başka bir kişiyi öldürmeye veya ağır şekilde yaralamaya yönelik ... tüm eylemler.”*³⁶⁰

Terörizm doktrinde değişik unsurlar göz önünde bulundurularak farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır: Ayrılıkçı terörizm, dini terörizm, ideolojik terörizm, yeni terörizm (11 Eylül olayları sonrası terörizmin farklılığına atfen yeni denilmektedir), uluslararası terörizm, ulusal terörizm, devlet destekli olan ve devlet destekli olmayan terörizm gibi.³⁶¹

Çalışmamız açısından bu sınıflandırmalardan devlet destekli uluslararası terörizmi önem arz etmektedir. Uluslararası terörizm, en genel anlamıyla bir devlete

³⁵⁹ Terörizmin tanımlanmasına ilişkin çeşitli çalışmaların göz önünde bulundurulduğu Türkçe çalışmalar için bkz. Topal, **Uluslararası Terörizm**, s. 32-37. Terörizmin tanımlanması sorununun ana sebebi bir devlet ya da hukukçuya göre self determinasyon hakkını kullanan bir silahlı gücün bir devlete göre terörist, başka bir devlete göre ise ulusal kurtuluş savaşı olarak kabul edilmesidir. (Taşdemir, **Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku**, s. 11- 22.)

³⁶⁰ International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, **United Nations General Assembly**, Resolution 54/109, 9 December 1999. (Çevirimiçi) <https://www.un.org/law/cod/finterr.htm>. 8.9.2018.

³⁶¹ Gus Martin, Exchanging Terrorism Oxygen for Media Airwaves: The Age of Terroredia, in **Types of Terrorism**, ed. Mahmoud Eid, 2014, s. 82.

karşı şiddet kullanımı veya tehdidi içeren terörist faaliyetidir.³⁶² Devlet destekli olan ve devlet destekli olmayan uluslararası terörizm olarak iki biçimi olan uluslararası terörizmin, devlet destekli olmayan biçiminin günümüz uluslararası ilişkileri göz önünde bulundurulduğunda mümkün olmadığı bir gerçekliktir.³⁶³

Günümüzde devletlerin terörist gruplara destekleri siyasi destekten, fiziki desteğe kadar çeşitli biçimlerde olabilmektedir. Bu açıdan bir devlet terör örgütüne finans yardımı, silah yardımı, eğitim, diplomatik ve istihbarat yardımı sağlamanın yanında, kendi güvenlik veya istihbarat görevlilerinin bizzat örgütün içinde yer alması suretiyle de ilişki kurabilir. Ayrıca ülke topraklarının bu tür örgütlere kullandırılması ve hareket serbestisi sağlanması gibi dolaylı destekler de yine bu kapsamda kabul edilmektedir. Örneğin Cassese'ye göre devlet bir terör örgütüyle şu yollardan ilişkiye geçebilir: (i) devlet görevlilerinin terörist faaliyetlerde görevlendirilmesi; (ii) devletin, kendi resmi görevlileri dışındaki kişileri görevlendirmesi; (iii) devletin, teröristlere mali destekte bulunması; (iv) devletin, terör örgütlerine lojistik destekte bulunması; (v) devletin terör örgütlerine üs sağlaması (vi) aktif veya pasif farketmeksizin terörizme destek vermesi.³⁶⁴ Murphy ise devletlerin teröristlerle olan ilişkisini on iki şekilde gruplandırmıştır: (i) devletin, terör faaliyetini bizzat gerçekleştirmesi; (ii) doğrudan destek vermesi; (iii) istihbarat desteği (iv) terörist eylemlere yönelik özel taktik ve askeri eğitim vermesi; (v) diplomatik ayrıcalıklardan yararlandırması; (vi) kendi teknolojik imkanlarını terör örgütünün kullanımına sunması; (vii) silah ve patlayıcı yardımında bulunması; (viii) ulaşım konularında yardım etmesi; (ix) teröristlerin ülkesini kullanmasına izin vermesi; (x) mali destekte bulunması; (xi) terör örgütüne örtülü ve sözlü beyanlarla

³⁶² Umut Kedikli, **Devlet Destekli Terörizm Nedeniyle Devletin Uluslararası Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011, s. 103-113.

³⁶³ Topal, **Uluslararası Terörizm**, s. 119.

³⁶⁴ Cassese, **Legal Response to Terrorism**, s. 598; Kedikli, **Terörizm Nedeniyle Devletin Sorumluluğu**, s. 111;

destek vermesi.³⁶⁵

1.2. Devlet Destekli Uluslararası Terörizmden Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu

Devletlerle herhangi bir resmi bağı bulunmayan teröristlerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğu konusu, uluslararası sorumluluk hukukunda özel kişilerin eylemlerinden devletlerin uluslararası sorumluluğu kapsamında yer almaktadır. Bu konu çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı bir şekilde incelendiğinden, burada esas olarak ilgili kuralların terörist faaliyetler söz konusu olduğunda ne şekilde uygulanabileceği ele alınacaktır.

1.2.1. Devletlerin Terörist Eylemlerden Sorumlu Tutulması için Gerekli Kontrolün Derecesi

Bir önceki bölümde de ifade ettiğimiz üzere, UAD, bir devletin özel kişilerin terör eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için bunlar üzerindeki kontrolünün etkin kontrol seviyesinde olmasını aramaktadır. Nitekim Divan uluslararası terörizme ilişkin bütün gelişmelere rağmen, yakın tarihli Bosna Soykırımı Davası'nda etkin kontrol ölçütü konusundaki içtihadını değiştirmemiştir.

Ancak günümüz uluslararası ilişkileri göz önünde bulundurulduğunda devletler ve teröristler arasındaki ilişkiye etkin kontrol ölçütünü uygulamanın

³⁶⁵ John Murphy, **State Support of International Terrorism: Legal, Political and Economic Dimensions**, Westview Press, Colorado, 1989, s. 32-33. Ayrıca Starski'de şu şekilde bir terör örgütüne devletin katılımı veya desteği tasnifi yapmıştır: 1- bir silahlı saldırıyı doğrudan emretmek 2- terörist eylemleri finanse etmek, silah yardımı yapmak veya propagandasını yapmak 3- bir saldırıya "açık şekilde" rıza göstermek 4- genel olarak terörist eylemlere açık rıza göstermek 5- pasif bir tutum benimseyerek terörist eylemlerin meydana gelmesini tolere etmek veya saldırıyı gerçekleştirenleri yargılama, soruşturma gibi adli süreçlere tabi tutmaktan kaçınması 6- bir saldırıyı önlemeyi ihmal etmesi 7- yeterli gücü olmadığı için terörist saldırıyı engelleyememesi 8- terörist eylemleri önlemeyi reddetmesi 9- terörist eylemleri önlemeyi ihmal etmesi. Starski özellikle 4 ve 9. maddeler arasında, günümüzde çokça tartışılan "acı veya isteksiz" devlet doktrini olarak bilinen doktrini kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Starski bu hareketlerin tamamının ihmali eylemlere girecek nitelikte olduğunu ifade etmektedir. (Starski, **Unable or Unwilling**, s. 460.)

gerçekçi bir kıstas olmaktan çıktığı sıkça ifade edilmektedir.³⁶⁶ Zira bir terör olayında etkin kontrolün bulunması için devletin ciddi derecede yardım ve desteği haricinde, söz konusu operasyon veya eylemin gerçekleştirilmesi emrini de vermiş olması gerekmektedir. Ayrıca devletin özel olarak o emri verdiğinin ispat edilmesinin güçlüğü de ayrı bir hukuki sorun teşkil etmektedir.³⁶⁷

Buna karşın teröristler üzerindeki devlet kontrolü bakımından, EYUCM tarafından oluşturulan bütünsel kontrolün daha uygun olduğu ileri sürülmüştür. Zira özellikle teröristlerin asgari bile olsa genel olarak hiyerarşik bir yapılanma içerisinde oldukları dikkate alındığında, bütünsel kontrol ölçütüne uygun bir ilişkinin kurulması ve ispatı daha kolay olacaktır. Bu açıdan Cassese bütünsel kontrol ölçütüne göre bir değerlendirme yapıldığında, terörist gruplara devletlerin silah ve finans yardımı veya diğer destekleri vermesinin yanı sıra, bu grupların örgütlenme ve koordinasyonlarının sağlanmasında yer almaları halinde de bunların uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluklarının doğacağını ileri sürmektedir. Dolayısıyla uluslararası toplumun gerçekleri göz önünde bulundurulduğunda ve uluslararası terörizmle etkili şekilde mücadele edebilmek bakımından bütünsel kontrol daha uygun bir ölçüttür.³⁶⁸

Bununla birlikte bazı yazarlar bütünsel kontrolü uygulayarak yapay bir bağ kurmaya çalışmanın yarardan ziyade zarar doğuracağını ifade ederek bu ölçüte karşı çıkmıştır.³⁶⁹ Bu konuda Trapp, ölçütün benimsenmesi halinde devletlerin sorumluluk hukuku kurallarına başvurulacak birincil yükümlülükler altına girmekten

³⁶⁶ Condorelli, Kress, **The Rules of Attribution**, s. 2237 – 240; White, Slaughter, **International Legal Responses to Terrorism**, s. 39.

³⁶⁷ Alison Elizabeth Chase, Legal Mechanisms of the International Community and the United States Concerning State Sponsorship of Terrorism, **Virginia Journal of International Law** 45 (41) 2004-2005, s. 120.

³⁶⁸ Cassese, **Nicaragua Revisited**, s. 665-667.

³⁶⁹ Trapp, **State Responsibility for International Terrorism**, s. 42.

kaçınacaklarını ileri sürmektedir.³⁷⁰

1.2.2. Özen Gösterme Yükümü

Devletlerin özel kişilerin eylemlerinden sorumluluğu bakımından başvuru başka bir ölçüt de bir devletin kendi ülkesindeki birtakım faaliyetlerden kaynaklanan uluslararası hukuka aykırı durumları önlemesi ve cezalandırması gerektiğine ilişkin genel yükümdür.³⁷¹ Bir özen gösterme yükümü olarak ifade edilen bu yüküm ilgili devletin gerekli adımları atmaması durumunda o devletin sorumluluğunu öngörmektedir.³⁷² Söz konusu yüküm uluslararası terörizm bağlamında ele alındığında ise hem önlemeye yönelik bir pozitif yükümü ve hem de kaçınmaya yönelik bir negatif yükümü içermektedir.³⁷³

Yükümün önlemeye ilişkin kısmına Divan'ın Korfu Boğazı Davası'nda ortaya koyduğu genel yüküm bir örnek teşkil etmektedir. Divan bu kararında açıkça her devletin bilerek kendi ülkesini başka devletlerin haklarına aykırı şekilde kullandırmama mükellefiyeti altında olduğunu ifade etmiştir.³⁷⁴ Dolayısıyla bu yüküm devletlere olası terörist eylem tehditlerine karşı önleyici politikalar gütmeye ve önleyici adımlar atma borcu yüklemektedir.³⁷⁵ Pozitif önleme yükümünün ihlal edilip edilmediğinin tespiti zordur. Bu açıdan devletin idari, hukuki ve güvenliğe ilişkin tedbirlerini terörizmi önleme ve yok etme amacı için olabildiğince etkin biçimde kullanıp kullanmadığına bakılacak, ancak devlet bütün gerekli adımları atmasına

³⁷⁰ Trapp, **State Responsibility for International Terrorism**, s. 42.

³⁷¹ Ancak atfedilmeye ilişkin kuralların bulunduğu Taslak maddelerin hiçbirinde özen gösterme yükümünün yerine getirilmemesi halinde devletlerin sorumluluğunun doğduğuna ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Bu açıdan Wolfrum özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğu konusunda taslak maddeler dışında başka durumların olup olmadığı konusunda emin olmadığını ifade etmektedir. (Wolfrum, **State Responsibility for Private Actors**, s. 425.)

³⁷² Wolfrum, **State Responsibility for Private Actors**, s. 426.

³⁷³ Peytchev, **Terrorism and State Responsibility**, s. 30.

³⁷⁴ Corfu Channel Case, Merits, U.K.-Northern Ireland v. Albania, **ICJ Reports**, 1949, s. 22.

³⁷⁵ Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 131.

rağmen terörist eylem gerçekleşmiş ise devletin sorumluluğu doğmayacaktır.³⁷⁶ Ayrıca ihlal değerlendirmesinde devletin terörist eylem tehdidi ile ilgili bilgisi ve olanakları göz önünde bulundurulacaktır.³⁷⁷

Terörü desteklemekten kaçınmaya ilişkin negatif yüküm bakımından ise 1970 Dostça İlişkiler Bildirgesi'nin ilk prensibi kaynak gösterilmektedir.³⁷⁸ Ayrıca Divan Kongo Silahlı Faaliyetler Davası'nda bu Bildirge'de düzenlendiği şekli ile söz konusu yükümün bir uluslararası örf adet hukuku kuralı olduğunu da ifade etmiştir.³⁷⁹ Bu yüküm ilkinin aksine bir sonuç yükümüdür. Bu açıdan bir devletin teröristlere destek vermesi veya eylemlerine ülkesinde tolerans göstermesi halinde, devlet *ipso facto* kaçınma yükümünü ihlal etmiş sayılacaktır.³⁸⁰

Burada ifade edilmesi gereken bir konu, son yıllarda uluslararası yazında sıklıkla ileri sürülen aciz veya isteksiz devlet doktrini. Doktrine göre devletin ülkesinden bir uluslararası hukuka aykırı eylem meydana geliyorsa, bu devlet bu eylemleri önlemekte isteksiz veya aciz ise, zarar gören devlet zararı veren birime karşı müdahalede bulunabilecektir. Starski bu doktrinin dolaylı sorumluluk olduğunu, kendi eyleminden kendi ihmali ile sorumluluğu kabul ederken bunun birincil kurala

³⁷⁶ Trapp, **State Responsibility for International Terrorism**, s. 80; Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 131. Dolayısıyla bu yükümün kusura bağlı olmayan, objektif bir yüküm olduğu vurgulanmaktadır. (Rachael Lorna. Johnstone, "State Responsibility: A Concerto for Court, Council and Committee", **Denver Journal of International Law and Policy**, 37, 2009, s. 74.)

³⁷⁷ Peytchev, **Terrorism and State Responsibility**, s. 32, Trapp, **State Responsibility for International Terrorism**, s. 65. Korfu Boğazı Davası'nda ve Tahran Rehineleri Davası'nda Divan bu unsurlardan yola çıkarak değerlendirmede bulunmuştur.

³⁷⁸ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, **United Nations, General Assembly**, Resolution 2625, UN Doc. A/RES/2625, 1970. (Çevirimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement>.

³⁷⁹ Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of Congo v. Uganda, Judgement, **ICJ Reports**, 2005, para. 162.

³⁸⁰ Trapp, **State Responsibility for International Terrorism**, s. 80-81; Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 132.

dayandığını ifade etmektedir. Starski Işid tarafından gerçekleştirilen saldırıları Suriye Devleti'nin aciz veya isteksiz olup olmadığı açısından değerlendirerek, uluslararası sorumluluk açısından bu doktrini değerlendirmiştir. Işid Suriye'nin organı değildir. De facto veya de jure bir organ olma ilişkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple taslak maddeler 4 ve 7 uyarınca bu ilişkiyi değerlendirmek mümkün değildir. Suriye Işid'e kamu gücü kullanma yetkisi vermemiştir. Dolayısıyla taslak madde 5 bağlamında değerlendirmek mümkün değildir. Devlet önlem alamıyor, yani aciz olduğu için taslak madde 9 bağlamında değerlendirilebilir mi? Bu soruya verilecek cevapta olumsuzdur. Zira taslak madde 9'a göre söz konusu birim kamu yararı için hareket etmeli, meşru bir amaçla hizmet etmeli ve devletin rızası ile kamu gücü icra etmelidir. Madde 11 bağlamında da değerlendirilemez, zira bu madde uyarınca açık rıza gereklidir. Ancak Suriye Işid'i yaptığı eylemlerden dolayı kınamıştır. Starski bu değerlendirmeden hareketle bu bir atfedilme kuralı değildir. Birincil bir yüküm olarak "barındırmama yükümü"ne geri dönüştür, demiştir.³⁸¹

Esasen devlet hukuka aykırılığın farkında olabilir. Ancak özel olarak belirlenmiş ve bilinen saldırıyı bilmeyebilir. Uygulamada bilmek ispat yükümü ve makul şüphe gerektirmektedir.³⁸²

Aciz olmak özen gösterme yükümünden farklıdır. Acziyet gönüllü olarak pasif olma veya tolere etmekte değildir.³⁸³ Devlet özen gösterme yükümünün gerektirdiği önlemleri almazsa sorumluluğu doğar ancak aciz ise sorumluluğu doğmaz.

Sonuç olarak doktrinde ve içtihatlarda devletlerin terör gruplarının eylemlerinden uluslararası sorumluluğunun devlet ile terörist grup arasındaki kontrol ilişkisinin niteliğine veya devletin kendi ülkesinde faaliyet gösteren bir terör grubu-

³⁸¹ Paula Starski, 'Right of Self-defense, Attribution and the Non-State Actor – Birth of the "Unable or Unwilling" Standard?' *Zaorv*, (2015) 75, s. 456.

³⁸² Christenson, *Attributing Acts of Omission* s. 328.

³⁸³ Starski, *Unable or Unwilling*, s. 463.

nun eylemlerini önlemek üzere gereken tedbirleri alıp almadığına ve bunları desteklemekten kaçınıp kaçınmadığına bakılmak suretiyle iki farklı sorumluluk kategorisinde değerlendirmeye tabi tutulduğu görülmektedir. Bu çerçevede Medzmariashvili'ye göre; 1-Terörist grupların devletin *de facto* veya *de jure* organı şeklinde hareket etmesi halinde, Taslak madde 8 uyarınca devlet terörist faaliyetlerden doğrudan sorumlu tutulacaktır; 2- Devletin teröristleri desteklemesi ancak üzerlerinde kontrolü bulunmaması halinde, devletin teröristleri desteklemekten kaçınmak şeklindeki negatif yükümünü ihlalden dolayı sorumluluğu doğacaktır (yazar bu yüküm açısından 1994 Uluslararası Terörizmi Ortadan Kaldırma Tedbirlerine Dair Deklarasyona atıf yapmaktadır); 3-Devletin ülkesindeki terörist grupları tolere etmesi ve eylemlerine göz yumması halinde, devletin kendi ülkesinden kaynaklanabilecek terörist faaliyetleri önleme veya cezalandırmak için gerekli tüm önlemleri alma yükümü ihlal edilmiş sayılacaktır; 4- Devletin ülkesinden kaynaklanan terörist faaliyetleri önleme veya teröristleri cezalandırma yükümünü gerçekleştirebilecek kapasitede olmaması halinde, bir uluslararası yükümlülüğün ihlali meydana gelmeyecektir.³⁸⁴ Bu açıdan Erickson da devletlerle terörist grupların ilişkisini devletin uluslararası terörizme fiili destekte bulunması, himaye etmesi, ülkesinde gerçekleşen uluslararası terörizm faaliyetlerine tolerans göstermesi ve devletin uluslararası terörizmle mücadelede yetersiz kalması biçiminde dört gruba ayırmıştır.³⁸⁵

1.2.3. 11 Eylül Saldırıları ve Afganistan Müdahalesinin Uluslararası Terörizmle Mücadelede Hukukuna Etkileri

11 Eylül 2001 günü, 19 terörist tarafından kaçırılan dört Amerikan yolcu uçağı birer bomba olarak kullanılmış ve iki uçak Dünya Ticaret Merkezi'ne, bir uçak

³⁸⁴ Megi Medzmariashvili, Preemptive Self Defence Against States Harboursing Terrorists, **RGSL Research Papers**, No. 4, 2011, s. 42-43.

³⁸⁵ Richard Erickson, Legitimate Use of Military Force Against State-Sponsored International Terrorism, **Air University Press**, Alabama, 1989, s. 32.

Amerikan Savunma Bakanlığı binasına çakılmış, dördüncü uçak ise Shansville-Pensilvanya yakınlarında herhangi özel bir hedefe çarpmadan düşmüştür.³⁸⁶ Saldırıları hiçbir örgüt üstlenmemiş, fakat dönemin Başkanı Bush, daha önce de kendilerine saldıran El Kaide terör örgütünün bu eylemleri gerçekleştirdiklerine ilişkin delilleri olduğunu ileri sürmüştür.³⁸⁷ Bu saldırıların ardından terörizm tarihte hiçbir dönemde olmadığı kadar uluslararası toplumun gündemine gelmiştir. Uluslararası toplumda güvenlik endişe ve tehditlerinin çok baskın olduğu bir dönemde bulunduğu gerekçesiyle uluslararası hukuki sorumluluğa ilişkin parametrelerin gözden geçirilmesi, yenilenmesi ihtiyacının doğduğu ifade edilmiştir.

Terör örgütlerinin eylem kapasitelerinde meydana gelen değişim ve devletlerle olan ilişki biçimlerinin geçirdiği evrim, yeni bir olgu olarak “başarısız devletler” (*failed states*) kavramını ortaya çıkarmıştır. Bu tür devletlerin toprakları üzerinde bir devlet kadar güçlü örgütlenme sağlayabilen terör yapılarının varlığı ve 11 Eylül olaylarına uluslararası toplumun ve devletlerin verdiği karşılıkların çeşitliliği, uluslararası hukukun bu sorunlara yönelik çözüm arayışlarını hızlandırıcı bir etki yaratmıştır.³⁸⁸ Bu çerçevede ikiz kulelere gerçekleştirilen saldırılardan hemen sonra Amerikan Başkanı Bush tarafından söz konusu terörist eylemleri gerçekleştirenler ile bunları barındıran siyasi yapılar arasında hiçbir fark olmadığı ifade edilmiştir.³⁸⁹

³⁸⁶ **The 9-11 Commission Report:** Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, 1-14, 2004. Dördüncü uçağın hedefinin Amerikan Kongre Binası veya Beyaz Saray olduğu söylenmiştir. Ancak bu uçağın neden düştüğü çözülememiştir. <http://shoestring911.blogspot.nl/2013/02/shanksville-pennsylvania-on-911.html> (erişim: 31-8-2016).

³⁸⁷ Whitehouse.gov.news.releases, 2001, 09, 20010920-8, (Çevirimiçi) <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>.

³⁸⁸ Helen Duffy, **War on Terror and the Framework of International Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, s. 84.

³⁸⁹ ABD açısından, Taliban’ın El Kaide örgütüne topraklarını kullandırması sonucu bu saldırıların gerçekleşebildiği noktasında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır, 7.10.2001 tarihli ABD’nin BM Daimi Temsilcisinin Güvenlik Konseyi’ne sunduğu görüşte geçmektedir. **United Nations, Security**

Bush'un teröristlerle onları destekleyenler arasında hiçbir fark olmadığına ilişkin görüşünden hemen sonra Güvenlik Konseyi 1368 sayılı kararı almıştır. Bu kararda devletlerin, terörist eylemleri gerçekleştiren veya eylemlerin gerçekleştirilmesine aracılık yapan kişilere *yardım, destek veya barınma* sağlamaları halinde sorumlu (accountable) olacakları açıkça ifade edilmiştir.³⁹⁰ Konsey'in 1373 sayılı kararında ise devletlerden teröristleri finanse etmekten ve desteklemekten kaçınmaları istenmiştir.³⁹¹ Bu kararların ardından devletleri terörü destekleme ve barındırmaktan men etmeye ilişkin birçok düzenlemenin hem bölgesel hem de ulusal düzeyde kabul edildiği görülmektedir.³⁹²

Devletlere teröristleri ülkelerinde barındırmamaya ve destekliyorsa desteği kesmeye çağıran düzenlemelere kaynaklık eden ilkenin temelini 5 No.lu Lahey Konvansiyonu'nda bulmak mümkündür. Konvansiyon'da söz konusu yüküm “*tarafsız devletler ne savaşan güçlerin askerlerini, cephanelerini veya erzakını kendi ülkelerinden geçirmelerine, ne de kendi ülkelerini askeri birlikler oluşturmak veya asker toplamak için kullanmalarına izin verecektir*” şeklinde ifade edilmektedir.³⁹³ Bu açıdan Divan 1949 Korfu Boğazı Davası'nda “devletlerin bilerek kendi ülkelerini başka devletlere zarar verecek şekilde özellikle bir saldırıya üs olarak kullanılmasına izin vermemesi gerektiği” şeklindeki ifadesiyle bu ilkeyi destekleyen bir karar almıştır.³⁹⁴ Aynı şekilde 1970 BM Dostane İlişkiler Bildirisi'nde de “Her devlet, bir

Council, S/2001/946, 2001. (Çevirimiçi) <https://www.undocs.org/s/2001/946>.

³⁹⁰ United Nations Security Council, Resolution 1368, S/RES/1368, 2001, (Çevirimiçi) https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1368%20%282001%29

³⁹¹ United Nations, Security Council, Resolution 1373, S/RES/1373, (Çevirimiçi) https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res_1373_english.pdf.

³⁹² AB Konseyi'nin bazı kararları ve Kanada Anti Terör Yasası gibi örnekler için bkz. Duffy, **War on Terror**, s. 84.

³⁹³ Hague Convention (V), Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, (1907).

³⁹⁴ Corfu Channel Case, Judgement, Assessment of the Amount of Compensation, U.K.-Northern Ireland v. Albania, **ICJ Reports**, 1949, s. 22.

başka devletin içindeki sivil mücadele hareketleri ya da terörist hareketleri örgütlemek, kışkırtmak, bunlara yardımda bulunmak ya da bunların içinde yer almaktan ya da bu tür hareketlerin yürütülmesine yönelik olarak kendi toprakları içinde yürütülen örgütlü etkinliklere rıza göstermekten, bu paragrafta sözü edilen hareketler güç tehdidi ya da güç kullanımı içerdiği zaman, kaçınmakla yükümlüdür” denilerek devletlerin desteklememe ve barındırmama yükümü açıkça ortaya konmuştur.³⁹⁵ Son olarak BM Genel Kurulu’nun 1985 tarihli bir kararı ile devletlere, diğer devletlerde gerçekleşen terörist eylemlere katılmamak, organize etmemek, yardım etmemek veya kendi egemenliklerinde bulundurdıkları topraklar üzerinden terör eylemlerinin gerçekleşmesine razı olmamak şeklindeki çağrısı da bu yükümlülük uluslararası alanda kabulüne ilişkin önemli bir göstergedir.³⁹⁶

1.2.4. 11 Eylül Sonrası Terörist Eylemlerin Devletlere Atfedilmesine İlişkin Kuralların Değiştiğine İlişkin Görüşler

11 Eylül olayları ve ardından gelen Afganistan müdahalesi doktrinde birçok tartışma doğurmuştur. Bu tartışmalardan birisi söz konusu müdahaleyi, terör eylemlerinden ötürü bir devlete karşı kuvvet kullanma hukuku ve meşru müdafaa hakkı çerçevesinde ele almaktadır.³⁹⁷ Zira ABD Hükümeti, 11 Eylül saldırısını yapan El Kaide’nin örgütlendiği Afganistan topraklarında kontrolü elinde bulunduran Taliban yönetiminin bu saldırıdan sorumlu olduğunu ileri sürerek, bu devlete karşı meşru müdafaa hakkı çerçevesinde müdahalede bulunduğunu ifade etmiştir.³⁹⁸ Ayrıca

³⁹⁵ **United Nations, General Assembly, Resolution 2625**, “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, UN Doc. A/RES/2625, 1970. (Çevirimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement>. Bu bildiride geçen ilkelerin birçoğunun uluslararası örf adet hukuku olduğu kabul edilmektedir.

³⁹⁶ **United Nations, General Assembly**, A/RES/40/61, 1985. (Çevirimiçi) <https://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r061.htm>.

³⁹⁷ Michael Byers, Terrorism, Use of Force, and International Law After 11 September, **International Comparative Law Quarterly**, 51, 2002, s. 405-410.

³⁹⁸ Afganistan Müdahalesi’nin kronolojik seyrini takip için bkz.

ABD'nin bu müdahalesi ciddi bir muhalefetle karşılaşmamış ve akabinde BM, NATO, OAS gibi uluslararası örgütler tarafından desteklenmiştir. Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul olayların üzerinden 48 saat geçmeden terörist saldırıları kınayan ve terörist eylemlerin failleri ile birlikte, bu eylemlerin gerçekleştirilmesine yardım eden, destekleyen devletlerin de hesap vermesi gerektiğini ifade etmiştir. Güvenlik Konseyi'nin 12 Eylül'de aldığı 1368 sayılı kararda bu olayların uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olduğunu ifade edilmiş ve 28 Eylül'de alınan 1373 sayılı kararda 7. Bölüm çerçevesinde birtakım bağlayıcı önlemlere yer verilmiştir.³⁹⁹ Güvenlik Konseyi'nin aldığı 1390 sayılı karar ise 1373 sayılı kararı tamamlayıcı mahiyette hükümler içermekte ve devletleri Taliban, Üsame Bin Ladin ve El Kaide terör örgütünün diğer üyelerine karşı özel önlemler alma yükümü altına sokmaktadır. BM dışında NATO, G-7, G-8, AGİT, APEİ ve OAS gibi bölgesel örgütler de biraraya gelerek terörün finansmanını önleme ve terörle mücadele ile ilgili birtakım kararlar almışlardır. Genel olarak bu kararlar yeni mekanizmalar oluşturmak, teröristlerin mal varlıklarına el koymak, terörle bağlantılı kişileri tespit etmek ve cezalandırmak, bilgi paylaşım ağının genişletilmesi gibi tedbirleri içermektedir.⁴⁰⁰

Bu gelişmeler doğrultusunda doktrinde terörist eylemlerin bir devlete atfedilebilmesi halinde, gereken diğer şartlar da yerine gelmiş ise meşru müdafaa hakkının kullanılabilceği yönünde değerlendirmeler ortaya çıkmıştır.⁴⁰¹ Bu değerlendirmelerde terör kapsamındaki silahlı saldırıların devlete atfedilmesi

<http://edition.cnn.com/2013/10/28/world/operation-enduring-freedom-fast-facts/> (5.9.2016) Çevirimiçi) İnfografiklerin yer aldığı kronolojik bir başka çalışma için bkz. <http://www.cfr.org/afghanistan/us-war-afghanistan/p20018> (Çevirimiçi) (5.9.2016)

³⁹⁹ BM Güvenlik Konseyi, S/RES/1373 (2001)

⁴⁰⁰ Himamauli Das, "The United States Sanctions Response to the Attacks of September 11, 2001: A Synopsis of Remarks at the NESL Rogue Regimes Conference", **New England Law Review**, vol. 36 (4), s. 943-955.

⁴⁰¹ Derek Jinks, State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups, **Chicago Journal of International Law**, 83 (4) 2003, s. 91.

bakımından BM Genel Kurulu Saldırının Tanımı Kararı referans alınmaktadır.⁴⁰² Söz konusu Karar'ın 3. maddesinde yer alan “bir devlet tarafından” veya “devlet adına” terimlerinin, UHK Devletin Sorumluluğu Taslağında öngörülen *de jure* veya *de facto* devlet organı kapsamındaki ilişkisel düzenlemeler ile örtüştüğü görülmektedir. Madde 3 şu şekildedir: “*Savaş ilan edilmiş olsun olmasın, aşağıdaki fiillerin herhangi birisi 2'nci madde hükümlerine tabi ve ona uygun şekilde bir saldırı fiili niteliği taşır: ... g- Bir devlet tarafından veya bir devlet adına diğer bir devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması*”. Dolayısıyla bir devlet ile terör örgütleri arasında bu nitelikte bir ilişkinin bulunması halinde terör faaliyetlerinin söz konusu devlete atfedilmesi ve ona karşı meşru müdafaa hakkının kullanımı açısından herhangi bir engel ortaya çıkmayacaktır. Bu mesele İsrail'in Filistin Topraklarında Duvar İnşa Etmesinin Hukukiliğine İlişkin Danışma Görüşü'nde kısmen ele alınmıştır. Bu davada İsrail ördüğü duvarın Filistin topraklarından kendisine yönelik terör faaliyetlerine karşı BM Şartı 51. madde uyarınca meşru müdafaa hakkına dayalı bir tedbir olduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu iddiaya karşı Divan, meşru müdafaa hakkının bir devletin diğer bir diğer devlete karşı silahlı saldırıda bulunması halinde kullanılabilecek bir hak olduğunu ifade ettikten sonra, İsrail kontrolündeki Filistin topraklarından yine İsrail'e yönelik terör saldırılarının bu nitelikte saldırılar olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur.⁴⁰³

ABD'nin Afganistan'a müdahalesinin, meşru müdafaa hakkı bağlamı dışında, sorumluluğun atfedilmesine ilişkin kuralı etkin kontrol veya bütünsel kontrol

⁴⁰² **United Nations, General Assembly**, Resolution 3314. Nitekim Divan'ın Nikaragua Davası'nda da bir silahlı saldırının var olup olmadığının belirlenmesinde söz konusu tanım referans kural olarak kabul edilmiştir. (**Nicaragua Case**, para. 195.)

⁴⁰³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, **ICJ Reports**, 2004, para. 138 – 139.

ölçütünden çıkararak teröristlere destek vermeme ve onları barındırmama yükümüne dönüştürdüğü de iddia edilmektedir. Buna göre bir terörist grup bir devlet tarafından desteklenmiş veya barınmasına izin verilmiş ise, sorumluluk hukukunda atfedilebilirliğe ilişkin yeterli şartlar bu olayda mevcuttur denilebilecektir. Jinks'e göre atfedilebilirliğe ilişkin ikincil kuralı esaslı bir şekilde genişleten bu değişim etkin kontrol veya bütünsel kontrol gibi terörist eylemlere uygulanması zor olan ölçütlere uluslararası toplumun bir yanıtı niteliğindedir.⁴⁰⁴ Bu hususta Travaglio ve Altenburg da Divan'ın Nikaragua kararında uyguladığı etkin kontrol ölçütünün bir örf adet hukuku kuralını yansıtmadığı görüşündedir.⁴⁰⁵

1.2.5. 11 Eylül Sonrası Atfedilme Bakımından Değişiklik Yaşandığına Karşı Çıkan Görüşler

Dünya Ticaret Merkezi saldırılarının Taliban'ın El Kaide'ye verdiği özel emir ve yönlendirme olduğuna ilişkin bir delil bulunmamaktadır. Nitekim 2001 yılındaki müdahaleden önce ABD de böyle bir ilişkinin varlığını ileri sürmemiştir.⁴⁰⁶ Bununla birlikte El Kaide ile Taliban arasında belli bir derecede ilişkinin varlığı açıktır.⁴⁰⁷ El

⁴⁰⁴ Jinks, **State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups**, s. 91.

⁴⁰⁵ Greg Travaglio, John Altenburg, **Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force**, **Chicago Journal of International Law**, 4 (1) 2003, s. 104. Barındırmama ve destek vermeme yükümünün özel kişilerin eylemlerinden devletlerin sorumlu tutulmasına ilişkin kurallarda bir paradigma değişimine yol açtığına ve doğrudan sorumluluğun çağın gereklerine uygun olmamasından ötürü dolaylı sorumluluğun artık cari bir sistem olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Vincent-Joël Proulx, "Babysitting Terrorists: Should States Be Strictly Liable for Failing to Prevent Transborder Attacks?", **Berkeley Journal of International Law**, vol. 23 (3), 2005, s. 118. Ayrıca bkz. Sara Schiedeman, **Standards of Proof Forcible Responses to Terrorism**, **Sycause Law Review**, 50, s. 249 ve 262.

⁴⁰⁶ 2007 yılında Usame Bin Ladin'e ait olduğu iddia edilen bir ses kaydında, Taliban'ın ve Afgan halkının hiçbir şekilde, önceden saldırılardan haberi olmadığı dile getirilmektedir. Usame Bin Ladin'in ilgili ses kaydında saldırıların tek sorumlusu benim dediği aktarılmaktadır. <http://uk.reuters.com/article/uk-binladen-europe-idUKL2912911920071129?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0> (Çevirimiçi) (8.8.2016)

⁴⁰⁷ Güvenlik Konseyi 11 Eylül öncesinde Taliban yönetiminin El Kaide'ye sığınmak için yer sağlamayı bırakması, verdiği desteği geri çekmesi yönünde birçok karar almıştır, **United Nations Security Council**, Resolution 1214, 1998, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1214>, **United Nations**

Kaide örgütü Afganistan'da Taliban rejimi ile karşılıklı yakın ilişki yürütmekte ve Taliban'a malzeme, askeri ve ekonomik destek sağlamaktadır.⁴⁰⁸ Buna karşı Taliban rejimi Bin Ladin'in topraklarında terörist eğitim kampları kurmasına olanak sağlamakta ve onu dış tehditlerden korumaktadır. Ayrıca birlikte uyuşturucu madde imal etmekte ve satışını yapmaktadırlar. Dolayısıyla Bin Ladin'in faaliyetlerini Taliban rejiminin desteği olmadan yürütemeyeceği açıktır.

Taliban ile El Kaide arasındaki söz konusu ilişkiye atfedilebilirlik bakımından uygulanması gereken ölçüt hakkında Duffy, bir devletin ülkesinde gerçekleşen hukuka aykırı durumlardan sorumlu tutulabilmesi için ilgili meselede etkin kontrolünün olması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴⁰⁹ Buna mukabil Vark söz konusu ilişkiye bütünsel kontrol testinin uygulanmasını daha doğru bulmaktadır.⁴¹⁰ Nielssen ise ikincil kurallarla ilgili bir değişiklikten bahsetmenin kolay olmadığını ifade etmektedir. Bunun yerine devletlerin terörizmle ilgili pozitif ve negatif yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde sorumluluklarının doğacağını iddia etmektedir.⁴¹¹

Bu açıdan tartışılan bir başka husus ise devletin kendi kontrolü dışındaki özel kişilerin eylemlerinden, destek vermeme ve barındırmamaya ilişkin özen gösterme yükümünü ihlalden ötürü sorumlu tutulup tutulamayacağıdır.⁴¹² Özen gösterme

Security Council, Resolution 1267, 1999, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1267>, **United Nations Security Council**, Resolution 1313, 2000, <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1313> Bunlar, 1214 sayılı kararı, paragraf 1- 3; 1267 sayılı kararın para. 1-2; 1333 sayılı kararı, para.1-3'te yer almıştır.

⁴⁰⁸ ABD tarafından kurulan ABD'ye Yapılan Terörist Saldırıları Hakkında Ulusal Komisyon'un yaptığı araştırmalar sonucu varılan benzer sonuçlar için bkz. 9/11 Commission Report, s. 60.

⁴⁰⁹ Duffy, **War on Terror**, s. 77.

⁴¹⁰ Rene Vark, State Responsibility for Private Armed Groups in the Context of Terrorism, **Juridica International**, 11, 2006, s. 189.

⁴¹¹ Elizabeth Nielsen, State Responsibility For Terrorist Groups, **University of California, Davis**, 2010, s.155.

⁴¹² Bu açıdan Divan'ın 2007 Bosna Soykırımı davasında devleti kendi kontrolü dışındaki özel kişilerin eylemlerinden değil, özen gösterme yükümünün ihlalinden sorumlu tuttuğu hatırlanmalıdır.

yükümüne ilişkin görüşlere en önemli eleştiri Duffy'den gelmiştir. Duffy bu yükümü *de lege feranda* yani olması gereken hukuk saymakta ve özellikle uluslararası terörist eylemlerin bu denli arttığı ve ilişkilerin karmaşıklaştığı bir çağda, bu yükümün kabulünün devletlerin sorumluluğu konusunda belirsizlikler yaratacağını iddia etmektedir.⁴¹³

Afganistan müdahalesini meşru müdafaa hakkı çerçevesinde ele alan yaklaşıma ise Milanovic ve Becker karşı çıkmaktadır. Bu hususta Becker devletin sorumluluğuna ilişkin kuralların işletilmesi ile meşru müdafaa hakkını iki farklı kurallar sistemi olarak ele almanın daha doğru bir yaklaşım olacağını ifade etmiştir.⁴¹⁴ Aynı şekilde Milanovic de kuvvet kullanma hukuku ile devletlerin sorumluluğu hukukunun atfedilmeye ilişkin kurallarının birleştirilerek ele alınmasını doğru bulmamaktadır.⁴¹⁵ Jinks de birincil kuralların hukuki yükümlülüklerin ne olduğunu gösterdiğini, ikincil kuralların bu hukuki yükümler ihlal edildiğinde hangi şartlar altında sorumluluğun doğduğu ile ilgilidir diyerek bu farkın ayırımına varılması gerektiğini ifade etmektedir.⁴¹⁶

Buraya kadar ele alınan görüşlerden de anlaşılacağı üzere doktrinde Afganistan müdahalesinin terör eylemlerinin devletlere atfedilebilmesine ilişkin meselelerde uluslararası sorumluluk hukuku açısından ne tür değişiklikler getirdiğine ilişkin ortak bir kanaat oluşmadığı ortaya çıkmaktadır.⁴¹⁷

⁴¹³ Duffy, **War on Terror**, s. 78.

⁴¹⁴ Becker, **Terrorism and State Responsibility**, s. 184.

⁴¹⁵ Milanovic, **State Responsibility for Genocide**, s. 583-584.

⁴¹⁶ Jinks, **State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups**, s. 83.

⁴¹⁷ Bu açıdan tartışılması gereken bir başka yüküm ise iştirak kuralıdır. Devletlerin kendileri işlemese bile diğer devletlerin uluslararası bir yükümlülüğü çiğnemesine yardım etmeleri halinde sorumlu tutulması hali UHK Taslağı'nın 16. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak söz konusu maddede iştiraktan dolayı sorumluluğun doğması için devletin hukuka aykırı eylemin işleneceğine dair koşullar hakkında bilgi sahibi olması ve aynı niyeti taşıması aranmaktadır. (Taslak Maddeler, madde 16.) Uluslararası hukukta fazla örneği olmayan iştirak haline ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok karar

2. Özel Askeri Şirketlerin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğu

2.1. Özel Askeri Şirketler

2007 yılında Irak'ta Blackwater adlı özel askeri firma çalışanı 5 kişinin ateş açarak 17 sivil öldürmesi, Ebu Gureyb hapishanesindeki sistematik işkence iddiaları veya DynCorp adlı güvenlik şirketinin Saddam sonrası Irak'ında birçok yasadışı faaliyete imza atması gibi olaylar özel askeri şirketlere uygulanacak hukukla ilgili tartışmalara yol açmıştır.⁴¹⁸ Bu çerçevede silahlı çatışmaların ortasında yer alan, ordular için bazı görevleri yerine getiren, hatta silahlı faaliyetlere katılan ancak son kertede bir devletin ordusunun mensubu olmayan bu kişilerin hukuki statüsü, bunlara ve çalışanı oldukları şirketlere uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğu uluslararası hukukun 21. Yüzyılın başlarındaki tartışma konularından olmuştur.

Özel askeri şirket kavramının kesin bir tanımı bulunmamaktadır. Cenevre'de bulunan Silahlı Kuvvetlerin Demokratik Denetimi Merkezi özel askeri şirketleri

vermiştir. Bu kararlarda iştirak terimi doğrudan kullanılmadan, olgusal olarak olaya uygulanmıştır. Bu konuda AİHM sorumluluğun doğması açısından bilme ve aynı niyeti taşıma eşiğini, yalnızca hukuka aykırılığı bilmesine rağmen eyleme iştirak etme eşiğine çekmiştir. (El Masri v. Macedonia, 2012-VI Eur. Ct. H.R. 239, 263. Aynı doğrulda başka kararlar için bkz: Abu Zubaydah v. Poland, App. No. 7511/13, Judgment, Eur. Ct. H.R. (July 24, 2014); Al Nashiri v. Poland, App. No. 28761/11, Judgment, Eur. Ct. H.R. (July 24, 2014). Noalkemper'e göre AİHM'in bir insan hakları mahkemesi olması, eşiğin düşmesine yol açmıştır. AİHM uygulamasında bir farkta eylemin bütününden iştirakçi Devlet de sorumlu tutulmaktadır. Halbuki UHK şerhinde iştirakçi Devlet yalnızca kendi hukuka aykırı eyleminden sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir. El Masri Davası'nda davacıyı CIA ajanlarına teslim eden Makedonya bundan dolayı müştekinin başına gelen kötü muameleden de sorumlu tutulmuştur. Ancak UHK'ya göre yalnızca "teslim etme" eyleminden sorumlu tutulacaktır. bkz. Noalkemper, <https://www.ejiltalk.org/the-ecthr-finds-macedonia-responsible-in-connection-with-torture-by-the-cia-but-on-what-basis/>.

⁴¹⁸ Bkz., D. Leigh, "Who commands the private soldiers?", <https://www.theguardian.com/world/2004/may/17/iraq.usa> 12.03. 2019; Crewdson, J., Sex scandal still haunts DynCorp, Chicago Tribunes, 19 Nisan 2003. <http://www.chicagotribune.com>; Nils Rosemann, "The Privatisation of Human Rights Violations – Business Impunity or Corporate Responsibility? The Case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq", **Non-state Actors and International Law**, 5 (77), 2005, s. 85.

“çatışmalara katılma, stratejik yönetim, istihbarat elde etme, lojistik, çeşitli eğitimlerin verilmesi gibi silahlı çatışmalar kapsamında uzmanlık hizmetleri veren işletmeler” olarak tanımlamıştır..⁴¹⁹

Çalışmamızda askeri şirketlerin eylemlerinden sorumluluk Devletin Sorumluluğu Taslağı’nın ilgili maddeleri çerçevesinde incelenecektir. Ancak bu konuda 13 Temmuz 2009 tarihli *Özel Askeri ve Güvenlik Şirketlerinin Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve İzlenmesine dair Taslak Uluslararası Sözleşme*’nin yapılmış olduğu ve bu Sözleşme ile devletlere aralarında sözleşme olsun, olmasın kendi yetki alanlarındaki kayıtlı veya faaliyet gösteren bu tür şirketler bakımından sorumluluk yüklendiği, bunların insan hakları ve insancıl hukuka uymalarını sağlama yükümü getirildiği ve ayrıca devletlere temel devlet işlevlerini devretme yasağı getirildiği belirtilmelidir.

Çalışmamız açısından en önemli sorun, bu kişilerin eylemlerinden bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğup doğmayacağıdır.⁴²⁰ Bu sorulara yanıt ararken öncelikle özel askeri şirketlerin hukuki statüsü belirlenecek ve daha sonra özel askeri şirketlerin eylemleri devletlerin sorumluluğu kuralları açısından incelenecektir.

Soğuk savaş sonrası liberalizmin etkisi ile, devlet özellikle ABD ve İngiltere gibi devletler, kamu fonksiyonları icra etme içeren bazı yetkileri özel sektöre devrettiler. Devletin egemenlik içeren bütün konularda tek yetkili olmasının değişmesi en ilginç görünümü ise şüphesiz kuvvet kullanma yetkisinin devrini içeren özel askeri ve güvenlik şirketlerine verilen yetkilerdi.⁴²¹

⁴¹⁹ Marina Caparini, Fred Schreier: “Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies” **Geneva Centre For The Democratic Control Of Armed Forces** (Dcaf) Occasional Paper, 6, 2005, s. 2.

⁴²¹ Private Military and Security Companies: The End of State Responsibility? Mario Iván Uruña Sánchez, **Mediterranean Journal of Social Sciences**, Vol 10 No 5 September 2019, s. 72.

2.2. Özel Askeri Şirketlerin Kullanımına İlişkin Tarihçe

Özel Askeri ve Güvenlik şirketlerinin, modern anlamdaki ilk örneklerinin Soğuk Savaşın ikinci kısmında emekli subayların inisiyatifi ile ortaya çıktı. Watchguard International ve Control Risk Group gibi şirketler bu türün ilk örneği olarak düşünülebilir. Bu şirketlerin güvenlik ile ilgili yaptığı görevler çok çeşitlidir. Armor Group Birleşmiş Yugoslavya'daki görevli personelini koruma görevini yerine getirmiştir. Bara polis teşkilatını eğitmiştir, Kolombiya'da petrol ve doğal gaz altyapılarına yapılan asi saldırılarına karşı burayı korumak dahil, birçok iş.⁴²² Körfez Savaşı, teknik kapasite üstünlüğü ile ABD'nin bu konuyu yaygınlaştırmasını sağlamıştır. Bu teknik kapasiteyi örneğin işte orada özel askeri şirketler karşılamıştır. Kurlantzick, 2003: 17) Dahası bu şirketler, devletlerin yapmış gözükmek istemeyecekleri işleri yapmaya başlamıştır. Örneğin, Sandline International, uluslararası kararla konulmuş silah ambargosunu delmiştir.

Özel askeri şirketleri sorumlu tutacak açık ve yerleşmiş bir hukuk mekanizmasının olmaması, bu kişilerin uluslararası hukuk kişiliği olmaması gibi sebepler bu birimlerin sorumluluğunu daha zorlaştırmaktadır.

2. 3. Özel Askeri Şirketlerin Hukuki Statüleri

Özel askeri şirketlerin uluslararası hukuktaki statüsünün belirlenmesinde temel alınan düzenlemeler insancıl hukuk kurallarıdır. Bu açıdan söz konusu şirketler paralı askerler, muharip unsurlar, muharip olmayan silahlı kuvvet üyeleri, silahlı kuvvetlere refakat eden siviller veya siviller gibi farklı statüler altında değerlendirilebilmektedir.⁴²³

Bazı yazarlar özel askeri şirketleri askeri hizmetleri ücret karşılığı satan

⁴²² Sanchez, **Private Military Companies**, s. 73.

⁴²³ Ahmet Hamdi Topal, Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askerî Şirketler Ve Şirket Çalışanlarının Statüsü, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 60 (4) 2011, s. 963-1021.

işletmeler sayarak bunları “paralı asker” olarak değerlendirme eğilimindedir. Ancak özel güvenlik şirketlerinin bir kısmının bu kapsama dahil olmadığı da ifade edilmektedir.⁴²⁴ Nitekim paralı askerlerle ilgili sözleşme hükümlerine göre genel olarak “paralı asker”, bir devlet tarafından silahlı kuvvet olarak çatışmaya gönderilmeyen, çatışan tarafların silahlı kuvvetlerine mensubiyeti bulunmayan, kişisel kazanç sağlamak amacıyla bir çatışan taraf silahlı kuvvetlerine katılan ve çatışmalarda doğrudan yer alan kişidir. Paralı asker, 1947 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Protokol’de:

(a) Yerel olarak ya da yurt dışından silâhlı bir çatışmada savaşmak üzere işe alınmış, (b) Aslında muhasamâta doğrudan iştirak eden, (c) Özellikle özel kazanç arzusu ile hasmane davranışlarda yer almak istemiş olan ve aslında, çatışmaya dâhil olan bir tarafça ya da taraf adına, söz konusu tarafın, silâhlı kuvvetlerindeki benzer rütbe ve görevler için muharıplere ödeneceği taahhüdünde bulunulan ya da ödenen miktarın üstünde maddi tazminat alacağı vaat edilen, (d) Çatışma taraflarından birinin vatandaşı olmadığı gibi çatışmanın bir tarafınca kontrol edilen topraklar üzerinde ikamet etmeyen, (e) Çatışmanın bir tarafının silâhlı kuvvetlerine mensup olmayan, (f) Çatışmanın tarafı olmayan bir devlet tarafından, bu devletin silâhlı kuvvetlerinin bir mensubu olarak resmî görevle gönderilmemiş olanlar.” şeklinde tanımlanmıştır.⁴²⁵

Dolayısıyla bir birimi paralı asker olarak değerlendirmek için silahlı çatışmada fiilen çatışmak şartı bulunmaktadır. Ancak özel askeri şirketlerin hepsi bir silahlı çatışmaya doğrudan katılmamaktadır. Uygulamada birçok askeri şirketin

⁴²⁴ Ümit Ercan, Güvenlik Faaliyetlerinde Özelleştirme: Paralı Askerler Mi? Özel Askeri Birlikler Mi? **Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi**, 5 (1), 2014, s. 5.

⁴²⁵ Ayrıca bkz. 1977 tarihli Paralı Askerliğin Kaldırılmasına Dair Afrika Birliği Sözleşmesi, 3 Temmuz 1977’de akdedilen ve 22 Nisan 1985’te yürürlüğe giren Paralı Askerliğin Kaldırılmasına Dair Afrika Birliği Sözleşmesi’nin (Convention of the OAU for the Elimination of Mercenarism in Africa), metni için bkz. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/485>.

silahlı çatışmada savaşmak yerine çatışma alanları dışında çatışma sırasında yapılması gereken diğer faaliyetleri gerçekleştirdikleri görülür. Diğer bir mesele vatandaşlık şartı ile ilgilidir. Özel Askeri Şirketler çatışma tarafı devletlerin vatandaşlarını da istihdam edebilmektedir. Bu gibi gerekçeler dikkate alındığında özel askeri ve güvenlik şirketlerinin tamamı için paralı asker statüsünde olduklarını söylemek mümkün olmayacaktır.⁴²⁶

Özel askeri şirketlerin tabi olduğu statülerden birisi olarak önerilen muharip statüsü için aranan hukuki şartlar bakımından ise III No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesi esas alınmaktadır. Bu maddeye göre

“A. Bu Sözleşme anlamında harp esirleri, düşman eline düşen ve aşağıdaki kategorilerden biri içinde yer alan şahıslardır: 1. Çatışma tarafının silahlı kuvvetleri mensupları ve bu silahlı kuvvetlerin bir parçası durumundaki milisler ve gönüllü birlikler mensupları; 2. Aşağıdaki şartları karşılamaları kaydıyla, organize direniş hareketleri mensupları da dâhil olmak üzere, ülkeleri işgal altında olsa bile, çatışmanın bir tarafına bağlı olup, söz konusu ülke içinde veya dışında faaliyet gösteren diğer milisler ve gönüllü birliklerin üyeleri: a. Astlarından sorumlu bir kişi tarafından komuta edilme; b. Sabit ve uzaktan tanınabilir bir ayırt edici işarete sahip olma; c. Silahları açık bir şekilde taşıma; d. Harekatları, hukuka ve savaş adetlerine uygun bir şekilde icra etme; 3. Alıkoyan güç tarafından tanınmayan bir hükümete veya otoriteye sadakatlerini açıkça ifade eden düzenli silahlı kuvvetler mensupları”,

427

Ancak söz konusu madde muharip statüsünü bir devletin ordusuna mensubiyet çerçevesinde tanımlamaktadır. Halbuki kuruluş ve kullanılış amaçları göz önünde bulundurulduğunda özel askeri güvenlik şirketlerinin *de jure* silahlı kuvvet olarak

⁴²⁶ Dülger, **Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Devletlerin Sorumluluğu**, s. 144-145.

⁴²⁷ Orijinal sözleşme metni için bkz., <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNI D=2F681B08868538C2C12563CD0051AA8D>

kabul edilmelerinin mümkün olmadığı görülmektedir. Ayrıca özel askeri şirketler ile devletler arasında özel hukuk sözleşmesi ilişkisi dışında bir ilişki de bulunmadığından, bunların *de facto* silahlı kuvvet olarak değerlendirilmesi de zorlaşmaktadır.⁴²⁸

Muharip olmayan silahlı kuvvet üyeleri ise görevi gereği çatışmalara katılmayan ve silah taşımayan kimselerdir. I No’lu Ek Protokol madde 43/2 uyarınca sağlık görevlileri ve dini görevliler bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁴²⁹ Bu açıdan bakıldığında özel askeri şirket çalışanları resmi olarak silahlı kuvvetler üyesi olmadığından, bunların çalışanı nitelik itibari ile muharip olmayan silahlı kuvvetlerin yerine getirdiği faaliyetleri yapsa bile, bu statüde değerlendirilemeyecektir.⁴³⁰

Bu şirketlerin silahlı kuvvetlere refakat eden sivil sayılıp sayılamayacağı hususunda, III No’lu (Savaş Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili) Cenevre Sözleşmesi madde 4/A (4)’ü dikkate almamız gerekecektir. Bu maddeye göre refakat ettikleri silahlı kuvvetlerin iznini almış bulunmak ve bu maksatla bu kuvvetler kendilerine uygun bir kimlik kartı vermekle mükellef olmak şartıyla, askerî uçakların sivil mürettebatı, harp muhabirleri, müteahhitler, askerin esbabı istirahatını temine memur çalışma birlik veya hizmetlerinin mensupları gibi, silahlı kuvvetlere doğrudan doğruya dahil olmamakla beraber bu kuvvetleri takip eden şahıslar bu kategoriye girmektedir. Bu maddeden hareketle çatışmaya katılan şirket çalışanlarının her durumda sivillere refakat eden sivil statüsünde ele alınması da mümkün gözükmemektedir. Bu açıdan her ilgili durumda, çalışanların gösterdikleri faaliyetler

⁴²⁸ Dülger, **Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Devletlerin Sorumluluğu**, s. 146.

⁴²⁹ “Çatışmanın bir Tarafının silahlı kuvvetlerine mensup olanlar (Üçüncü Sözleşme’nin 33. Maddesince kapsanan tıbbi personel ve dini personel dışında) muhariplerdir. Bir başka deyişle doğrudan muhasamata katılma hakkına sahiptirler.”, bkz. Nergiz Emir, **Özel Askeri Şirketler Uluslararası Hukuk Açısından Bir İnceleme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 74.

⁴³⁰ Shannon Bosch, “Private Security Contractors and International Humanitarian Law-A Skirmish For Recognition in International Armed Conflicts”, **African Security Review**, Vol. XVI, No. 4, 2007, s. 39; Emir, **Özel Askeri Şirketler**, s. 75.

değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu çerçevede düşmanca tavır ve eylemlerde bulunmadan, askeri personelin ihtiyaçlarını karşılamak, lojistik yardım veya üs inşası gibi faaliyetlerde bulunan özel askeri şirketlerin bu statüden yararlanabileceklerini söylemek mümkündür.⁴³¹

Son olarak bu şirketlerin sivil kategorisinde ele alınabilmesi için bunların III No'lu Sözleşme'nin madde 4 (A) (1), (2), (3) ve (6)'ıncı paragraflarında ve I Nolu Protokol madde 43'te belirtilen kategorilerinden birine girmeyen kişilerden olması gerekmektedir. I Nolu Protokol madde 43 şu şekildedir:

“Silahlı kuvvetler 1. Çatışmanın bir Tarafının Silahlı Kuvvetleri, işbu Taraf karşı Tarafça tanınmayan bir hükümet ya da otorite tarafından temsil ediliyor olsa bile astlarının davranışlarından işbu Tarafa karşı sorumlu bir komutanın emri altında bulunan bütün organize silahlı kuvvetlerden, gruplardan ve birimlerden oluşur. Bu silahlı kuvvetler, silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını sağlayacak bir iç disiplin sistemine tabi olacaktır. 2. Çatışmanın bir Tarafının silahlı kuvvetlerine mensup olanlar (Üçüncü Sözleşme'nin 33. maddesince kapsanan tıbbi personel ve dini personel dışında) muhariplerdir, bir başka deyiş ile doğrudan muhasamata katılma hakkına sahiptirler. 3. Ne zaman çatışmanın bir Tarafı, silahlı kuvvetlerinin bünyesine yarı askeri bir örgüt ya da silahlı kolluk gücü dahil ederse çatışmanın diğer Taraflarına bu konuda bildirimde bulunacaktır”.

Bununla beraber kural olarak bir kişinin sivil olup olmadığı hususunda tereddüt bulunması halinde söz konusu kişi sivil kabul edilir. Ayrıca bir sivil halkın içinde sivil tanımına uymayan kişilerin bulunması o halkı sivil niteliğinden mahrum bırakmaz.⁴³² Dolayısıyla özel askeri şirketler de düşmanca tavır takınmamak kaydı ile

⁴³¹ Dülger, **Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Devletlerin Sorumluluğu**, s. 146-47.

⁴³² Emir, **Özel Askeri Şirketler**, s. 76; Melike Batur Yamaner, **Silahlı Çatışmalarda Sivillerin**

statülerinde anlaşmazlık bulunması halinde sivil olarak değerlendirilebilecektir.⁴³³

2.4. Özel Askeri Güvenlik Şirketlerinin Eylemlerinden Devletlerin Sorumluluğu

Özel askeri şirketlerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğu konusu, çalışmamızda taslak maddeler 4 açısından devletin de jure veya de facto organı niteliği ile ilgili, taslak madde 5 açısından özel askeri şirketin kamu gücü kullanıp kullanmadığı bakımından, taslak madde 8 bağlamında ise devletin özel askeri şirket üzerindeki kontrolü ve bu kontrolün derecesi açısından değerlendirilecektir.

2.4.1. Devletin Sorumluluğu Taslağı Madde 4 Açısından Özel Askeri Güvenlik Şirketlerinin Eylemlerinden Sorumluluk

Uluslararası hukukta silahlı kuvvetlerin yapısı, yetkileri ve kapsamı devletlerin ulusal hukuklarına bırakılmış bir husustur.⁴³⁴ Bu açıdan özel bir askeri şirket devletin askeri kuvveti haline dönüştürülerek bir devlet organı haline getirilirse, söz konusu şirketin eylemlerinden devletin sorumluluğunun doğması mümkündür. Ancak uygulamada özel askeri şirketlerin devletler tarafından bünyesine katılması çok nadir görülen bir durumdur.

Ancak Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I, madde 43'te silahlı kuvvetlerin bir tanımı yapılmıştır. Bu tanım özellikle uluslararası silahlı çatışmalarda çok önemlidir. Çünkü bu tanım uluslararası silahlı çatışmalardan kaynaklanan uluslararası insancıl hukuk ihlallerinde devletlerin sorumluluğu hukuku için merkezi önemdedir. Ayrıca aynı Protokol'ün 91. maddesi taraf devletlerin silahlı kuvvetleri oluşturan bütün kişilerin fiillerinden sorumlu olacağına ilişkin özel bir atfedilme hükmü de içermektedir. Birçok yazar, Ek Protokol I'e taraf olmayan devletler içinde bağlayıcı

Korunması, İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007, s. 51

⁴³³ Düşmanın zarar görmesi için yapılan bütün eylemler düşmanca tavır olarak değerlendirilir, 1949 Cenevre, Ek I, madde 49/1.

⁴³⁴ III. Cenevre Sözleşmesi 4a-1'de silahlı kuvvetlerin tanımını ulusal hukuka bırakmıştır.

olduğunu zira bu protokolün birçok maddesinin örf adet hukukunu yansıttığını ifade etmektedir. Nitekim ICRC şerhinde madde 43'ün örf adet kuralı olduğunu bildirmektedir.⁴³⁵ Bu tanıma göre silahlı kuvvetler astların davranışından sorumlu bir komutanlığın emri altında bulunan ve bir iç disiplin sistemine tabi olan bütün organize silahlı kuvvetler, gruplar ve birimler ile karşı tarafa bildirmek şartıyla silahlı kuvvetler bünyesine dahil edilen yarı askeri örgüt veya kolluk güçlerinden oluşmaktadır. Madde 43, açık şekilde düzenli ve düzensiz birlikler ayrımını kaldırmakta ve bütün savaşanları silahlı kuvvetler başlığı altında toplamaktadır. Tonkin bu maddede yer alan şartları taşıyan bir özel askeri şirketin de silahlı kuvvetler içerisinde kabul edileceğini ifade etmektedir.⁴³⁶ Tonkin ayrıca madde 43(3)'de yer alan karşı tarafa bildirme şartının amacının iç güvenliği sağlamaya yetkili polis kuvvetleriyle savaşanların ayrımının yapılabilmesi olduğunu dolayısıyla bu bildirim yükümünün özel askeri şirketler gibi genel gruplara uygulanmayacağını ifade etmektedir.⁴³⁷

Yukarıdaki bilgilerden hareketle özel askeri şirketlerin Taslak madde 4 kapsamında iki şekilde bunları kiralayan devletin bir organı haline gelebileceği söylenebilir. Buna göre bir özel askeri şirket personeli, ya ilgili devlet tarafından kendi silahlı kuvvetlerine *de jure* dahil edilebilecek⁴³⁸ ya da madde 43'teki şartlar uyarınca bunları kiralayan devletin *de facto* askeri kuvveti sayılabilecektir. Ayrıca Tonkin III. Cenevre Sözleşmesi madde 4a-2 uyarınca bir silahlı grubun, bayrak taşıma, emir komuta zinciri altında hareket etme ve savaş andlaşmaları ile örf adet kurallarına uyulması halinde savaş esiri olabileceğinden hareketle özel askeri

⁴³⁵ Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies*, s. 82. Silahlı kuvvetler kapsamı için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 85 – 86.

⁴³⁶ Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies*, s. 83.

⁴³⁷ Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies*, s. 85- 86.

⁴³⁸ Rastislav Betko, “State Responsibility vis-a-vis Unlawful Conduct of Private Military Contractors” *HHS ILSA Law Journal*, vol 1 (1), 2016. s. 84..

şirketlerin de bu maddede yer alan şartları sağlamaları halinde savaş esiri olabileceklerini, savaş tutsağı olabilecek kişilerin devletin *de jure* kuvveti sayılabileceğini ve dolayısıyla özel askeri şirketlerin de bu şartları taşımaları halinde devletin *de jure* organı olarak kabul edilebileceğini iddia etmektedir.⁴³⁹

Bu açıdan bir devletin ilgili şirketle yaptığı sözleşmede kendi askeri kuvvetlerine benzer yetki ve sorumluluklar tanınması veya aşağıda incelenecek olan Taslak madde 5 bağlamında şirkete kanunen bir kamusal yetki devri halinde de bir *de jure* kuvvetlere dahil etmekten söz etmek mümkündür.⁴⁴⁰ Zira madde 43 çerçevesinde örgütlü bir grubun bir şekilde çatışmanın taraflarından biri adına hareket etmesi halinde, bu grup devletin *de facto* organı haline gelmiş olacak ve bunların operasyonlarından devlet sorumlu tutulabilecektir. Betko bu hususta Divan'ın Bosna Soykırımı davasında formüle ettiği gibi şayet şirket ile ilgili devlet arasında yeterli bir bağımlılık içeren bir ilişki söz konusu ise devletin sorumlu olabileceğini, ancak bu tür bir bağımlılığın savaşma veya koruma gibi görevlerin yanı sıra soruşturma yapma yetkisi gibi hallerde ortaya çıkacağını ifade etmektedir.⁴⁴¹ Ancak Hoppe Taslak Maddeler açısından özel askeri şirketlerin savaşan mı yoksa düzenleyici ya da denetleyici bir görev mi icra ettiğinin önemsiz olduğu kanaatindedir.⁴⁴² Bu durumun saptanmasında özel askeri şirket ile devlet arasındaki sözleşmenin içeriği de önem taşımaktadır. Zira bu sözleşme söz konusu şirketin devletin hiyerarşik yapılanması içerisinde ona bağımlı şekilde hareket ettiğine ilişkin hususlar içerebilir.⁴⁴³ Betko bu hususta Divan'ın Bosna Soykırımı davasında formüle ettiği gibi şayet şirket ile ilgili devlet arasında yeterli bir bağımlılık içeren bir ilişki söz konusu ise devletin sorumlu olabileceğini, ancak bu tür bir bağımlılığın savaşma veya koruma gibi görevlerin

⁴³⁹ Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies*, s. 81.

⁴⁴⁰ Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies*, s. 81.

⁴⁴¹ Betko, *State Responsibility for Private Military Contractors* s. 10.

⁴⁴² Carsten Hoppe, "Passing the Buck: State Responsibility For Private Military Companies" *European Journal of International Law*, Vol. 19 (5), 2008, s. 990.

⁴⁴³ Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies*, s. 87.

yanısıra soruşturma yapma yetkisi gibi hallerde ortaya çıkacağını ifade etmektedir.⁴⁴⁴ Bir devlet yetkilisinin şirket personelinin eylemlerini rapor etme ve bununla birlikte ihlaller olması halinde para cezası veya gelecekte sözleşme yapmaktan men gibi cezalar verme konumunda olması hiyerarşik yapılanmaya aidiyete örnek oluşturur.⁴⁴⁵

Bir özel askeri şirketin devletin bir organı haline gelip gelmediğini saptamak zordur. Blake v. Guatemala Davası'nda sivil devriyeleri Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi devletten maaş almamalarına ve herhangi bir sosyal haktan yararlanmamalarına rağmen Milli Savunma Bakanlığına hukuken tabii olduğu için devletin birim -temsilcisi olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme kontrgerilla stratejisi bağlamında bu birimlerin oluşturulduğunu ifade etmiştir. Hatta bu sivil devriyeler faaliyetlerini askeri kuvvetlerin desteğiyle gerçekleştirmiş, silahlarını , kaynaklarını, eğitimlerini, aldıkları emirleri Guatemala ordusundan almış, Guatemala ordusu denetiminde yapmışlardır.⁴⁴⁶

2.4.2. Devletin Sorumluluğu Taslağı Madde 5 Açısından Özel Askeri Güvenlik Şirketlerinin Eylemlerinden Sorumluluk

Devletler, kural olarak kendi egemenlik alanlarında kamu gücünü kullanma yetkisini münhasıran haizdir.⁴⁴⁷ Ancak bu genel kuralın gerek uluslararası hukuktan gerekse ulusal hukuktan kaynaklanan istisnaları mevcuttur. Bu açıdan bir devlet kendi iradesi ile kamu gücü kullanma yetkisini başka birimlerle paylaşabilir veya bu yetkiyi devredebilir. Bu bağlamda devletlerin kamu gücünü kullanma yetkisini sözleşme veya başka yollarla özel askeri şirketlere vermesi de mümkündür.

⁴⁴⁴ Betko, **State Responsibility for Private Military Contractors** s. 10.

⁴⁴⁵ Tonkin, **State Control over Private Military and Security Companies**, s. 87.

⁴⁴⁶ IACtHR, Blake v. Guatemala, Series C, No: 36, Judgment (Merits) 24 January 1998, para. 76.

⁴⁴⁷ Devletin egemenliği ilkesi gereği, aksi doğrultusunda bir andlaşma veya örf adet hukuku kuralının bulunmaması durumunda, bir ülkede yasama, yürütme ve yargı gibi işlemlerin tamamı devletin ülkesel yetkisi içerisinde kabul edilir, Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap**, 9. Bası, Turhan Yayınları, Ankara, 2013, s. 30.

Özel askeri şirketlerin devletin iç hukuku tarafından yetkilendirilmesinden ne anlaşılacaktır? Eğer devletin pozitif mevzuatı anlaşılırsa, Özel askeri şirketlerin taslak madde 5 bağlamında değerlendirilmesi mümkün olmayabilir. Ancak taslak maddeler şerhinde iç hukukun yalnızca mevcut mevzuat ile sınırlı olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca bazı yazarlar UAD Kongo v. Uganda Davası'nda Divan'ın devletin hukukuna atıfta bulunmadığını, yalnızca ilgili birimin kamusal işlev yerine getirip getirmediği ile ilgilendiğini ifade ederek, kamu gücü icra etme ve yetkilendirilme kıstaslarından, yetkilendirilme kıstasının uluslararası örf ve adet hukukunu yansıtmadığı görüşündedir.⁴⁴⁸

Özel askeri şirketler bağlamında kamu gücü kullanımı hangi faaliyetleri içerebilir?

Bir ordu birliği taşıyan kamyonlardan, istihbari faaliyet yürüten kişilere, doğrudan çatışmaya katılanlardan, mülteci, sınır veya hapisane nezaret görevi yerine getirenlere kadar, bu görevler kamu gücü kullanımı olarak değerlendirilecektir.⁴⁴⁹ İlginç şekilde istihbarat bilgisi toplama yetkisinin özel askeri şirkete verildiği örnek bile bulunmaktadır. Sandline – Papua Yeni Gine arasında imzalanan sözleşmede Sandline şirketine istihbarat toplama ve destek operasyonu gerçekleştirme yetkisi verilmiştir.⁴⁵⁰

Uygulamada devletlerin kamu gücünü kullanma yetkisini özel askeri şirketlere devrettiği örnekler oldukça azdır. Bu örneklerden bir tanesi Sierra Leone devletinin ülkesinde çıkan iç karışıklıkları gidermek için Executive Outcomes (EO) adlı şirkete

⁴⁴⁸ Congo v. Uganda para.160., Marie Louise Tougas: Commentary on Part I of the Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict, **International Review of the Red Cross** 2014, 96 (893), 305–358, s 331

⁴⁴⁹ ARSIWA, Commentary to art. 5. para. 2.

⁴⁵⁰ Sandline Agreement, 1997.

kamu gücü kullanma yetkisini vermesidir.⁴⁵¹ Bu şirketin çatışmalara taraf olması ile birlikte iç savaşın seyri değişmiş olup, devraldığı yetkiler bir devletin askeri yetkileri bağlamında kabul edilecek bir düzeyde olmuştur. Nitekim EO çalışanları Sierra Leone ordusuna kaydedilmiş, Sierra Leone silahlı kuvvetler üniformaları giymiş ve çatışmalara doğrudan katılmıştır.⁴⁵² Bu örnekten yola çıkarak özel askeri şirketlerin tutuklama, disiplin sağlama, doğrudan silahlı çatışmaya katılım gibi kamusal faaliyetler icra etmeleri halinde bunların Taslak madde 5 kapsamına gireceği söylenebilir.⁴⁵³

Bu açıdan karşılaşılabilecek önemli sorunlardan biri özel askeri şirketin ilgili olayda kamu gücü icra ettiğinin nasıl ispat edileceğidir. Örneğin bir şirket personelinin insan hakları ihlali gerçekleştirdiği anda kamu gücü kullanıyor olduğu nasıl ispatlanacaktır? Bu hususta her vakıa kendi içinde değerlendirilerek söz konusu ihlalin gerçekleştiği anda şirkete devlet tarafından kamu gücünün aktarıldığı⁴⁵⁴ ve söz konusu eylemin kamu gücü icra edilerek gerçekleştirilebilen bir eylem olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.⁴⁵⁵ Örneğin Blackwater şirketi ABD ile çalışanları Irak'ta koruma amacı ile sözleşme akdetmiştir. Ancak Bağdat'ta Nisour Meydanında bir Amerikan konvoyuna saldırı düzenlendiği gerekçesiyle çevreye ateş açarak 11 Iraklı sivili öldürmüştür. Şüphesiz bu tür eylemler sözleşmenin ihlali olup hem şirketin hem de devletin sorumluluğunu doğuracaktır. Bununla birlikte bu tür

⁴⁵¹ Sierra Leone'da EO tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin ayrıntılı incelemesi için bkz., Filiz Çulha Zabcı, Yeni Savaşların Gizli Yüzü: Özel Askeri Şirketler, **TASAM**, Stratejik Araştırmalar Rapor No. 56, 2013.

⁴⁵² Won Kidane, The Status of Private Military Contractors Under International Humanitarian Law, **Denver Journal of International Law and Policy**, 38(3), 2010, s. 361–419.

⁴⁵³ Betko, **State Responsibility for Private Military Contractors** s. 11.

⁴⁵⁴ İç hukukta açıkça bir ilişki tesis edilmediği hallerde özel askeri şirketin uluslararası hukuk ihlalleri devlete atfedilemeyecektir, Allard K. Lovenstein, Inherently Governmental Functions And The Role Of Private Military Contractors, **International Human Rights Clinic Yale Law School** s. 26-28.

⁴⁵⁵ Jernej Letnar Černič, **Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights**, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, s. 115.

olaylarda “uluslararası hukukun ihlali sırasında kamu gücü kullanıldığının ispatı”nın aranmasının yüksek bir eşik oluşturduğu ifade edilmektedir⁴⁵⁶

2.4.2. Devletin Sorumluluğu Taslağı Madde 8 Açısından Özel Askeri Güvenlik Şirketlerinin Eylemlerinden Sorumluluk

Bu madde açısından yapılacak bir değerlendirmede öncelikle özel askeri şirket ile devlet arasındaki sözleşme ve ilgili devletin ulusal hukukudur. Nitekim bir şirkete gözaltına alınan kişilere karşı kötü muamele ve işkenceye varana kadar sorgu yapabilme yetkisi veren bir sözleşme, söz konusu ihlallerin doğrudan devletin kontrolü altında yaptırılmış olduğu gibi bir sonuç doğurabilecektir.⁴⁵⁷ Verilen talimatın/emirin kapsamının nasıl değerlendirileceği hususunda Hoppe “sayılan kişi ve kişi gruplarının hangi yollarla olursa olsun tutuklanması” şeklinde bir emir varsa bunun madde 8 bağlamında ele alınabileceğini ifade etmektedir.⁴⁵⁸

Örneğin 2004 yılında CIA ile Blackwater askeri şirketi arasında El Kaide’nin üst düzey yöneticilerine suikast düzenlemek için gizli bir sözleşme akdedildiği iddiası ortaya atılmıştır. Söz konusu iddiaların doğru olması halinde bu durum, tam olarak taslak madde 8 kapsamında bir talimat/emir ilişkisi sayılabilecektir.⁴⁵⁹

Madde 8 açısından doğrudan bir talimatın olmadığı ancak yönlendirme veya kontrolün bulunduğu durumlar daha karışık bir durum arz etmektedir. Bu bakımdan söz konusu olayda ilgili personelin Divan’ın etkin kontrol ölçütü ya da EYUCM’nin bütünsel kontrol ölçütü çerçevesinde hareket edip etmedikleri dikkate alınarak birtakım sonuçlara varılması mümkün olsa da ispatı güçtür. Betko askeri güvenlik şirketlerinin durumu için uygun olanın etkin kontrol olduğunu ancak bunlar çoğu

⁴⁵⁶ Harden Marina, "Blackwater USA: The Success and Failures of the Worlds Most Powerful Mercenary Army in the War on Terror," **Pepperdine Policy Review**, 9 (3), 2017. Ayrıca bkz., <https://www.brookings.edu/articles/the-dark-truth-about-blackwater> (29.9.2018).

⁴⁵⁷ Tonkin, **State Control over Private Military and Security Companies**, s. 115.

⁴⁵⁸ Hoppe, **State Responsibility For Private Military Companies**, s. 24.

⁴⁵⁹ <https://www.nytimes.com/2009/12/11/us/politics/11blackwater.html> (30.9.2018).

durumda devletten bağımsız hareket ettiklerinden etkin kontrolün ispatının zor olduğunu ifade etmektedir.⁴⁶⁰

Özel askeri şirketin devlet ile imzaladığı sözleşme doğrudan sorumluluk doğurmaz. Sözleşme’de öngörülen kontrolün etkin kontrol olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Yine yerel askeri komutanın bir alan üzerindeki bir bütünsel kontrolü olması ve geniş anlamda özel askeri şirketin eylemlerini yönlendirmesi, UAD tarafından kontrol olarak kabul edilemeyecektir.⁴⁶¹ Bununla birlikte çok önemli ve genel bir bilgiyi aktarmak gerekir ki, UHK “ne ölçüdeki kontrolün yeterli olduğunu belirlemek, kabul etmek, her vaka için ayrı bir değerlendirme konusu olan takdir hakkıdır, denilmiştir.

Bütünsel kontrol, örgütlü ve hiyerarşik yapıdaki grupların ilgili emri doğrudan almalarına gerek kalmaksızın, kontrolü elinde bulundurmalarıdır. Yalnızca sözleşmeden, bütünsel kontrol olup olmadığı çıkarılamaz. Ancak eğer komutanın geniş bir kontrolü varsa veya en azından bazı eylemlerini gerçekleştirmesini sağlayabilirse, bütünsel kontrolünden bahsedilebilir.⁴⁶²

3. Siber Saldırılarda Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu

3.1. Siber Uzay

Siber uzay kavramı siber ve uzay kelimelerinden türetilmiştir.⁴⁶³ Siber uzay

⁴⁶⁰ Betko, **State Responsibility for Private Military Contractors** s. 12-13. Ayrıca bkz. Avril McDonald, ‘Ghosts in the Machine: Some Legal Issues Concerning US Military Contractors in Iraq’, **International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines** Essays in Honour of Yoram Dinstein, International Humanitarian Law Series, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 360.

⁴⁶¹ Tougas, **Commentary**, s. 334.

⁴⁶² Tougas, **Commentary**, s. 334- 335.

⁴⁶³ Günümüzde sibernetik kelimesi bilişim ve iletişim ağlarının şekillendirdiği ortamı ifade etmektedir, Mehmet Yayla, Uluslararası Hukukta Siber Saldırlara Karşı Kuvvet Kullanma, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 107, 2013, s. 201. Siber uzay terimi ilk olarak William Gibney’in bir romanında

terimi yerine Türkçe literatürde siber alan veya siber ortam terimleri de kullanılmaktadır. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi Dairesi, siber uzay yerine siber ortam terimini tercih etmektedir.⁴⁶⁴ Siber uzay esasen bilgisayarlar aracılığıyla meydana getirilmiş ve fiziki varlığı bulunan maddi uzay yanında oluşmuş sanal alandır.⁴⁶⁵ Ziolkowski siber uzayı küresel, fiziksel varlığı olmayan ancak fiziksel ve teknik birleşenleri bulunan, kamusal ulaşılabilirliğe sahip, küresel kamu hafızasını içeren, birim ve insanları internet aracılığıyla birbirine bağlayan kavramsal alan olarak ifade etmektedir.⁴⁶⁶ Ancak siber uzay salt internete ulaşım ve internet kullanımından çok daha fazlasını ihtiva etmektedir. Zira siber uzay yalnızca bir ağa genel ağlardan ulaşıp ulaşılmadığı ile ilgili değildir ve aslında tüm ağların hepsi birden siber uzayı oluşturmaktadır.⁴⁶⁷ ABD Savunma Bakanlığı siber uzayı “internet, telekomünikasyon ağları, bilgisayar sistemleri, gömülü işlemci ve kontrol mekanizmalarını içeren, birbirine bağlı bilgi teknolojisi ağını kapsayan küresel alan” şeklinde tanımlamıştır.⁴⁶⁸

kullanılmıştır.

⁴⁶⁴ Mahruze Kara, Siber Saldırıları- Siber Savaşlar ve Etkileri, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 14. Uluslararası yazında siber ortam anlamına gelen *cyber environment* yerine *cyberspace* kullanılmıştır. Bu sebeple uluslararası yazına paralel şekilde, siber uzay terimi tarafımızca tercih edilmiştir.

⁴⁶⁵ Ebrahim Hosseini Zabet, Cyber Attacks In International Law, **Indian Journal of Fundamental and Applied Life Sciences**, Online International Journal Available at www.cibtech.org/sp.ed/jls/2015/02/jls.htm 2015 Vol. 5 (S2), s. 1667-1670. Bununla beraber siber uzayın fiziksel alanla ortak dört alt alanı mevcut olup, bunlar yer, uzaklık, genişlik ve hattır, Rebecca Bryant, “What Kind of Space is Cyberspace?”, **Minerva: An Internet Journal of Philosophy**, Vol.5, 2001, s. 142.

⁴⁶⁶ Katharina Ziolkowski, **Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace, International Law, International Relations and Diplomacy**, NATO-CCD-COE Publication, 2013, s. 135.

⁴⁶⁷ Murat Doğru, Siber Harekatın Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Analizi, (t.y.), Siber Harekatın Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Analizi, <http://ab.org.tr/ab16/bildiri/106.pdf>

⁴⁶⁸ US Department of Defense, “Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms”, **Joint Publication** 1-02, s. 2-9

3.2. Siber Alana Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler

Teknoloji birçok faydasının yanı sıra önemli güvenlik sorunlarını da beraberinde getirmiştir. Bahse konu olan sorunlar bundan otuz kırk yıl öncesinde tahmin edilemeyecek büyüklüktedir.⁴⁶⁹ Bu açıdan doktrinde bazı yazarlar siber savaş ve siber saldırı kavramlarının abartıldığını ileri sürmüşlerse de,⁴⁷⁰ bu tip saldırıların ekonomik ve siyasal zararların yanında fiziki zararlara da yol açtığı bilinmektedir.⁴⁷¹ Siber saldırıların giderek artan yıkıcı etkileri karşısında bu alana ilişkin uluslararası hukuk kurallarının geliştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Gerçi bazı hukukçular siber uzayın ve siber uzaya ait bütün bilimsel çerçevenin bilişime ait olup, teknolojinin kapsamına girdiğini, dolayısıyla hukuk kurallarının uygulanmayacağını, yani hukuk kurallarının kapsamı dışında kaldığı ifade etmektedir. Yine diğer bazıları hukukçular ise siber alana ilişkin uluslararası andlaşma veya uluslararası örf adet hukuku kuralının bulunmaması sebebiyle siber alana uygulanacak bir hukuk bulunmadığı görüşündedir. Bu görüş uluslararası hukukta *Lotus prensibi* olarak kabul edilen ilkenin izdüşümüdür. Buna göre ilgili konuda bir uluslararası hukuk düzenlemesi bulunmaması halinde devletler özgürce hareket edebilecektir.⁴⁷² Ancak bu konuda devlet uygulamaları ve doktrin farklı yaklaşımları esas almaktadır. Nitekim bazı yazarlar uluslararası hukuk kurallarının uygulama ve yorumunun bu alanın

⁴⁶⁹ Yang Xiang, Wanlei Zhou and Morshed Chowdhury, A Survey of Active and Passive Defence Mechanisms against DDoS Attacks” 2010, Deakin University, **School of Information Technology** , **51 (2)**, s. 1-42.

⁴⁷⁰ Bazıları siber saldırıların asla devletleri savaşa sürükleyecek niteliği haiz olamayacağını da ifade etmektedir, <https://www.wired.com/2010/03/schmidt-cyberwar/>. White House Cyber Czar: There Is No Cyber War, Erişim Tarihi: 3.1.2018

⁴⁷¹ İnternet teknolojileri üzerinden devletlere gelen tehditler bir silahlı saldırı teşkil etmemiş olsa bile, güvenlik ve ekonomi hatta siyasal yönler değerlendirilmeye katıldığında mevcut durum hiçte göz ardı edilebilecek gibi değildir. Devletler hem kendi içlerinde hem de dışarıdan siber saldırılara maruz kalmaktadır. (Yayla, **Siber Saldırılarına Karşı Kuvvet Kullanma**, s. 201.)

⁴⁷² Filipe Gomes Dias Costa, Veronica Lucia Hassler Benn, The Challenges of Attribution of Internationally Wrongful Acts in The Cyberspace: A Critical Analysis of Control Tests and the Standard of Proof in International Courts, **Revista do CEPEJ**, vol. 19, 2016, s. 124.

düzenlenmesi için yeterli olduğu görüşündeyken,⁴⁷³ diğer bir grup ise ulusal ve uluslararası alanlarda farklı düzenlemeler yapılması gerektiğini savunmuştur.⁴⁷⁴

Bugün geline nokta siber alanın uluslararası hukuka tabi bir alan olduğu kesinleşmiştir.⁴⁷⁵ Nitekim 2013 Birleşmiş Milletler Çalışma Grubu Raporu'nda BM Andlaşması'nın siber uzay ve siber uzaya ilişkin faaliyetleri de kapsadığı ifade edilmiştir.⁴⁷⁶ Kaldı ki bu uluslararası hukuk düzenlemeleri olmasa bile uluslararası düzen *non liquet* bir durumu kabul edemeyecektir. Uluslararası bir andlaşma veya uluslararası örf adet hukuku bulunmasa bile uluslararası etkileri olan bu alana uluslararası hukukun genel ilkeleri uygulanmak durumundadır.⁴⁷⁷

3.3. Siber Saldırı

Doktrinde birbirini tamamlayan çeşitli “siber saldırı” tanımları yapılmıştır. Genel olarak siber saldırı siyasi veya ekonomik gerekçelerle internet kullanılarak gerçekleştirilen ve bilgisayar ağı fonksiyonlarını işlevsiz hale getirmek üzere yapılan herhangi bir eylemdir.⁴⁷⁸ Diğer yandan siber saldırı bilgiyi yok etme, müdahale etme veya manipüle etme amacı taşıyan operasyonlardır.⁴⁷⁹ Siber Operasyonlara Uygulanan Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu (2.0) 'da ise siber operasyonlar siber uzay yoluyla veya siber uzaydaki hedeflere ulaşmak için siber

⁴⁷³ Thomas Bruner, States in Cyberspace: Perspectives of Responsibility Beyond Attribution, 2014, s. 2.

⁴⁷⁴ Emrah Tanyıldız, State Responsibility in Cyberspace: The Problem of Attribution of Cyberattacks Conducted by Non-State Actors, **Law and Justice Review**, 8 (14), 2017, s. 126.; Mary Ellen O'Connell, Cyber Security without Cyber War, **Journal of Conflict and Security Law**, vol. 17 (2), 2012, s. 187.

⁴⁷⁵ O'Connell, **Cyber War**, s. 189.

⁴⁷⁶ UN Environment Work Group Report.

⁴⁷⁷ Costa, Benn, **The Challenges of Attribution**, s. 124.

⁴⁷⁸ Oona Hathaway, Rebecca Crootof, Philip Levitz, Haley Nix, Aileen Nowlan, William Perdue & Julia Spiegel., The Law of Cyber-Attack, **California Law Review**, 100, 2012, s. 826.

⁴⁷⁹ Schmitt MN, Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework, translated by Colum JL 1998-1999 (37).

yeteneklerin kullanılması şeklinde tanımlanırken, siber saldırılar ise saldırgan veya savunucusu olsun, kişilerin yaralanmasına veya ölümüne ya da nesnelerde hasar veya tahribata yol açması beklenen siber operasyonlar şeklinde tanımlanmıştır. Diğer bir deyişle belli bir şiddet eşiğini aşmış siber operasyonlar siber saldırı sayılır. Tallinn'de toplanan Uzmanlar Grubunun çoğunluğu veriye yönelik hasar verici siber operasyonları siber saldırı saymama taraftarı iken, azınlık siber altyapının işlevselliğini etkileyici nitelikte verilere yönelik saldırıları siber saldırı kabul etmiştir. Bu konuda Schmitt'e göre belirleyici olan verilerin tahrip edilmesinin insancıl hukukta korunan nesne ve kişilere verdiği zararın seviyesinin saldırı düzeyine ulaşp ulaşmadığıdır.⁴⁸⁰

Siber saldırı biçimleri ayrıntılı teknik bilgisayar bilgisini gerektirebilmektedir. Diğer yandan temel saldırı biçimlerini bilmek hukuki analiz yapabilmek adına gereklidir. Siber saldırı türleri iki ana grup altında toplanabilir. Bunlar *sniffing* ve *dos* saldırılarıdır.

Sniffing terim olarak “koklamak” anlamına gelmektedir. *Sniffing* yolu ile saldırı gelen verinin yolunu keserek, *networkteki* paketi yakalayarak içeriğini okumaktır. Diğer bir ifadeyle bir ağ üzerindeki veri trafiğinin dinlenmesidir. Sniffing saldırıları ile email – web – ftp –sQlnet şifreleri ve email ya da diğer yazışmaların içeriğinin ele geçirilmesi amaçlanır.⁴⁸¹ *Dos (Denial of Service)* saldırılarında ise amaç sistemin hizmet dışı kalmasıdır.⁴⁸² Saldırganlar bu amaçla ellerindeki makine veya

⁴⁸⁰ Michael Schmitt, “Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues”, **International Law Studies**, vol. 87, 2011, s. 8.

⁴⁸¹ Mithat Yıldız, **Siber Suçlar ve Kurum Güvenliği**, (Uzmanlık Tezi), Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, 2014, s. 22.

⁴⁸² Bazı yazarların Ddos saldırılarını, “dağıtık servis dışı bırakma” şeklinde tanımladığı görülmektedir. Burada ifade etmek istediğimiz bir başka hususta Dos saldırılarının yanlış çevirisidir. “Servis saldırılarının reddi” gibi tamamen kavramın manasından uzak ve yanlış bir çevirinin, siber saldırılarla ilgili çalışma yapan uluslararası hukukçular tarafından kullanıldığı görülmektedir. Hiçbir şekilde doğru bir çeviri değildir.

bilgisayar topluluğu ile belirlenen hedefe saldırılmaktadır. Bir *dos* saldırısında binlerce bilgisayar “*zombi bilgisayar*” veya “*bot*” haline getirir. Zombi haline gelen bu bilgisayarlar kaynak bilgisayardan aldıkları emirler doğrultusunda hedef bilgisayara saldırırlar.

3.4. Önemli Siber Saldırı Örnekleri

Siber saldırılarda cevaplanması gereken en temel soru bu siber saldırıların kimin tarafından gerçekleştirildiğidir. Zira siber saldırılar söz konusu olduğunda saldırıyı gerçekleştiren ve saldırının gerçekleştirilmesi için gerekli emirleri verenlerin tespit edilmesi kolay değildir. Dahası siber saldırılar çok fazla sayıda katılımcı ile yapılmakta olup, saldırganlar dünyanın çok çeşitli yerlerinden bu saldırıya katılabilmektedir. Dolayısıyla saldırıya maruz kalan devletlerin bunların izini sürerek saldırganlar hakkında doğru ve güvenli bilgiye ulaşması kolay olmamaktadır. Bu çerçevede siber saldırılar karşısında meşru müdafaa hakkı ve siber saldırılarda devletlerin sorumluluğu tartışmalarına geçmeden önce, hem siber saldırıların etkisinin değerlendirilmesi hem de siber saldırıların bir devletle ilişkilendirilmesinin zorluğunu ortaya koymak açısından bazı saldırı örnekleri vermek yerinde olacaktır.

NATO'ya 1999 yılında yapılan saldırı ilk önemli siber saldırılardan birisidir. Bu saldırıda ABD ve NATO internet sayfaları ile Amerikan İçişleri Bakanlığı ve Enerji Bakanlığı'na ait internet sayfaları Çin merkezli olduğu iddia edilen gruplar tarafından saldırıya uğramıştır. Beyaz Saray söz konusu yoğun DoS saldırıları üzerine internet sayfasını 3 gün süre ile kapalı tutmuştur. Bu saldırılar NATO uçaklarının Sırbistan'ı bombardımanı sırasında yanlışlıkla Çin Büyükelçiliğini vurması üzerine Çinli ve Sırp hackerlar tarafından gerçekleştirilmiştir.⁴⁸³

⁴⁸³ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/338424.stm> 3.1.2018. CNN bunu “*çevrimiçi savaş*”, The Guardian gazetesi ise “*siber savaş*” olarak nitelendirmiştir, <https://siberbulten.com/makale-analiz/ilk-siber-savas-ornegi-olarak-kosova/> 3.1.2018.

11 Eylül 2001’de ABD terörist saldırılara uğramıştır. Bu süreçte siber alanda da saldırılar gerçekleştirilmiştir. Burada siber savunma zafiyeti olarak değerlendirilen asıl sorun ise, Pentagon’a kadar yaklaşan uçaklar hiçbir şekilde radar sistemleri tarafından fark edilememiş olmasıdır. Bu durum Amerikan siber güvenliğinin büyük zaafı olarak kayıtlara geçmiştir.⁴⁸⁴

2007 Estonya saldırısı önemli etkileri olan saldırılardan bir diğeridir. Estonya internetin yaygın olarak kullanıldığı ve internet üzerindeki kontrollerin çok zayıf olduğu bir ülkedir. Estonya Parlamentosu’nun Talinn Meydanı’ndaki Bronz Asker heykelini kaldırma kararı hem Rus kökenli yurttaşların hem de Rusya Devleti’nin tepkisini çekmiştir. Bu kararın ardından 26 Nisan 2007’de Estonya Devleti kaynağı belirlenemeyen ve geniş kapsamlı bir saldırıya maruz kalmıştır. Saldırıları iktidar partisinin yanı sıra diğer siyasi partilere ve devlet sitelerine yönelik gerçekleştirilmiştir. Estonya bu saldırılar üzerine sunucularını kapatmak zorunda kalmıştır.⁴⁸⁵ Bunların ardından 10 Mayıs’ta saniyede 4 milyona ulaşan paket bilgiler ihtiva eden saldırılarla Estonya bankacılığına saldırılınca, ülkenin en büyük bankası sunucularını kapatmıştır. Saldırıları günlerce sürdükten sonra 19 Mayıs’ta sona ermiştir.⁴⁸⁶ 2007 yılında Estonya’ya yapılan bu saldırılarda Rusya dahil 177 ülkeden katılım olduğu tespit edilmiştir.⁴⁸⁷ Söz konusu saldırıların sürdüğü sırada NATO’dan

⁴⁸⁴ <https://www.facts-are-facts.com/article/9-11a-cyber-crime> 3.1.2018.

⁴⁸⁵ <https://siberbulten.com/siber-saldirilar-2/8-yilinda-estonya-saldirilarina-cok-boyutlu-bir-bakis/>
Erişim Tarihi (25-10-2016)

⁴⁸⁶ <https://siberbulten.com/siber-saldirilar-2/8-yilinda-estonya-saldirilarina-cok-boyutlu-bir-bakis/>
Erişim Tarihi (25-10-2016)

⁴⁸⁷ Michael Schmitt, “Cyber Operations and the Jus Ad Bellum Revisited”, **Villanova Law Review**, 56 (3), 2011, s. 570. Söz konusu saldırıların bireysel veya dağınmık hacker grupları tarafından gerçekleştirilmesinden ve ortak bir amacı paylaşırsalar da aralarında örgütlü bir koordinasyon olmaksızın hareket eden bu grupların silahlı bir örgüt olma şartını sağlamadıklarından ötürü bunun bir uluslararası silahlı çatışma sayılamayacağı tespiti için bkz., Michael Schmitt, **Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare**, International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence, Cambridge, Cambridge University, 2013, s. 553-562,

uzmanlar Estonya'nın bu saldırılara karşı koymasına yardım etmek için savunma desteği vermişlerdir. 2007 Estonya saldırılarının ardından 2008 yılında Talinn'de Siber Güvenlik Mükemmeliyet Merkezi'nin kurulması kararı alınmış ve siber saldırılara uygulanacak hukuk için Talinn El Kitabı'nın hazırlanmasına başlanmıştır.

2008 yılında Rusya–Gürcistan savaşı sırasında Rusya'dan çok yoğun şekilde Gürcistan devlet sistemlerine ve ağlarına siber saldırılar gerçekleştirilmiştir. Ayrıca Gürcistan haber kanallarına ulaşım siber saldırganlar tarafından engellenmiştir.⁴⁸⁸ Gürcistan'a yapılan saldırılar devam eden bir silahlı çatışma ile birlikte uyum içinde gerçekleşen ilk siber saldırılardır. Gürcistan'a yapılan saldırılarda siber saldırganların örgütlü askeri grup olarak değerlendirilebilirse, burada bütünsel kontrol testinin uygulanarak Rusya'nın sorumluluğuna gidilebileceği iddia edilmiştir. Ancak Gürcistan saldırılarına Nikaragua ve Tadic davaları gözönünde bulundurularak bakıldığında bu açıdan bazı benzerlikler ve farklılıklar göze çarpmaktadır. Bu açıdan en temel farklardan birisi saldırının kinetik değil siber olması ve saldırganların militer gruplar değil sivil bireyler olmasıdır. Diğer ise söz konusu davalarda devletin kontrolündeki saldırgan birimler kendisine karşı saldırının yürütüldüğü devlette iken, bu olayda saldırıların Rusya ve diğer üçüncü devletlerden gerçekleşmiş olmasıdır.⁴⁸⁹

Stuxnet saldırısı adını Haziran 2010'da fark edilen ve İran'ın Natanz nükleer geliştirme tesisine saldırmak için geliştirilmiş olan bir siber virüsten almıştır. Stuxnet saldırısı resmi olarak üstlenilmemiş olsa da iddialar ABD-İsrail ortaklığına işaret etmektedir. Zira her iki ülkeden de bu konuda herhangi bir yalanlama gelmemiştir.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ Hatta önce siber saldırı başlamış, ardından silahlı saldırılar meydana gelmiştir, <https://www.nytimes.com/2008/08/13/technology/13cyber.html>. Paulo Shakarian, The 2008 Russian Cyber Campaign Against Georgia, **Military Review**, 91, 2011, s. 63.

⁴⁸⁹ Allan, **Attribution Issues in Cyberspace**, s. 75- 79.

⁴⁹⁰ <http://109.232.216.219/~bilimvegelecek/index.php/2014/07/01/stuxnet-ve-uluslararasi-hukuk-bir-siber-saldirinin-anatomisi/> , 3.1.2018. Stuxnet saldırısının fiziksel hasara neden olan bir silahlı saldırı sayılacağına ilişkin bkz., Tallinn Kılavuzu, Kural 82, Yorum para. 16.

Son olarak 2014 yılında Sony şirketi de bir siber saldırıya uğramıştır. Bu saldırı ile Sony'ye ait birçok belge sızdırılmış ve şirket zarara uğratılmıştır. Saldırıları Sony şirketinden çıkacak olan Kuzey Kore başkanı Kim Young'un ile dalga geçen bir komedi filmine karşı kendini Küresel Barış Grubu olarak adlandıran siber saldırganlar tarafından yapılmıştır. ABD bu saldırıların Kuzey Kore'den gerçekleştirildiğini iddia etse de Kuzey Kore bunu kabul etmemiştir.⁴⁹¹

3.5. Siber Saldırlara Karşı Meşru Müdafaa Hakkı

Devletlerin hangi durumlarda kuvvet kullanmaya başvurabilecekleri uluslararası hukukta *jus ad bellum* kuralları tarafından düzenlenmektedir. Günümüzde *jus ad bellum* kuralları temel olarak BM Andlaşması m.2/4 te kuvvet kullanma yasağı ve bunun istisnası olan madde 51'deki meşru müdafaa hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır. BM madde 51'e göre bir devletin meşru müdafaa hakkının doğması için bir *silahlı saldırı* ile karşı karşıya olması gerekmektedir. Hangi durumun bir silahlı saldırı teşkil ettiği hususunda ise BM Genel Kurulu'nun 3314 sayılı ve 1974 tarihli kararında yer alan, “*Bir devletin diğer devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu tanımda belirtildiği üzere BM sözleşmesiyle bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır.*” şeklindeki tanım dikkate alınmaktadır.

Bu hususlar göz önünde bulundurularak doktrinde siber saldırıların bir silahlı saldırı niteliği taşıyıp taşımadığı çokça tartışılmıştır. Bu açıdan 18 Eylül 2012 tarihinde ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Danışmanı Harold Koh ABD'nin bu konu ile ilgili görüşlerini şu şekilde açıklamıştır: “*Siber saldırının silahlı saldırı olarak kabul edilebilmesi için siber hareketin yol açtığı fiziksel etki önemli olup, ölüm, yaralanma ya da önemli derecede tahrip sonuçlanan etki yaratan siber operasyonların kuvvet*

⁴⁹¹ Konrad Węgliński, “Cyberwarfare and Responsibility of States”, **Torun International Studies**, 1 (7), 2014, s. 80.

kullanımı olarak kabul edilebileceğini” ifade etmiştir.⁴⁹² Bu tanımdan sonra uluslararası hukuk doktrinde sıkça bu tanıma yakın tanımlar yapılmıştır.⁴⁹³ Doktrinde eğilim siber saldırının sonuçları itibari ile büyük insan hayatı kayıplarına ve geniş yıkımlara neden olması halinde meşru müdafaa kapsamında ‘silahlı saldırı’ gibi değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Bu açıdan spektrumun bir ucunda 1981 *Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Müdahale Etmeme Kararı* bulunmaktayken, diğer ucunda ise kinetik silahlı saldırılar bulunmaktadır. Müdahale etmeme ilkesi her devletin egemen eşit olması ve içişlerine karışılmaması şeklinde anlaşılmakta olup, sadece bilgi çalmak amacıyla yapılan siber saldırılar bu çerçevede değerlendirilecektir. Ancak saldırıların kinetik saldırı boyutuna ulaşması halinde siber saldırılar bir silahlı saldırı olarak kabul edilecek ve siber saldırıyı gerçekleştirene karşı meşru müdafaa hakkı doğacaktır. Silahlı saldırı olarak değerlendirilebilmesi için bir mala veya cana zararın meydana gelmesi aranacaktır. Ayrıca bir siber saldırı kinetik olmamakla birlikte kinetik olsaydı meydana gelecek zararın aynısının meydana gelmesi halinde bazı yazarlara göre silahlı saldırı olarak kabul edilmelidir.⁴⁹⁴ Ayrıca silahlı çatışma eşiğine varmış siber saldırıların silahlı çatışmalara ilişkin insancıl hukuka tabi olduğu hususunda da bir tartışma bulunmamaktadır.⁴⁹⁵ Nitekim Divan da 1996 Nükleer Silahlara Dair Danışma

⁴⁹² Hakan Şentürk, Zaim Çil, Şeref Sağıroğlu, **Siber Güvenliğin Taarruzi Boyutu ve Uluslararası Hukuk Kurallarının Uygulanabilirliği**, 6. Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı, 20-21 Eylül, Ankara, 2013, s. 47.

⁴⁹³ Schmitt'e göre siber saldırılar sonuçları itibariyle karşı tarafa doğrudan ölüm, yaralanma veya maddi hasar verme ya da en azından bunların olacağını öngörme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi onun askeri yeteneği veya operasyonlarını etkilemek üzere de gerçekleştirilebilir, Michael Schmitt, “Attack as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context”, **4th International Conference on Cyber Conflict-Proceedings**, 2012, s. 288. Yine siber saldırılarla birlikte konvansiyonel silahların birlikte kullanılması durumunda da bu eşiğe ulaşılacaktır.

⁴⁹⁴ Allan, **Attribution Issues in Cyberspace**, s. 71-73; Marco Rossini, “World Wide Warfare – Jus ad bellum and the Use of Cyber Force”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, 14, 2010, s. 103; Ayrıca bkz., 2017 Tallinn Kılavuzu, Kural 82, Yorum para. 16.

⁴⁹⁵ Michael Schmitt, “Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in Bello” **International Review of Red Cross**, 84, no. 846, 2002. Uluslararası Kızılhaç Komitesi Belge No. 31IC/11/5.1.2,

Görüşü'nde her ne kadar insancıl hukuka dair sözleşmelerde nükleer silahlar açıkça yasaklanmamışsa da silahlı çatışmalar hukukunun ilke ve kurallarının bunlara uygulanamayacağı çıkarımının yapılamayacağını belirterek söz konusu kuralların gerek geçmişteki gerekse günümüzdeki ve gelecekteki silahların her çeşidine uygulanabileceğini ifade etmiştir.⁴⁹⁶

Burada ifade edilmesi gereken bir başka önemli nokta siber saldırıların meşru müdafaa hakkı dışında kalması halinde uluslararası hukukun, özel olarak da uluslararası sorumluluk hukukunun dışında kalması anlamına gelmediğidir. Zira bir “*silahlı saldırı niteliği teşkil etmeyen*” siber saldırılar da, uluslararası hukukun işlere müdahale yasağı ve devletlerin egemen eşitliği ilkelerinin ihlali olduğundan, uluslararası sorumluluğu doğuracaktır.⁴⁹⁷

3.6. Siber Uzayda Devletlerin Egemenliği

Siber alanda devletlerin egemenliği kapsamı dışında mı kalmaktadır sorusu, siber alanda sorulan en temel sorulardandır. Siber alanın fiziksel birleşenleri bulunmaktadır. Dolayısıyla zorunlu olarak devletlerin egemenlik alanı kapsamına girmek durumunda kalmaktadır. Siber uzay diğer yandan fiziksel olmayan birçok birleşeninden dolayı da geleneksel egemenlik kuramından ayrı fonksiyonlar taşımaktadır. Bir devletin egemenliği içerisindeki alandan başka bir devletin egemenliği içerisindeki alana girilebilmektedir.

2011.

⁴⁹⁶ UAD, Nükleer Silahlara Dair Danışma Görüşü, 1996, para. 86.

⁴⁹⁷ Tallinn Kılavuzu, s. 553-562. Nitekim Schmitt de “*her silahlı saldırı bir kuvvet kullanmadır fakat her kuvvet kullanma bir silahlı saldırı değildir*” diyerek siber saldırıların her durumda bir silahlı saldırı sayılamayacağı görüşündedir, Michael Schmitt, “Cyber Operations in International Law: The Use of Force, Collective Security, Self defense and Armed Conflict” **Proceedings of a Workshop on Detering Cyberattacks: Informing Strategies and Developing Options for US Policy**, 151, 2010. Ayrıca bkz. Russel Buchan, Cyber Attacks, Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions? **Journal of Conflict and Security Law**, vol. 17 (2), 2012.

Siber saldırılar, devletlerin egemenliğinin ihlali anlamına gelerek uluslararası hukuka aykırılık teşkil eder. Kuvvet kullanma konusu ise tartışmalıdır. Dahası çoğu uluslararası hukukçu kuvvet kullanma anlamına gelmemektedir. Devletler ise bu tartışmalı konularda inisiyatif almakta gönülsüzdür. Bu alana ilişkin uluslararası hukuk kurallarının neler olduğuna ilişkin açıklama da yapmamaktadırlar. Bu durumda devlet uygulaması bilinmemekte, *opinio juris* oluşmamaktadır.⁴⁹⁸

Diğer devletlere zarar verecek şekilde ülkenin kullandırılmaması ilkesi üzerinden gidilecekken, gizlilik, izleme vb. kaygılarla bu ilkeye de karşı çıkmaktadır. Devletin kendi ülkesini kullandırmaması haricinde uluslararası barışa zarar verecek eylemlerde özellikle ülkesi kullanılan devletin işbirliği yükümü olduğu unutulmamalıdır.⁴⁹⁹

Siber uzayın devletlerin egemenliği dışında kaldığına ilişkin görüş 5 sebeple yanlışlanabilir. İlk olarak siber uzayın işler hale gelebilmesi için onu kontrol eden bir birim olmalı ve kullanıcılara erişim imkanı sağlayacak ülkesel bir zeminde yapının kurulacağı yer gereklidir. İkinci olarak siber uzayda yürütülen ekonomik ilişkiler hukuki düzenlemelerin yapılması sonucunu zorunlu olarak doğurur ve bu hukuk genellikle ilgili devletin hukukudur ki devletin egemenlik alanı içerisinde yer aldığı açık kanıtı olmaktadır. Üçüncü olarak siber uzayda aktarılan içeriğin fiziksel alanda uygulaması ve etkisi vardır ki bu da devletin düzenleme alanına sokar. Dördüncü olarak devletler egemenlik kapsamı dışı bırakmak istememektedirler. Ulusal güvenlik, zararı önleme ve saldırıya açıklığı engelleme gibi gerekçelerle, yavaş yavaş ilerlese de bu alanı düzenleme, uygulama ve egemenlik alanları dışında bırakamayacaklardır. Beşinci olarak siber uzayda devletin cezalandırma, düzenleme

⁴⁹⁸ Schmitt M.N. The Law of Cyber Warfare: Quo Vadis?, 25(2) **Stanford Law & Policy Review** 277. (2014).

⁴⁹⁹ Jensen e.T. Cyber Sovereignty: The Way Ahead, 50(2) **Texas international law Journal** 275 (2015).

yapması iktiza eden alanlardandır.⁵⁰⁰

3.7. Siber Saldırılarda Devletin Uluslararası Sorumluluğu

Siber saldırılardan devletin sorumluluğuna ilişkin bir uluslararası andlaşma veya uluslararası örf adet hukuku kuralı bulunmamaktadır.⁵⁰¹ Bununla beraber 2010 yılında BM hükümet uzmanları grup müzakerelerinde Çin tarafı, egemen devletlerin kendi siber uzayını ve bununla ilgili diğer altyapılarını saldırıdan veya tehditten ya da sabotajdan korumak için gerekli tedbirleri almak hususunda haklara ve sorumluluklara sahip olduğunu ifade etmiştir. Aynı şekilde Hindistan tarafı da küresel ağ ekonomisinin bir parçası olan ulus devletlerin gizlice veya açıkça başka bir ulus devletin hedefi olur veya saldırıya uğrarsa, kendi altyapılarını koruma gereksinimi yanı sıra, aynı zamanda kendi siber sistemlerinin kötüye kullanılmamasının sağlanmasından sorumlu olmalarının önemine dikkat çekmiştir. Bu açıklamalar devletlerin siber alanda sorumluluk almalarına yönelik bir tutumun göstergesidir.⁵⁰²

Bununla birlikte UHK Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslağının ilgili maddelerinin bu alana uygulanması suretiyle, devletlerin bu açıdan uluslararası sorumluluğunun doğup doğmadığı tespit edilebilecektir. Bu konuda ayrıca esasen bağlayıcı bir uluslararası hukuk kaynağı olmayan fakat bazı uzman devlet temsilcilerinin bir araya gelerek oluşturdukları Siber Operasyonlara Uygulanan Uluslararası Hukuk Üzerine Tallinn Kılavuzu adlı belgede de söz konusu meseleyle ilgili birtakım hususların ortaya konulduğu görülmektedir.

⁵⁰⁰ BRICS LAW JOURNAL Volume V (2018) Issue 4, s. 152.

⁵⁰¹ Kilovaty, siber alana ilişkin bazı tutarlı devlet uygulamalarının olduğunu ancak bunun uluslararası örf adet hukuku niteliğine henüz gelmediğini ifade eder, Ido Kilovaty, “Cyber Warfare and the Jus Ad Bellum Challenges: Evaluation in Light of the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare” **American University National Security Law Brief** 5 (91), 2014.

⁵⁰² Sean Kanuck, “Sovereign Discourse on Cyber Conflict Under International Law”, **Texas Law Review Association**, Symposium: Law at the Intersection of National Security, Privacy and Technology: II. Cybersecurity and Network Operations, 88, 2010, s. 1591-1592.

3.7.1. Devletin Organı Aracılığıyla Gerçekleştirilen Siber Saldırlardan Dolayı Devletin Sorumluluğunun Doğması

Bir siber saldırı söz konusu olduğunda Taslak Madde 4 uyarınca bir devletin herhangi bir resmi organının veya devlet görevlisi gibi hareket eden bir birimin bu saldırıyı gerçekleştirmesi halinde saldırı doğrudan devlete atfedilebilecektir.⁵⁰³ Siber saldırılarda devletin organlarından kaynaklanan sorumluluğun *ultra vires* bir eylem söz konusu olduğunda gündeme gelebileceği kanısındayız. Şimdiye kadar doğrudan taslak madde 4 bağlamına giren bir siber saldırının gerçekleştiğine ilişkin veri bulunmamaktadır. Zaten devletler için siber saldırıları cazip kılan da bu eylemleri gerçekleştirenlerin gizlenebilmesidir.

3.7.2. Devlet Dışı Aktörler Üzerinde Kontrol ile Gerçekleşen Siber Saldırlardan Dolayı Devletin Sorumluluğunun Doğması

Daha önce ifade ettiğimiz üzere Taslak Madde 8 kapsamında devletlerin özel kişileri emir, kontrol ve yönlendirmeleri ile işlenen eylemler söz konusu olduğunda sorumlulukları gündeme gelmektedir. Dolayısıyla bir devletin kontrolü altındaki organize grupların bir başka devlete karşı bir siber saldırıda bulunmaları halinde ilgili devletin sorumluluğu doğacaktır.⁵⁰⁴ Ancak devletlerin bu gibi durumlarda özel kişiler üzerindeki kontrolü bakımından uluslararası yargı kararları ile belirlenmiş olan etkin kontrol veya bütünsel kontrol ölçütlerinden hangisine göre değerlendirme yapılacağı tartışmalıdır.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Nils Melzer, **Cyberwarfare and International Law**, UNIDIR Resources, 2011, s. 73.<http://unidir.org/files/publications/pdfs/cyberwarfare-and-international-law-382.pdf>. Siber saldırıların bir devletin askeri güçlerinin yanı sıra istihbarat servisleri ve diğer sivil birimleri tarafından da gerçekleştirilebileceğine ilişkin değerlendirme için bkz., Tallinn Kılavuzu, Kural 82, Yorum para. 14.

⁵⁰⁴ Schmitt, **Wired Warfare**, s. 372.

⁵⁰⁵ Peter Stockburger, Control and Capabilities Test: Towards a New Lex Specialis Governing State Responsibility for Third Party Cyber Incidents, **9th International Conference on Cyber Conflict**, 2017, s. 4.

Siber saldırılarda etkin kontrolün varlığını ispat etmek imkansıza yakındır. Örneğin 2008 yılında Obama ve McCain başkanlık yarışı sırasında ABD bazı siber saldırılara maruz kalmıştır. ABD’li siber uzmanlar saldırının kaynağının Çin’den geldiğini ispatlamışlardır. Bununla birlikte, Amerikalı resmi görevliler Çin’den kaynaklanmakla birlikte saldırıların Çin Devleti ile ilişki olup olmadığı ortaya çıkartılamamıştır izahında bulunmuştur. Görüldüğü üzere saldırının kaynaklandığı orijin devleti bilinmesine rağmen, saldırıyı gerçekleştirenler üzerindeki etkin kontrol ispat edilemediği için, Çin Devleti’nin sorumluluğu ileri sürülememiştir.⁵⁰⁶

Zira geleneksel saldırganlar söz konusu olduğunda bile etkin kontrol ölçütünün ispatının çok zor olduğu göz önünde bulundurulduğunda, siber saldırganlar söz konusu olunca bunun imkansız olduğunu söylemek zor değildir.⁵⁰⁷ Bu açıdan terörizm bağlamında kontrol derecesine ilişkin bir yumuşama olduğu ve terörizmin desteklenmesi ve yardım eylemleri açısından bütünsel kontrolün kabul edilmeye başlandığı ifade edilmiştir.⁵⁰⁸ Ancak geleneksel terör saldırıları bağlamında uygun bir ölçüt olan bütünsel kontrolün siber saldırılar noktasında ne derece işlevsel olduğu da tartışmalıdır.⁵⁰⁹

Bununla beraber NATO bünyesinde 20 uzmanın hazırladığı Tallinn

⁵⁰⁶ Demetri Sevastopulo, Chinese Hackers Penetrate White House Network, Financial Times 7 (Nov 7, 2008).

⁵⁰⁷ Costa, Benn, **The Challenges of Attribution**, s. 136. Ancak bu açıdan Alan, bir kinetik çatışma ile siber saldırılar zamanlama olarak örtüştüğünde kontrolün devlette olduğunun söylenebileceği görüşündedir, Allan, **Attribution Issues in Cyberspace**, s. 82.

⁵⁰⁸ Jinks, **State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups**, s. 90.

⁵⁰⁹ Bütünsel kontrolün ispatı zor olsa da ilgili devletin söz konusu gruplardan kendini ayırtırdığını belirtmediği ve gereken önlemleri almadığı takdirde siber saldırıların bu devlete isnad edilebileceği görüşü için, bkz., Georg Kerschischnig, **Cyberthreats and International Law**, Eleven International Publishing, 2012, s. 178. Yine bu açıdan Marquiles bir devletin saldırıları gerçekleştirenin kendisi olmadığını ve elinden geleni yaptığını göstermesi gerektiğini ileri sürmektedir, Peter Margulies, “Sovereignty and Cyber Attacks: Technology’s Challenge to the Law of State Responsibility” **Melbourne Journal of International Law**, 14 (1), 2013, s. 514-518.

Kılavuzu'nda atfedilebilme noktasında bütünsel kontrole yer verilmiştir.⁵¹⁰ Kılavuzda bir devletin bütünsel kontrolünden söz edilebilmesi için devlet dışı örgütü eğitmesi gerekmeyip grubun üzerinde yeterli bir kontrole sahip olmasının ve onu söz konusu siber hedefe yönlendirmesinin yeterli olduğu ifade edilmiştir.⁵¹¹ Ancak bu açıdan sadece desteklemenin veya siber saldırı araçlarını gruba tedarik edilmesinin yeterli olmadığı, siber zaafiyetler konusunda özel istihbarat sağlanarak siber saldırıların gerçekleştirilmesinin mümkün kılınmasının gerekli eşiği oluşturacağı kabul edilmiştir.⁵¹² Bunun yanı sıra sadece destek sağlanmış olsa da, bir devletin söz konusu grubun siber saldırısına yardımcı olmak için hedef devletin askeri haberleşme yeteneklerini kapatacak bir operasyonu gerçekleştirmesi halinde de bu grubun eylemlerinden sorumlu olabilecektir.⁵¹³

3.7.3. Siber Saldırlardan Sorumluluk Bağlamında Özen Gösterme Yükümünün Değerlendirilmesi

Siber saldırılardan sorumluluk bakımından mevcut kuralların yetersizliğine karşı özen gösterme yükümünün bu boşluğu dolduracağı ileri sürülmüştür. Özen gösterme yükümü yerleşik bir uluslararası hukuk kuralı olup, esasen bir atfedilebilme kuralı olmayıp uluslararası hukukun çeşitli alanlarında uygulanan birincil nitelikte bir yükümdür.⁵¹⁴ Bu yüküm yalnızca devletin ülkesinden bir ulu taslak maddelerin genelinden, devletlerin uygulamalarından ve yazarlarından görüşlerinden anlaşılmaktadır ki bir eylem yalnızca devletin ülkesinden kaynaklanıyor, oradan

⁵¹⁰ Çalışma siber alana uygulanacak uluslararası hukukun ne olduğu konusunda yapılan kapsamlı ilk çalışmadır. Batılı devletlerden uzmanların görüşlerinin yer aldığı bu metnin *opinio juris* veya devlet uygulamasını yansıttığını söylemek mümkün değildir.

⁵¹¹ Tallinn Kılavuzu, Kural 82, Yorum para. 4.

⁵¹² Tallinn Kural 82, Yorum para. 6.

⁵¹³ Tallinn Kural 82, Yorum para. 7.

⁵¹⁴ Hessbrugge'ye göre devlet bir eylem veya ihmale ilişkin gerekli ve yeterli önlemi almazsa, o halde devletin sorumluluğunun doğduğu ileri sürülebilecektir, Hessbrugge, **Attribution and Due Diligence**, s. 268. Özellikle uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası çevre hukukunda farklı içeriklerle de olsa uzun zamandır uygulanmaktadır, Stockburger, **Control and Capabilities Test**, s. 6

gerçekleşiyor diye söz konusu eylemi devletin eylemi kılmaz.

Bazı yazarlar siber saldırılar bağlamında özen gösterme yükümünün bir standart bir kural olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını,⁵¹⁵ zira siber alanda bir devletin “kendi ülkesinden diğer devletlere karşı saldırıların gerçekleşmemesini” sağlayacak önlemleri alması yükümünün siber uzayın kapsamı ve siber faaliyetlerin teknik ayrıntıları göz önünde bulundurulduğunda karşılaması zor bir görev olduğunu ifade etmektedirler. Normalde devlet dışı aktörlerin eylemlerinden devletin sorumlu tutulabilmesinde ülkesel kontrol temelli bir sorumluluk anlayışının kabulü mümkündür. Zira bu aktörlerin konvansiyonel silahlara ulaşması için devletlerle işbirliği yapmaları gerekmektedir. Dolayısıyla devletler ve özel kişiler arasındaki ilişki gözlemlenebilir bir hal almaktadır. Ancak siber uzay söz konusu olduğunda devlet dışı aktörlerin kendi silahlarını yapabildiği ve devletten talimat almadan bütün dünya çapında bu saldırıları gerçekleştirebildiği unutulmamalıdır.⁵¹⁶

Bununla birlikte devletlerin kendi ülkelerinden diğer devletlere zarar gelmemesi bağlamında birtakım önlemler alınmasını gerektiren bu yükümün devletlere siber saldırganlar bakımından da birtakım yükümler yüklediği açıktır.⁵¹⁷ Diğer bir deyişle bir devlet kendi siber alanını izleme ve denetleme anlamında yeterli önlemleri almak zorundadır.⁵¹⁸ Bu kapsamda özen gösterme yükümünün siber alanda uygulanması bağlamında birtakım içtihatlardan yola çıkılarak devletlere uyarma yükümü ve zarar vermeme yükümü şeklinde iki yüküm yüklenebileceği belirtilmektedir.

⁵¹⁵ Costa, Benn, **The Challenges of Attribution**, s. 138.

⁵¹⁶ State Responsibility for Cyber Operations: International Law Issues Event Report, s. 4.

⁵¹⁷ Nitekim Tallinn Kılavuzu'nun 5. Kuralında Korfu Boğazı Davası'nda ortaya konulan “kendi ülkesini başka bir devlete zarar verecek şekilde kullandırtmama” prensibi çerçevesinde bir devletin ülkesinden başka bir ülkeye bilerek siber saldırılar yoluyla zarar verilmesine izin vermemesi gerektiği ifade edilmişti.

⁵¹⁸ Schmitt, , 2015, s. 72.

Bu açıdan öncelikli olarak Divan'ın Korfu Boğazı Davası'nda dile getirdiği uyarıda bulunma yükümünün⁵¹⁹ siber alana uygulanması suretiyle bir devletin kendi ülkesinden gerçekleşecek bir siber saldırıya ilişkin bir bilgi alması halinde, bu konuda ilgili devletlere uyarıda bulunması gerekli olduğu ileri sürülmektedir.⁵²⁰ Ancak uyarma yükümünün bir devletin siber yapılanmasının kullanılması halinde kabul edilmesi mümkün olsa da, tamamen özel bir internet ağı alt yapısı söz konusu olduğunda devlete bu tür saldırıları “bilmesi gerektiği” standardını yüklemek makul değildir.⁵²¹ Uyarma yükümü, devletin siber yapılanmasının saldıranlara kullandırılması halinde bir seçenek olarak kabul edilebilecektir. Ancak tamamen özel bir internet ağı alt yapısında Devletin, “*should have known*” standardı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte Korfu Boğazı Davası UAD'nin sırf meydana gelen uluslararası hukuka aykırılık atfedilemiyor diye Devletin sorumluluktan kaçmasına izin vermediği şeklinde yorumlanabilecektir.⁵²²

Zarar vermeme yükümü ise, genellikle çevresel zararlara ilişkin bir kavram olsa da bunun siber alana da uygulanabilirliği ileri sürülmektedir. Zira etki bakımından ele alındığında aynen çevresel zararlar gibi siber alanda da çok geniş çaplı zararlar meydana gelebilecektir. Bu çerçevede bir devletin en azından saldırganların kendi ülkesindeki sistemlere erişememesi için gereken önlemleri

⁵¹⁹ Corfu Channel (U.K. v. Alb.), Merits, 1949, para. 22. Korfu Boğazı Davası'nda Divan Arnavutluk Devleti'nin sorumluluğunun doğmasını, Birleşik Krallığa ait gemilere uyarıda bulunmamasına bağlamıştır. Mahkeme Arnavutluk Devleti'nin orada mayın olduğunu bilmesi gerektiğini ve devamında uyarıda bulunma yükümünü yerine getirmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁵²⁰ Bununla birlikte bu görevin siber casusluk ile ilgili mevcut uluslararası standartlarla etkili bir şekilde bir arada bulunup bulunamayacağı ya da ulusal güvenlik ile ilgili sırların ortaya çıkması gibi durumlarda nasıl uygulanacağı açık değildir, Scott J. Shackelford, Scott Russell, Andreas Kuehn, “Unpacking the International Law on Cybersecurity Due Diligence: Lessons from the Public and Private Sectors”, **Chicago Journal of International Law**, vol. 17 (1), 2016, s. 9.

⁵²¹ Bununla birlikte Korfu Boğazı Davası'nda UAD'nin sırf meydana gelen bir uluslararası hukuka aykırılık devlete atfedilemiyor diye o devletin sorumluluktan kaçmasına izin vermediği de dikkate alınmalıdır, **Shackelford, Unpacking the International Law on Cybersecurity**, s. 10.

⁵²² Shackelford, **Unpacking the International Law on Cybersecurity**, s. 10.

alması veya başka bir ülkede başlayan bir siber saldırının kendi ülkesini transit amaçla kullanmasına izin vermemesi gerekmektedir.⁵²³ Zarar vermeme ilkesinin çerçevesini, bir devlette siber saldırıdan dolayı meydana gelen zararın, suçun ülkesinde işlendiği Devletin bu tehdidi hafifletme görevine sahip olacağı şekilde çizebilir. Ancak Trail Smelter'in “ciddi sonuç” eşiği siber saldırılar söz konusu olduğunda kestirilebilir bir durum gibi durmamaktadır. Bunun yanında zarar vermeme ilkesi devlet uygulamasında sürekli ve tutarlı bir uygulamayı göstermek mümkün değildir.⁵²⁴

Son olarak Divan'ın Nikaragua Davası'nda ele aldığı bir devletin diğer devletin işlerine müdahale etmemesi yükümü de siber alanda uygulanabilecek bir kuraldır. Bununla birlikte siber alanda gerçekleştirilebilecek faaliyetlerin çeşitlilik göstermesi ve bunlardan hangilerinin müdahale etme olarak değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır.⁵²⁵ Bu noktada diğer bir sorun ise bir saldırının hangi eşiği aştıktan sonra bir müdahale sayılacağıdır. Bu açıdan Nikaragua davasında düşük veya yüksek şiddet temelinde yapılan ayrımın, siber saldırılar bağlamında uygulanması halinde sorumluluktan kaçılmasına yol açacağı ifade edilmiştir. Nikaragua Davası'nda saldırının “düşük şiddette” ve “yüksek şiddette” olmak üzere ayrıldığını ifade etmektedir. Böylece düşük dereceli bir saldırının bulunması halinde gerekli eşiğin oluşmadığı ifade edilecektir. Siber saldırılar söz konusu olduğunda “yüksek şiddette” bir saldırının olduğuna karar vermenin zor olduğu açıktır. Gray saldırı arasında böyle bir ayrımın sorumluluktan kaçılmasına yol açacağını ifade etmektedir.⁵²⁶

⁵²³ Ziolkowski, *Peacetime Cyber Activities*, s. 167.

⁵²⁴ Shackelford, **Unpacking the International Law on Cybersecurity**, s. 11.

⁵²⁵ Steven Cherry, *How Stuxnet is Rewriting the Cyberterrorism Playbook*, IEEE SPECTRUM (Oct. 13, 2010), <http://spectrum.ieee.org/podcast/telecom/security/howstuxnet-is-rewriting-the-cyberterrorism-playbook>

⁵²⁶ Gray, 2000, s. 141.

Taslak maddeler madde 55 her rejimin kendine özgü kurallar geliştirebileceği hükme bağlanmıştır. Bosna Soykırımı Davasında UAD doğası farklı hukuk alanlarında aynı kuralların uygulanması mantıki değildir.⁵²⁷ Özen gösterme yükümünü bazı yazarlara göre sorumluluktan devletlerin kurtulmamaları için gelinmesi noktaadır.⁵²⁸ Trail Smelter Davasında, Korfu Boğazı Davasında, Pulp Mills Davasında, Seabed Dispute Chamber's Dispute Danışma Görüşü'nde bir devlet kendi ülkesini başka bir devlete zarar vermeyecek şekilde kullanmalıdır. Özen gösterme yükümü çok dinamik bir yükümdür. Doğası aynı kalsa da uygulanması ve içeriği sürekli değişkenlik göstermektedir. Ayrıca Bosna Soykırımı Davasında özen gösterme yükümünün Divan eylemlerin sonucu ile burada önemli değildir. Uluslararası Deniz Mahkemesi 2011 danışma özen gösterme yükümü ihlaalinde bir atfedilme işlemi bulunmadığını ifade etmiştir. Makaratziz v. Greece Davası'nda AİHM, özen gösterme yükümünün sınırının tartışmalı olduğunu belirtmiştir. Hangi eylemler gerçekleştirildiğinde özen gösterme yükümü yerine getirilmiş kabul edilir ? Bunun sınırları çizilmemiş ve belli değildir.⁵²⁹ Özen gösterme yükümü devletin siber saldırıdan haberi olması halinde ancak mümkün olacaktır.

Siber saldırılarda Devletin sorumluluğu söz konusu olduğunda, etkin kontrol ve bütünsel kontrol önerilmektedir. Bununla birlikte gelişmekte olan bir alan olması dolayısıyla birçok ölçüt önerilmektedir. Örneğin Marquiles bu kontrol ölçütlerini yetersiz olduğu gerekçesiyle, siber alana uygun bir kontrol ölçütü önermiştir.⁵³⁰ Marquiles iddianın tarafını değiştirmektedir. Siber saldırıyı gerçekleştireni göstermek yerine, saldırıyı gerçekleştirenin ilgili Devlet olmadığını göstermeye çalışmalıdır. Saldırıları gerçekleştirenin kendisi olmadığını ve elinden geleni yaptığını göstermesi

⁵²⁷ State Responsibility for Cyber Operations: **International Law Issues Event Report** s. 5.

⁵²⁸ State Responsibility for Cyber Operations: **International Law Issues Event Report** s.5.

⁵²⁹ Makaratziz v. Greece No. 50385/99, 2004 ECR 694.

⁵³⁰ Konrad Weglinski, Cyberwarfare and Responsibility of States, *Torun International Studies*, No. 1 (7), 2014, s. 79-86, s. 83.

gerekmektedir. Finansal destek veya destek saldırılar üzerinde kontrol olduğunu gösterir.⁵³¹



⁵³¹ Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the Law of State Responsibility Peter Margulies 14 Melbourne J. of Int'l L. 496 (2013), s. 1-24., s. 19-20.

SONUÇ

Uluslararası sorumluluk hukukunda sorumluluğun atfedilebilmesine ilişkin kurallar, sadece uluslararası sorumluluk hukuku için değil aksine, uluslararası hukukun tamamı için önemlidir. Bu kurallar, neyin bir devletin eylemi olup olmadığını tespit eden, dolayısıyla devletlere uluslararası alanda belli durumlarda hukuki sonuçlarla karşı karşıya kalmamaları için ne tür tedbirler almaları gerektiği hususunda yol gösteren temel kurallardır. Bunun yanında söz konusu kurallar devletlerin sorumluluk almaları gereken alanlardaki yükümlülüklerini önceden ortaya koyarak bu yükümlere aykırı hareket edilmesi halinde zarar görecektir kişilere ilgili devlete karşı taleplerini dayandıracakları hukuki zemini temin etmektedir.

Atfedilebilmeye ilişkin kuralların yer aldığı devletin sorumluluğu hukuku açısından öncelikle değinilmesi gereken bir husus, bu alandaki düzenlemelerde ikincil kurallar adı verilen ayırımın dikkate alınmış olmasıdır. Temeli ünlü hukukçu Hart tarafından atılmış olan birincil kurallar ve ikincil kurallar ayrımı bir hukuki yükümlülüğü düzenleyen kuralı ve bunun ihlalini oluşturan durumları birincil kurallar kategorisi içinde ele almakta, bu kuralın ihlal edilmesi halinde bundan kimin sorumlu olacağı ve bu sorumluluğun nasıl giderileceği gibi hususları ise ikincil kurallar kategorisi içinde düzenlemektedir. Bu çerçevede UHK'nın çalışmasından da anlaşılacağı üzere devletin sorumluluğuna ve dolayısıyla atfedilebilmeye ilişkin kurallar da ikincil kuralların kapsamına dahil edilmiştir. Ancak bu yaklaşımın özellikle atfedilmeye ilişkin kuralların birincil kurallardan bağımsız şekilde ele alınabilecek nitelikte kurallardan olmadığı gerekçesiyle eleştirildiği de unutulmamalıdır. Yine bu açıdan getirilen bir başka eleştiri atfedilebilme konusunda açıkça normatif yaklaşımın benimsenmiş olmasıdır. Buna göre hukuka aykırılığın bir devlete atfedilmesi olaylara göre değişiklik gösterebilen bir zeminde bulunan ve verilerin değerlendirilmesine dayalı bir durumdur. Dolayısıyla söz konusu atfedilebilme kurallarının uluslararası hukukun temel sükeleri olan devletlerin kendine

özgü yapıları ve iç işleyişleri dikkate alınmadan düzenlenmeye çalışılması eleştirilmiştir. Bu eleştirilere kısmen bir yanıt olarak Komisyon (madde 55 kapsamında) ikncil kurallara ilişkin özel bir düzenlemenin bulunması halinde Taslak' daki genel kuralın uygulanmayabileceği yönünde bir düzenleme getirmiştir.

Uluslararası hukuka aykırı bir eylemin bir devlete atfedilebilmesini düzenleyen kuralların atfedilebilme ilişkisinin kurulabilmesinde dikkate aldığı birtakım temel önermeler bulunmaktadır. Öncelikle söz konusu kuralların temsilci temelli olduğu ve kamusal alan/özel alan ayırımına oturduğu görülmektedir. Bu kuralların temsilci temelli olmasından kasıt bir devletin sorumluluğunun doğabilmesi için söz konusu eylem veya ihmali gerçekleştirenlerin devlet mekanizması içerisinde yer alarak, bu mekanizmanın verdiği güç ve yetkiyi kullanabilen kişi, görevli veya temsilci sıfatına haiz olmalarıdır. Dolayısıyla bu sıfatı taşımayan özel kişilerin eylemleri devletlere atfedilemeyecektir. Atfedilebilmeye ilişkin kuralların temelinde yatan ikinci büyük önerme ise sistemin özel alan ve kamusal alan ayrımı çerçevesinde devletin sorumluluğunun kamusal alandaki faaliyetlerle sınırlanmış olmasıdır. Ancak devletlerin birtakım kamusal amaçlar için özel kişileri kullandığını günümüzde bu ayrımın ne kadar uygulanabilir olduğu UHK'nın devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak çalışmalarında da sıkça tartışılan bu husus olmuştur.

UHK'nın hazırlamış olduğu Taslak içerisinde çalışmamızın konusunu oluşturan özel kişilerin eylemlerinden bir devletin hangi durumlarda sorumlu tutulabileceğine ilişkin maddeler de yukarıda özetlemeye çalıştığımız temel önermeler ve yaklaşımlar doğrultusunda hazırlanmıştır. Dolayısıyla bir devletin kendisine herhangi bir kamusal ilişki bağı ile bağlı olmayan özel kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulmaması esastır. Ancak kimi durumlarda bu ilkeden sapılması ve devletin söz konusu kişiler ile arasında birtakım özel hukuki ilişkilerin mevcut olduğunun ispatlanması halinde devletin sorumluluğuna gidilmesi uygun görülmüştür. Bu bakımdan ilgili maddelerde bu gibi özel durumların söz konusu özel kişilerin devlet tarafından kamu gücünü kullanmak üzere yetkilendirilmeleri, resmi

otoritelerin yokluğunda kamu gücü yetkilerini kullanmaları, bu kişilerin eylemlerini devletin daha sonra kendisininmiş gibi benimsemesi ve son olarak özel kişilerin devletin talimatları veya kontrolü altında hareket etmesi hallerinde ortaya çıkabileceği kabul edilmiştir. Ancak çalışmamızın ikinci kısmında ilgili içtihatlar ışığında ele aldığımız talimat ve kontrol kuralı açısından söz konusu özel kişiler ile ilgili devlet arasındaki kontrol ilişkisinin tespitine uygulanacak ölçüt bakımından bir tartışma yaşandığı görülmektedir. Buna göre bu ilişkiyi söz konusu kişilerin her bir olayda devletin kontrolü altında hareket etmesini arayan etkin kontrol ölçütü açısından değerlendiren bir görüş olduğu gibi, bu kişilerin özellikle hiyerarşik bir organizasyon yapısı içinde hareket etmeleri halinde devletin bunlar üzerinde planlama ve koordinasyon bağlamında bütünsel kontrolünü yeterli gören bir başka görüş bulunmaktadır.

Çalışmamızın son bölümünde ise günümüzde devlete atfedilebilirlik bakımından yeni sorunlar çıkaran askeri güvenlik şirketleri ile siber saldırılar konuları ele alınmıştır. Bu bağlamda esasen devlete ait kamusal bir alan olan güvenlik görevlerini özel hukuk çerçevesinde devralan askeri güvenlik şirketlerinin eylemlerinin devlete atfedilebilmesi buna ilişkin kuralların temelinde yatan kamusal alan özel alan ayrımı nedeniyle sorun çıkarmaktadır. Doktrinde bu şirketlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden devletin sorumlu tutulabilmesi için ya devletle şirket arasındaki sözleşmeden yola çıkılarak bir *de jure* veya *de facto* temsilcilik ilişkisi kurulup kurulamayacağına ya da şirketle devlet arasında etkin veya bütünsel kontrol ilişkisinin bulunup bulunmadığına bakılabileceği gibi görüşler ileri sürülmektedir. İnternet ağları üzerinden birtakım kişi ve grupların devletlere karşı düzenlemiş oldukları siber saldırıların hangi koşullarda bir devlete atfedilebileceği meselesi de son yıllarda sıkça gündeme gelmektedir. Oldukça yeni bir sorun olmasından ötürü Taslak maddelerin hazırlanması sırasında yeterince dikkate alınmamış olan bu konuya ilişkin kurallar daha sonra birtakım özel platformlarda ve doktrinde tartışılarak oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu hususta ele alınan ilk mesele

bu tür saldırıların bir silahlı saldırı teşkil edip edemeyeceğidir. Bu açıdan erişilmesi gereken eşiği aşması halinde bunun mümkün olduğu ve bu saldırıya maruz kalan devletin meşru müdafaa hakkı olduğu kabul edilmiştir. Bu saldırıları yapan özel kişi veya grupların eylemlerinin hangi hallerde bir devlete atfedilebileceği meselesi ise daha çetrefil bir sorundur. Bu soruna uygulanması gereken kurallar bağlamında etkin kontrol ölçütü ispat güçlüğü nedeniyle kabul görmemektedir. Buna karşı Tallinn Kılavuzu adlı gayri resmi belgede bütünsel kontrol ölçütü çerçevesinde bazı durumlarda söz konusu eylemlerin devlete atfedilebileceği öngörülmektedir. Siber saldırılar bağlamında devletlerin sorumluluğuna ilişkin önerilen bir başka kural ise devletlerin özen gösterme yükümünü esas almaktadır. Uluslararası hukukun en temel ilkelerinden biri olan ve birçok uluslararası belge ve mahkeme kararında yer alan bu yüküm aslında bir atfedilme kuralı olmayıp devletlere birincil kural niteliğinde bir yüklenmiş bir mükellefiyettir. Bu kapsamda devletlerin kendi kontrollerindeki siber alandan kaynaklanabilecek tehditler bağlamında diğer devletleri uyarma ve diğer devletlere yönelik zarar verici faaliyetleri önlemek için gereken tedbirleri alma gibi yükümleri bulunduğu ileri sürülmektedir. Ancak siber saldırılara ilişkin bu kuralların henüz *de lege feranda* aşamasında olduğu ve herhangi bir bağlayıcılık arz etmedikleri de gözden kaçırılmamalıdır.

Kanımızca bütünsel kontrolünde etkin kontrolünde kaynağı devlet uygulaması değildir. Uluslararası örf adet hukuku hakine gelmişse bile mahkemelerin kararlarından sonra olmuştur. Uluslararası mahkemelerin bu konudaki hukuki argümantasyonlarını ifade edişleri, yazarların hangi kontrol derecesini uygun görürse görsün devlet uygulamasını ortaya koymamaları veya koyamamaları bu kanıyı oluşturmaktadır. Etkin kontrolün UAD tarafından Nikaragua Davası'nda ileri sürüşü döngüsel nedenselleştirme olarak kabul edilen mantık hatasıdır. Divan kendine referansla kuralın o olduğunu ifade etmiştir. Ancak iyi yerleşmiş bir hukuk ilkesidir ki, birşeyin gerekçesi kendisi olamaz. Nikaragua Davası'nda etkin kontrolün uygulandığı herhangi bir kararı divan göstermemiştir. Daha sonra Bosna Soykırımı

Davası'nda ise örnek olarak Nikaragua Davası'nı göstermiştir. Yani kendi kararını kendi argümanına deilil saymıştır.

Crawford'a göre UAD'nin de yargı kararları ışığında uluslararası örf adet hukuku kuralını yansıtan ölçütün etkin kontrol ölçütü olduğunu sürse de, bu iki ölçütün birbirleri üzerinde üstünlüğü bulunmamaktadır.

Bütünsel kontrol devletin uluslararası sorumluluktan kurtulmasını engelleyecek, diğer yandan da özen gösterme yükümü, aciz veya isteksiz olma doktrini gibi müphem, muğlak ya da karışık değildir. Çalışma boyunca aranan doğru atfedilebilme kuralına yeterli zemini sağlamaktadır. Hukuktan kaçılmasını önlemek ile hukukun suiistimal edilmesini engellemek arasındaki dengeyi sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

KİTAP ve MAKALELER

Acer, Yücel

Kaya İbrahim: **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Baskı**, Seçkin, Ankara, 2018.

Aksar, Yusuf: **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, 5. Baskı**, Ankara, Seçkin, 2019.

Alder, Murray Colin: **The Inherent Right of Self Defence in International Law**, Springer, Australia, 2013.

Allan, Collin: Attribution Issues in Cyberspace, **Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law**, Vol. 13, No. 2, 2013.

Amerasinghe,

Chittharanjan Felix: **State Responsibility for Injuries to Aliens**, Oxford, Clarendon Press, 1967.

Asar, Bilge Erson: **Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Aust, Anthony: **Handbook of International Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2. Baskı, 2010.

- Azarov, Valentina: Internationalisation and Attribution: The Tadic Analysis in the Genocide in Bosnia Case, **University of Westminster School of Law Research Paper**, No. 09-11, Westminster International Law & Theory Centre Online Working Paper, 2009/2.
- Bajwa, Saad Siddique: “To What Extent Is the Law of State Responsibility Regarding Attribution Adequate?”, **Reflections on Corporate, Public and International Law: A Compilation of Undergraduate and Postgraduate Essays** Lambert Academic Publishing, 2014 (Gordon A. Christenson, Attributing Acts of Omission to the State, Michigan Journal of International Law, Vol 12, s. 312 – 370.
- Bakırcıoğlu, Önder: **Self Defence in International and Criminal Law**, Routledge, USA- Canada, 2011.
- Bal, Ali: “Devletlerin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması” **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Bassiouni, Cherif M: “International Terrorism, in **International Criminal Law**”, Second Ed., Vol I Crimes, Ed. By Cherif Bassiouni, Transnational Publishers, Newyork, 1999.
- Baasiouni, Cherif: “Legal Control of International Terrorism: a Policy – Oriented Assessment”, **Harward**

- International Law Journal**, Vol. 43, n. 1, 2002.
- Becker, Tal: **Terrorism and the State Rethinking the Rules of State Responsibility**, Hart Publishing, 2006.
- Betko, Rastislav: “State Responsibility vis-a-vis Unlawful Conduct of Private Military Contractors” **HHS ILSA Law Journal**, vol 1 (1), 2016.
- Bosch, Shannon: “Private Security Contractors and International Humanitarian Law-A Skirmish For Recognition in International Armed Conflicts”, **African Security Review**, Vol. XVI, No. 4, 2007.
- Bowett, D. W: **Self Defence in International Law**, Reprinted - The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2009.
- Brown Weiss, E.: ‘Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century’, **American Journal of International Law**, vol. 96, 2002.
- Brownlie, Ian: **State Responsibility, Part 1**, Clendon Press, 1983.
- Broewnlie, Ian: **International Law and the Use of Force** by States. Oxford: Clarendon, 1963.

- Bruner, Thomas: States in Cyberspace: Perspectives of Responsibility Beyond Attribution, 2014, <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/f1874dac-6e16-4d9c-b936-723754fcc869.pdf>.
- Bryant, Rebecca: “What Kind of Space is Cyberspace?”, **Minerva: An Internet Journal of Philosophy**, Vol.5, 2001.
- Byers, Michael: Terrorism, Use of Force, and International Law After 11 September, **International Comparative Law Quarterly**, 51, 2002, s. 405-410.
- Buchan, Russel: “Cyber Attacks, Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?” **Journal of Conflict and Security Law**, vol. 17 (2), 2012.
- Cahin, Gerard: “Insurrectional Movements” James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, **The Law of International Responsibility**, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Caparini, Marina; Schreier, Fred:” Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies” **Geneva Centre For The Democratic Control Of Armed Forces (Dcaf)** Occasional Paper, 6, 2005.

- Cassese, Antonio: "The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia" **European Journal of International Law**, Vol. 18 - 4, 2007.
- Cassese, Antonio: The International Community's Legal Response to Terrorism, **International Comparative Law Quarterly**. Vol. 38, No 3, 1989.
- Černič, Jernej Letnar: **Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights**, Groningen, Europa Law Publishing, 2010.
- Chase, Alison Elizabeth: Legal Mechanisms of the International Community and the United States Concerning State Sponsorship of Terrorism, **Virginia Journal of International Law** 45 (41) 2004-2005
- Christenson, Gordon A: Attributing Acts of Omission to the State, **Michigan Journal of International Law**, Vol 12, 1990.
- Condoirelli, Luigi;
- Kressi, Claus: The Rules of Attribution: General Considerations, s. 221-236. Ed. James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, **The Law of International Responsibility**, Oxford, Oxford University Press, 2010.

- Costa, Filipe Gomes Dias Benn,
Veronica Lucia Hassler: The Challenges of Attribution of Internationally Wrongful Acts in The Cyberspace: A Critical Analysis of Control Tests and the Standard of Proof in International Courts, **Revista do CEPEJ**, vol. 19, 2016.
- Crawford, James: **State Responsibility, General Part**, Cambridge University Press, 2013.
- Çelik, Edip: “Milletlerarası Mesuliyet”, **İÜHFM**, C. XXI, No. 1-4, 1957, s. 66-80, s. 67-75.
- Das, Himamauli: “The United States Sanctions Response to the Attacks of September 11, 2001: A Synopsis of Remarks at the NESL Rogue Regimes Conference”, **New England Law Review**, vol. 36 (4) s. 943-955.
- D'Aspremont, Jean: “Rebellion And State Responsibility: Wrongdoing by Democratically Elected Insurgents”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 58, Issue 2, 2009.
- De Arechaga, Jimenez: International Responsibility, in M. Sorensen (ed.), **Manual of Public International Law**, London, Macmillan, 1968.

- De Frouville, Olivier: “Private Individuals”, **The Law of International Responsibility**, James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, The Law of International Responsibility, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- De Hoogh, Andre: “Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia” **British Yearbook of International Law**, 72-1.
- De Stefano, Carlo: “Adel A Hamadi Al Tamimi v Sultanate of Oman, Attributing to Sovereigns the Conduct of State-Owned Enterprises: Towards Circumvention of the Accountability of States under International Investment Law”, **ICSID Review**, Vol. 32, No. 2, 2017.
- Doğru, Murat : Siber Harekatın Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Analizi, <http://ab.org.tr/ab16/bildiri/106.pdf>. (t.y.).
- Duffy, Helen: **War on Terror and the Framework of International Law** Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Dumberry, Patrick: “New State Responsibility for International Wrongful Acts by an Insurrectional Movement”, **European Journal of International Law**, vol. 17, 2006, s. 611-612.
- Dülger, Kenan: **Devletlerin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, İstanbul, Beta,

2015.

- Eagleton, Clyde: **The Responsibility of States in International Law**, New York University Press, 1928.
- Eagleton, Clyde: “Measure of Damages in International Law”, **Yale Law Journal**, Vol. 39 -1.
- Emir, Nergiz: **Özel Askeri Şirketler Uluslararası Hukuk Açısından Bir İnceleme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 74.
- Ercan, Ümit, Güvenlik Faaliyetlerinde Özelleştirme: Paralı Askerler Mi? Özel Askeri Birlikler Mi?, **Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi**, 5 (1), 2014.
- Erdoğan, Belgin: **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Erickson, Richard: **Legitimate Use of Military Force Against State-Sponsored International Terrorism**, **Air University Press**, Alabama, 1989.
- Erkiner, Hakkı Hakan: **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

- Hakkı Hakan Erkiner: Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2007, s. 145-180.
- Feit, Michael: Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State Owned Entity, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 28 – 1.
- Fellmeth, Aaaron;
Horowitz, Maurice: **Guide to Latin International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Gal, Tom: Unexplored Outcomes of Tadić: Applicability of the Law of Occupation to War by Proxy, **Journal of International Criminal Justice**, Volume 12, Issue 1, March 2014.
- Gazzini, Tarcisio: **The Changing Rules on the Use of Force in International Law**, Juris Publishing, New York, 2005.
- Gibney, Mark: Genocide and State Responsibility, **Human Rights Law Review**, Volume 7, Issue 4, 2007.
- Goebel, Julius: “The International Responsibility of States for Injuries Sustained by Aliens on Account of Mob Violence, Insurrections and Civil Wars, **American Journal of International Law**, Vol. 8, 1914.

- Green, James: **The International Court of Justice and Self-Defence in International Law**, Hart Publishing, Portland, USA, 2009.
- Griebel, Jörn: Plücken, Milan: “New Developments Regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice's Decision in Bosnia v. Serbia” **Leiden Journal of International Law**, Vol. 21 -3, 2008.
- Hall, William: **A Treatise On International Law**, 2. Baski Oxford, Clendon Press, 1884.
- Hathaway, Oona A, Chertoff, Emily, Domínguez, Lara, Manfredi, Zachary, Tzeng, Peter, Ensuring Responsibility: Common Article 1 And State Responsibility For Non-State Actors, **Texas Law Review**, Vol. 95-539.
- Hathaway, Oona; Rebecca Crooto; Philip Levitz; Haley Nix; Aileen Nowlan; William Perdue & Julia Spiegel: The Law of Cyber-Attack, **California Law Review**, 100, 2012.
- Hessbruegge, Jan Arno: “The Historical Development Of The Doctrines Of Attribution And Due Diligence In International Law”, **New York University Journal of International Law and Politics**, Vol. 36, No. 2-3, 2004.
- Hober, Kaj: “State Responsibility and Investment Arbitration”, **The Oxford Handbook of International Investment Law** Ed. By. Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, Oxford,

- 2008.
- Hoppe, Carsten: “Passing the Buck: State Responsibility For Private Military Companies” **European Journal of International Law**, Vol. 19 (5), 2008.
- Jinks, Derek: State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups, **Chicago Journal of International Law**, 83 (4) 2003.
- Johnstone, Rachael Lorna: “State Responsibility: A Concerto for Court, Council and Committee”, **Denver Journal of International Law and Policy**, 37, 2009.
- Kanuck, Sean: “Sovereign Discourse on Cyber Conflict Under International Law”, **Texas Law Review Association**, Symposium: Law at the Intersection of National Security, Privacy and Technology: II. Cybersecurity and Network Operations, 88, 2010.
- Kedikli, Umut: **Devlet Destekli Terörizm Nedeniyle Devletin Uluslararası Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011.
- Kelsen, Hans: **The Pure Theory of International Law**, 2.ci Baskı. Çeviren: Max KNIGHT, University of California Press, 1967.
- Kerschischnig, Georg: **Cyberthreats and International Law**, Eleven International Publishing, 2012.

Keskin, Sevda:

Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018

Kidane, Won:

The Status of Private Military Contractors Under International Humanitarian Law, **Denver Journal of International Law and Policy**, 38(3), 2010.

Kilovaty, Ido:

“Cyber Warfare and the Jus Ad Bellum Challenges: Evaluation in Light of the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare” **American University National Security Law Brief** 5 (91), 2014.

Kirss, Kalle:

“Role of the International Court of Justice: Example of the Genocide Case” **Acta Societatis Martensis**, 3, 2007-2008.

Kittrich, Jan:

The Right of Individual Self-Defense in Public International Law, Nomos, Berlin, 2008.

Lehto, Marja:

Indirect Responsibility for Terrorist Acts: Redefinition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

- Lowenstein, Allard K. : Inherently Governmental Functions And The Role Of Private Military Contractors, **International Human Rights Clinic** Yale Law School,(Çevirimiçi)
<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Mercenaries/WG/AllardKLowensteinIHRCLinic.pdf>
- Maclean, Robert M. : **Public International Law**, Old Bailey Press, 1997.
- Maine, Sir Henry: **Ancient Law: Its Connection to the History of Early Society**, M. Dent & Sons Ltd. Aldine House Bedford St. London, 1917.
- Marina, Harden: "Blackwater USA: The Success and Failures of the Worlds Most Powerful Mercenary Army in the War on Terror," **Pepperdine Policy Review**, 9 (3), 2017.
- Martin, Gus: Exchanging Terrorism Oxygen for Media Airwaves: The Age of Terroredia, in **Types of Terrorism**, ed. Mahmoud Eid.2014.
- Margulies, Peter: "Sovereignty and Cyber Attacks: Technology's Challenge to the Law of State Responsibility" **Melbourne Journal of International Law**, 14 (1), 2013.

McCorquodale, Robert;

Simons, Penelope:

“Responsibility Beyond Borders: State Responsibility For Extraterritorial Violations By Corporations Of International Human Rights Law” **Modern Law Review**, Vol.70- 4, 2007.

McDonald, Avril:

‘Ghosts in the Machine: Some Legal Issues Concerning US Military Contractors in Iraq’, **International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines** Essays in Honour of Yoram Dinstein, International Humanitarian Law Series, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Medzmariashvili, Megi:

Pre-Emptive Self-Defence Against States Harbouring Terrorists, **RGSL Research Papers**, No. 4, 2011.

Melzer, Nils:

Cyberwarfare and International Law, UNIDIR Resources, 2011.

Meray, Seha L.:

Devletler Hukukuna Giriş, C. I, 2. bs., Ankara, AÜSBFY, 1960.

Michael, Brent:

“Responding to Attacks by Non State Actors: The Attribution Requirement of Self Defence” **Australian International Law Journal**, vol. 16

Milanovic, Marko:

“State Responsibility for Genocide”, **The European Journal of International Law**, Vol. 17 no. 3, 2006.

Momtaz, Djamchid:

“Attribution of Conduct to the State: State Organs

- and Entities empowered to Exercise Elements of Governmental Authority”, **The Law of International Responsibility**, James Crawford, Alain Pellet, and Simon Olleson, The Law of International Responsibility, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Murphy, John: **State Support of International Terrorism: Legal, Political and Economic Dimensions**, , Westview Press, Colorado, 1989.
- Nielsen, Elizabeth: **State Responsibility For Terrorist Groups, University of California, Davis**, 2010.
- O’Connell, Mary Ellen: **Cyber Security without Cyber War, Journal of Conflict and Security Law**, vol. 17 (2), 2012.
- Olleson, Simon : **The Impact of the ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – Preliminary Draft**, British Institute of International and Comperative Law, 2007.
- Oppenheim's International Law**, 9. Baskı, Volume 1 Peace, Ed. Robert Jennings, Arthur Watts, Oxford University Pres, 2008.
- Öktem, A. Emre: **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İstanbul, Derin Yayınları, 2. Basım, 2011.

- Palchetti, Paolo: De Facto Organs of a State, Max Planck Encyclopedia of Public International Law www.mpepil.com, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2012.
- Partalcı, Rumeysa: “Yatırım Antlaşmalarında Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü” **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Vol. 36, Issue: 2.
- Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, Ankara: Turhan Kitabevi, 9. Bası. 2010.
- Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri, 2. Kitap**, 9. Bası, Turhan Yayınları, Ankara, 2013.
- Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, Gözden Geçirilmiş 5. Bası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Peytchev, Alexandre: **A Legal Perspective on the Fight against International Terrorism International Terrorism & the Law of State Responsibility, has Nicaragua been left aside?**, Master Thesis, Ghent University, 2013.
- Pirim, Ceren Zeynep: **Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016

- Proulx, Vincent-Joël: “Babysitting Terrorists: Should States Be Strictly Liable for Failing to Prevent Transborder Attacks?”, **Berkeley Journal of International Law**, vol. 23 (3), 2005.
- Rosemann, Nils: “The Privatisation of Human Rights Violations – Business Impunity or Corporate Responsibility? The Case of Human Rights Abuses and Torture in Iraq’, **Non-state Actors and International Law**, 5 (77), 2005.
- Roscini, Marco: “World Wide Warfare - Jus ad bellum and the Use of Cyber Force”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, 14, 2010.
- Ruys, Tom: **Armed Attack and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Schiedeman, Sara: Standards of Proof Forcible Responses to Terrorism, **Sycrause Law Review**, 50.
- Schmitt, Michael: “Cyber Operations and the Jus Ad Bellum Revisited”, **Villanova Law Review**, 56 (3), 2011.
- Schmitt, Michael: “Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in Bello” **International Review of Red Cross**, 84, no. 846, 2002.

- Schmitt, Michael: **Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare**, International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence, Cambridge, Cambridge University, 2013.
- Schmitt, Michael: “Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues”, **International Law Studies**, vol. 87, 2011.
- Schmitt, Michael: “Attack as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context”, **4th International Conference on Cyber Conflict- Proceedings**, 2012.
- Schmitt, Michael: “Cyber Operations in International Law: The Use of Force, Collective Security, Self defense and Armed Conflict” **Proceedings of a Workshop on Deterring Cyberattacks: Informing Strategies and Developing Options for US Policy**, 151, 2010.
- Shakarian, Paulo: “The 2008 Russian Cyber Campaign Against Georgia”, **Military Review**, 91, 2011.
- Shackelford, Scott: Holding States Accountable for the Ultimate Human Right Abuse: A Review of the International Court of Justice’s Bosnian Genocide Case, **Human Rights Brief**, vol. 14 (3), 2007.
- Shackelford, Scott J.; Russell, Scott; Kuehn, Andreas: “Unpacking the International Law on Cybersecurity Due Diligence: Lessons from the Public and Private

- Sectors”, **Chicago Journal of International Law**, vol. 17 (1), 2016.
- Shaw, Malcolm: **International Law**, 8th Revised Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Sorensen, Max: **Manual of Public International Law**, St. Martins Press, New York, 1986
- Silvaine, Haig: “Responsibility of States for Acts of Insurgent Governments”, **American Journal of International Law**, Vol. 33, 1939, s. 90.
- Starke, J. G.: Imputability in International Delinquencies, **British Yearbook of International Law**, 19- 104, 1938.
- Starski, Paula: Right of Self-defense, Attribution and the Non-State Actor – Birth of the “Unable or Unwilling Standard?” **Zaory**, (2015) 75.
- Stanimir, Alexandrov: **Self-Defense against the Use of Force in International Law**, The Hague, Kluwer Law International, 1996.
- Stockburger, Peter: Control and Capabilities Test: Towards a New Lex Specialis Governing State Responsibility for Third Party Cyber Incidents, **9th International Conference on Cyber Conflict**, 2017.
- Şentürk, Hakan; Çil, C. Zaim.; Sağıroğlu, Şeref: Siber Güvenliğin Taarruzi Boyutu ve Uluslararası Hukuk Kurallarının Uygulanabilirliği, 6. **Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı**, 20-21 Eylül, Ankara, 2013.

- Taşdemir, Fatma: **Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku**, Ankara, Adalet, 2009.
- Talmon, Stefan: “The Various Control Tests in the Law of State Responsibility and the Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist”, **International and Comparative Law Quarterly**, Legal Research Paper Series, Paper No 16/2009.
- Tanyıldız, Emrah: State Responsibility in Cyberspace: The Problem of Attribution of Cyberattacks Conducted by Non-State Actors, **Law and Justice Review**, 8 (14), 2017.
- Tonkin, Hannah: **State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict**, Oxford, University of Oxford, 2011.
- Marie Louise Tougas: Commentary on Part I of the Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict, **International Review of the Red Cross** 2014, 96 (893), 305–358.
- Toluner, Sevin: **Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, Beta, 1996.
- Topal, Ahmet Hamdi: **Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı**, İstanbul, Beta, 2005
- Topal, Ahmet Hamdi: Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askerî

- Şirketler Ve Şirket Çalışanlarının Statüsü, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 60 (4) 2011.
- Trapp, Kimberley: **State Responsibility for International Terrorism. Problems and Prospects**, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Travalio, Greg; Altenburg, John: Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force, **Chicago Journal of International Law**, 4 (1) 2003.
- Türk Dil Kurumu: **Büyük Türkçe Sözlük**, Güncel Türkçe Sözlük.
- Tütüncü, Ayşe Nur: **İnsancıl Hukuka Giriş, 2. Baskı**, Beta, İstanbul, 2012.
- Uzun, Elif: **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2016.
- Uzun, Ertuğrul: “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk” **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Ed. Ertuğrul Uzun, İstanbul, İthaki Yayınevi, 2015.
- Vark, Rene: State Responsibility for Private Armed Groups in the Context of Terrorism, **Juridica International**, 11, 2006.

- Voss, Jan Ole: **The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors**, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Weller, Mark; Solomou, Alexia; Rylatt, Jake William: **The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Węgliński, Konrad: “Cyberwarfare and Responsibility of States”, **Torun International Studies**, 1 (7), 2014.
- White, William W. Burke; Slaughter, Anne-Marie: “International Legal Responses to Terrorism, An International Constitutional Moment”, **Harvard Journal of International Law**, vol. 43, no. 1, 2002.
- White, Nigel: Due Diligence Obligations of Conduct: Developing a Responsibility Regime for PMSC, **Criminal Justice Ethics**, vol. 31 (3), 2012, s. 239.
- Witzack, Robert Uerpmann: “Armed Activities on the Territory of the Congo Cases”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2011.
- Wolfrum, Rüdiger: “State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance” **International Responsibility Today Essays in Memory of Oscar Schachter Ed.** Maurizio Ragazzi Martinus Nijhoff Publishers Leiden – Boston, 2005.
- Yamaner, Melike Batur: **Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması**,

- İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007.
- Yayla, Mehmet: Uluslararası Hukukta Siber Saldırılara Karşı Kuvvet Kullanma, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 107, 2013.
- Yıldız, Mithat: **Siber Suçlar ve Kurum Güvenliği**, (Uzmanlık Tezi), Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, 2014.
- Zabcı, Filiz Çulha: Yeni Savaşların Gizli Yüzü: Özel Askeri Şirketler, **TASAM**, Stratejik Araştırmalar Rapor No:56, 2013.
- Zabet, Ebrahim Hosseini: “Cyber Attacks In International Law”, **Indian Journal of Fundamental and Applied Life Sciences**, Online International Journal Available at www.cibtech.org/sp.ed/jls/2015/02/jls.htm 2015 Vol. 5 (S2)
- Zaid, Mark S.: Combatting International Terrorism Into The 21st Century, **ILSA Journal of International and Comperative Law**, 2, 1995-1996.
- Ziolkowski, Katharina: **Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace, International Law, International Relations and Diplomacy**, NATO-CCD-COE Publication, 2013.

MAHKEME KARARLARI

The Italian-United States Conciliation Commission (Italy v. United States), **The United Nations Reports of International Arbitral Awards**, 1952-1960, vol. XIV.
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/67-446.pdf.

Pellat Case, French-Mexican Claims Commission, **The United Nations Reports of International Arbitral Awards**, 1929.
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/307-560.pdf

Rainbow Warrior Arbitration, New Zealand v. France, **United Nations Reports of International Arbitral Awards**, (UNRIAA) Vol. XX, Part 3, 1990, s. 215-284. (Çevrimiçi)
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf.

Sambiaggio Case, Italy v. Venezuela, **The United Nations Reports of International Arbitral Awards**, Vol. X, Part 1, 1903, (Çevrimiçi)
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/499-525.pdf.

SGS Societe Generale De Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, **ICSID** Case No. ARB/07/29, Decision On Jurisdiction, 2010. <https://www.italaw.com/cases/1016>.

Solis (U.S.A.) v. United Mexican States, **Reports of International Arbitral Awards**, IAA, Vol. IV, 1928.
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/358-364.pdf

El Masri v. Macedonia, 2012-VI **ECHR**,
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-115621%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-115621%22]})

Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States, 1927 **The United Nations Reports of International Arbitral Awards**, Vol. 4. (Çevrimiçi)
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/265-268.pdf

The Factory at Chorzow, Merits, Germany v. Poland, **PCIJ**, PCIJ Series, Serie A, No. 17, 1928, s. 27. (Çevrimiçi) http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.htm, 5.7.2019.

Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, Italy v. France, 1938, **PCIJ**, PCIJ Series A/B, No. 74, s. 10. (Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf, 3.8.2018.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, USA v. Islamic Republic of Iran, **ICJ**, ICJ Reports, 1980, s. 3. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, 23.1.2017.

L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, **United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)**, Vol. IV, 1926, s. 217. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf, 12.10.2018.

Corfu Channel Case, Merits, **ICJ**, ICJ Reports, 1949, s. 4, para. 155- 157. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>, 5.6.2017.

Questions Relating to Settlers of German Origin in Poland, Advisory Opinion, **PCIJ**, PCIJ Series, Serie B, No. 6, 1923, para. 22. (Çevrimiçi) http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.09.10_german_settlers.htm, 23.7.2017.

Rainbow Warrior Arbitration, New Zealand v. France, **UNRIAA**, Vol. XX, Part 3, 1990, s. 215-284, s. 217. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf, 27.3.2016.

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua v. U.S.A., **ICJ**, ICJ Reports, 1986. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, 8.8.2018.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, **ICJ**, ICJ Reports, 1996. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf>, 8.8.2018.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, **ICJ Reports**, 1996.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgment, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, **ICJ Reports**, 2007.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgment, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, **ICJ Reports**, 2015.

The Claims of Rosa Gelbtrunk and the “Salvador Commercial Company”, El Salvador v. U.S.A., **UNRIAA**, Vol. XV, 1902, s. 455-479. (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XV/455-479.pdf, 6.8.2018.

Difference Relating to Immunity From Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights, Advisory Opinion, **ICJ**, ICJ Reports, 1999. (Çevrimiçi) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/100/100-19990429-ADV-01-00-EN.pdf>, 6.8.2018.

G.P. Massey Claims, U.S. v. Mexico, **UNRIAA**, Vol. IV, Part 1, 1927, s. 155-164. (Çevrimiçi)

http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/155-164.pdf,
5.7.2017.

LaGrand Case, Provisional Measures, **ICJ**, ICJ Reports, 1999, s. 9, 16. (Çevrimiçi)
<https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>, 8.6.2018.

The Italian-United States Conciliation Commission (Italy v. United States),
UNRIAA, 1952-1960, vol. XIV, s. 67-446. (Çevrimiçi)
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/67-446.pdf,
6.8.2018.

Alpha Projektholding Gmbh (Claimant) V. Ukraine (Respondent) Award, **ICSID**,
Case No. ARB/07/16. para. 401-402. (Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0026.pdf>, 21.6.2018.

SGS Societe Generale De Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay, **ICSID**,
Case No. ARB/07/29, Decision On Jurisdiction, 2010, para. 134-135. (Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10053.pdf>, 4.7.2017.

Alabama Claims Arbitration, U.S.A. v. U.K., **UNRIAA**, Vol. XXIX, Part 9, 1872, s. 130-131. (Çevrimiçi)
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf, 6.8.2018.

Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits), **PCIJ**, Serie A, No 7, 1926. (Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf,
6.8.2018.

Exchange of Greek and Turkish Populations Advisory Opinion, **PCIJ**, No 1. Ser B, 1925. (Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_10/01_Echange_des_population

[s_grecques_et_turques_Avis_consultatif.pdf](#),
6.8.2018.

Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company
v. The Republic of Ecuador, **ICSID** Case No.
ARB/06/11, Award, Merits, 2012, para. 558-560.
(Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>, 4.5.2019.

Mallén Case, Mexico v United States, Mexico-United States General Claims
Commission, **AJIL**, Vol. 21, 1927, s. 803-810.
(Çevrimiçi)
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/173-190.pdf,
4.5.2019.

Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States, General Claims
Commission, **UNRIAA**, Vol. IV, 1927, s. 139.
(Çevrimiçi)
http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/139.pdf,
4.5.2019.

The Case of The S.S. "Lotus", France v. Turkey, **PCIJ Series**, Serie A, No. 10, 1927.
(Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf,
4.5.2017.

Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, **ICSID** Case No. ARB/11/23, Award,
2013, para. 344. (Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1370.pdf>, 8.6.2018.

Eli Lilly v. Canada, Eli Lilly and Company v. Canada, **ICSID** Case No. UNCT/14/2;
(Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf>, 23.4.2017.

Liman Caspian Oil and NCL Dutch Investment v. Kazakhstan Liman Caspian Oil BV
and NCL Dutch Investment BV v. Republic of

Kazakhstan **ICSID** Case No. ARB/07/14;
(Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1429.pdf>, 23.4.2017.

Iberdrola Energía v. Guatemala, Iberdrola Energía, S.A. v. Republic of Guatemala
ICSID Case No. ARB/09/; (Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10317.pdf>, 23.4.2017.

Waste Management v. Mexico (II) Waste Management v. United Mexican States
ICSID Case No. ARB(AF)/00/3; (Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>, 23.4.2017.

H&H v. Egypt H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt **ICSID**
Case No. ARB/09/15. (Çevrimiçi)
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7979.pdf>, 23.4.2017.

Jaloud v the Netherlands, Judgment, **European Court of Human Rights**, 2014, para.
142. (Çevrimiçi)
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-114929"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), 6.9.2017.

Sambiaggio Case, Italy v. Venezuela, **UNRIAA**, Vol. X, Part 1, 1903. (Çevrimiçi)
https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/477-692.pdf,
8.9.2019.

Home Missionary Society, American and British Claims Arbitration Tribunal, 1920,
AJIL, Vol. 15, 1921, s. 295. (Çevrimiçi)
https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/42-44_Brethren.pdf, 8.9.2018.

Yeager v. Islamic Republic of Iran, The Iran-United States Claims Tribunal, 1987,
AJIL, Vol. 82, 1988.

Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Judgment, (Merits), **Inter-American Court of Human Rights**, 1988. (Çevrimiçi)

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf, 6.7.2017.

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, inc. v. Government of Canada, **Permanent Court of Arbitration**, (Case No. 2009-04), 2015, para. 321, 322, 324. (Çevrimiçi)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4212.pdf>, 8.9.2018.

Finland/UK – Finnish Shipowners Case. **RIAA**, 934, Vol. III, s. 1479-1550. (Çevrimiçi)

https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1479-1550.pdf, 8.9.2019.

Laura MB Janes (USA) v United Mexican States, **RIAA**, 1925, 4, para. 82. (Çevrimiçi)

https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/82-98.pdf, 8.9.2018.

D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States (Zafiro case), 1925, **RIAA**, Vol. 6, s. 160–165. (Çevrimiçi)

https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/160-165_Earnshaw.pdf, 4.11.2017.

Charles S. Stephens and Bowman Stephens (U.S.A.) v. United Mexican States, 1927 **RIAA**, Vol. 4, s. 265 – 268.

Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases), **RIAA**, 1930 Vol. 8, s. 84-101.

The Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-A, Judgement, **ICTY Cases**, 1999, (Çevrimiçi)

<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>.

The Prosecutor v. Tadic, Opinion and Judgement, Trial Chamber, **ICTY Cases**, 1997, (Çevrimiçi)
<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf>.

Corfu Channel Case, Merits, U.K.-Northern Ireland v. Albania, **ICJ Reports**, 1949.

Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of Congo v. Uganda, Judgement, **ICJ Reports**, 2005, (Çevrimiçi)
<http://www.icjci.org/docket/files/116/10455.pdf>.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, **ICJ Reports**, 2004.

El Masri v. Macedonia, 2012-VI Eur. Ct. H.R. 239, 263.

Abu Zubaydah v. Poland, App. No. 7511/13, Judgment, Eur. Ct. H.R. July 24, 2014.
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-146047%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-146047%22]}).

Al Nashiri v. Poland, App. No. 28761/11, Judgment, Eur. Ct. H.R. (July 24, 2014).
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-112302%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-112302%22]}).

IACtHR, Blake v. Guatemala, Series C, No: 36, Judgment (Merits) 24 January 1998.

Noble Ventures. Inc v. Romania, Award, **ICSID** Case No. ARB/01/11.
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>.

ULUSLARARASI VE DİĞER DEVLETLERE AİT BELGELER

James Crawford First Report, **A/CN.4/490 and Add. 1–7.** (Çevirimiçi)

http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_490.pdf

International Law Commission 1212th Meeting, **YILC**, 1973, vol I, 49.

http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1980_v2_p1.pdf

International Law Commission, 1213th meeting, **YILC**, Vol. I, 1973, (Çevirimiçi)

http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1973_v1.pdf

Roberto Ago, Second Report on State Responsibility, The Origin International

Responsibility, **YILC**, 1970, vol. II, document A/CN.4/233, s. 187–190. (Çevirimiçi)

http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1970_v2.pdf

Roberto Ago, Third Report on State Responsibility, The Internationally Wrongful Act

Of The State, Source Of International Responsibility, **YILC**, 1971, vol. II (1), paragraph 50, A/CN.4/246 and Add.1-3, s. 214.

http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_31_10.pdf

Report of the International Law Commission, Fifty Third Session, 2001, **General Assembly**, Official Records, Fifty Sixth Session, Supplement No. 10, A/56/10, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_56_10.pdf.

Report of F. V. Garcia Amador, **YILC**, Vol. 2. 1956, Annex 3, A/CN.4/96, s. 225.(Çevirimiçi)http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1956_v2.pdf.

İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası, 18 Nisan 1999 (Status as of 1 January 2018), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201801010000/101.pdf>.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977, **ICRC**, https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_002_0321.pdf.

International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, **UN General Assembly**, Resolution 54/109, 9 December 1999. (Çevirimiçi) <https://www.un.org/law/cod/finterr.htm>.

Roberto Ago, Fourth Report, The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (continued, A/CN.4/264, **YILC**, 1972. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1972_v2.pdf&lang=EFS

Statement of Chairman of the Drafting Committee Bruno Simma, **ILC**, 13 August, 1998, s. 6.

YILC, 1971, vol. II, Part One, A/CN.4/SER.A/1971/Ad ((Part 1) http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1971_v2_p1.pdf

Garcia Amador, International Responsibility, Fifth Report, **YILC**, 1960 Vol II, 1961. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1960_v2.pdf

YILC, 1975, Vol I, 31, A/CN.4/Ser.A/1975. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1975_v1.pdf

Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention), 75 **United Nations Treaty Series** 135)

International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999, 39 **I.L.M.** 270, 2000.

United Nations, **General Assembly, Resolution 2625**, “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, UN Doc. A/RES/2625, 1970. (Çevirimiçi) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement>.

The 9-11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, 1-14, 2004.

<http://shoestring911.blogspot.nl/2013/02/shanksville-pennsylvania-on-911.html>. (erişim: 31-8-2016).

Whitehouse.gov.news.releases, 2001, 09, 20010920-8, <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>

United Nations, Security Council, S/2001/946, 2001. (Çevirimiçi) <https://www.undocs.org/s/2001/946>.

United Nations, Security Council, Resolution 1373, S/RES/1373, (Çevirimiçi) https://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/res_1373_english.pdf.

Hague Convention (V), Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, (1907).

United Nations, General Assembly, A/RES/40/61, 1985. (Çevirimiçi) <https://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r061.htm>.

Convention of the OAU for the Elimination of Mercenarism in Africa), bkz. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/485>.

İnternet Kaynakları

<http://edition.cnn.com/2013/10/28/world/operation-enduring-freedom-fast-facts/>. (Çevirimiçi) 5 Eylül 2016.

<http://www.cfr.org/afghanistan/us-war-afghanistan/p20018>. (Çevirimiçi) 5 Eylül 2016.

<http://uk.reuters.com/article/uk-binladen-europeidUKL2912911920071129?pageNumber=2&virtualBrandChannel=0>. (Çevirimiçi) 8 Ağustos 2016.

<https://www.theguardian.com/world/2004/may/17/iraq.usa> 12.03. 2019; (Çevirimiçi) 12 Mart 2019.

<https://www.ejiltalk.org/the-ecthr-finds-macedonia-responsible-in-connection-with-torture-by-the-cia-but-on-what-basis/>.

(Çevirimiçi) 12 Mart 2019.

<https://corpwatch.org/article/us-sex-scandal-still->

[haunts-dyncorp](#). (Çevirimiçi) 11 Eylül 2016.

<https://www.brookings.edu/articles/the-dark-truth-about-blackwater>. (Çevirimiçi) 29 Eylül 2018.

<https://www.nytimes.com/2009/12/11/us/politics/11blackwater.html>. (Çevirimiçi) 30 Eylül 2018.

<https://www.wired.com/2010/03/schmidt-cyberwar/>. (Çevirimiçi) 3 Ocak 2018.

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/338424.stm>. (Çevirimiçi) 3 Ocak 2018.

<https://siberbulten.com/makale-analiz/ilk-siber-savas-ornegi-olarak-kosova/>. (Çevirimiçi) 3 Ocak 2018.

<https://www.facts-are-facts.com/article/9-11a-cyber-crime> (Çevirimiçi) 3 Ocak 2018.

<https://siberbulten.com/siber-saldirilar-2/8-yilinda-estonya-saldirilarina-cok-boyutlu-bir->

[bakis/](#). (Çevirimiçi) 25 Ekim 2016.

<https://www.nytimes.com/2008/08/13/technology/>

[13cyber.html](#). (Çevirimiçi) 25 Ekim 2016.

[http://109.232.216.219/~bilimvegelecek/index.php/2014/07/01/stuxnet-ve-uluslararasi-hukuk-bir-](http://109.232.216.219/~bilimvegelecek/index.php/2014/07/01/stuxnet-ve-uluslararasi-hukuk-bir-siber-saldirinin-anatomisi/)

[siber-saldirinin-anatomisi/](#). (Çevirimiçi) 3 Ocak

2018.

US Department of Defense, “Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms”, Joint Publication, 1-02, s. 2-9. (Çevirimiçi)

https://fas.org/irp/doddir/dod/jp1_02.pdf

Demetri Sevastopulo, Chinese Hackers Penetrate
White House Network, Financial Times 7 (Nov 7,
2008). Chinese hack into White House network
[https://www.ft.com/content/2931c542-ac35-11dd-
bf71-000077b07658](https://www.ft.com/content/2931c542-ac35-11dd-bf71-000077b07658)



RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS⁵³²

PART ONE

THE INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT OF A STATE

CHAPTER I

GENERAL PRINCIPLES

Article 1

Responsibility of a State for its internationally wrongful acts

Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.

Article 2

Elements of an internationally wrongful act of a State

There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) is attributable to the State under international law; and
- (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.

Article 3

Characterization of an act of a State as internationally wrongful

⁵³² Bu bölümde Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Uluslararası Hukuka Aykırı Elemden Devletin Sorumluluğu"na ilişkin hazırladığı taslak maddelerden çalışmamız bağlamında bu metinde olması gerektiğini düşündüğümüz maddeler seçilerek koyulmuştur.

The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

CHAPTER II

ATTRIBUTION OF CONDUCT TO A STATE

Article 4

Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

Article 5

Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

Article 6

Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State

The conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed.

Article 7

Excess of authority or contravention of instructions

The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

Article 8

Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

Article 9

Conduct carried out in the absence or default of the official authorities

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority.

Article 10

Conduct of an insurrectional or other movement

1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new Government of a State shall be considered an act of that State under international law.

2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law.

3. This article is without prejudice to the attribution to a State of any conduct, however related to that of the movement concerned, which is to be considered an act of that State by virtue of articles 4 to 9.

Article 11

Conduct acknowledged and adopted by a State as its own

Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.

CHAPTER III

BREACH OF AN INTERNATIONAL OBLIGATION

Article 12

Existence of a breach of an international obligation

There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.

Article 13

International obligation in force for a State

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

Article 14

Extension in time of the breach of an international obligation

1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.

2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.

3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.

Article 15

Breach consisting of a composite act

1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.

2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.

CHAPTER IV
RESPONSIBILITY OF A STATE IN CONNECTION WITH THE
ACT OF ANOTHER STATE

Article 16

Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act

A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

- (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.

Article 17

Direction and control exercised over the commission of an internationally wrongful act

A State which directs and controls another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for that act if:

- (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.

Article 18

Coercion of another State

A State which coerces another State to commit an act is internationally

responsible for that act if:

(a) the act would, but for the coercion, be an internationally wrongful act of the coerced State; and

(b) the coercing State does so with knowledge of the circumstances of the act.



ÖZGEÇMİŞ

Ufuk DAL

1987’de Sivas’ta doğdu. İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku bölümünde yüksek lisans ve doktora çalışmalarını tamamladı. 2010 tarihinden beri Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

