

**MİLLETLERARASI ADALET DİVANI'NIN
NÜKLEER SİLAHLARIN TEHDİDİ VEYA
KULLANIMININ MEŞRUIYETİ İLE İLGİLİ 1996
TARİHLİ İSTİŞARİ MÜTALAASINA İNSANCIL
HUKUK AÇISINDAN BİR BAKIŞ**

*Elif UZUN**

1. GİRİŞ

Nükleer silahlar, 1945'teki kullanımlarından bugüne kadar tüm dünyanın ortak bir korkusu olarak milletlerarası kamuoyunda tartışma konusu yapılmaktadır. Bu korku üzerine onlarca felaket senaryosu yazıldı; olası bir nükleer savaş sonrasında binlerce yıllık mirasın yok olacağını gösteren filmler çekildi; şairler acı dolu şiirler yazdı. Elbette asıl acıyı ve korkuyu, başta Japon halkı olmak üzere, nükleer silah denemelerinden olumsuz etkilenen çoğunlukla üçüncü dünya ülkelerinin halkları ve Çernobil vb. kazalardan nasibini alan insanlar yaşamaktadır. Nükleer silahların sadece varlığının bile tüm insanlık ve gezegen için büyük bir tehlike olduğunu düşünen pek çok insan, bu silahların tamamen ortadan kaldırılması için çalışmaktadır. Bununla birlikte, resmen nükleer silah sahibi olan gelişmiş ülkelerin, özellikle Soğuk Savaş döneminde izledikleri politikalar sonucunda, yeryüzü büyük bir nükleer silah deposu haline gelmiştir. Gelişmiş Devletlerin Soğuk Savaş sonrasında başladıkları nükleer silahsızlanma çabalarına rağmen, bu süreç hem istenilen hızda devam etmemekte, hem de yeni gayri resmi nükleer güçler ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızda, Milletlerarası Adalet Divanı'nın, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1994 yılındaki talebi üzerine 1996 yılında vermiş olduğu Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımı başlıklı mütalaasını inceleyeceğiz. Nükleer silahlar sorunu insan haklarından çevreye kadar pek çok alanla ilgili olduğu için, bu konudaki Devlet görüşleri ve buna bağlı olarak Divanın

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Araştırma Görevlisi.

kararı da çok geniş bir çerçevede ortaya konmuştur. Böyle bir sorunun karar bağlamında bile olsa incelenmesi, çok geniş bir çalışmayı gerektirdiği için, incelememizi belli bir başlık –insancıl hukuk- altında yoğunlaştırmayı uygun gördük. Bu amaçla, insancıl hukuk hakkında kısa bir açıklama sunuyoruz. Karar incelemesi içerisinde de kuvvet kullanımı –*jus ad bellum*- ve silahlı çatışma hukuku –*jus in bello*, insancıl hukuk- ile ilgili kısımlara ağırlık vererek, insan hakları hukuku ve çevre hukuku ile ilgili tartışmalara sadece işaret etmekle yetindik.

2. İNSANCIL HUKUK

2. 1. İnsancıl Hukukun Tanımı ve Amaçları

İnsancıl hukuk, en kısa şekliyle, silahlı çatışmalardan kaynaklanan acıların azaltılmasını amaçlamaktadır. Milletlerarası Kızıl Haç Komitesi'nin vermiş olduğu insancıl hukuk tanımı, genel olarak kabul görmüştür¹:

Silahlı çatışmalarda uygulanacak milletlerarası insancıl hukuk deyimi, andlaşmalarla ya da örf-adet kurallarınca kurulmuş, özellikle milletlerarası ya da milletlerarası olmayan silahlı çatışmalardan doğrudan kaynaklanan insani sorunları çözmeyi hedefleyen ve insani nedenlerle, bir çatışmanın taraflarının savaş yöntem ve araçlarını sınırlayan ya da çatışmadan etkilenmiş ya da etkilenebilecek kişileri ve malları koruyan milletlerarası kurallar anlamına gelmektedir. Deyim . . . genellikle milletlerarası insancıl hukuk ya da insancıl hukuk olarak kısaltılmaktadır. (Vurgu bana aittir.)

(a) Hem savaşanların hem de savaşmayanların gereksiz acılardan korunması, (b) düşman eline geçmiş kişilerin, özellikle savaş mahkumlarının, yaralıların, hastaların ve deniz kazası geçirenlerin ve sivillerin bazı temel haklarının güvence altına alınması, (c) barışın yeniden tesis edilmesinin hızlandırılması, insancıl hukukun amaçları içinde yer almaktadır².

2. 2. Milletlerarası İnsancıl Hukuk'un Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Geleneksel olarak milletlerarası insancıl hukuk iki ana unsurdan oluşmaktadır: Savaş mağdurlarının korunması ile ilgili olan Cenevre hukuku ve düşmanca davranışın metot ve araçlarıyla ilgili olan Lahey hukuku³. Bunlar-

¹ W. J. FENRICK, "International Humanitarian Law and Criminal Trials", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 7: 23, 1997, s. 25.

² *Ibid.*, s. 26.

³ Doktrinde ve konuyla ilgili araştırmacıların eserlerinde, 'insancıl hukuk' deyimi ile 'silahlı çatışmalar hukuku' (law of armed conflicts) deyiminin kullanımı konusunda zaman zaman karışıklık yaşanmaktadır. Konuyla ilgili olarak yapılan bazı değerlendirmeler, silahlı çatışmalar hukukunun –*jus in bello*- Lahey hukukunun karşılığı, insancıl hukukun

dan Cenevre hukukunun, Lahey hukukuna oranla daha gelişmiş olduğunu ve daha açık hükümler içerdiğini söylemek mümkündür. Devletler, saldırgan savaşlarla ilgili olmayan kişilerin korunması ile ilgili yükümlülükleri kabul etmeye daha istekli iken, savaş araçlarının sınırlanması olarak algıladıkları yükümlülükleri kabul etme taraftarı bir görünüm sunmamaktadır⁴.

İnsancıl hukukun ortaya çıkışına ilişkin olarak gösterilebilecek ilk belge⁵, 1864 Cenevre Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi'dir. Sözleşme, liderliğini Henry Durant'ın yaptığı, daha sonradan Kızıl Haç'ı kuracak olan bir grup İsviçre vatandaşı tarafından hazırlanmış ve İsviçre hükümetinin organize ettiği bir konferansta kabul edilmiştir⁶. 1906 tarihli Cenevre Savaş Alanında Yaralıların ve Hastaların Durumunun İyileştirilmesi⁷ ismiyle kabul edilen sözleşme, 1864'te kabul edilen belgenin gözden geçirilmiş şeklidir⁸.

ise Cenevre hukukunun karşılığı olduğu şeklindedir. Ancak, insancıl hukukun oluşum süreci ve amaçları göz önüne alındığı takdirde, insancıl hukukun Lahey hukuku olarak adlandırılan metinler bütünü içerisinde ifadesini bulan pek çok ilke ve kurala rastlamak mümkün olacaktır. Dolayısıyla, insancıl hukuk ilke ve kurallarının, amaçları çerçevesinde her iki hukuk alanında aranması gerekmektedir. Günümüz itibarıyla "silahlı çatışmalar sırasında bireylerin korunması dahil savaşan tarafların uyması gereken milletlerarası hukuk kurallarını belirtme" olarak kabul edildiği takdirde, dar anlamda silahlı çatışmalar hukuku ve insancıl hukuk aynı alanı kapsamaktadır. Ancak geniş anlamda silahlı çatışmalar hukukuna, silahlı çatışmaların savaşan tarafın ve üçüncü devletlerin ilişkilerine hukuksal etkileri de dahil edilerek, klasik savaş hukukunun karşıladığı alandan kalan boşluk doldurulmaktadır. Bkz. Hüseyin PAZARCI, *Milletlerarası Hukuk Dersleri IV. Kitap* (Ankara: Turhan Kitabevi), 2000, s. 127-8.

4 FENRICK, Op. cit. , s. 27.

5 Malcolm N. SHAW, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press), 1997, s. 806; PAZARCI, Op. cit. , s. 129.

6 1859'da Solferino'da savaş alanına gelen Durant, pek çok askerin ölmüş olduğunu görür. Ancak onu dehşete düşüren ölü asker sayısının çokluğu değil, savaş alanındaki yaralıların içinde bulunduğu kötü durum, bir anlamda ölüm mahkum edilmişlikleri olur. Durant'ın düşüncesi, artık savaşmaya hali kalmamış, yenilgiye uğramış olan askerlerin insani muamele haklarının bulunduğudur. Nitekim bu düşünce, hem Kızıl Haç'ın hem de insancıl hukukun çıkış noktasını oluşturur. Bkz. Jacques MORELLION, "Humanitarian Law, The ICRC, and Promoting The Geneva Conventions", *The American University Law Review*, Vol. 31: 819, ss. 819-839.

7 Osmanlı Devleti, Sözleşme'ye 3. 9. 1907 tarihinde taraf olmuştur. Bkz. PAZARCI, Op. cit. , s. 129.

8 SHAW, Op. cit. , s. 806; PAZARCI, Op. cit. ; s. 129. .

Savaşın tarafların faaliyetlerini düzenleyen kurallar ise, 1899⁹ ve 1907 Lahey Konferanslarında¹⁰ düzenlenmiştir. Konferanslar sırasında, kara ve deniz savaşlarıyla ilgili bir dizi sözleşme kabul edilmiştir ve bu sözleşmeler halen mevcut kuralların temelini oluşturmaktadır¹¹.

Lahey hukukunun 1907'de kesilmesine¹² karşılık, savaş alanındaki yaralı ve hastalar ve savaş tutsakları ile ilgili olarak, değinilen 1906 Cenevre Sözleşmesi'ne ek olarak, 1949 yılında dört tane Kızıl Haç Sözleşmesi kabul edilmiştir¹³. Bu sözleşmeler, sırasıyla, savaş alanında yaralı ve hastaların durumlarının iyileştirilmesi, denizdeki silahlı kuvvetlerin yaralı, hasta ve kazazede üyelerinin durumlarının iyileştirilmesi, savaş tutsaklarına uygulanacak muamele ve savaş sırasında sivillerin korunması ile ilgilidir. Bu sözleşmelerin sivillerin korunmasıyla ilgili olan dördüncüsü¹⁴ gerçekten dikkate değer bir çabadır¹⁵. Zira, savaş yöntem ve araçlarıyla ilgili kuralların geleneksel olarak Lahey hukuku kapsamında yer alması beklenir. Ancak, İkinci Dünya Savaşı esnasında, sivil hedeflerin bombalanması ve bu bombalamaların misillemeleri, sivillerin korunmasına ilişkin yeni kuralların oluşturulmasını gerekli kılmıştır. Bu konudaki boşluğun bir nedeni ise, modern savaş yöntem ve araçlarına karşı 1907'de öngörülmuş kuralların yetersiz kalmasıdır. Örneğin, o dönemde kabul edilen yasak, balonlardan ya da zeplinlerden patlayıcı madde atılmasına ilişkindir. Dolayısıyla, uçaklarla yapılan bombardımanlara ilişkin herhangi bir düzenlemeyi Lahey hukukunda bulmak mümkün olmamıştır¹⁶. Cenevre hukukunun bir sonraki aşaması olarak ise, 1977 yılında 1949 Sözleşmelerine yapılmış ek iki protokolün¹⁷ kabul edilmesi olmuştur¹⁸.

⁹ 27. 09. 1899 tarihli Kara Savaşlarına İlişkin II sayılı La Haye Sözleşmesi. Osmanlı Devleti Sözleşmeye 12. 06. 1907 tarihinde taraf olmuştur. Bkz. PAZARCI, Op. cit. ; s. 129.

¹⁰ Bu konferanslarda bir dizi sözleşme kabul edilmiştir (18. 10. 1907).

¹¹ SHAW, Op. cit. , s. 807.

¹² Lahey hukukunun 1907'den sonra gösterdiği tek gelişme, 1954 Lahey Savaş Sırasında Kültürel Varlıkların Korunmasına İlişkin Sözleşme'dir.

¹³ 12. 08. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Türkiye 21. 1. 1953 tarihli bir onay yasasıyla 10. 02. 1954 tarihinden itibaren taraf olmuştur. R. G. 30. 1. 1953, S. 8322.

¹⁴ Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme.

¹⁵ SHAW, Op. cit. , s. 807.

¹⁶ MORELLION, Op. cit. , s. 822-3.

¹⁷ Cenevre Sözleşmesi Ek Protokol I, 8 Haziran 1977, metin için bkz. International Legal Materials, Vol. 16, 1977, ss. 1391-441; Cenevre Sözleşmesi Ek Protokol II, 8 Haziran 1977, metin için bkz. International Legal Materials, Vol. 16, 1977, ss. 1442-49.

¹⁸ SHAW, Op. cit. , s. 808; PAZARCI, Op. cit. , 131.

Lahey hukuku ile Cenevre hukuku, günümüz itibarıyla bir anlamda birleşik fakat tek bir yapıyı, insancıl hukuku oluşturmaktadır¹⁹.

Her ne kadar milletlerarası insancıl hukuk hem milletlerarası hem de milletlerarası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilirse de, milletlerarası insancıl hukukun gelişimine katılmış olan devletler, milletlerarası ve milletlerarası olmayan çatışmalar arasında kesin bir farklılık olduğunu kabul etmişlerdir²⁰. Cenevre Sözleşmesi'nin ve Ek Protokol I'nin tümü milletlerarası çatışma ile ilgili iken, sadece Cenevre Sözleşmesi'nin 3. maddesi, 1954 Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi'nin²¹ 19. maddesi ve 1977 Ek Protokol II milletlerarası olmayan çatışmalarla ilgilidir.

Milletlerarası insancıl hukuk önleyici bir hukuk alanı olarak görünmektedir. Bu hukuk, hukukçu olmayan askeri personel ve sivil memurlar tarafından uygulanmaktadır. Çokça görülen vahşet örneklerine karşın pek az karşılaştığımız ceza mahkemeleri, bu hukukun önleyici rolünün başarısızlığını yansıtmaktadır. Milletlerarası insancıl hukuk çok taraflı müzakereler yoluyla ya da örf-adet hukukun çok yavaş işleyen süreci sonucunda yaratılmaktadır. Sonuç olarak milletlerarası insancıl hukuk içindeki hükümler çoğunlukla genel soyutlama ile dile getirilmişlerdir ve kapalı anlamlar taşımaktadır. Dahası, ilgili sözleşmelerin değinmediği pek çok husus bulunmaktadır. Örneğin, milletlerarası insancıl hukuk uyarınca suç eylemlerin bir listesini çıkarmak mümkünken, kanıtlara ya da usule ilişkin konularda uygulanacak hukukun belirlenmesi ya da bireysel cezai sorumluluğun tespit edilmesi çok daha zor olmaktadır²².

3. MİLLETLERARASI ADALET DİVANININ 1996 TARİHLİ NÜKLEER SİLAHLARIN TEHDİDİ VEYA KULLANIMINA DAİR İSTİŞARİ MÜTALAASI²³

3. 1. Genel Olarak

Atom çekirdeğinin fizyon, füzyon ya da her ikisinin karışmasıyla oluşan bir kimyasal reaksiyon ile enerji açığa çıkması sonunda oluşan patlamayı

¹⁹ SHAW, Op. cit. , s. 808. Nitekim Milletlerarası Adalet Divanı da, 1996 tarihli Nükleer Silahların Tehdidinin veya Kullanılmasının Meşruiyetine dair istişari mütâlaasında (para. 75), insancıl hukukun bu birleşik yapısına işaret etmektedir.

²⁰ FENRICK, Op. cit. , s. 25.

²¹ R. G. 8. 11. 1965, S. 12145.

²² FENRICK, Op. cit. , s. 26.

²³ International Court of Justice, Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons, Opinion of 8 July 1996, No. 95 [Milletlerarası Adalet Divanı, Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti, 8 Temmuz 1996 Tarihli Mütâlaa (bundan sonra: İstişari Mütâlaa)], International Legal Materials, Vol. 35, ss. 814-831.

yaratılan her türlü silaha genel olarak nükleer silah adı verilir²⁴. İlk nükleer silah, ABD tarafından II. Dünya Savaşı'nda Japonya'nın Hiroşima ve Nagazaki kentlerinde kullanılmış ve çok büyük yıkımlara yol açmıştır. Bunun arkasından gelişmiş Devletler nükleer silah edinme yarışına girmişler ve nükleer savaş, Soğuk Savaş döneminde tüm dünyanın korkusu haline gelmiştir. Olası bir nükleer savaşın dünya üzerinde meydana getireceği felaketler, pek çok grubun ve Devletin nükleer silah karşıtı bir hareket oluşturmasına yol açmıştır. Günümüzde, nükleer silah sahibi olduğunu ilan etmiş ülkeler yanında, pek çok Devletin nükleer silahlara sahip olduğu düşünülmektedir. Bu gerçek, nükleer tehlikenin devam ettiğini göstermektedir²⁵.

Nükleer silahların bilinen tehlikelerine rağmen, nükleer caydırıcılık politikası uzun süre büyük Devletlerin dış politikalarında merkezde bulunmuştur. Nükleer silah tehlikesinin en aza indirilmesi amacıyla yaratılmış pek çok milletlerarası metin bulunmaktadır, ancak bunların kapsamı, belli alanların nükleer silahlardan arındırılması, bazı alanlarda nükleer silah denemelerinin yasaklanması ya da yeni nükleer silah üretilmesinin engellenmesi şeklindedir. Çok açıktır ki, nükleer silahlar tamamen ortadan kalkmadıkça, gezegene yönelmiş tehdit de varlığını devam ettirecektir.

3. 2. Karar

Mayıs 1993'te WHO, Divan'dan nükleer silahlarla ilgili bir istişari mütalaa istemiştir. WHO'nun Divan'a yönelttiği soru şöyledir²⁶:

"Sağlığa ve çevresel etkilerine bakıldığında, bir devletin savaşta veya başka bir silahlı çatışmada nükleer silahlar kullanılması, WHO Kurucu Andlaşması da dahil olmak üzere milletlerarası hukuk altındaki yükümlülüklerinin ihlali olacak mıdır?"

Genel Kurul, Mayıs 1994'te, WHO'nun yönelttiği soruya nükleer silah 'tehdidi'ni de ekleyerek²⁷, Divan'a soruyu şu şekilde yöneltmiştir²⁸:

24 Arif BOZBIYIK vd. , "Nükleer Silahlar: Üretimi ve Etkileri", Sürekli Tıp Eğitim Dergisi, C. 10, S. 10, 2001, s. 386.

25 Nükleer silahlarla ilgili bilgi ve nükleer silahların tarihçesi için bkz. Nuclearfiles. org, <http://www.nuclearfiles.org>, (22. 06. 03); The High Energy Weapons Archive-A Guide to Nuclear Weapons, <http://nuketesting.enviroweb.org/hew/> (22. 06. 03).

26 International Court of Justice, Legality Of The Use By A State Of Nuclear Weapons In Armed Conflict, Opinion of 8 July 1996, No. 93 [Milletlerarası Adalet Divanı, Bir Devlet Tarafından Nükleer Silahların Silahlı Çatışmada Kullanılmasının Meşruiyeti, 8 Temmuz 1996 Tarihli Mütalaa, No. 93 (bundan sonra: İstişari Mütalaa-WHO)], <http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/ianw/ianwframe.htm> (27. 07. 03).

“Her hangi bir durumda nükleer silahların tehdidi veya kullanımına milletlerarası hukuk uyarınca izin verilmiş midir?”

Divan, bu iki talebin değerlendirilmesini birleştirmeye karar vermiş ve ardından Devletleri yazılı düşüncelerini belirtmeye davet etmiştir. Kırk üç devlet bu konudaki düşüncelerini yazılı olarak belirtmiştir²⁹. Bunlardan, resmi olarak nükleer silahlara sahip olduğunu ilan eden dört Devlet³⁰ ve NATO üyesi bazı Devletler³¹, Divanın, WHO'nun böyle bir soruyu yöneltmeye yetkisinin olmaması nedeniyle, WHO'nun talebini geri çevirmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Nitekim Divan, bu düşüncelere katılarak, WHO'nun yönelttiği bu soruyu cevaplayabilmek için yargı yetkisinin olmadığını belirterek, talebi reddetmiştir³². Aynı devletler, Divan'ın, tahdirini kullanarak³³ Genel Kurul'un bu teklifini de geri çevirmesi gerektiğini ileri

27 Genel Kurul'un kullandığı 'tehdit ve kullanım' deyimini, BM Şartının md. 2/4'teki kullanıma çok yakındır. Söz konusu ifadeyle 'kuvvet tehdidi veya kullanım' sınırlanmaktadır. Bu kullanımın bilinçli bir tercih olduğu, böylece, Genel Kurul'un, kuvvet ile nükleer silahı eş tutmak istediği yorumu yapılmıştır. Nitekim, kuvvet kullanımı milletlerarası hukuk uyarınca pek çok ayrıntılı kuralla düzenlenmişken, kuvvet tehdidinden bahseden yegâne hüküm, Şart'ın ilgili ifadesinde bulunmaktadır. Bkz. Edda KRISTJÁNSDÓTTIR, "The Legality of Nuclear Weapons", New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 30: 291, 1997-1998, s. 317-8.

28 United Nations General Assembly, A/Res. 49/75K of 15 December 1994.

29 Avustralya, Azerbaycan, Bosna Hersek, Burundi, Kolombiya, Kosta Rika, Ekvador, Kore Cumhuriyeti, Mısır, Finlandiya, Fransa, Almanya, Hindistan, İrlanda, İran, İtalya, Japonya, Kazakistan, Lesoto, Litvanya, Malezya, Marshall Adaları, Meksika, Moldovya, Nauru, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Papua Yeni Gine, Filipinler, Katar, Rusya Federasyonu, Ruanda, Samoa, San Marino, Suudi Arabistan, Solomon Adaları, Sri Lanka, İsveç, Uganda, Ukrayna, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı ve Amerika Birleşik Devletleri. Sözlü bildirimde bulunan Endonezya ve Zimbabve ile birlikte bu sayı 45'i bulmaktadır.

30 Fransa, Rusya, ABD ve İngiltere.

31 Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya ve Hollanda.

32 Divan 11'e karşı 3 oyla, yöneltilen bu sorunun WHO'nun 'faaliyetleri' kapsamına girmediğine karar vermiştir. Dolayısıyla BM Şartı 96(2)'de düzenlenen uzmanlık kurumlarının yönelteceği soruların faaliyetleri kapsamında olması gerekliliği yerine gelmemiştir. Divan, WHO Kurucu Andlaşması'nın 2. maddesini, WHO'ya nükleer silahların kullanımının sağlık üzerindeki etkisiyle ilgilenme ve insanları bu etkilerden koruma faaliyetlerinde bulunma yetkisi verdiği şeklinde yorumlamıştır. Ancak soru, Divan'a göre, nükleer silahların etkisi ile ilgili değil, nükleer silahların kullanımının meşruluğu ile ilgilidir ki bu da WHO'nun ilgi alanının dışında kalmaktadır. Bkz. İstişari Mütâlaa-WHO, prg. 32.

33 Divan'ın reddetmiş olduğu istişari mütâlaa talebi sayısı sadece ikidir. Bunlardan birisi WHO'nun değindiğimiz talebi, diğeri ise Doğu Carelia'nın Statüsü olayıdır. Divan bunlardan sadece ikincisinde tahdirini kullanmış, ancak WHO'nun talebini reddederken kararını yargı yetkisinin olmamasına, yani hukuki bir nedene bağlamıştır. Doğu Carelia o-

sürmüşlerdir. Ancak Divan bu görüşleri kabul etmeyerek bu konuda istişari mütalaa verebileceğini³⁴ belirtmiştir³⁵.

Divan'ın kaleme aldığı *dispositif* şöyledir³⁶:

DİVAN,

(1)On üçe karşı bir oyla,

İstişari mütalaa talebine cevap vermeyi *hükme bağlar*;

LEHTE: *Başkan Bedjaoui; Başkan Yardımcısı Schewebel; Yargıçlar Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry; Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;*

ALEYHTE: *Yargıç Oda.*

(2)Genel Kurul tarafından sorulan soruya aşağıdaki şekilde *cevap verir*:

A. Oybirliğiyle,

Ne örf adet hukukunda ne de milletlerarası ahdi hukukta nükleer silahların tehdidi veya kullanımına özel olarak izin bulunmamaktadır.

B. On bire karşı üçe oyla,

Ne örf adet hukukunda ne de milletlerarası ahdi hukukta nükleer silahların tehdidi veya kullanımına ilişkin kapsayıcı ve evrensel bir yasak bulunmamaktadır.

LEHTE: *Başkan Bedjaoui; Başkan Yardımcısı Schewebel, Yargıçlar Oda, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;*

ALEYHTE: *Yargıçlar Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma.*

C. Oybirliğiyle,

Birleşmiş Milletler Şartı Madde 2, fıkra 4'e aykırı olan ve Madde 51'in tüm şartlarını yerine getirmeyen nükleer silahların tehdidi veya kullanımı meşru değildir.

D. Oybirliğiyle,

layında, Divan, kendisinden istenen görüşün, Rusya ve Finlandiya arasındaki, Doğu Carelia'nın statüsü konusundaki anlaşmazlığa bağlı, bu iki devlet arasında yapılmış bir barış andlaşmasının yorumu ile ilgili olduğunu belirtmiş, Rusya Divan önünde yapılacak işlemlere katılmayı reddettiği için, Divan'ın vereceği kararın anlaşmazlığın taraflardan birinin rızası olmadan anlaşmazlığı hükme bağlamak anlamına gelmesinden dolayı görüş talebini, tahdirini kullanarak geri çevirmiştir. Bkz. İstişari Mütalaa, prg. 14.

³⁴ Divanın istişari mütalaa verebilmesi konusunda bkz. D. J. HARRIS, *Cases and Materials on International Law* (London: Sweet ve Maxwell), 1998, ss. 1036-40.

³⁵ İstişari Mütalaa, prg. 19.

³⁶ İstişari Mütalaa, prg. 105.

Nükleer silahların tehdidi veya kullanımı, nükleer silahlarla doğrudan ilgili olan sözleşmeler ve diğer bağlantıların getirdiği özel yükümlülüklerin olduğu kadar, silahlı çatışmalarda uygulanan milletlerarası hukukun, özellikle de milletlerarası insancıl hukukun gerekleriyle de uyumlu olmalıdır.

E. Yediye karşı yedi oyla, Başkan'ın oyuyla,

Yukarda belirtilen şartlardan dolayı, nükleer silahların tehdidi veya kullanımı silahlı çatışmalarda uygulanan milletlerarası hukuk kurallarına ve özelde insancıl hukukun ilke ve kurallarına genellikle aykırıdır;

Bununla birlikte, milletlerarası hukukun mevcut durumu ve maddi veriler göz önüne alındığında, Divan, nükleer silahların tehdidi veya kullanımının bir Devletin yaşamını devam ettirmesi için hayati olan uç bir meşru müdafaa durumunda meşru ya da gayri meşru olduğuna tam olarak karar verememektedir;

LEHTE: *Başkan* Bedjoui; *Yargıçlar* Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo;

ALEYHTE: *Başkan Yardımcısı* Schewebel, *Yargıçlar* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma, Higgins.

F. Oybirliğiyle,

[Devletlerin], Sıkı ve etkin bir milletlerarası kontrol altında, her türdeki nükleer silahsızlanmaya ulaştıracak müzakereleri iyi niyetle devam ettirme ve sonuçlandırma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Öncelikle belirtmemiz gerekiyor ki, kararın bazı noktaları oybirliğiyle ya da oybirliğine yakın bir oyla kabul edilmiştir. Bunlardan birincisi, milletlerarası ahdi hukukun ve örf adet hukukunun nükleer silahların tehdidi veya kullanımına ilişkin açık bir yetkiyi Devletlere tanımadığı yönündeki 2 (A) (oybirliğiyle) ile, milletlerarası ahdi hukukun ve örf adet hukukunun bu silahların tehdidi veya kullanımına ilişkin açık bir yasak getirmediği şeklindeki 2 (B)'dir (üç karşı onbir oyla). Oybirliğiyle alınan ikinci karar, nükleer silahların kullanımının BM Şartı md. 2(4)'e aykırı olduğu ve md. 51 ile de korunmadığı, dolayısıyla da gayri meşru olduğunu belirten 2 (C)'dir. Oybirliğiyle alınan bir başka karar ise, 2 (D)'deki nükleer silahların kullanımının silahlı çatışmalarda uygulanan milletlerarası hukukla ve insancıl hukukun gerekleriyle uyumlu olması gerektiğidir. Kararın sonunda yer alan ve oybirliğiyle kabul edilen 2 (F) ise, tavsiye niteliğinde olmakla birlikte büyük bir önem taşımaktadır. Divan, karar metniyle birlikte ele alındığında³⁷, nükleer silahsızlanmaya ilişkin ciddi bir çağrı yapmakta ve hem yargıçların hem de

³⁷ Istişari Mütâlaa, prg. 98-103.

milletlerarası topluluğun nükleer silah sahibi Devletlerle olan derin görüş ayrılığına işaret etmektedir³⁸.

Divan'ın, istişari mütalaa verme konusunda kendisini yetkili görmesi³⁹ de dikkate değer bir noktadır, çünkü böyle bir kararla Divan yargısal bağımsızlığını da göstermiş olmaktadır. Gerek BM'nin soruyu yönelttiği kararın alınması esnasında gerekse karardan önceki yazılı ve sözlü görüş bildirimlerinde, Güvenlik Konseyi'nin Çin dışındaki diğer daimi üyeleri Divan'ın bu konuda istişari mütalaa vermesine şiddetle karşı çıkmışlardır. Ancak yine de, istişari mütalaa verilmesine ancak bir yargıç karşı çıkmış –Yargıç Oda-, bununla birlikte Divan, milletlerarası hukukun nükleer silahların statüsüne uygulanacağı kararını oybirliğiyle vermiştir⁴⁰.

3. 3. Uygulanacak Hukukun Tespit Edilmesi

Divan, *dispositif 2 (B)*'de, milletlerarası örf adet hukukunun ve milletlerarası ahdi hukukun nükleer silah tehdidi veya kullanımına açık bir yasak getirmediğine karar vermiştir. Başka bir ifadeyle, Divan'ın vermiş olduğu karar şöyledir: “Milletlerarası insan hakları hukukunda, soykırımı ilişkin milletlerarası hukukta, milletlerarası çevre hukukunda, hatta milletlerarası insancıl hukukta, nükleer silahların tehdidi ve kullanımına ilişkin genel bir yasak yoktur”⁴¹. Divan'ın bu karara ulaşması, Genel Kurul'un sorduğu hukuki sorunun, milletlerarası hukukun hangi alanı ile ilgili olduğunun araştırılması sonucunda gerçekleşmiştir. Divan, milletlerarası hukuku oluşturan çok büyük genişlikteki kurallar bütününe dikkate aldıktan sonra, hangi hukuk alanının konuyla ilgili olduğunu belirlemesi gerektiğini belirtmiştir⁴².

Nükleer silah kullanımının gayri meşru olduğunu savunan Devletler, böyle bir kullanımın Milletlerarası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşme-

38 Richard A. FALK, “Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter”, The American Journal of International Law, Vol. 91: 64, 1997, s. 65.

39 Bu karar bire karşı on üç oyla kabul edilmiştir. Sadece Japon yargıç Oda kararda karşı oy kullanmıştır. (Bkz. Yargıç Oda'nın karşı oyu, International Legal Materials, Vol. 35, 1996, ss. 843-61.). İlginç bir ironi olarak bunu da kaydetmemiz gerekiyor zira, nükleer silahların etkilerinden doğrudan zarar görmüş tek ülke Japonya'dır ve Japon toplumu, Divan tarafından böyle bir konuda karar verilmesini diğerlerinden çok daha fazla istemiştir.

40 FALK, Nuclear Weapons, Op. cit. , 1997, s. 67.

41 Burns H. WESTON, “Nuclear Weapons and the World Court: Ambiguity's Consensus”, Transnational Law & Contemporary Problems, Vol. 7: 371, 1997, s. 378.

42 İstişari Mütalaa, prg. 23.

si'nin⁴³ 6. maddesinde güvence altına alınmış yaşam hakkının ve diğer bazı temel hakların ihlali anlamına geldiğini savunmuşlardır. Buna karşı görüş bildirenler ise, Sözleşme'de savaşa ya da silahlara değinilmediğini, bu metinle nükleer silahlarının meşruluğunun düzenlendiğinin hiç bir zaman düşünülmemiş olduğunu; Sözleşme'nin, insan haklarının barış zamanında korunmasına yöneldiğini, ancak savaş zamanındaki gayri meşru yaşam kaybıyla ilgili olan tartışma konusu sorunların, silahlı çatışma hukukunda uygulanan hukukla yönetildiği söylemişlerdir. Divan ikinci görüşe katılarak, savaş zamanında keyfi öldürmelerin Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı olduğu kabul edilse bile, konunun uygulanabilir bir *lex specialis* ile, yani silahlı çatışmalarda uygulanacak hukuk ile belirlendiğini ve ancak bu hukuka gönderme yapmak suretiyle karar verilebileceğini belirtmiştir⁴⁴. Dolayısıyla milletlerarası insan hakları hukukunda konuya ilişkin bir yasaklama mevcut değildir.

Bazı Devletler, 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'de⁴⁵ yer alan soykırımın yasaklanmasının, Divan'ın olaya uygulaması gereken ilgili milletlerarası örf adet hukuku kuralı olduğunu belirtmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan soykırım suçunun unsurlarının, nükleer silahların kullanılması durumunda da söz konusu olacağı, çünkü böyle bir kullanım sonucu çok büyük sayıda insanın ölebileceği, bazı olaylarda kurbanların belirli bir milli, etnik ya da dini grubun üyeleri olabileceği ve bu tip grupların ortadan kaldırılması kastının, nükleer silah kullanımının bilinen etkilerinden çıkarılabileceği iddia edilmiştir. Divan ise, böyle bir iddianın geçerli olabilmesi için, kasıt unsurunun gerçekten bulunması gerektiğini, bunun dikkate alınmasının her olay için ayrı bir değerlendirme gerektirdiğini belirtmiştir⁴⁶. Böylece, soykırımı ilişkin milletlerarası hukukta da konuya uygulanacak hukuk bulunamamıştır.

Bir başka iddia ise, nükleer silah kullanımının, çevrenin korunmasıyla ilgili mevcut normlarla ilgili olarak gayri meşru olduğu yönündedir. Bu konuda pek çok milletlerarası anlaşma ve metine gönderme yapılmıştır. Örneğin, "doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ciddi zarar vermeyi kastetmiş ya da

43 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) kabul edilmiştir. 23 Mart 1976'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme için bkz. Aslan GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar (İstanbul: Beta, 1998), s. 280-300.

44 İstişari Mütâlaa, prg. 25.

45 Milli, Irki, Dini Kütlelerin Kısmen veya Tamamen İmha Suçunun "Genocide" Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme, R. G. 19. 03. 1950.

46 İstişari Mütâlaa, prg. 26.

olanaklı savaş metot ya da araçları”nın kullanımını yasaklayan 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin Ek Protokol I, md. 35/3 ve çevre üzerinde “yaygın, uzun süreli ya da ciddi etkileri” olan silahların kullanımını yasaklayan 1977 Çevre Değiştirme Tekniklerinin Askeri ya da Diğer Düşmanca Kullanımının Yasaklanmasına Dair Sözleşme madde 1. Aynı zamanda, 1972 Stockholm Deklarasyonu’nun⁴⁷ 21. ilkesine ve 1992 Rio Deklarasyonu’nun⁴⁸ 2. ilkesine bu olayda başvurulabileceği iddia edilmiştir. Bu son değinilen metinler, Devletlere, kendi sınırları içerisindeki diğer Devletlerin çevresine kendi milli sınırlarının ötesinde zarar verecek faaliyetleri önleme ya da kontrol etme ödevi yüklemektedir. Bu iddialara göre, çevrenin korunmasına ilişkin mevcut normlar hem barış hem de savaş zamanında uygulanabileceklerdir ve nükleer silah kullanımının sonuçları çevreye zararlı olmakla birlikte sınır ötesi nitelik taşımaktadır. Buna karşın diğer bazı Devletler, çevre anlaşmalarının ve normlarının asıl amacının çevrenin barış zamanında korunması olduğunu; bu metinlerde ne savaş haline ne de özelde nükleer savaş haline değinilmediğini, eğer bu metinler şimdi nükleer silah kullanımını yasakladıkları şeklinde yorumlanırlarsa, bunun hukukun üstünlüğü ilkesinin bozacağını ve milletlerarası sözleşmelere güvenin sarsılacağını savunmuşlardır⁴⁹. Bu görüşler karşısında Divan, çevrenin korunmasına ilişkin mevcut milletlerarası hukukun, nükleer silahların kullanımını özel olarak yasaklamadığını ancak silahlı çatışmalarda uygulanacak ilke ve kuralların yürütülmesi bağlamında çevresel faktörlerin dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁵⁰.

Bu belirlemeler ışığında Divan, söz konusu olayla ilgili doğrudan uygulanacak hukukun, BM Şartı’nda da yer alan kuvvet kullanımıyla ilgili maddeler –*jus ad bellum*- ile düşmanca davranışları düzenleyen silahlı çatışmalarda uygulanan hukuk, yani silahlı çatışmalarda uygulanan insancıl hukukun ilke ve kuralları –*jus in bello*- olduğu sonucuna varmıştır⁵¹.

3. 4. *Jus Ad Bellum* Uyarınca Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımına İlişkin Durum

Milletlerarası hukukun büyük bir kısmı, Devletler arasındaki düşmanlıkları önlemeye yönelmiştir ve *jus ad bellum* olarak bilinen bu hukuk alanı,

⁴⁷ 1972 tarihli Stockholm Deklarasyonu için bkz. International Legal Materials, Vol. 11, 1972, ss. 1416-1420.

⁴⁸ 1992 tarihli Rio Deklarasyonu için bkz. International Legal Materials, Vol. 31, 1992, ss. 876-880.

⁴⁹ İstisari Mütâlaa, prg. 27-8.

⁵⁰ İstisari Mütâlaa, prg. 33.

⁵¹ İstisari Mütâlaa, prg. 34.

inter alia, BM Karar ve raporlarını, milletlerarası yargı hükümlerini, kabul edilmiş örf adet hukuku normlarını, iki ve çok taraflı andlaşma, sözleşme ve andlaşmaları kapsar⁵². Bu başlık altında, Üye Devletlerin *jus ad bellum*'u nükleer silah tehdidi ve kullanımına nasıl uyguladıkları ve Divanın bu konudaki kararı incelenecektir.

3. 4. 1. Milletlerarası Örf Adet Hukuku

Nükleer silah sahibi iki Devlet, Divanın *Lotus-Bozkurt* davasında⁵³ öngördüğü ilkeyi yeniden ifade etmesini istemiştir⁵⁴. Buna göre, Devletler, milletlerarası hukuk uyarınca yasaklanmamış her şeyi yapabilecektir. Başka bir deyişle, Devletler üzerindeki sınırlamalar, yorum ya da kestirim yoluyla belirlenmemeli, bu Devletlerin kabul ettiği ahdi hukukun ya da milletlerarası topluluk tarafından genel olarak kabul edilmiş örf adet hukukun içinde aranmalıdır. Divan bu 'sert Lotus' yaklaşımını benimsememiş, böylelikle, nükleer silah sahibi Devletlerin umutlarını da boşa çıkarmıştır⁵⁵. Nitekim Başkan Bedjauoi de, *Lotus-Bozkurt* kararının milletlerarası hukukun çocukluk döneminde verildiğini, artık bir yasağın olmamasının, milletlerarası ilişkilere daha global bir yaklaşım çerçevesinde ve Devlet egemenliği ilkelerinden çok milletlerarası örgütler vasıtasıyla işbirliğine dayanarak düşünmek

⁵² KRISTJÁNSDÓTTIR, op. cit. , s. 320.

⁵³ Milletlerarası Daimi Adalet Divanının 1927 tarihli bu kararının tarafları Fransa ve Türkiye'dir (*Lotus v. Bozkurt*). Olayda, Fransız posta gemisi ile Türk şilebinin açık denizde çarpışmaları sonucunda Türk şilebi batmış ve mürettebatından sekiz Türk kaybolmuştur. Fransız gemisinin İstanbul limanına ulaşmasıyla, olaya Türk makamları el koymuş ve her iki geminin kaptanları tutuklanmış ve cezalandırılmalarına karar verilmiştir. Fransa, Türkiye'nin açık bir milletlerarası hukuk hükmü ile böyle bir yargılamaya yetkilendirilmediğini söyleyerek Divana başvurmuştur. Divan ise, meselenin, yetkilendirme ile ilgili bir kuralın bulunup bulunmaması değil, yargılama faaliyetinin ihlal ettiği milletlerarası bir kuralın olup olmaması olduğunu ifade ederek, böyle bir yasak olmadığına göre, Fransa'nın iddiasının geçersiz olduğuna karar vermiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sevin TOLUNER, *Milletlerarası Hukuk Dersleri* (İstanbul: Beta, 1996), s. 2-3, 294-5 n195; George Wendell BERGE, "The Case of S. S. Lotus", *Michigan Law Review*, Vol. 26, 1927-1928, ss. 361-82.

⁵⁴ Bkz. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun İstişari Mütalaa Talebi Üzerine Verilen Yazılı Görüş (bundan sonra BMGK YG)-Rusya Federasyonu, s. 5; BMGK YG-İngiltere, prg. 21-2. (İstişari Mütalaa öncesinde verilen yazılı görüşlerin tümü için bkz. <<http://www.icj-cij.org/icjwww/icasas/ianw/ianwframe.htm>> (27. 07. 03).)

⁵⁵ FALK, Op. cit. , s. 66.

gerektiği günümüzde, otomatik bir izin, yetkilendirme anlamına gelemeyeceğini belirtmiştir⁵⁶.

Bazı Devletler, nükleer silahların kullanılmasının yasak olmasının, 1945'teki son kullanılışlarından beri milletlerarası örf adet hukukunun bir parçası olduğunu iddia etmiştir⁵⁷. ABD ve aynı görüşteki diğer Devletler – Fransa ve Rusya-, örf adet hukukunun ancak, hukuk tarafından zorunlu olduğu inancıyla (*opinio juris*) ilgili Devletlerin genel uygulaması sonucu yaratılabileceğini; II. Dünya Savaşı'ndan beri nükleer silahların kullanılmamasının, bunların yasak olduğuna ilişkin bir *opinio juris* sonucunda değil, daha başka askeri, siyasi ve insani kaygılar sonucunda gerçekleştiğini savunmuşlardır. Bunun yanında, pek çok Devletin milli güvenlikleri için nükleer caydırıcılığa başvurmuş olmasının, en azından bazı nükleer silahların kullanımının meşru olduğuna inanmış olduklarını gösterdiğini iddia etmişlerdir. Divan, nükleer caydırıcılık politikasının bir vakıa olduğunu şu şekilde dile getirmiştir⁵⁸:

Divan'ın burada "caydırıcılık politikası" olarak bilinen uygulama konusunda görüş bildirme niyeti bulunmamaktadır. Bazı Devletlerin Soğuk Savaş döneminin büyük bir kısmında bu politikayı uyguladıkları ve uygulamaya devam edecekleri bir gerçektir. Bunun yanında, milletlerarası topluluğun Üyeleri, son elli yıldır nükleer silahlara başvurulmamış olmasının bir *opinio juris* ifadesi anlamına gelip gelmediği konusunda bölünmüş durumdadır. Bu koşullar altında Divan, böyle bir *opinio juris*'in var olduğunu tespit edebileceğini düşünmemektedir.

Buradan yola çıkan Divan, "özel olarak nükleer silahların kullanımını yasaklayan bir örf adet kuralının ortaya çıkışının, henüz olgunlaşmamış bir *opinio juris* ile caydırıcılık uygulamasının halen kuvvetli bir şekilde uygulanıyor olması arasındaki gerilim nedeniyle engellendiğine" karar vermiştir⁵⁹. Divan üyelerinin çoğunluğunun dünya çapındaki ciddi anti-nükleer karşıtlıkla, nükleer caydırıcılık politikasının uygulanması arasındaki gerilimi kabul etmesine karşın, Yargıç Schwebel, söz konusu duruma daha farklı bir açıdan

56 Başkan Bedjaoui'nin Bildirgesi, para. 12, 15. İstisari mütâlaa bağlamında Lotus kararı için bkz. Nicholas ROSTOW, "World Health Organization, the International Court of Justice, and Nuclear Weapons", Yale Journal of International Law, Vol. 20, 1995, 163.

57 WHO'nun İstisari Mütâlaa Talebi Üzerine Verilen Yazılı Görüş (bundan sonra: WHO YG)- Nauru; BMGK YG-Iran, s. 2. (İstisari Mütâlaa-WHO öncesinde verilen yazılı görüşlerin tümü için bkz. <http://www.icj-cij.org/icjwww/icasw/ianw/ianwframe.htm> (27. 07. 03).)

58 İstisari Mütâlaa, prg. 67.

59 İstisari Mütâlaa, prg. 73.

bakmıştır⁶⁰. Schwebel, bir bütün olarak milletlerarası topluluğun düşüncesi-
ni belirlerken, nükleer silah sahibi Devletlerin uygulaması ile nükleer silah
karşısı Devletlerin düşüncelerinin dengelenemeyeceğini belirtmiştir. Ona
göre, nükleer silah sahibi Devletlerin uygulaması, ayrı bir önemi haizdir zira,
bu Devletler, milletlerarası topluluğun önde gelen liderleridir; bu gerçek, söz
konusu Devletlerin Güvenlik Konseyinin daimi üyeleri olmaları ile de kanıt-
lanabilir. Schwebel'in bu görüşü, kendi hükümetinin⁶¹ görüşünü yansıtan
tek taraflı bir iddia olması nedeniyle bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir⁶².

Divan'ın çoğunluğu ile Schwebel'in karşı görüşü arasındaki yaklaşım
farklılığı, esasen 'Devlet çıkarı'na verilen anlam farklılığından kaynaklan-
maktadır. Zira ABD, çıkarları özellikle etkilenen Devletler olan nükleer silah
sahibi Devletlerin itirazına rağmen bir örf adet hukuku kuralının oluşturula-
mayacağını savunmuştur⁶³. Bunun da ötesinde, Güvenlik Konseyi üyesi
Devletler nükleer silahlara sahiptir ve bu silah sistemlerini silahlı bir çatış-
mada kullanmak üzere geliştirmişlerdir. Bu Devletlerin bu silahlara ve fır-
latma sistemlerine sahip olmak için onca maliyeti ve çabayı, bu silahların
kullanımının gayri meşru olduğuna inanarak yapmış olduklarını düşünmek
mümkün değildir⁶⁴. Bu iddiayla açıkça söylenmek istenen, böyle bir örf adet
hukukun yaratılması konusunda çıkarı etkilenecek olan Devletlerin nükleer
silah sahibi Devletler olduğu, bu Devletlerin de nükleer silahların kullanımın-
ın gayri meşru olduğuna ilişkin bir inanç taşımadıkları, dolayısıyla da karşı
görüşteki diğer Devletlerin sayısı ne olursa olsun, bunun nükleer silahların
kullanımını yasaklayan bir örf adet hukuku kuralı yaratmaya yetmeyeceği-
dir⁶⁵. Buna karşıt görüş ise, ne nükleer bir savaşa veya herhangi bir nükleer
faaliyete girmeye niyeti olan, ne de böyle bir faaliyetin hedefi olmayı bekle-
yen nükleer silah sahibi olmayan bir Devletin de, Divandan istenen istişari
mütalaada özel bir çıkarı bulunduğu, çünkü 'masum bir seyirci' olarak, çev-
reye yayılacak radyoaktif maddelerin etkilerinden kendi halkının güvenliği

⁶⁰ Yargıç Schwebel'in Karşı Görüşü, *International Legal Materials*, Vol. 35, 1996, s. 2.

⁶¹ Amerikan vatandaşı olan Yargıç Stephen Schwebel, Divan'da görev yapmaya başladığı
1981 yılına kadar Amerikan hükümeti adına çeşitli milletlerarası konularda hukuki dan-
ışmanlık yapmıştır.

⁶² FALK, *Op. cit.*, s. 72. Krş. MATHESON, *Op. cit.*, s. 360. Matheson, Divan'ın bu kara-
rını yerinde ve çok önemli bir karar olarak görmektedir. Ancak bu değerlendirmeyi,
Matheson'un, istişari mütalaa talebi üzerine ABD'nin verdiği yazılı görüşün sahibi kim-
liğiyle değerlendirmek gerekiyor.

⁶³ BMGK YG-ABD, s. 8-9.

⁶⁴ BMGK YG-ABD, s. 14.

⁶⁵ BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 24.

ve sağlığı, ekonomisi ve kırılgan çevresi için ciddi bir tehlike algıladığını dile getirmiştir⁶⁶. Konu küresel çıkarla ilgili olduğu için, özel çıkarın aranmasına gerek yoktur. Ancak Divan, böyle bir çıkarı gözetmemiştir. Dünyanın bazı bölgeleri, nükleer silahların etkilerinden, diğer bölgelere nazaran daha fazla zarar görmüştür. Nükleer denemelerin mağdurları, çoğunca fakir ve gelişmekte olan Devletlerdir ve nükleer silahların kullanıldığı tek silahlı çatışma Asya'da, gelişmiş Batılı Devletlerden çok uzakta meydana gelmiştir. Bununla birlikte, Divan'ın verdiği bu kararlar birlikte, nükleer silah sahibi olduğunu ilan eden Devletler (ABD, Fransa, Rusya, Çin ve İngiltere) milletlerarası topluluğun önemli bir kısmını oluşturduklarının vurgulanması ile günü kurtarmışlardır⁶⁷.

3. 4. 2. Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararları

Bu başlık altında, nükleer silah kullanımının, böyle bir kullanımın silahlı çatışmalarda uygulanacak milletlerarası hukuka aykırı olduğunu söyleyen bir dizi BM Genel Kurul kararı ile yasaklandığı da iddia edilmiştir⁶⁸. Karşı görüşteki Devletler ise, BM Genel Kurul kararlarının milletlerarası hukuk yaratmayacağını, bu kararların, içerikleri Devletler tarafından genel olarak kabul edilmesi durumunda zaten mevcut bulunan örf adet hukukunun bir kanıtı olabileceğini söylemişlerdir⁶⁹. Divan, BM Genel Kurul kararlarının bir *opinio juris*'in ortaya çıkışına kanıt olarak gösterilebileceğini ancak nükleer silahların konusunda böyle bir durumun söz konusu olmadığını, zira işaret edilen kararlarda pek çok karşı ve çekimser oyun bulunduğunu belirtmiş, bunun da, milletlerarası toplulukta genel bir uzlaşının olmadığını işareti olduğuna karar vermiştir⁷⁰.

3. 4. 3. Milletlerarası Ahdi Hukuk

Nükleer silahların kullanımı konusunda genel bir yasağın milletlerarası örf adet hukukunda bulunmaması nedeniyle böyle bir kuralın varlığı, bir sonraki aşamada, milletlerarası anlaşmalarda aranmıştır. Nükleer silahlarla ilgili pek çok milletlerarası metin bulunmasına rağmen Devletler, bu metinlerin nükleer silahların kullanımını gayri meşru hale getiren genel bir ilkenin işareti olup olmadıkları konusunda anlaşmazlığa düşmüştür.

⁶⁶ BMGK YG-Solomon Adaları, s. 3-4.

⁶⁷ KRISTJÁNSDÓTTIR, Op. cit. , s. 325.

⁶⁸ BMGK YG-Mısır, s. 7-8; BMGK YG-Malezya, s. 13.

⁶⁹ BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 28; BMGK YG-ABD, s. 18-20.

⁷⁰ İstişari Mütâlaa, prg. 70-1.

Milletlerarası andlaşmaların bir kısmı, nükleer silahların belli bölgelerde kullanımını yasaklamaktadır. Örneğin, Antarktika Andlaşması⁷¹ Antarktika'da, Tlatelolco Andlaşması ve Protokolleri⁷² Latin Amerika'da, Rarontonga Andlaşması ve Protokolleri Güney Pasifik'te, Nükleer Silahların ve Diğer Kitle İmha Silahlarının Deniz Yatağına, Okyanus Tabanına ve Toprak Altına Konulmasının Yasaklanması Andlaşması⁷³ deniz yatağında ve Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanılması Andlaşması⁷⁴ uzayda nükleer silahların kullanılmasını yasaklamıştır. Divan bu bölgesel andlaşmaların "nükleer silahların mevcudiyetinden hasıl olacak zararlardan Devletler topluluğunu ve milletlerarası düzeyde tüm insanları kurtarma ihtiyacı yönündeki gittikçe artan bilince" kanıt oluşturduğuna kanaat getirmiş, ancak bunları nükleer silahların tehdidi veya kullanımına ilişkin genel ve kapsayıcı bir yasağın kaynağı olarak görmemiştir⁷⁵. Nükleer silah sahibi Devletlerin bu andlaşmalara koydukları çekinceler ve Tlatelolco ya da Rorotonga Andlaşmalarına taraf diğer Devletler tarafından bu çekincelere önemli bir itiraz getirilmemiş olması, bu kararın temelini oluşturmuştur⁷⁶.

Bu bağlamda bir başka tartışma konusu da, nükleer silahların imali, denemesi ve bu silahlara sahip olunmasıyla ilgili andlaşmalar olmuştur. Nükleer silah sahibi Devletler, nükleer silahlarla ilgili düzenlemelerin, örneğin nükleer silah denemelerini yasaklayan andlaşmaların, sadece belli noktalarda yasak ya da sınırlama getirdiğini, bunun aynı zamanda bazı durumlarda nükleer silah kullanımının meşru olduğu anlamına da geleceğini, zira aksi takdirde nükleer silahlara sahip olmanın ve bunları denemenin amaçsız ve anlamsız olacağını iddia etmişlerdir⁷⁷. Divan, yine, bu tip andlaşmaların milletlerarası topluluktaki nükleer silahlara ilişkin artan kayguların göstergesi olduğunu, bunların ancak gelecekteki bir genel yasaklamanın habercisi olabileceğini, bununla birlikte bu andlaşmalarla bir yasağın oluşturulamayacağını belirtmiştir⁷⁸.

71 RG. T. 18 Eylül 1995, S. 22408.

72 14 Şubat 1967 tarihli Latin Amerika'da Nükleer Silahların Yasaklanmasına Dair Andlaşma, metin için bkz. International Legal Materials, Vol. 6, 1967, s. 521-34.

73 11 Şubat 1971 tarihli Andlaşma; metin için bkz. International Legal Materials, Vol. 10, 1971, s. 146-51.

74 R. G. 01. 06. 1968-12913.

75 İstişari Mütâlaa, prg. 63.

76 İstişari Mütâlaa, prg. 62.

77 BMGK YG ABD, s. 13.

78 İstişari Mütâlaa, prg. 62-3.

Bunlardan başka, Amerika Birleşik Devletleri ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği Arasında Nükleer Savaşın Önlenmesi Andlaşması⁷⁹, 1971 Nükleer Savaş Tehlikesinin Azaltılması Önlemleri Andlaşması ve Nükleer Tehlikeyi Azaltma Merkezinin Kurulmasına Dair Andlaşma, nükleer silahlara sahip olmaya ve bu silahları kullanmaya ilişkin Devlet iradesine bir kanıt olarak gösterilmiştir⁸⁰. Nükleer silah sahibi Devletler, bu andlaşmaların pek çok hükmünün ancak nükleer silahların kullanımının müzakereci Devletler tarafından gayri meşru kabul edilmediği varsayımına dayanıldığı tahdirde anlaşılabilir olduğunu savunmuştur⁸¹.

Aynı şekilde, Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması'nın⁸² (NSYÖA) ve nükleer silah sahibi Devletler tarafından nükleer silah sahibi olmayan müttefikleri için sağlanan güvenlik garantilerinin aynı varsayımına, yani müzakereci Devletlerin bu silahların gayri meşru olduğunu düşünmemiş olduklarına dayandığı, nükleer silah sahibi Devletler tarafından savunulmuştur⁸³. Bu iddiaya göre, NSYÖA, nükleer silah sahibi Devletlere, nükleer silah sahibi olmayan Devletlerden daha farklı sorumluluklar yüklediğine göre, böyle bir muamele farklılığını yasaklama ile uyumlu düşünmek mümkün değildir. Buna göre, NSYÖA, hem nükleer silah sahibi Devletlerin bu durumlarını kabul etmekte hem de bu silahların belli şartlarda kullanılabileceğini öngörmektedir. Ne var ki, bu muhakemenin göz ardı ettiği şey, nükleer silah sahibi Devletlerin NSYÖA'ya katılmalarının, dünya haritasına yeni nükleer güçlerin girişini engellemek olabileceğidir⁸⁴. Nitekim Divan da, NSYÖA ve diğer andlaşmaları, gelecekteki genel bir yasaklamanın habercisi olarak görmekten öteye gitmemiş, ancak bununla birlikte, *dispositif* 2(F)'te, Devletlerin nükleer silahsızlanma konusunda müzakereleri iyi niyetle devam ettirmesini *erga omnes* bir ödev olarak kabul etmek suretiyle, NSYÖA'ya, bağlayıcı bir gönderme yapmıştır.

3. 4. 4. BM Şartı ve Meşru Müdafaa Hakkı

Divanın ortaya koyduğu *dispositif*'in 2(E) fıkrası, belki de istişari mütalaanın en tartışmalı noktasını oluşturmaktadır. Fıkra, Genel Kurul'un sorusunun özünde yatan noktaya cevap vermektedir: "*Bir Devlet, varlığını devam ettir-*

⁷⁹ 22 Haziran 1973 tarihli Andlaşma, International Legal Materials, Vol. 12, 1973, s. 896.

⁸⁰ BMGK YG-ABD, s. 14.

⁸¹ BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 22.

⁸² 1 Haziran 1968 tarihli Andlaşma, metin için bkz. , International Legal Materials, Vol. 7, 1968, ss. 811-7.

⁸³ BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 23.

⁸⁴ KRISTJÁNSDÓTTIR, Op. cit. , s. 334.

menin söz konusu olduğu bir savunma durumunda, nükleer silah tehdidi veya kullanımına başvurulabilir mi?" Nitekim nükleer silah taraftarı Devletler, nükleer silahların meşruiyeti iddialarını temel olarak meşru müdafaa hakkına dayandırmışlardır. Örneğin İngiltere bunu şu şekilde dile getirmiştir⁸⁵:

Nükleer silah kullanımını özel olarak yasaklayan milletlerarası bir hukuk kuralının yokluğunda, bu silahların kullanımının meşruiyeti kuvvet kullanmaya uygulanacak hukuk ilkelerine göre değerlendirilmelidir. Bu ilkelere göre, kuvvet kullanımı sadece, BM Şartı ve silahlı çatışmalar hukukun gerekleri uyarınca kuvvet kullanımına izin verilen durumlarda meşrudur.

BM Şartı md. 2(4), BM'nin yetkili bir organı tarafından izin verilmedikçe ya da meşru müdafaa durumu söz konusu olmadıkça, kuvvet kullanımını yasaklamaktadır. Şart'ın 51. maddesi ise "bu Şartın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler Üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi milletlerarası barış ve güvenliğin devamı için gerekli tedbirleri alıncaya kadar, doğal olan münferit veya müşterek meşru müdafaa hakkına hâlel getirmez" demektedir.

Sonuç olarak, nükleer silah taraftarı Devletler, nükleer silahların saldırı amaçlı kullanımının yasaklanabileceğini, ancak bu silahların, meşru müdafaaanın temel şartları karşılanmak suretiyle, meşru müdafaa esnasında meşru bir şekilde kullanılabileceğini belirtmişlerdir⁸⁶. Bu düşünceye karşı olanlar ise, nükleer silahların kullanımının Şart md. 2(4)'ü ihlal edeceğini ve bu kullanım orantısız bir hareket olacağı için kesinlikle meşru müdafaa aracı olamayacağını söylemiştir⁸⁷.

Meşru müdafaa tartışması, hangi nükleer silahların savunma silahı sayılacağından çok, meşru müdafaaanın klasik ölçütleri çerçevesinde gerçekleşmiştir; yani, öncelikle, müdafaa kararının *gerekli* ve son çare olması ve ikinci olarak, müdafaaada alınacak önlemlerin karşılaşılan tehlikeyle *orantılı* olması. Bu ilkeler, nükleer silah taraftarı Devletlere göre, "nükleer silahlara, aynen diğer silahlara uygulandığı şekilde, nükleer silahların nükleer saldırıya mı yoksa konvansiyonel saldırıya karşı mı kullanıldığına bakılmaksızın, uygulanabilecektir"⁸⁸.

85 BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 32. Aynı zamanda bkz. BMGK YG-Fransa, s. 25-30.

86 BMGK YG-Hollanda, prg. 31; BMGK YG-İngiltere, prg. 59.

87 BMGK YG-Mısır, s. 9-10; BMGK YG-Hindistan, s. 1-2; BMGK YG-İran, 1; BMGK YG-Meksika, s. 6-11; BMGK YG-Nauru, s. 3-7; BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 82.

88 BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 36.

Nükleer silah karşıtı Devletler, gerekliliğin nükleer silah kullanımını haklı kılabilceği iddiasını, *inter alia*, Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun şu görüşüne dayanarak reddetmişlerdir⁸⁹: “Askeri gerekliliği ya da savaşıma gerekliliğini, savaşın meydana getireceği acıları önlemek için düzenlenen yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla ortaya atmak anlamsızdır. . . milletlerarası hukuk kurallarına, bir çatışmanın hatta savaşın kaybedilmesi sonucunu doğuracak bile olsalar, riayet edilmelidir”.

Bununla birlikte nükleer silah taraftarı Devletler, nükleer silahların konvansiyonel bir saldırıya kullanılmasının orantısızlık olacağı için meşru kabul edilemeyeceği görüşünü bile kabul etmemişlerdir. Bu Devletlere göre, asıl mesele “*fiili saldırı durumunda, belirli bir nükleer silahın saldırıya uğramış bir Devletin savunulması için kullanılmasının orantılı olup olmadığıdır*”⁹⁰. Dolayısıyla bu yaklaşım, saldırının yapıldığı yerin, düşman tehdidinin tipinin, kullanılan nükleer silahın çapının ve olası etkilerinin, tehdidin yakınlığının ve sivillere olan tehlikenin büyüklüğünün dikkate alınmasını gerektirmektedir⁹¹. Böylece, eğer nükleer silahlar bizatihi orantısız değilse, o zaman orantılılık ilkesi sadece, sivil kayıpların askeri avantajı aşacağı, askeri hedeflere yapılan saldırıları yasaklayacaktır. İngiltere’ye göre, “*hiçbir nükleer gücün nükleer silahlara kolaylıkla başvurulması olası olmadığı için, nükleer bir silahın, çok ciddi bir askeri avantajın beklenmesi söz konusu olmadıkça kullanılması da olası değildir*”⁹².

Divana göre, Şart’ın ilgili hükümleri burada *herhangi bir* kuvvet kullanımına gönderme yaptığına ve özel olarak bir silahın kullanılmasından bahsetmediğine göre, BM Şartı’nda nükleer ya da konvansiyonel herhangi bir silahın açıkça yasaklandığını veya kullanılmasına izin verildiğini söylemek mümkün değildir⁹³. Buna ilaveten Divan, orantılılık ilkesinin nükleer silah kullanımını daima gayri meşru kılmayabileceğini belirtmiştir⁹⁴. Bununla birlikte, Divan’a göre, nükleer silah kullanımı silahlı çatışmada uygulanacak hukukun gereklerini karşılamalıdır ve nükleer silah tehdidi veya kullanımı bu hukuka özellikle de onun insancıl ilkelerine “*genellikle*” aykırıdır⁹⁵. Divanın, nükleer silahların kullanımına ilişkin kullandığı “*genellikle*” nitele-

89 BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 89.

90 BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 40-41.

91 BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 41; BMGK YG-ABD, s. 23.

92 BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 71; BMGK YG-ABD, s. 23.

93 İstişari Mütâlaa, prg. 39.

94 İstişari Mütâlaa, prg. 42.

95 İstişari Mütâlaa, prg. 42.

mesi, özellikle, tip ve etkisi dikkate alınmaksızın, her tür nükleer silahın gayrı meşru olduğu yönündeki iddiaya karşılık olarak kararda yer almıştır⁹⁶. Divan, bunun arkasından, bir Devletin varlığını devam ettirmesinin söz konusu olduğu uç bir durumda ise, nükleer silah kullanılmasının meşruiyeti konusunda karar veremediğini ilan etmiştir.

Dispositif 2(E) ile Divan, meşru müdafanın nükleer silah tehdidi veya kullanımını haklı çıkaracağını açıkça ifade etmeyi reddetmiştir, ancak bununla birlikte, milletlerarası hukukun, tehdit veya kullanıma dair genel bir yasağın böyle bir istisnasını mutlak surette kurala bağlamadığını da dile getirmiştir. Divan, sorunu açıklığa kavuşturmayarak, *non liquet*⁹⁷ meselesini⁹⁸ hukuksal tartışmaların merkezine taşımıştır⁹⁹.

Kararın tartışma konusu yapılmasını haklı kılan bir başka neden de, fıkranın yedi olumlu oya karşı yedi olumsuz oy alması sonucunda ancak Başkanın oyuyla kabul edilebilmiş olmasıdır. Bu durumda maddenin bu şekline muhalif kalan yargıçların görüşlerini de dikkate almamız gerekmektedir. Hemen söylememiz gerekiyor ki, karşı oy veren üç yargıç (Koroma, Shahabuddeen ve Weeremantry), bu karara karşı çıkma gerekçesi olarak, nükleer silahların hiçbir istisna gözetilmeksizin hukuken gayrı meşru sayılması gerektiğini bildirmişlerdir. Bu nedenle de, ne karardaki “genellikle” ifadesine ne de “uç bir durumda” nitelmesine katılmamışlardır. Bu şekilde düşünüldüğü takdirde, nükleer silahların genel olarak gayrı meşru olduğunu düşünen yargıçların sayısının on olduğunu söylemek mümkündür¹⁰⁰. Yani, nükleer silahların kullanımının *genellikle* gayrı meşruluğu açısından bakılacak olursa, karar ona karşı dördttür.

4. *JUS IN BELLO* UYARINCA NÜKLEER SİLAHLARIN TEHDİDİ VEYA KULLANIMINA İLİŞKİN DURUM

Silahlı çatışmalarda uygulanacak milletlerarası hukuk kuralları –*jus in bello*–, ya da bir başka deyişle milletlerarası insancıl hukuk ilkeleri, Lahey Konvansiyonları, Cenevre Konvansiyonları ve Soykırım Konvansiyonu’ndan çıkarılmaktadır. Bu hukuk kuralları, askeri operasyonlara ilişkin

⁹⁶ MATHESON, Op. cit. , s. 363.

⁹⁷ Non liquet, “açık olmayan” anlamına gelmekte ve mahkemeler tarafından uygulanacak hukukun mevcut olmadığına işaret etmek üzere kullanılmaktadır.

⁹⁸ İstişari Mütâlaa’nın non liquet karakteri üzerine ayrıntılı bir inceleme için bkz. Mariano J. AZNAR-GÓMEZ, “The 1996 Nuclear Weapons Advisory Opinion and non liquet in International Law”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 48, 1999, ss. 13-7.

⁹⁹ FALK, Op. cit. , s. 68-9; KRISTJÁNSDÓTTIR, Op. cit. , s. 339.

¹⁰⁰ FALK, Op. cit. , s. 67; WESTON, Op. cit. , s. 383.

düzenlemeler getirmek ve meşru müdafaa halinde dahi, savaşan-savaşmayan ayrımı yapmayan, meşru hedeflere aşırıya kaçan zarar veren, gereksiz acı çektiren, tarafsız Devletleri etkileyen, çevreye yaygın, uzun süre etkili ve ciddi zararlar veren silahların ve boğucu, zehirli ya da benzer diğer tüm sıvı ve maddelerin kullanımını yasaklamaktadır.

Divan ise milletlerarası insancıl hukukun temel ilkelerini şu şekilde özetlemiştir¹⁰¹:

Birinci [ilke], sivil nüfusun ve sivil hedeflerin korunmasını hedeflemektedir ve savaşanlar ve savaşmayanlar ayrımı yapmaktadır; Devletler sivilleri kesinlikle saldırı hedefi yapmamalıdır ve bunun sonucu olarak sivil ve askeri hedefleri birbirinden ayıramayan silahları kesinlikle kullanmamalıdır. İkinci ilkeye göre, savaşanlara, gereksiz acı verilmesi yasaklanmıştır, dolayısıyla onlara böyle acılar veren ya da acılarını gereksiz yere artıran silahlar kullanılmamalıdır. İkinci ilkenin uygulanması Devletlerin, savaş araçlarını seçmede sınırsız tercih hakkına sahip olmalarını anlamına gelir.

Pek çok Devlet, nükleer silahların kullanılmasının, bu ilkelerin tümünü değilse bile bir kısmını ihlal edeceğini ileri sürmüştür¹⁰². Nükleer silah sahibi Devletlerin tümü Lahey ve Cenevre Konvansiyonlarına taraftır ve Çin haricinde tümü Nüremberg ilkelerini onaylamıştır; aynı zamanda ABD, İngiltere, Fransa ve Rusya, bu ilkelerin oluşturulmasında öncü rol oynamıştır.

4. 1. Çatışmanın Taraflarının Savaş Metot ve Araçları Konusunda Sınırsız Bir Tercih Hakkına Sahip Olmadıkları İlkesi

Nükleer silahların meşru olduğunu savunan Devletler, bu silahların herhangi bir silahla aynı kurala tabi olduğunu söylemişlerdir. Dolayısıyla, silahların kullanılmasından önce açık bir hüküm bulunmamakla birlikte bu silahlara ilişkin bir yasağın var olduğunu kabul etmenin bizzat kendisi meşru olmayacaktır. Buna karşın nükleer silah karşıtı Devletler, açık bir yasak olmasa da, silahlı çatışmalar hukuku uyarınca nükleer silahların kullanılmasının yasak olduğunu, zira kitle imha silahlarının mevcut andlaşmalarla zaten gayri meşru kabul edildiğini, yeni silahlar için özel yasaklar aranmasındansa, yapılması gerekenin mevcut hukukun bu silahlara uygulanması olduğunu söylemişler ve bu görüşleri için Tokyo Bölge Mahkemesi'nin, *Hiroşima Davası*'ndaki şu kararını gerekçe göstermişlerdir¹⁰³: "...yeni bir silahu, sırf

¹⁰¹ İstişari Mütâlaa, prg. 78.

¹⁰² BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 12, 3. 18; BMGK YG-Hindistan, s. 1-2; BMGK YG, İran, s. 1; BMGK YG, Meksika, s. 6-11; BMGK YG-Nauru, s. 3-7.

¹⁰³ Tokyo Bölge Mahkemesi Kararı, 7 Aralık 1963, aktaran: BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 20. Aynı zamanda bkz. WHO YG-Iran, s. 1; WHO YG-Meksika, s. 7.

yeni olduğu için meşru kabul edemeyiz; yeni bir silaha, milletlerarası pozitif hukukun uygulanması yerindedir”.

Çatışma taraflarının savaş metot ve araçlarının seçiminde sınırsız bir tercih hakkına sahip olmadığı ilkesi, örf adet hukukunun yerleşmiş bir kuralıdır ve 1907 Lahey Düzenlemelerinin 22. maddesiyle somutlaşmış, Ek Protokol I md. 35(1) ile yeniden dile getirilmiştir. Ancak nükleer silah sahibi Devletler bu düzenlemenin tek başına belli bir türdeki silahın yasaklanmasını sağlayamadığını söylemişler, özellikle de *“bu ilke ile meşru müdafaa hakkı arasındaki uyumsuzluğa”* vurgu yapmışlardır¹⁰⁴. Dolayısıyla bu aşamadan sonra yapılması gereken, milletlerarası hukukun başka yerlerinde savaş metot ve araçları hakkında sınırlama yapan hükümleri araştırmak olmuştur.

4. 2. Martens Kaydı

Nükleer silah karşıtı Devletler, *jus in bello* bağlamındaki tartışmalarını, Cenevre Konvansiyonları, 1977 Ek Protok I md. 1(2)'deki Martens kaydına yaptıkları göndermeyle desteklemişlerdir. Martens Kaydına göre:

Bu protokol veya diğer milletlerarası andlaşmalarla düzenlenmeyen durumlarda, siviller ve savaşımlar, yerleşmiş örf adet hukukundan, insani ilkelere ve kamu vicdanının emirlerinden çıkarılan milletlerarası hukuk ilkelere korunması yetkisi altında kalmaya devam ederler.

Divanın çoğunluğu, *“Martens Kaydı'nın varlığının ve uygulanabilirliğinin devam ettiği şüphe götürmez; dolayısıyla bu, insancıl hukuk ilke ve kurallarının nükleer silahlara uygulanacağı anlamına gelir”* görüşündedir¹⁰⁵. Bu şekilde Divan, Martens Kaydı'nın ve Nüremberg İlkeleri'nin niçin ve nasıl insancıl hukukun önemli bir parçasını oluşturduğunu açıklamış ve her ikisinin de nükleer silahlara uygulanabileceğini kabul etmiştir¹⁰⁶. Bu karar, Kaydın *“nükleer silahlar hakkında açık bir andlaşma hükmü olmamasının bu silahların kullanılmasını meşru kılmaya yetmediğini”* kabul etmekle birlikte, aynı zamanda Kaydın *“tek başına nükleer silahların gayri meşru kılmadığını”* savunan Devletlerin¹⁰⁷ iddiasını geçersiz hale getirmiştir. Divan, buna ilaveten, tüm Devletlerin insancıl hukukun temel kurallarına, *“bu kuralları içeren konvansiyonları onaylamış olsunlar veya olmasınlar”* uymaları gerektiğini, *“çünkü bunların milletlerarası örf adet hukukun çiğnenemez*

¹⁰⁴ BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 56.

¹⁰⁵ İstişari Mütâlaa, prg. 87.

¹⁰⁶ İstişari Mütâlaa, prg. 78-87.

¹⁰⁷ BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 58; BMGK YG-Rusya Federasyonu, s. 13 (Martens Kaydı'nın artık hükmünün kalmadığı ifadesiyle).

ilkelerini oluşturduğunu” belirtmiştir¹⁰⁸. Bununla birlikte, ilginçtir ki, Martens Kaydı, Divanın nükleer silahların her tür tehdidi veya kullanımının gayri meşru olduğunu ilan etmesine yetmemiştir.

Nüremberg İlkelerinin nükleer silahlarla ilgili alınacak bir karara temel alınmasının da ironik yönleri olduğu iddia edilmiştir. Nüremberg Mahkemesi, İkinci Dünya Savaşı'nın sonunda, savaşın galipleri tarafından kurulmuştu. Mahkemenin yargıçları, daha çok kısa zaman önce iki Japon kentine atom bombası atmış olan ABD'den ve nükleer güç olmak üzere olan Devletlerden gelmişlerdi. Bu durumda mahkeme, eğer nükleer silahlar örf adet hukukunu ihlal ediyorsa, yargıladığı ve suçladığı mahkumlarla aynı suçları işleyen Devletler adına karar vermişti ve Nüremberg İlkeleri bu örf adet hukukunun, Divanın da açık deyimiyle, önemli bir parçasını oluşturuyordu¹⁰⁹.

4. 3. Diğer Silahlar

Nükleer silahların dışında bazı diğer silahları özel olarak yasaklayan pek çok milletlerarası metin yürürlüktedir. Bunlar arasında, biyolojik ve kimyasal silahların, silahlarla çevrenin değiştirilmesi tekniklerinin ve patlayıcı mermilerin kullanımını yasaklayan andlaşmalar bulunmaktadır. ABD, bu tarz bir yasaklama uygulamasının nükleer silahların başka bir silaha benzetilerek yasaklanamayacağını gösterdiği belirtmiştir¹¹⁰. Buna karşın nükleer silah karşıtı Devletler, milletlerarası hukukun özel olarak bazı konvansiyonel silahların kullanılmasını, onların nitelikleri nedeniyle yasakladığını, nükleer silahların kullanılmasının sonuçlarının ve bu silahların özelliklerinin de, onların kullanımının gayri meşru olduğunu ispatladığını söylemişlerdir¹¹¹.

Divan nükleer silahların kendine özgü niteliklerinin¹¹² dikkate alınmasının gerekli olduğunu belirtmiş ancak bu niteliklerin nihai kararını nasıl etkilediğini kararın hiçbir yerinde tam olarak açıklamamıştır¹¹³.

¹⁰⁸ İstişari Mütâlaa, prg. 79.

¹⁰⁹ Paul W. KAHN, “Nuclear Weapons and the Rule of Law”, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 31, 1998-1999, s. 397-8.

¹¹⁰ BMGK YG-ABD, s. 10.

¹¹¹ BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 43-44.

¹¹² Nükleer silahların kendine özgü nitelikleri Divan tarafından şu şekilde belirtilmiştir (İstişari Mütâlaa, prg. 35):

“...nükleer silahlar, enerjisi atom birleşmesi (füzyon) veya ayrılmasından (fizyon) kaynaklanan patlayıcı araçlardır. Bugün mevcut olduğu şekliyle nükleer silahlar, bu sürecin [birleşme ve ayrılma] doğası nedeniyle, sadece yüksek miktarda ısı ve enerji açığa çıkarmakla kalmaz, aynı zamanda çok güçlü ve uzun süre etkili radyasyon da yayar. Divanın önündeki malzemeye göre, zararın ilk iki nedeni [ısı ve enerji] diğer silahların verdiği zarardan çok daha güçlüdür; radyasyon olgusu ise nükleer silahlara özgüdür denebilir. Bu

4. 4. Ek Protokol I

1949 Cenevre Konvansiyonlarına Ek iki Protokolü kabul etmiş olan 1974-1977 İnsancıl Hukukun Gelişimine Dair Diplomatik Konferans'ta, nükleer silahların meşruiyetine işaret edilmemesi konusunda açık bir karar alınmıştır. Konferans sırasında, Kızıl Haç Milletlerarası Komitesi (ICRC) "atomik, bakteriyolojik ve kimyasal savaşla ilgili sorunların milletlerarası anlaşmaların ya da hükümetlerce yürütülecek müzakerelerin konusu olduğunu ve Ek Protokol tasarılarını sunmakla ICRC'nin bu sorunlara ortaya sürmek niyeti olmadığını" belirtmiştir. Dolayısıyla, Ek Protokol I ile kurulan yeni kuralların nükleer silahlara uygulanmayacağı düşünülmüştür. Ancak Solomon Adaları, ABD, İngiltere ve Fransa hariç olmak üzere, şu anda Devletlerin Ek Protokol I'in nükleer silahlara uygulanmasını kabul ettiğini belirtmiştir¹¹⁴. Anti-nükleer hareket bu yorumu, hukuk belirli bir davranışı, bu davranışın gerçekleştirilebileceği tüm yolları belirtmeksizin yasakladığı zaman, böyle bir sessizliğin söz konusu davranışın başka bir şekilde gerçekleşmesine izin verdiği şeklinde anlaşılamayacağı ilkesi ile desteklemiştir. Dolayısıyla, Protokol I'in sessiz kalışı, Protokol'ün kesin bir şekilde yasakladığı faaliyetlerin nükleer silahlar vasıtasıyla yerine getirebileceği anlamına gelemez¹¹⁵. Buna ilaveten bu Devletler, Diplomatik Konferans'ta nükleer silahların Protokol dışında tutulması konusunda tam bir uzlaşma sağlanamadığını ve pek çok Devletin Konferans sırasında ve sonrasında karşı görüş ileri sürdüğünü belirtmişlerdir¹¹⁶.

Çoğunluk kararıyla Divan, Ek Protokol I'in uygulanabilirliğini ayrıntılı bir şekilde tartışmamış ve Protokol'ün tüm savaş metotlarını yöneten genel örf ve adet kurallarını değiştirmedeği sonucuna varmıştır¹¹⁷.

özellikler, nükleer silahları katastrofik kılmaktadır. Bu silahlar, tüm medeniyeti ve gezegenin bütün ekosistemini tahrip potansiyeline sahiptir.

Nükleer bir patlamayla açığa çıkan radyasyon, çok geniş bir alanda sağlığı, tarımı, doğal kaynakları ve nüfusu etkileyecektir. Bundan başka, nükleer silahların kullanılması, gelecek nesiller için de ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. İyonize radyasyonun, çevreye, besinlere ve deniz ekosistemine, geleceğe yönelik zarar potansiyeli mevcuttur ve gelecek nesillerde genetik bozukluklar ve hastalıklar meydana getirebilir".

¹¹³ KRISTJÁNSDÓTTIR, Op. cit. , s. 347.

¹¹⁴ BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 28.

¹¹⁵ BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 23.

¹¹⁶ BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 24.

¹¹⁷ İstışari Mütâlaa, prg. 84.

4. 4. 1. Zehirli, Kimyasal Silahların ve Benzer Sıvı ve Maddelerin Yasaklanması

1925 Cenevre Boğucu, Zehirleyici ve Benzer Gazların ve Bakteriyolojik Araçların Kullanılmasının Yasaklanması Protokolü¹¹⁸, savaşta, boğucu, zehirleyici ve diğer gazların ve tüm benzer sıvı, madde ve araçların kullanılmasını yasaklamaktadır. Pek çok Devlet, nükleer bir saldırının sonuçlarının, bu silahları, benzer sonuçları doğuran silahları yasaklayan milletlerarası kuralların alanına sokacağını, zira radyasyonun etkisinin bir zehirleme biçimi olarak görülebileceğini iddia etmiştir. Daha özel olarak, nükleer silahların toksik sonuçlarının kimyasal silahların sonuçlarına benzetilebileceği, kimyasal silahların ise milletlerarası hukukça yasaklandığı söylenmiştir. Aynı şekilde, nükleer silahların zehirleyici sonuçlarının, 1889 İkinci Lahey Bildirgesinin 23. maddesi ve 1907 Dördüncü Lahey Konvansiyonuna eklenmiş Düzenlemelerin 23(a) maddesi uyarınca gayri meşru olduğu kabul edilmiştir¹¹⁹. Diğer Devletler ise buna, 1907 Lahey Düzenlemelerinin 23(a) maddesinin ve 1925 Protokolü'nün, *birincil* etkisi, zehirli gazların veya diğer maddelerin solunması ya da vücuda girmesi vasıtasıyla öldürmek ya da yaralamak olan silahlara uygulanmak üzere oluşturulduğunu, zehir etkisi *ikincil* ya da sonradan olan silahların bu kapsama girmediğini söylemişlerdir¹²⁰.

Divan bu tartışmayı, nükleer silahların esasında zehirli olmadıkları ve söz konusu milletlerarası hukuk metinlerinin de özel olarak nükleer silahlara gönderme yapmadığı kararıyla reddetmiştir¹²¹. Nükleer silahların birincil ve ikincil etkileri arasındaki ayrımın yeterli bir açıklama sağlayıp sağlamadığı açık olmasa bile, zehirleyici silahlara ilişkin bir yasağın, diğer türdeki bir zehirlenmeyi ve yaralamayı niçin yasaklamadığı anlaşılması güç bir noktadır. Divanın bu görüşünün arkasında yatan asıl nedenin, silahsızlanma metinleri üzerindeki çok taraflı müzakereleri hükümsüz kılmamak amacı olduğunu söylemek mümkündür; zira Divan'a göre "*kitle imha silahlarının özel metinlerle gayri meşru ilan edilmesi, bu silahlara has bağlamalarda ve nedenlerle müzakere ve kabul edilmiştir*"¹²². Divan burada, yine, nükleer silahların kendilerine özgü niteliklerini kabul etmektedir. Ancak kararın talihsizliği,

¹¹⁸ R. G. 7. 4. 1931, S. 1768.

¹¹⁹ WHO YG-Maleyza, s. 11-2; WHO YG-Meksika, s. 7; BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 73; BMGK YG-İsveç, prg. 5.

¹²⁰ BMGK YG-ABD, prg. 24-5; BMGK YG-Hollanda, prg. 18; BMGK YG-İtalya, s. 3.

¹²¹ İstışari Mütâlaa, prg. 55-6.

¹²² İstışari Mütâlaa, prg. 55-6.

nükleer silahların sonuç itibarıyla zehirli olmadığı kabul edilmiş olmasıdır¹²³.

Elbette, Divanın başka bir muhakeme tarzını seçmiş olması beklenebilirdi. Nükleer silahların zehirleyici ve boğucu etkisi -her ne kadar Divan bu zehirliyi ya da boğucu etkiyi birincil/ikincil ayrımını kabul etmek suretiyle göz ardı etmiş ise- de- yukardaki andlaşmalarda özel olarak yasaklanmış silah ve maddelerden çok daha fazladır. Eğer milletlerarası topluluk daha az tehlikeli bir silahı yasaklamışsa, bu yasağın çok tabii olarak -ister ahlaken isterse mantıken- daha tehlikeli olanı da kapsayacağı düşünülebilir. Birinciyi yasaklayıp ikinciyi serbest bırakmanın hiç bir haklı gerekçesi yoktur. Bununla birlikte Divan, böyle genişletici bir yorum yapmayı tercih etmemiştir¹²⁴. Falk, bu yaklaşımın, *inter alia*, yargıçların milletlerarası hukuk yükümlülüklerini değerlendirişlerindeki pozitivist tutumu yansıttığını söylemektedir¹²⁵. Yargıçlar, yaptıkları hukuki analizlerde, doğal hukukçu ya da Marksist anlayışa dayanmamışlardır. Sadece karşı oy kullanan üç yargıç, özellikle de Yargıç Weeramantry, doğal hukuk ve pozitif hukuk yaklaşımlarını harmanlayarak, Divanın daha geniş bir yorum yapmamasını eleştirmiştir¹²⁶. Gerçekten de Weeramantry, radyasyonun hardal gazı gibi bir zehir kabul edilmesi gerektiğini, bunun sonucu olarak da milletlerarası ahdi hukuk uyarınca nükleer silah kullanımının zehirleyici ya da boğucu gaz kullanımı gibi yasak olduğunun kabul edilmesi gerektiğini söylemiştir. Böyle bir muhakeme de, esasen, pozivist ya da pozitivist olmayan tutum arasındaki ayrılığı yansıtmamaktadır. Yapılmak istenen, nükleer silah karşıtı Devletlerin isteği lehine olmak üzere, pozitivist bir yaklaşımla mevcut hükümlerin yorumlanmasıdır¹²⁷.

4. 4. 2. Gereksiz Acı Vermeme

1977 Ek Protokol I md. 35(2), gereksiz acı veren silahların kullanımını yasaklamaktadır. Buna dayanan pek çok Devlet, nükleer silah kullanımının, bu yasağı ihlal ettiğini belirtmiştir¹²⁸. Nükleer silah sahibi Devletler ise, bu yasağın, askeri amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olanı aşan bir şekilde kişilerin acılarını artırmak için tasarlanmış silahlara yönelik olduğunu, dola-

¹²³ KRISTJÁNSDÓTTIR, Op. cit. , s. 350.

¹²⁴ KAHN, Op. cit. , s. 384-6.

¹²⁵ FALK, Op. cit. , s. 66.

¹²⁶ Yargıç Weeramantry'nin Karşı Görüşü, International Legal Materials, Vol. 35, 1996, prg. 12.

¹²⁷ KAHN, Op. cit. , s. 387.

¹²⁸ BMGK YG-Hindistan; BMGK YG-İsveç, s. 5; BMGK YG-Meksika, s. 13; BMGK YG-Mısır, s. 13; BMGK YG-Solomon Adaları, s. 37-50.

yısıyla bir silahın kullanılması askeri amaç için gerekli olduğu müddetçe, o silah sırf büyük acılar veriyor diye yasak sayılamayacağını söylemiştir¹²⁹. İngiltere, biraz daha geniş bir açıklama getirerek, bir Devletin meşru askeri amacına ulaşmak için yeterli askeri kuvveti kullanmasının tek yolunun nükleer silah kullanımı olabileceğini, böyle bir durumda, her ne kadar düşmana çok büyük zarar verilecekse de, gereksiz acı vermeden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Divan da, bu tartışmayı geniş bir şekilde ele almamış, sorunun askeri bir nitelik taşıdığını ve kendisinin bu konuda yetkin olmadığını belirtmiş, gereksiz acı veren savaş metot ve araçlarının yasak olduğunu, ancak herhangi bir durumda nükleer silah kullanımıyla ilgili ortaya çıkabilecek sonuçların farklılık taşıyabileceğine karar vermiştir¹³⁰.

4. 4. 3. Ölümün Kaçınılmaz Olması

Gereksiz acı vermeme ilkesi konusundaki farklı bir tartışma da nükleer silahların kullanılması durumunda, 1868 St. Petersburg Bildirgesi'nin ihlali sayılacak bir şekilde, patlamanın meydana geldiği alanda ölümün kaçınılmaz olmasıdır¹³¹. St. Petersburg Bildirgesi'nin nükleer silahlara uygulanmasına karşı çıkan Devletler, Bildirgenin esas olarak, düşman kuvvetlerinin etkisiz hale getirilmesi yeterli olduğu durumlarda bile insan öldüren silahları konu edindiğini söylemişlerdir. Dolayısıyla, örneğin, patladığı alanda ölümcül etkilere ve korkunç yaralanmalara neden olan patlayıcı top mermilerinin bu kapsama girmediğini, zira bu silahların askeri yönden sağladığı faydanın insan kaybını haklı hale getirdiğini savunmuşlardır¹³². Sonuç olarak, askeri eylemin meşruiyeti ile desteklendiği müddetçe, nükleer silahların St. Petersburg Bildirgesi ile yasaklanmış olduğunu kabul etmek mümkün değildir¹³³.

Buna karşın nükleer silah karşıtı Devletler, St. Petersburg Bildirgesi'nde yer alan yasağın yürürlükte olduğunu ve Bildirge kaldırılmadığına ya da yerine başka bir metin konmadığına göre, her tür modern silaha uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakış açısıyla, nükleer patlamanın meydana geldiği bölgede ölüm sadece olası değil, muhakkak olacaktır. Bu ölümcül silah

¹²⁹ BMGK YG-ABD, prg. 28; BMGK YG-Hollanda, prg. 19-20; BMGK YG-İngiltere, prg. 50-2; BMGK YG-Rusya Federasyonu, prg. 12-3.

¹³⁰ İstişari Mütâlaa, prg. 95.

¹³¹ BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 42.

¹³² BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 65.

¹³³ BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 66, BMGK YG-ABD, s. 32-3.

aynı zamanda daha temel bir ilke olan savaşanlara verilecek zararın en aza indirilmesini de ihlal etmektedir¹³⁴.

Bununla birlikte, çoğunluk görüşü, yine, bu tartışmaları, nükleer silahların kullanımının silah çatışmalarda uygulanacak milletlerarası insancıl hukuk kural ve ilkelerine uygun olması gerektiğini belirtmek suretiyle sonuçlandırmıştır¹³⁵.

4. 4. 4. Sivil Nüfusun Saldırı Hedefi Yapılmaması

Milletlerarası insancıl hukukun bir ilkesi de, sivil nüfusun, meşru bir askeri saldırının doğrudan hedefi olamayacağıdır. Silahlı bir çatışmanın tarafları, sivilleri ve sivil hedefleri bir yana, savaşanları ve askeri hedefleri de diğer yana koyarak bunları birbirinden ayırmalı ve saldırılarını sadece ikinci kısma yöneltmelidir¹³⁶. Bununla birlikte nükleer silah taraftarı Devletler, bu kuralın, askeri hedeflere yapılan saldırının sırf sivillere veya sivil bölgelere de zarar verebileceği için yasaklanacağı anlamına gelmediğini, dolayısıyla meşru askeri hedeflere nükleer silahlarla yapılacak saldırının bu kuralı ihlal etmeyebileceğini söylemişlerdir¹³⁷. Nükleer silah karşıtı Devletler ise, kuralın, nükleer silah kullanımını, silahın boyutu ve vereceği zararın büyüklüğüne olursa olsun, milletlerarası hukuk uyarınca yasakladığı şeklinde yorumlamışlardır¹³⁸. Ancak Divan, insancıl hukukun bu özel kuralını da genişçe ele almayarak, daha önceki konularda yaptığı gibi, kararını genel bir ifadeyle sınırlamayı tercih etmiştir¹³⁹.

Nükleer silah taraftarı Devletler, çoğu durumda, nükleer silahların ayırım yapmayacak şekilde kullanılmasının sadece bir şehre veya şehir yakınına saldırı yapılması durumunda olası olduğunu, çünkü muhtemel sivil kayıplar açısından, nükleer silahların kullanılması için pek çok farklı durumun sözkonusu olabileceğini belirtmişlerdir. Bu görüşe göre, önemli olan, sivil nüfusun meşru bir hedef olmaması ile orantılılık ilkesinin gereklerinin birbirinden iyi bir şekilde ayrılmasıdır. Nükleer silahlar böyle bir ayırımı yapabilmektedir çünkü modern fırlatma sistemleri sivil nüfusu hedef almaksızın tam bir hedefleme yapabilmektedir ve bu tip silahlar sadece savunma durumunda

¹³⁴ BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 52-3.

¹³⁵ İstişari Mütâlaa, prg. 74-83.

¹³⁶ BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 67.

¹³⁷ BMGK YG-Yeni Zelanda, s. 17; BMGK YG-İngiltere, s. 52-4; BMGK YG-ABD, s. 22-3.

¹³⁸ BMGK YG-Hindistan; BMGK YG-Meksika, s. 13; BMGK YG-Mısır, s. 11-2; BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 47.

¹³⁹ İstişari Mütâlaa, prg. 74-83.

ve saldırgan tarafından yöneltilen tehdide orantılı bir şekilde kullanılacaktır¹⁴⁰. Ancak nükleer silah karşıtı Devletler bu açıklamayla ikna olmamışlar ve tam hedeflemenin tamamen teorik olduğunu, doğru olsa bile, yine de, insan sağlığının ve çevrenin korunması ile ilgili milletlerarası hukukun ihlal edilmiş olacağını söylemişler; Divan'a, nükleer silah kullanımı deneyimini ve bir kere açığa çıkmakla bir daha kontrol edilmesi mümkün olmayan radyasyonun etkilerini açıkça ortaya koyan büyük nükleer kazaları hatırlatmışlardır¹⁴¹. Bu konuda, nükleer silah taraftarı Devletlerin verdiği tek karşılık, "nükleer silahlar da dahil olmak üzere tüm silahların sivil nüfus merkezlerine karşı ya da ayırım yapmayacak bir şekilde kullanılabilmesi, böyle bir kullanımın ise gayri meşru olduğu, bununla birlikte doğru olmayan şeyin, nükleer silahların sadece ayırım yapmayan bir şekilde kullanılacağı olduğu" şeklindedir¹⁴².

5. SONUÇ

Nükleer silahların sahip oldukları yıkıcılık potansiyeli, nükleer silah sahibi Devletler tarafından da kabul edilen bir olgudur. İstisnai mütalaa çerçevesinde yapılmış tartışmalarda da, birkaç istisnai durum dışında, nükleer silahların tüm insanlık ve gezegen için ciddi bir tehlike olduğu inkar edilmemiştir. Ancak asıl tartışma, nükleer silah sahibi Devletlerin, bu silahları bir meşru müdafaa aracı olarak görmeleri konusunda ortaya çıkmıştır. Nitekim, kararın en çok konuşulan bölümü de, meşru müdafaa ile ilgili olarak verilen kısımdır (*dispositif 2(E)*). Karar bazı araştırmacılarca, nükleer silah kullanımının meşru olabileceği şeklinde anlaşılmışsa da, tüm metin ele alındığı takdirde, nükleer silah kullanımının gayri meşruiyetinin karara damgasını vurduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Öncelikle Divan, nükleer silahlara ilişkin açık bir yasak olmamasının nükleer silah kullanımını meşru kılmadığını belirtmek suretiyle, *Lotus-Bozkurt Davası*'nda verdiği aksi yöndeki karardan bugüne kadar milletlerarası alanda meydana gelen dönüşümün altını çizmiş ve her ne kadar doktrinde ve milletlerarası metinlerde Devlet egemenliğine önemli vurgu yapılmakta ise de, pratikte, Devlet egemenliğinin küresel bakış açısıyla sınırlandırılmasının olanaklılığını ortaya koymuştur.

İkinci olarak, insancıl hukukun temel ilkelerinin çiğnenemez niteliği üzerinde ısrarla durulmuştur. Ancak, insancıl hukuka verilen bu önemin, Divan-

¹⁴⁰ BMGK YG-ABD, s. 23; BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 68.

¹⁴¹ BMGK YG-Solomon Adaları, prg. 3. 57 (Nagazaki, Hiroşima ve Çernobil felaketlerine işaret ederek).

¹⁴² BMGK YG-İngiltere, prg. 3. 54.

nın metinlere bağlı yorum ve muhakeme tarzını etkilememiş olması, özelde nükleer silahların, genelde ise savaşın insan hayatı ve çevre üzerinde yaptığı tahribatın tamamen ortadan kaldırılması için uğraşan kesimleri hayal kırıklığına uğratmıştır. Bu noktada, insancıl hukukun gelişiminin altında yatan nedenlerin ve bu hukuk alanının temel felsefesinin dikkate alınması ve nükleer silahların her türlü kullanımının bunlara aykırı olduğunun ilan edilmesi beklenebilirdi. Bununla birlikte Divan, milletlerarası hukuki sorunları sonuca bağlamayı amaç edinmiş bir organ olarak, milletlerarası hukuk ve milletlerarası siyaset konularının kesiştiği yerde suskun kalmayı tercih etmiştir. Bunda Divanı haklı çıkarabilecek tek nokta, milletlerarası hukukun günümüzdeki yapısı ve milletlerarası siyasetle olan sıkı ilişkisidir.

Nitekim Yargıç Higgins de, kararın sonuçsuz kalışı karşısındaki derin üzüntüsünü, kaleme aldığı karşı görüşünde dile getirmiştir. Higgins, böyle bir *non liquet* sonucu kabul edilemez olarak nitelendirmiş ve bunun milletlerarası hukuk sisteminin yetersizliği olarak anlaşılabilceğini söylemiştir. Ona göre, insancıl hukuka aykırı olan nükleer silahların kullanımının meşru olma ihtimaline açık bir kapı bırakılmıştır¹⁴³. Hatta karar, nükleer güçlerin Divan önünde talep ettiklerinden çok daha fazlasını onlara vermiş bulunmaktadır¹⁴⁴. Buna karşın yargıç Vereschetin'in cevabı, Divanın kural koymaktan yerinde bir şekilde kaçındığı, boşlukları doldurmayı reddetmekten ve ortaya çıkardığı eksikliği kabul etmekten başka şansının olmadığı şeklinde olmuştur¹⁴⁵.

Ancak böyle bir eleştiri, Divan'ın *dispositif* teki diğer kararlarını görmezden gelmemizi gerektirmez. Divan, her ne kadar nükleer silah kullanımının tamamen gayri meşru olduğunu ilan etmemişse de, böyle bir kullanımın insancıl hukukun ilkelerine ters düşmemesi gerektiğini dile getirerek, esasen büyük bir sınırlama getirmiştir. Dikkat edilecek olursa, kararda, caydırıcılık politikası çerçevesinde nükleer silahlara sahip olmaya ve bir Devletin hayati varlığının söz konusu olduğu bir meşru müdafaa durumunda nükleer silah kullanımına başvurma konularına, Divanın herhangi bir değerlendirme getirmeyeceği söylenerek, en azından bunların meşruluğuna ilişkin olumlu bir tutum takınılmamıştır. İşin doğrusu, bunların gayri meşru olduğu ilan edilmiş bile olsa, mevcut milletlerarası siyaset bağlamında, böyle bir kararın nasıl sonuç verebileceğinin gerçekten kestirilebilir olmadığıdır. Bu

¹⁴³ Yargıç Higgins'in karşı görüşü, *International Legal Materials*, Vol. 35, 1996, prg. 33.

¹⁴⁴ *Ibid.*, prg. 29.

¹⁴⁵ Yargıç Vereschetin'in ayrı görüşü. *International Legal Materials*, Vol. 35, 1996, s. 833.

kararın en tehlikeli yanı, belki de, ortak meşru müdafaa durumunda, üçüncü bir ülkenin nükleer silahlarını devreye sokma ihtimalidir.

Hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, Divanın *dispositif* 2(F)'te dile getirdiği konu, nükleer silahlar konusundaki gerçekliği yansıtmaktadır. Nükleer silahsızlanma yönünde, nükleer silah sahibi Devletlerin iyi niyetli olarak müzakereleri devam ettirmesi ve bunları sonuca vardırıarak uygulamaya geçirmeleri, gezegenin ve insanlığın karşı karşıya olduğu bu tehlikenin bertaraf edilmesi için büyük önem taşımaktadır. Nitekim, bu istişari mütalaanın yayınlanmasından beş ay sonra, 10 Kasım 1996'da, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Divanın bu mütalaasına cevaben, Malezya'nın sunduğu tasarımı, 115 olumlu, 22 karşı ve 32 çekimsiz oyla kabul etmiştir. Kararla, nükleer silahların geliştirilmesini, üretilmesini, denenmesini, taşınmasını ve tehdidini veya kullanımını yasaklamaya yönelecek müzakerelerin 1997'de başlaması istenmiştir.