

## “FİLİSTİN DUVARININ” HUKUKİ MAHİYETİ VE SONUÇLARI ÜZERİNE ULUSLARARASI ADALET DİVANININ İSTİŞARİ MÜTALAASI

Mehmet Emin ÇAĞIRAN\*

### Özet

İsrail 2002 yılında ülkesine ve vatandaşlarına yönelik terörist saldırıları bahane ederek işgal altında tuttuğu Filistin topraklarında güvenlik amacıyla bir duvar örmeye başlamıştır. Uluslararası hukuka açıkça aykırı olan bu uygulama BM Güvenlik Konseyinin gündemine getirilmiş, fakat ABD'nin vetosu sebebiyle bir karar alınamamıştır. Bu kez BM Genel Kurulu meseleyi görüşmüş ve UAD'den duvar inşasının hukuki mahiyeti ve sonuçlarıyla ilgili bir istişari mütalaa vermesini talep etmiştir. UAD verdiği mütalaa İsrail'in duvar yapımının başta insancıl hukuk ve insan hakları olmak üzere uluslararası hukukun temel hükümlerinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. İsrail, bu ihalden dolayı ortadan çıkan sorumluluğunun gereği olarak duvar inşasına derhal son vermeye ve bu konuda aldığı bütün tedbirleri geri almaya çağırılmıştır. Divanın verdiği istişari mütalaa bağlayıcı olmamakla birlikte İsrail'i bu olaydaki tutumunun gayri meşru olduğunu bir kez daha gözler önüne sermesi bakımından önemlidir.

**Anahtar Kelimeler:** Filistin Duvarı, İsrail, UAD, BM

### Abstract

In 2002, Israel started to construct a wall in Palestinian territories under occupation for security purposes by pleading terrorist attacks against the country and the citizens. This act which is openly contrary to international law has been brought to the agenda of United Nations Security Council. However, no conclusion has been reached because of the veto of the United States. United Nations General Council evaluated the issue and demanded an advisory opinion from International Court of Justice on jurisprudence and the consequences of the wall. ICJ, in her opinion, indicated that the construction of wall by Israel is the violation of humanitarian law and human rights at first and also the basic principles of international law. Israel was called to stop the construction of the wall and to take all measures back immediately because of her responsibilities which appeared by this violation. Although the advisory opinion of the Court is not binding, it is important in the sense that it puts forwards that the attitude of Israel on this issue is illegal.

**Key Words:** Paletsine Wall, Israel, ICJ, UN

---

\* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi, İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi

## Giriş

1 – Soğuk Savaş dönemini ifade eden en çarpıcı sembollerden birisi şüphesiz ki Berlin Duvarı idi. 1989’da duvarın yıkılışı aynı zamanda bir dönemin kapandığını ilan ediyordu. Bundan sonra artık duvarlar olmayacak denilirken, aynı duvar kısa süre sonra dünyanın bir başka yerinde tekrar karşımıza çıkıyordu. Bu kez duvar dünya ölçeğinde yeni bir kutuplaşmayı simgelemiyordu, ama daha özel bir bağlamda, zaten var olan iki halkın kutuplaşmasını fiziki bir engelle perçinlemek, “sonsuz kadar” sürdürmek gibi yeni bir işlev yüklenmişti. Küreselleşmenin konuşulduğu, ulus devletlerin ve sınırların artık kalkmakta olduğundan bahsedilen bir dünyada Filistin Duvarı denilen bu yeni duvar adeta genel gidişata meydan okuyan bir “anıt” gibi yükselmeye başladı. Soğuk Savaş sonrası “düzenin” mimarları duvarları yıkarak kurdukları düzenleriyle, getirdikleri hürriyetlerle iftihar ederken, bir de üstelik Büyük Orta Doğu Projesiyle bölgenin “kara bahtını” değiştirmek, demokrasi ve liberalizmi bölgeye getirmek için savaş dâhil her türlü “fedakârlığı” yapıyor iken ortaya çıkan Filistin Duvarı sanki “her şey yalan” der gibi bir hava estirmeye başladı. Gerçi, Filistin’in bir “istisna” olduğunu herkes biliyordu; ne Soğuk Savaş döneminin “amansız” Sovyet-Amerikan rekabeti ne ondan önce ne de sonra bu bölgede işler farklı görülüyordu. Diğer yerlerde ve herkes için geçerli olan ölçü burada işe yaramıyordu. Öyleyse duvardan rahatsız olmak gerekmezdi. Zira nasıl olsa burada her şey istisnaydı.

Yine de başta Arap devletleri olmak üzere, bir azınlık hariç uluslararası toplum bundan rahatsız oldu. Köyleri haritadan silmek, yüz binlerce kişinin yaşadığı şehirleri, bölgeleri abluka altına almak, kişileri kendi ülkesinde bile izin kâğıdıyla dolaştırmak ve sair uygulamalar neyse de, duvar kabul edilemezdi. Bu durumda en sert tepkiyi göstermek, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulunda bir karar daha almak ve yapılanların hukuka aykırı olduğunu bir kez daha ilan etmek “farz olmuştu”. Nitekim yapılması gerekenler yapıldı; BM Genel Kurulu olağanüstü toplandı, bir karar daha aldı ve durumu kınadı. Buna ilaveten, Genel Kurul bir şey daha yaptı ve meseleyi bir de Uluslararası Adalet Divanına (UAD) soralım dedi. Makalemizin konusu tam da burada başlamaktadır. Genel Kurul UAD’ndan ne sordu, Divan hangi yetkiyle, neye dayanarak ne cevap verdi? Makalemizde, Filistin Duvarıyla ilgili kısa bir bilgi verdikten sonra bu soruları ele alıp değerlendireceğiz. Hemen belirtelim ki, değerlendirmelerimiz esas olarak Divanın verdiği mütalaa, bunun öncesinde ilgili tarafların yazılı ve sözlü müdahaleleri ve BM Genel Sekreterinin konuyla ilgili hazırladığı oldukça teferruatlı raporlara dayanmaktadır ve meseleyle ilgili “niçin” sorularına girmeden ne olduğunu ortaya koyma amacıyla sınırlıdır.

### 1 – Duvarın Tarihi ve Divandan İstişari Mütalaa Talebi

2 – İşgal altındaki Filistin toprakları üzerinde bir duvar örülmesi düşüncesinin ne zaman ve nasıl ortaya çıktığını söylemek güç olmakla beraber, bu düşüncenin Batı Şeria’dan gelen “sızmaları” önlemeye yönelik çözümlerden

birisi olarak 1996 yılından itibaren resmi planda alenen tartışılmaya başlandığını biliyoruz. Duvar tedbirinin bir tasarı haline getirilmesi ve kabul edilmesi İsrail Hükümetinin 2001 Temmuzunda aldığı bir kararla resmîyet kazanmıştır<sup>1</sup>. Tasarının uygulamaya konulması ise 2002 yılında olmuştur. İsrail Hükümeti 2002 ilkbaharında terörist saldırılarda büyük bir artış olduğu iddiasıyla Batı Şeria'nın üç bölgesinde uzunluğu 80 kilometreye varan bir duvarın inşa edilmesiyle ilgili tasarımı kabul etmiştir<sup>2</sup>. Kararda, ayrıca, uygulamadan sorumlu İsrail Savunma Bakanlığına bağlı yeni bir idari birim kurulmuştur. Böylece, duvar tedbirinin uygulanması için gereken hukuki ve idari altyapı tamamlanmıştır. Artık, bundan sonrası aşamalarla duvarın inşa edilmesine kalmıştır.

Yapımı bitmiş olan, devam eden ve henüz tasarı halinde olan kısımları birlikte ele aldığımızda 5 aşamalı bir tasarı söz konusudur. İlk aşamayı oluşturan A kısmının yapım kararı 2002 yazında alınmıştır<sup>3</sup>. İsrail Hükümeti kararında duvarın güvenlik gerekçesiyle inşa edildiğini, siyasi veya başka türlü bir sınır oluşturma amacı taşımadığını belirtmektedir. Bu ifadeler, daha sonra değineceğimiz üzere, zaten tartışmalı olan mevcut sınırların da ötesinde, Filistin topraklarında hiçbir hukuki temeli olmayan bu uygulamayı asayişî sağlamaya yönelik “teknik” bir çözüm gibi gösterme düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Duvarın A kısmı esas olarak Batı Şeria'nın kuzeyinde yer almaktadır. Uzunluğu 123 kilometre olarak belirlenmiştir. Buna ilaveten, yine aynı kısma dâhil olarak, Kudüs'ün çevresinde 19,5 kilometrelik bir duvarın yapımı da öngörülmüştür. A kısmındaki duvarların hemen tamamı İsrail'in 1967 yılında işgal ettiği Filistin toprakları içinde bulunmaktadır. Genel olarak, duvarın izlediği yol Yeşil Hatta göre belirlenmekle birlikte, Yahudi yerleşim bölgelerine bağlı olarak değişiklikler yapılmıştır. A kısmıyla ilgili çalışmaların 31 Temmuz 2003 tarihinde bitirildiği ilan edilmiştir<sup>4</sup>. Diğer kısımlar Kudüs ve Batı Şeria'nın geri kalan bölgelerini çevreleyen B kısmı, Doğu Kudüs kısmı, Elkana'dan Ofer Kampına kadar olan kısım ve Güney Batı Şeria kısmıdır.

Genel bir değerlendirmeyle, bütün kısımların birleşmesiyle devamlı bir çizgi takip edecek olan duvarın toplam uzunluğu Batı Şeria boyunca uzanan 720 kilometreden oluşmaktadır. Belirttiğimiz üzere, Yeşil Hat izlenmekle beraber, bazı yerlerde bu hatla duvar arasında 20 kilometreden daha fazla bir

---

<sup>1</sup> A/ES-10/248, 24 novembre 2003, Rapport du Secrétaire général établi en application de la Résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale, § 4. BM Genel Sekreteri raporları da dahil olmak üzere, konuyla ilgili bütün resmi belgeler, kararlar, BM Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararları ve tartışma tutanakları, UAD önünde ilgili tarafların yazılı ve sözlü müdahaleleri UAD internet sitesinde toplu bir halde yer almaktadır ([www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm)).

<sup>2</sup> Karar 64/B, 14 Nisan 2002.

<sup>3</sup> İsrail hükümeti 23 Haziran 2002'de aldığı ilk kararında projeyi onaylamış, iki ay sonra 14 Ağustos 2002'de ise duvarın geçeceği yerler kesinleşmiştir.

<sup>4</sup> A/ES-10/248, §§ 5 ve 12.

mesafe kalmaktadır. Öyle ki, bu fark toplamda Batı Şeria'nın yüzölçümünün yaklaşık yüzde 17'sinin Yeşil Hatla duvar arasında kalmasına yol açmaktadır. Nüfus olarak ifade edecek olursak, Batı Şeria ve Doğu Kudüs birlikte alındığında 250 bine yakın Filistinli bu çevrilmiş bölgede kalmaktadır<sup>5</sup>. Kısaca anlattığımız özellikleriyle belirli bir bölgeyi deyim yerindeyse açık hapishane haline getiren bu duvarın doğrudan sebep olduğu birtakım hak ihlalleri – duvarın inşa edildiği bölgelerde ve çevresinde Filistinlilerin sahip olduğu toprakların zorla kamulaştırılmasına yönelik tedbirler, duvarın dolaşım, çalışma, sağlık ve benzeri birtakım temel hakların kullanılmasına engel teşkil etmesi gibi – meselenin hukuki açıdan değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır.

3 – Duvarın yapılmasına karşı ilk tepki Arap Birliğinden geldi. Birliğin dönem başkanlığını yapan Suriye bütün üye devletler adına Güvenlik Konseyine başvurarak İsrail'in işgal altında tuttuğu Filistin topraklarında ve Doğu Kudüs'te yayılcı politikasının bir uzantısı olarak yapımına başladığı duvar meselesinin incelenmesini talep etti<sup>6</sup>. Güvenlik Konseyi konuyu 14 Ekim 2003 tarihli toplantısında “Filistin meselesi de dâhil olmak üzere Orta Doğu'daki durum” başlığıyla gündemine aldı. Aynı gün yapılan iki oturumda konuyu etraflıca tartışılmasına rağmen<sup>7</sup>, Gine, Malezya, Pakistan ve Suriye tarafından sunulan ve duvar inşasından dolayı İsrail'in kınanmasını öngören karar tasarısı<sup>8</sup> ABD'nin veto etmesi sebebiyle kabul edilmedi<sup>9</sup>. Güvenlik Konseyinden karar çıkmaması üzerine Suriye Arap Birliği adına bu kez meselenin Genel Kurulda acil olağanüstü toplantıda görüşülmesini talep etti. Toplantı talebi bağlantısız devletler ve İslam Konferansı Örgütü üyesi devletler tarafından da desteklendi<sup>10</sup>. Genel Kurul 21 Ekim 2003 tarihli kararında İsrail'den uluslararası hukuka açıkça aykırı olarak nitelediği duvarın yapımını durdurmasını ve projeden vazgeçmesini talep etti<sup>11</sup>. Genel Kurul 8 Aralık 2003 tarihinde konuyla ilgili yaptığı ikinci toplantıda Genel Sekreterin duvarla ilgili hazırlamış olduğu özel raporu da dikkate alarak yeni bir kararı kabul etti<sup>12</sup>. Genel Kurul bu kararında UAD'na başvurarak istişari mütalaa talep etmiştir.

4 – BM Antlaşması'na göre UAD Örgütün 6 ana organından birisidir. Bir uluslararası yargı organı olarak temel işlevi devletler arasında hukuki nitelikteki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmasıdır. Divanın bir diğer işlevi

<sup>5</sup> A/ES-10/248, §§ 6-8. Duvarın teknik özellikleri ve bu hususta alınan diğer tedbirlerin teferruatlı bir değerlendirmesi için raporun ilgili bölümlerine bakılabilir.

<sup>6</sup> S/2003/973, 9 Ekim 2003.

<sup>7</sup> S/PV.4841 ve S/PV.4842.

<sup>8</sup> S/2003/980.

<sup>9</sup> S/PV.4842. Güvenlik Konseyi üyeleri Bulgaristan, Kamerun, Almanya ve İngiltere çekimser oy kullanmışlardır.

<sup>10</sup> A/ES-10/242; A/ES-10/243; A/ES-10/244 (15 Ekim 2003).

<sup>11</sup> ES-10/13, § 1.

<sup>12</sup> ES-10/14.

kendisinden istişari görüş istemeye yetkili kılınmış her organ veya kuruluşun isteği üzerine her türlü hukuki mesele konusunda istişari mütalaa vermektir. BM Antlaşması bu yetkili organlar arasında Genel Kurulun bulunduğunu açıkça belirtmektedir<sup>13</sup>.

ES-10/14 sayılı kararda Divandan acil olarak cevaplandırılması istenen soru şu şekilde formüle edilmiştir : “Uluslararası hukukun kural ve ilkelerini, özellikle 1949 Dördüncü Cenevre Sözleşmesini [savaş zamanı sivil şahısların korunmasına dair] ve meseleyle ilgili Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul tarafından alınan kararları dikkate alarak, Genel Sekreterin raporunda açıklandığı şekliyle, işgalci güç olan İsrail’in Doğu Kudüs’ün içerisi ve çevresi de dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında yapımına devam ettiği duvarın inşasının hukuki sonuçları nelerdir?”<sup>14</sup>.

## 2 – Divanın Yetkisi

5 – Bir ihtilafın çözülmesi veya istişari mütalaa için Divana başvurulduğunda ilk değerlendirilen husus Divanın başvuruyu kabul edip yargılama veya görüş bildirme yetkisinin olup olmadığıdır. Yargı yetkisi meselesi bazı durumlarda oldukça karmaşık soruların aydınlatılmasını gerektirmektedir. Duvar başvurusunda da Divan gerek başvuru usulü ve meselenin özünden kaynaklanan, gerekse İsrail’in itirazları sebebiyle bu olayda istişari mütalaa verme yetkisinin varlığını uzun uzadıya tartışmıştır. Buna ilaveten, bir olayda Divanın yetkili olduğunun belirlenmesi bu yetkinin otomatik olarak kullanılacağı anlamına gelmemektedir. Divan, belirli sebeplerin varlığı halinde görüş bildirme yetkisini kullanmaktan imtina edebilir. Dolayısıyla, yetki meselesini açıklığa kavuştururken, yetkisini kullanmayı gereksiz kılan sebeplerin varlığı ileri sürülüyorsa, Divan bu sorulara da cevap vermek durumundadır. İncelediğimiz olayda, İsrail’in bu yönde de itirazları olmuştur. Yetki meselesiyle ilgili şu hususu hatırlatmak gerekir ki, bu konuda karar verecek organ yine Divanın kendisidir<sup>15</sup>.

Divan yetki tartışmasına yukarıda andığımız BM Antlaşmasınının 96. maddesinin hükmünü hatırlatarak başlamaktadır. Buna göre, istişari mütalaa talep edebilecek diğer BM organları ve uzmanlık kuruluşlarından farklı olarak Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinin yetkisi genel mahiyette olup, her türlü hukuki meseleyi ilgilendirebilir. Dolayısıyla, hâlihazırdaki meselede de ilk bakışta Genel Kurulun mütalaa talep etme yetkisi tartışma götürmemektedir.

---

<sup>13</sup> Madde 96.

<sup>14</sup> ES-10/14.

<sup>15</sup> UAD Statüsü, madde 36, § 6. İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar Yapımının Hukuki Sonuçlar, UAD, istişari mütalaa, 9 Temmuz 2004, § 15 (Bu istişari mütalaa ile ilgili atıflar bundan sonra “UAD, Duvar, §” şeklinde olacaktır).

Yine de, Divan daha önce benzer durumlarda yaptığı gibi<sup>16</sup>, Genel Kurulun talebiyle faaliyetleri arasında bir ilişki olup olmadığını incelemeyi gerekli görmüştür.

Genel Kurulun görev ve yetkileri BM Antlaşmasının IV. bölümünde düzenlenmektedir. Konumuzla ilgili olarak özellikle 10, 11, 12 ve 14. maddelerde yer alan yetkiler önemlidir. Antlaşmanın 10, 11 ve 14. maddeleri Genel Kurulu barış ve güvenlikle ilgili olanlar da dâhil olmak üzere Antlaşma kapsamına giren bütün meseleleri görüşmek ve bu hususta gerekli gördüğü, uluslar arasındaki dostça ilişkileri tehlikeye sokacağını düşündüğü durumların barışçı yollarla düzeltilmesi için tavsiyelerde bulunmakla yetkilendirilmiştir. Burada öngörülen genel mahiyetteki tavsiye kararı alma yetkisinin tek istisnası 12. maddede belirtilen durumdur. 12. madde uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren meselelerde Genel Kurul ile Güvenlik Konseyi arasındaki yetki paylaşımını düzenlemekte ve önceliği Konseye bırakmaktadır. Buna göre Güvenlik Konseyi herhangi bir uyuşmazlıkla ilgili olarak duruma el koymuşsa, Genel Kurul bu durumla ilgili Konsey kendisinden talepte bulunmadıkça herhangi bir tavsiye kararı alma yetkisinden mahrumdur.

Bu hükümlerin ışığında bakıldığında Filistin’de duvar örülmesi uluslararası barışı ilgilendiren bir mesele olarak Genel Kurulun inceleme ve karar alma alanına girmektedir. İsrail bu hususa 12. maddedeki istisnaya dayanarak itiraz etmiştir. Bu devlete göre, Güvenlik Konseyinin Filistin meselesiyle aktif bir şekilde ilgileniyor olması Genel Kurulun aynı konuda karar almasına engel teşkil etmektedir; dolayısıyla, Genel Kurul Divandan istişari mütalaa istemek için karar almakla yetkilerini aşmıştır<sup>17</sup>. Divanın bu itiraza karşı ilk cevabı istişari mütalaa talebinin bir tavsiye kararı sayılmayacağı yönünde olmuştur<sup>18</sup>. Divan daha sonra BM Antlaşmasının ilgili maddeleri ve Genel Kurulun geçmiş uygulamalarının yorumuyla bu görüşünü desteklemiştir.

6 – İsrail bir diğer yetki aşımı itirazını Genel Kurulun toplanma şeklini gerekçe göstererek yapmıştır. Daha önce belirttiğimiz gibi, Genel Kurul Divandan görüş istediği 8 Aralık 2003 tarih ve ES-10/14 sayılı kararı 10. acil olağanüstü toplantı sezonunda almıştır. Söz konusu 10. sezon ilk defa 1997 yılında Güvenlik Konseyinin işgal altındaki Filistin topraklarında İsrail yerleşim birimleriyle ilgili iki karar tasarısını reddetmesi sonucu toplanmıştır. Dönemin Arap Birliği başkanı olan Katar 31 Mart 1997 tarihinde gönderdiği mektupta “Barış İçin Birlik” başlıklı A/RES/377 (V) sayılı karara dayanarak İsrail’in işgal ettiği Doğu Kudüs ve geri kalan Filistin topraklarındaki hukuka

<sup>16</sup> Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Yapılan Barış Andlaşmalarının Yorumu, UAD, istişari mütalaa, *Recueil 1950*, s. 70; Nükleer Silahların Kullanılma Tehdidi veya Kullanılmasının Meşruiyeti, UAD, istişari mütalaa, *Recueil 1996 (I)*, s. 232-233.

<sup>17</sup> Exposé écrit du Gouvernement de l’Etat d’Israel, § 4.17 vd.

<sup>18</sup> UAD, Duvar, § 25.

aykırı uygulamalarını görüşmek üzere Genel Kurulu acil olağanüstü sezonda toplanmaya çağırmıştır<sup>19</sup>. Çoğunluk tarafından benimsenen bu çağrı üzerine Genel Kurul 10. acil olağanüstü sezonun ilk oturumunu 24 Nisan 1997 tarihinde yapmış ve Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulun önceki kararlarına uymayan İsrail'i kınayan bir karar almıştır<sup>20</sup>. Olağanüstü sezon bu kararla kapatılmamıştır. O günden ES-10/14 sayılı karara kadar 10. olağanüstü sezon çerçevesinde değişik tarihlerde toplantılar yapılmış ve toplam 13 karar alınmıştır. İsrail, Genel Kurulun olağanüstü toplanmasının hukuki temelini teşkil eden A/RES/377 (V) sayılı karara uygun hareket etmediğini, diğer deyişle bu kararda öngörülmeleyen bir yetkiyi kullanarak Divandan görüş istediğini ileri sürmektedir<sup>21</sup>. Zira A/RES/377 (V) sayılı karar belirli bir olayda Güvenlik Konseyinin daimi üyeleri arasında görüş birliği sağlanamamasından dolayı uluslararası barış ve güvenliği koruma görevini yapamaz duruma düşmesi halinde, Genel Kurula o durumu incelemek ve tavsiye kararları almak yetkisi vermektedir<sup>22</sup>. İsrail Güvenlik Konseyinin kararda belirtildiği şekilde çalışamaz duruma düşmediğini, tam tersine Genel Kurulun Divandan görüş talep eden ES-10/14 sayılı kararından 19 gün önce 1515 (2003) sayılı bir karar alarak İsrail ve Filistin'i aralarındaki meseleleri görüşmeler yoluyla halletmeleri için bir yol haritasını belirlediğini söylemektedir.

Divan, bu itirazı Genel Kurulun 10. acil olağanüstü sezonda toplanmasının haklılığını sorgulayarak cevaplandırmaya çalışmaktadır. A/RES/377 (V)'e göre Genel Kurulu bu şekilde toplantıya çağırma için iki şartın yerine gelmesi gerekmektedir: birincisi, Güvenlik Konseyinin, bir veya daha fazla daimi üyesinin olumsuz oyu sebebiyle barış ve güvenliği koruma işlevini yerine getirememesi, ikincisi ise barışın tehdidi, bozulması veya saldırı eylemine benzer bir durumun bulunmasıdır. 1997'de 10. olağanüstü sezon çağrısı yapıldığı zaman Güvenlik Konseyi ABD'nin vetosu yüzünden, işgal altındaki Filistin topraklarında Yahudi yerleşimiyle ilgili karar alamayacak durumda idi; keza, bölgedeki durumun barış ve güvenliğe bir tehdit oluşturduğu da açıktır. 10. olağanüstü sezonda Genel Kurul 2003 Ekiminde tekrar toplantıya çağırıldığında da, yukarıda belirttiğimiz üzere, aynı durum söz konusudur. Yani, Güvenlik Konseyi bir daimi üyesinin olumsuz oyu sebebiyle duvar meselesiyle ilgili karar alamamıştır. Genel Kurulun Divandan istişari mütalaa talep ettiği 8 Aralık 2003 tarihine kadar Konseyin tutumu değişmediğine göre, olağanüstü toplantının yapılması ve karar alınması A/RES/377 (V)'e aykırı bir unsur içermemektedir<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> A/ES-10/1.

<sup>20</sup> ES-10/2.

<sup>21</sup> Exposé écrit du Gouvernement de l'Etat d'Israel, § 4.1 vd.

<sup>22</sup> A/RES/377 (V) sayılı karar 3 Kasım 1950 tarihinde Kore krizi vesilesiyle alınmıştır. Bu karar daha sonra Genel Kurulun Güvenlik Konseyinin yetkilerini belirli şartlar altında kullanmasına dayanak teşkil etmiştir.

<sup>23</sup> UAD, Duvar, § 31.

7 – İsrail istişari mütalaa talebinin konusuna dayanarak da Divanın yetkisine karşı itirazda bulunmuştur. İsrail'e göre Divana sorulan soru hukuki nitelikte bir soru değildir; ayrıca, soruda Divandan ne istenildiği açık bir şekilde belirtilmemektedir. Bu durumda mütalaa talebinin reddedilmesi gerekir. Zira Divan kendisine yöneltilen soruya cevap vermek, yani Filistin duvarının yapımının hukuki sonuçlarını tespit etmek için öncelikle duvar yapılmasının meşruiyeti üzerinde karar vermek zorundadır. Böyle bir karar ise, meselenin bütün boyutları ve karmaşıklığı dikkate alındığında, öncelikle Divanın bu konuda karar alma yetkisinin bulunmasını gerektirir. Böyle bir yetkinin bulunmaması halinde, Divanın mütalaa talebini reddetmesi lazımdır. Buna rağmen, Divanın duvar yapımının hukuki sonuçları üzerinde görüş bildirmesi ancak duvar yapımının hukuka aykırı olduğunu daha başlangıçta varsaymasıyla mümkün olacaktır. Bu durumda da doğruluğu tartışmalı bir varsayım dayalı karar çıkacağından, Genel Kurulun talebinin reddi yine en uygun cevap olacaktır<sup>24</sup>. Soruyu hukuki açıdan muğlâk kılan bir diğer husus, Divandan belirlenmesi talep edilen hukuki sonuçların muhatabının kim olduğunun belirtilmemiş olmasıdır. Divanın ortaya koyacağı sonuçlar BM organlarına mı, yoksa İsrail veya Filistin'e mi veya başka ilgili devletlere mi hitap etmektedir?<sup>25</sup>

Divan, bu itirazlara verdiği cevapta, **veri** bir durumun hukuki sonuçlarının uluslararası hukuk kuralları, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ve BM organları kararlarına dayanarak tespit edilmesini konu edinen Genel Kurulun sorduğu sorunun hukuki niteliğinin şüphe götürmediğini, hatta bu meselenin hukukun dışında tartışılmasının çok zor olduğunu belirtmektedir<sup>26</sup>.

Sorunun belirsiz ve eksik oluşu şeklindeki tenkite gelince, bu husus daha önce değişik davalar ve istişari görüşler vesilesiyle gündeme getirilmiş ve tartışılmıştır<sup>27</sup>. Divanın genel eğilimi yetkilerini mümkün olduğunca geniş yorumlamak yönündedir. Bu sebeple Divan, kendisine sunulan bir tahkimnamede veya görüş talebinde yer alan sorunun eksik veya hatalı olmasının yargılama yetkisini etkilemediğini düşünmektedir. Böyle bir durumda, Divan hatalı soruyu düzeltmek, hatta yeniden formüle ederek cevaplandırmak yoluna gitmektedir<sup>28</sup>. Belirtelim ki, Divanın yargılama yetkisinin ihtiyari olması, yani yetkinin ortaya çıkması, genişliği ve kullanılma şeklinin tarafların iradesine bağlı olması keyfiyetiyle kendisine yöneltilen soruyu gerekli gördüğü ölçüde değiştirmekte sakınca görmemesini

<sup>24</sup> Exposé écrit du Gouvernement de l'Etat d'Israel, § 5.1 vd. (özellikle § 5.6 vd. "L'hypothèse sous-jacente d'illécité" başlığı).

<sup>25</sup> *Ibid*, § 5.14 vd.

<sup>26</sup> UAD, Duvar, § 37.

<sup>27</sup> Bkz. Dünya Sağlık Örgütü ile Mısır Arasındaki 25 Mart 1951 Tarihli Anlaşmanın Yorumu, UAD, istişari mütalaa, *Recueil 1980*, s. 87-89; BM İdare Mahkemesinin 273 Sayılı Kararının Yeniden Görülmesi Talebi, istişari mütalaa, *Recueil 1982*, s. 348.

<sup>28</sup> BM'nin Bazı Masrafları, istişari mütalaa, *Recueil 1962*, s. 157-162.



bağdaştırmak kolay değildir. Divanın kendi takdir yetkisi kapsamında değerlendirdiği bu tasarruf yetki aşımı tenkitlerinin de kaynağını oluşturmaktadır. Divan duvar meselesinde de önceki çizgisinde hareket ederek, İsrail'in sorunun hatalı ve belirsiz olduğu yönündeki tenkitini istişari mütalaa verme yetkisini ortadan kaldıran bir unsur olarak nitelendirmemiştir<sup>29</sup>.

8 – İsrail aynı gerekçeyi kullanarak Divandan görüş bildirme yetkisini kullanmamasını talep etmiştir. Üstü kapalı bir yetki itirazı sayılabilecek bu argümanında İsrail, mütalaa konusunun Filistin'le aralarındaki ihtilafı doğrudan ilgilendirdiğini, oysa kendisinin bu meselenin yargı yoluyla çözülmesi için rıza göstermediğini belirtmiştir<sup>30</sup>. Bu şekildeki itirazlar daha önce verilen bazı istişari mütalaaalarda da gündeme gelmişti. Duvar meselesi bu bakımdan bir ilk teşkil etmemektedir. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) tarafından 1923 yılında Doğu Carelie'nin Statüsüyle ilgili istişari mütalaaada Divan bu husustaki yetkisinin ihtiyari olduğunu belirttikten sonra, takdir yetkisinin kullanılmasıyla ilgili şu ilkeyi ortaya koymaktadır : “Divan, istişari mütalaa verdiği zaman dahi, bir mahkeme olarak yargılama işlevleriyle ilgili temel kuralları görmemezlikten gelemez”<sup>31</sup>. Divan, daha sonra birçok defalar teyit ettiği<sup>32</sup> bu ilkeye dayanarak Doğu Carelie'nin Statüsüyle ilgili istişari mütalaa vermeyi reddetmiştir. USAD'ın ret kararında kullandığı gerekçeler İsrail'in itirazlarını destekler mahiyettedir : “Divandan istenen mütalaa Finlandiya ile Rusya arasında hâlihazırda mevcut olan bir ihtilafı ilgilendirmektedir. [...] Hiçbir devletin diğer devletlerle olan ihtilaflarını rızası olmadan arabuluculuk, hakemlik veya herhangi bir barışçı çözüm usulüne sunmaya mecbur bırakılamayacağı uluslararası hukukun yerleşmiş bir kuralıdır. [...] Oysa, bu hususta Rusya hiçbir zaman rıza göstermiş değildir; tam tersine, Finlandiya ile olan ihtilafına Milletler Cemiyetinin hiçbir müdahalesini kabul etmeyeceğini açıkça ve birçok defa beyan etmiştir. Rusya, Konsey tarafından düşünülen teşebbüslere karşı itirazlarını mütalaa dilekçesi verildiğinde Divana karşı da tekrarlamıştır. Sonuç olarak, Divan bu şekildeki bir ihtilafı ilgili olarak bir görüş bildirmesinin imkânsız olduğu kanaatine varmıştır”<sup>33</sup>. Divan, devamında, taraflardan birisinin rızasının bulunmamasının meseleyle ilgili yeterli bilgi toplamasına ve objektif değerlendirme yapmasına da engel teşkil edeceğini belirtmektedir.

Duvar meselesinde Divan İsrail'in bu itirazına karşılık yine daha önce verdiği bir başka istişari mütalaaada açıkladığı görüşten hareketle cevap vermeye çalışmıştır. Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Yapılan Barış Andlaşmalarının Yorumu üzerine 1950 tarihli mütalaaasında Divan şunları

<sup>29</sup> UAD, Duvar, §§ 37-40.

<sup>30</sup> Exposé écrit du Gouvernement de l'Etat d'Israel, § 6.1 vd.

<sup>31</sup> USAD, *Série B*, No 5, s. 29.

<sup>32</sup> Bkz. BM'nin Bazı Masrafları, istişari mütalaa, *Recueil 1962*, s. 155; Batı Sahra, istişari mütalaa, *Recueil 1975*, s. 112.

<sup>33</sup> USAD, *Série B*, No 5, s. 27-29.

söylemektedir : “Bir dava söz konusu olduğunda Divanın yargı yetkisinin temelini ihtilafa taraf olan devletlerin rızası teşkil etmektedir. İstişari mütalaa hususunda ise bu durum farklıdır – mütalaa talebi devletler arasında devam eden bir hukuki meseleyle ilgili olsa bile. Divanın bu hususta vereceği cevap sadece danışma niteliği taşımaktadır, yani bağlayıcı değildir. Buna göre, BM’nin kendi uygulamalarında aydınlanmak için gerekli olduğunu düşündüğü bir mütalaa talebine cevap verilmesini Örgüt üyesi olsun veya olmasın hiçbir devlet engelleyecek durumda değildir. Divan mütalaa talebini devletlere değil, mütalaa istemeye yetkili kılınan organa verir; verilen cevap ‘BM organı’ olan Divanın Örgütün uygulamalarına bir katılımını teşkil eder, dolayısıyla ilke olarak bunun reddedilmemesi gerekir”<sup>34</sup>.

UAD buna ilave olarak mütalaa talebine konu olan duvar meselesinin İsrail’in ileri sürdüğü gibi sadece iki taraf arasındaki bir ihtilaf olarak görülmesinin doğru olmadığını, BM’nin de uluslararası barış ve güvenlikten sorumlu bir örgüt olarak bu hususta yetkili olduğunu hatırlatmaktadır. BM, genel yetkilerinden ayrı olarak, İkinci Dünya Savaşından sonra Filistin’in paylaşılması planından itibaren İsrail-Filistin meselesinin aktif taraflarından birisidir. BM’nin buradaki sorumluluğu, Genel Kurulun 3 Aralık 2002 tarih ve 57/107 sayılı kararında belirttiği gibi, Filistin meselesi bütün yönleriyle ve uluslararası kurallara uygun olarak çözüme kavuşuncaya kadar devam edecektir. Bu sebeple, mütalaa talebi Genel Kurulun sorumluluklarını gerektiği şekilde yerine getirebilme çabasının bir sonucudur<sup>35</sup>.

Buradaki yetki tartışması aslında daha genel bir meselenin, yani Divanın iki tür yetkisinin – devletler arası ihtilaflara bakma ve istişari mütalaa verme – kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi meselesinin özel bir durumda tekrarlanmasıdır. Divanın önceki kararlarına bakıldığında, istişari mütalaa verme yetkisinin dar yorumlandığı, devletler arası ihtilafların mümkün olduğu ölçüde bunun dışında tutulmaya çalışıldığı izlenimi doğmaktadır. Divan duvar meselesiyle ilgili değerlendirmelerinde önceki görüşlerinden farklı bir tutum takınmıştır. Duvar inşasının hukuka aykırılığı, Filistin tarafının mağduriyeti gibi unsurları bir tarafa bırakarak, sadece istişari mütalaa verme yetkisinin sınırları bakımından meseleyi değerlendirecek olursak, bu karar Divan Statüsünün 36. maddesindeki yargılama yetkisinin ihtiyari olduğunu söyleyen hükmün dolaylı bir şekilde “devre dışı” bırakılmasına zemin hazırlamaktadır. Aynı mantıkta hareket edilmesi durumunda, Genel Kurulda yeterli çoğunluğun desteğini alan her devlet ihtilafı olduğu bir diğer devletle arasındaki meseleyi, karşısındaki devlet Divanın yargı yetkisini kabul etmese dahi, istişari mütalaa talebinin konusu haline getirip Divanın görüşünü alabilecektir. Gerçi, Divanın vereceği mütalaa karşı taraf açısından bağlayıcılıktan yoksun olacaktır, fakat daha sonraki gelişmeler bakımından önemli bir belirleyici olacağı muhakkaktır.

<sup>34</sup> *Recueil 1950*, s. 71.

<sup>35</sup> *UAD*, Duvar, §§ 49-50.

Zira haklılığı Divan tarafından verilen mütalaada teyit edilmiş olan bir tezin, mütalaa bağlayıcı olmasa dahi, meşruiyet kazanacağı açıktır. Diğer deyişle, karşı tarafın tezi dolaylı bir şekilde “haksız” duruma düşürülmüş olacaktır.

9 – Divan önündeki duruşmalar esnasında dile getirilen bir başka yetki itirazı da mütalaa konusunun hukuki olmaktan ziyade siyasi bir mesele olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Bir uluslararası meselenin sadece hukuki nitelikte olduğunu – veya tam tersine sadece siyasi nitelikte olduğunu – ileri sürmek istisnai durumlarda mümkün görünse bile, genel olarak temelsiz bir iddia olmaktan öte gidemez. Uluslararası düzenin yapısı ve özellikleri gereği olayların hukuki ve siyasi yönleri iç içe geçmiştir; yapılacak ayırım da her halükarda siyasi bir tercih olmaktan öte gidemeyecektir. Divan içtihadı incelendiğinde bu meselenin oldukça tutarlı ve ikna edici bir şekilde çözüme bağlandığı görülmektedir. Mesela, Divan birçok istişari mütalaada şu görüşü özellikle vurgulamıştır : “Sorulan sorunun siyasi yönleri ne olursa olsun, Divan kendisinden yargısal bir işlev yapmasını isteyen, yani devletlerin muhtemel davranışlarının meşruiyetini tabi oldukları uluslararası hukukun yükümlülüklerine göre değerlendirmesini talep eden bir sorunun hukuki niteliğini reddedemez”<sup>36</sup>. Yine bir başka mütalaada, meselenin siyasi yönünün ön plana çıkması durumunda bir uluslararası örgüt için tartışılan konuya uygulanacak hukuki ilkeler üzerine Divandan istişari mütalaa almak özellikle önemli olabilir demektedir<sup>37</sup>. En son 1996’da nükleer silahlarla ilgili verdiği mütalaa vesilesiyle Divan bir kez daha teyit etmiştir ki, başvuru dilekçesinin gerekçesinin siyasi yönü ve verilecek mütalaanın siyasi sonuçları Divanın mütalaa verme yetkisini etkilemez<sup>38</sup>. Sonuç olarak, Divan duvar meselesiyle ilgili olarak da farklı bir yol izlemek için yeterli sebep bulunmadığını hatırlatarak, Genel Kurulun istişari mütalaa talebinin usulüne uygun olduğunu, bu ve önceki gerekçelere dayanarak yapılan yetki itirazlarının yerinde olmadığını karar vermiştir<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> UAD, Duvar, § 41. Divan bu paragrafta Bir Devletin BM Üyesi Olarak Kabul Edilmesi Şartları, Genel Kurulun Bir Devletin BM’ye Kabul Edilmesiyle İlgili Yetkisi, BM’nin Bazı Masrafları, Nükleer Silahların Kullanılma Tehdidinin Meşruluğu gibi daha önce verdiği istişari mütalaalara atıfta bulunmaktadır.

<sup>37</sup> Dünya Sağlık Örgütü ile Mısır Arasındaki 25 Mart 1951 Tarihli Anlaşmanın Yorumu, UAD, istişari mütalaa, *Recueil 1980*, s. 87.

<sup>38</sup> *Recueil 1996 (I)*, s. 234.

<sup>39</sup> UAD, Duvar, §§ 41-42. Divanın duvar meselesiyle ilgili istişari mütalaa bildirme yetkisinin bulunduğu kararına bütün hakimler katılırken, bu husustaki yetkisini kullanıp kullanmaması gerektiği tartışmasında 14 hakimin olumlu oyuna karşılık Hakim Buergenthal muhalefet etmiştir. Hakim Buergenthal muhalefet gerekçesinde Divanın konuyla ilgili teferruatlı değerlendirme yapacak veriye sahip olmadığını ileri sürmüştür. Bkz. Déclaration de M. Le Juge Buergenthal, § 10.

### 3 – Duvar İnşasının Uluslararası Kurallara Göre Meşruiyeti ve Sonuçları

10 – UAD esasla ilgili değerlendirmelerinde şöyle bir mantık silsilesi izlemektedir: Genel Kurulun sorduğu soruya cevap verebilmek, yani işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşa etmenin hukuki sonuçlarını değerlendirmek için öncelikle bu eylemin uluslararası hukuka uygunluğunun belirlenmesi gerekir. Bunu yapmak için de söz konusu toprakların statüsünün ve burada uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi lazımdır<sup>40</sup>. Dolayısıyla, Divan kendisine yöneltilen soruyu cevaplamaya işgal altındaki Filistin topraklarının statüsünü ortaya koyarak başlamıştır.

Divan Filistin bölgesinin statüsünü ortaya koymak için Osmanlı Devletinin son dönemlerinden itibaren, Milletler Cemiyeti zamanında uygulanan manda rejimi, BM dönemindeki paylaşma planı, İsrail'in kuruluşu ve komşu devletlerle yaptığı savaşlar sonunda değişen sınırları gibi günümüze kadar olan önemli gelişmeleri yeniden incelemiş, duvarın yapımıyla ilgili teknik ve siyasi verileri bir kez daha değerlendirmiştir<sup>41</sup>. Bu konuda yaptığı tespitlerin teferruatına girmeden şunu belirtmekle yetinelim ki, Güvenlik Konseyi 1971 ve 1980 yılında aldığı iki kararda İsrail'in Kudüs şehrinin statüsünü değiştirmeye yönelik aldığı kanuni ve idari tedbirlerin tamamının batıl olduğunu açık bir dille ilan etmektedir. Bu tedbirler arasında toprakların ve binaların kamulaştırılması ve nüfus transferi gibi uygulamalar özellikle anılmaktadır<sup>42</sup>.

Keza, meseleye uygulanacak hukuk kurallarının tespitinde de Divanın teferruatlı incelemelere giriştiği görülmektedir. Başta, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidini yasaklayan BM Antlaşmasının 2. maddesinin 4. paragrafında yer alan kural olmak üzere ilgili bütün uluslararası hukuk kuralları gözden geçirilmiştir. Bu hususta BM Antlaşmasının, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinin meseleye dair kararlarının ve teamül hukuku olarak 1907 La Haye Sözleşmesinin uygulanabilirliği üzerinde görüş birliği oluşmuştur. Ancak, Dördüncü Cenevre Sözleşmesiyle ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür. Divan önündeki tartışmalara katılan tarafların büyük çoğunluğunun aksine İsrail kendisinin de taraf olduğu bu sözleşmenin işgal altındaki topraklara uygulanmasına itiraz etmiştir. İsrail'in temel gerekçesi şudur : “Bu topraklar üzerinde, Ürdün ve Mısır tarafından ilhak edilmeden önce herhangi bir egemenlik kurulmamıştır; dolayısıyla, buralar Sözleşmeye göre bir taraf devlete ait topraklar değildir”. Sonuç olarak, Sözleşmenin bu topraklarda uygulanmaması gerekir<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> UAD, Duvar, §§ 68-69.

<sup>41</sup> *Ibid*, §§ 70-85.

<sup>42</sup> S/RES/298 (1971), 25 Eylül 1971; S/RES/478 (1980), 20 Ağustos 1980.

<sup>43</sup> A/ES-10/248, Annex I – Résumé de la position légale du Gouvernement israélien.

11 – Gerçekten de, Sözleşmenin 2. maddesine bakıldığında, maddenin 2. bendi uygulamanın sadece taraf devletlerin egemenliği altında olan ve bir silahlı çatışma durumunda işgal altında bulunan topraklarla sınırlı olduğunu belirtmektedir. Divan da Sözleşmenin lafzından böyle bir anlam çıktığını kabul etmekte ve buna göre şu iki şartın bulunması halinde Sözleşmenin uygulanabileceğini düşünmektedir: “Bir silahlı çatışmanın varlığı (savaş durumu tanınsın veya tanınmasın) ve bu çatışmanın iki taraf devlet arasında meydana gelmesi”<sup>44</sup>. Ancak, Divan bu hükmün lâfzî yorumundan hareketle sonuç çıkarmanın yeterli olmadığı kanaatindedir. Bu hususta 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku’nun yorum ilkelerini düzenleyen 31. maddesine atıfta bulunan Divan, iyi niyet ilkesinin dikkate alınarak Sözleşmenin hazırlık çalışmaları, tarafların niyetleri ve uygulamaları göz önüne alındığında anılan şartların geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Divana göre söz konusu 2. maddenin 2. bendinin amacı işgalin bir çatışma durumunda hiçbir askeri direnişle karşılaşmadan gerçekleşmesi halinde dahi Sözleşmenin uygulanması gerektiğini vurgulamaktır<sup>45</sup>.

Divan, daha sonra, işgal altındaki Filistin topraklarında Sözleşmenin geçerliliğinin BM kararları ve özellikle İsrail’in beyanlarında da kabul edildiğini örneklerle açıklamaktadır. Bu bağlamda uygulamadan verilen birçok örnek arasında İsrail Yüksek Mahkemesinin 30 Mayıs 2004 tarihli kararında yaptığı şu değerlendirme bu devletin resmi tutumunu yansıtmaları bakımından önemlidir : “İsrail savunma güçlerinin Rafah’ta yaptığı operasyonlar, sivilleri etkilediği ölçüde kara savaşı kuralları ve teamüllerine dair 1907 La Haye Sözleşmesi ve sivillerin savaş zamanında korunmasına dair 1949 Cenevre Sözleşmesine tabi olarak yürütülür”<sup>46</sup>. Divan bu tespitlerinden sonra, çatışmadan önce Yeşil Hattın doğusunda bulunan ve bu çatışma esnasında İsrail tarafından işgal edilen Filistin topraklarında, bu toprakların daha önceki statüsünün tam olarak nasıl olduğunu belirleme gereği bulunmadığını ve Sözleşmenin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir<sup>47</sup>.

12 – Duvar meselesine uygulanacak hukuk kurallarıyla ilgili olarak Divan önünde tartışmalara yol açan bir diğer husus da işgal altındaki topraklarda İsrail’in taraf olduğu uluslararası insan hakları belgelerinin durumu olmuştur. Genel Sekreterin raporuna göre, İsrail taraf olduğu 1966 Sözleşmelerinin – Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve İktisadi, Toplumsal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi – uygulama alanının bu bölgeyi de kapsamına karşı çıkmaktadır<sup>48</sup>. Bu konudaki tartışmalar genel olarak iki nokta üzerinde yoğunlaşmaktadır. Birincisi, bir silahlı çatışma durumunda uygulanacak olan

---

<sup>44</sup> UAD, Duvar, § 95.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 100.

<sup>47</sup> *Ibid.*, § 101.

<sup>48</sup> *Ibid.*, § 102.

hukuk esas olarak insancıl hukuk kurallarıdır. Buradan yola çıkarak, insan haklarıyla ilgili kuralların bu durumda uygulanabilirliği reddedilebilir mi? İkinci tartışmalı nokta ise, anılan insan hakları sözleşmelerinin devletin ülkesinin dışında uygulanması üzerinedir.

Birinci noktayla ilgili tartışma UAD'nin 1996 Nükleer Silahlar İstişari Mütalaası sırasında da gündeme gelmiştir. Divan 1996 kararında savunduğu görüşlere dayanarak duvar meselesinde de insancıl hukuk ve insan hakları kurallarının eş zamanlı olarak uygulanabileceğine hükmetmiştir : “Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin öngördüğü koruma savaş zamanı ortadan kalkmamaktadır. Yalnız, Sözleşmenin 4. maddesi gereğince kamu güvenliğinin tehlikeye düşmesi halinde Sözleşmede öngörülen bazı yükümlülüklere aykırılık teşkil eden tedbirlerin alınabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, hayat hakkı bu tür tedbirlerle askıya alınabilecek haklar arasında yer almamaktadır. Bireyin keyfi olarak hayatından mahrum edilmeme hakkı çatışmaların olduğu zaman da ilke olarak geçerliliğini korumaktadır”<sup>49</sup>.

İkinci nokta üzerindeki tartışmaya gelince, insan hakları sözleşmelerinin taraf devletler için öngördüğü yükümlülüklerin sadece ülkeyle sınırlı olmadığı, devletin yetki alanına giren, yani devletin yetkisini kullandığı ülke dışındaki alanlarda da geçerli olduğu yönünde genel bir mutabakatın bulunduğu söylenebilir. Bu bakımdan, İsrail'in işgal altında tuttuğu topraklarda da 1966 Sözleşmeleriyle bağlı olduğu hususunda ilke bazında bir itiraz yoktur. Ancak, tartışmanın esas sebebi İsrail'in söz konusu sözleşmelerin uygulama alanlarıyla ilgili yaptığı beyanlardır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesiyle kuruluşu öngörülen İnsan Hakları Komitesine yaptığı bildirimde İsrail bu ve benzer nitelikteki diğer sözleşmelerin kendi ülkesi dışında kalan işgal altındaki topraklara doğrudan uygulanamayacağını belirtmiştir. Divan, İsrail'in bu beyanına karşılık İnsan Hakları Komitesinin değerlendirmelerini zikrederek cevap vermeye çalışmaktadır<sup>50</sup>. Komite konuyla ilgili değerlendirmesinde İsrail'in işgalci statüsünün ne zaman ve nasıl sona ereceğinin henüz belirsizliğini koruduğunu, her halükarda sözleşme hükümlerinin işgal altındaki topraklarda İsraili yetkilerin işlemleri için de uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Burada, Komitenin değerlendirmesi ve Divanın buna göre hareket etmesi yerinde görünmektedir. Zira, İsrail insan hakları sözleşmelerinin ülkesi dışında uygulanmasıyla ilgili itirazını Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesini kabul ederken bir ihtirazı kayıtlı veya benzer bir işlemle dile getirmiş olsaydı, böyle bir sınırlandırmadan yararlanabilirdi; fakat, daha sonra Komitenin çalışmaları vesilesiyle gündeme getirilen bu itiraz İsrail'in yüklediği taahhüdün kapsamını daraltıcı bir etki doğurmaz.

---

<sup>49</sup> *Recueil 1996 (I)*, s. 240.

<sup>50</sup> UAD, Duvar, §§ 109-110.

*Sonuç olarak*, Divan İsrail'in taraf olduğu insan hakları sözleşmelerinin de duvar meselesine uygulanacak uluslararası kurallar arasında yer aldığını kabul etmiştir<sup>51</sup>.

13 – Filistin ve İsrail Divana sundukları açıklamalarında karşılıklı olarak hukuki pozisyonlarını savunmuşlardır. Filistin'e göre, duvarın yapılmasının arkasındaki niyet işgal altındaki topraklarda hukuka aykırı olarak kurulan Yahudi yerleşim birimlerini tahkim etmek ve Filistin topraklarındaki nüfus dağılımını değiştirmektir. Ayrıca, duvar Filistin topraklarını daraltarak ve parçalara ayırarak üzerinde yaşayan halkın kendi kaderini tayin hakkını engellemeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla, Filistin topraklarının de facto ilhak edilmesi anlamına gelen bu eylem halkın ülkesel egemenliğinin ve kendi kaderini tayin hakkının çiğnenmesidir<sup>52</sup>. İsrail tarafı ise, duvarı terörizmle savaşmak amacıyla alınan geçici bir tedbir olarak değerlendirmektedir. Bunun ötesinde toprak ilhak etmek veya başka bir amaç bulunmadığı ileri sürülmektedir. İsrail bu iddialarını kuvvetlendirmek için duvarın bir sınır oluşturmadığını, siyasi veya hukuki hiçbir sonuç doğurmayacağını ve Filistin meselesinin siyasi bir çözüme kavuşturulması halinde masraflarını üstlenerek duvarı yıkacağını beyan etmiştir<sup>53</sup>.

Divan, Filistin'in iddiaları arasında özellikle işgal altındaki topraklarda oluşturulan Yahudi yerleşim birimleri üzerinde durmuştur. Zira İsrail'in sadece "terörist saldırıları" önleme amacıyla izah ettiği duvarın oluşturduğu sınır takip edilince, söz konusu yerleşim birimlerinin yüzde 80'nin belirli bir kapalı bölge içerisinde toplandığı görülmektedir. Oysa bu yerleşim birimlerinin kurulması başta Dördüncü Cenevre Sözleşmesi olmak üzere BM kararlarına ve uluslararası hukuka aykırıdır. Dördüncü Cenevre Sözleşmesinin 49. maddesinde işgalci devletin kendi sivil nüfusunun bir kısmını işgal altına aldığı topraklara taşıyamayacağı açık bir şekilde belirtilmektedir. Güvenlik Konseyi de 22 Mart 1979 tarih ve 446 (1979) sayılı kararında İsrail'den Cenevre Sözleşmesine titizlikle uymasını talep ettikten sonra, bu Sözleşmeye aykırı olarak aldığı tedbirleri geri almasını ve 1967'den beri işgal altında tuttuğu Arap topraklarının hukuki statüsü ve coğrafi niteliğini değiştirecek tedbirlerden kaçınmasını istemektedir. Daha sonra birçok defalar teyit edilen bu taleplere rağmen İsrail işgal altındaki topraklara yerleşim birimleri kurma politikasından vazgeçmemiştir. Divan, bu uygulamanın uluslararası hukukun ihlal edilmesi anlamına geldiğini bir kez daha tespit etmektedir<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> *Ibid*, §§ 111-113. Divan bu sözleşmeler arasında 1966 Sözleşmelerinin yanında 20 Kasım 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesini de anmaktadır.

<sup>52</sup> A/ES-10/248, Annex II – Résumé de la position juridique de l'Organisation de libération de la Palestine.

<sup>53</sup> Bkz. S/PV.4841; A/ES-10/PV.23.

<sup>54</sup> UAD, Duvar, § 120.

14 – Duvarın yapılması insancıl hukuk ve insan hakları bakımından da bazı tartışmalı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. İnsancıl hukukla ilgili olarak yukarıda andığımız Cenevre Sözleşmesinin 49. maddesine ilave olarak 47. maddesinde, işgal altındaki bir bölgede yaşayan şahısların çatışmanın tarafları arasında yapılan bir anlaşma veya işgal altındaki bölgenin ilhakı sonucu meydana gelen hukuki ve siyasi değişikliklerden dolayı Sözleşmeden doğan haklarını kullanmaktan mahrum edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>55</sup>.

İnsan hakları bağlamında Divan özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi üzerinde durmuştur. Bu sözleşmede tanınan haklardan birçoğu duvar meselesinde gündeme gelmektedir. Ancak, Sözleşmenin 4. maddesi, daha önce de değindiğimiz gibi, olağanüstü şartlarda bazı hakların askıya alınmasına imkân tanımaktadır. Taraf devletlerin bu tür bir uygulamada bulunmadan önce hangi hakları ne şekilde askıya alacaklarını beyan etmeleri gerekir. İsrail Sözleşmenin depoziteri olan BM Genel Sekreterine 3 Ekim 1991 tarihinde gönderdiği bildirimde içinde bulunduğunu iddia ettiği sürekli savaş tehlikesi ve terör tehdidi sebebiyle Sözleşmenin 9. maddesinde öngörülen hakları askıya alabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, İsrail şahsın tutukluluk veya gözaltı durumlarında sahip olduğu birtakım temel hakları koruyan bu hükmün dışında kalan Sözleşmenin diğer hükümleriyle her halükarda bağlı olmaktadır. Divanın kanaatine göre, İsrail duvar yapımına başlamak suretiyle başta seyahat hürriyeti olmak üzere Sözleşmenin koruma altına aldığı hakları çiğnemektedir<sup>56</sup>.

15 – Bütün bu değerlendirme ve tespitlerin sonunda Divan duvar inşasının İsrail'in uluslararası yükümlülüklerine aykırı bir davranış olduğuna karar vermiştir<sup>57</sup>. İsrail bu noktada da ilave bir argüman ileri sürerek, meşru müdafaa hali içerisinde olduğundan Divanın tespit ettiği hukuk ihlallerinden dolayı kendisinin sorumluluğunun ortadan kalktığını savunmuştur<sup>58</sup>. Gerçekten de BM Antlaşmasının 51. maddesinde tanınmış tabii bir hak olarak nitelendiren meşru müdafaa hakkı bir silahlı saldırıya uğrama durumunda her devlete belirli şartlar altında cevap verme yetkisi tanımaktadır. Son dönemlerde uluslararası terörizmin gündeme gelmesiyle değişik Güvenlik Konseyi kararlarında meşru müdafaa hakkının kapsamını genişletici hükümler yer almış ve bu hakkın sadece devletlerarası çatışmalarda değil, aynı zamanda terörist saldırılara hedef olunması halinde de kullanılabilmesi kabul edilmiştir<sup>59</sup>. Dolayısıyla, meşru müdafaa hakkına dayanarak alınan tedbirler, özünde uluslararası hukuka aykırı

---

<sup>55</sup> *Ibid*, § 126.

<sup>56</sup> *Ibid*, §§ 127-129. Bu bağlamda Divan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin özellikle 12. ve 17. maddelerine atıfta bulunmaktadır. Divan, ayrıca, bu sözleşme dışında İktisadi, Toplumsal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin ve 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesinin de İsrail tarafından ihlal ettiğini tespit etmektedir (*Ibid*, §§ 130-131).

<sup>57</sup> *Ibid*, § 138.

<sup>58</sup> Bkz. A/ES-10/PV.21.

<sup>59</sup> Bkz. S/RES/1373 (2001).



bile olsalar, kendisini savunmak zorunda kalan devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. İsrail'in duvar meselesiyle ilgili olarak bu haktan yararlanıp yararlanamayacağını sorgulayan Divan, İsrail'in terör saldırılarının kaynağı olarak iddia ettiği bölgelerin kendi işgali ve denetiminde olduğunu, dolayısıyla söz konusu 51. maddenin burada uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Divanın bu yorumu duvar meselesinin özel şartları içerisinde haklılık payı taşımaktadır. Ancak, Divanın terör eylemleri bağlamında yeniden yorumlanmaya başlanan meşru müdafaa hakkı üzerinde daha geniş ve yeni durumları kapsayıcı bir değerlendirme yapması beklenirdi. Divan, bunun yerine genellikle yaptığı gibi tartışmalı konulara girmekten kaçınmış, 51. maddenin bu meselede çok da ikna edici olmayan klasik yorumunu tekrarlamakla yetinmiştir<sup>60</sup>. Bu da Divanın esasta haklı olan bir tespitinin hukuki temellerini tartışmalı hale getirmektedir.

16 – Divan duvar inşasının hukuka aykırılığına karar verdikten sonra, son olarak bu durumun İsrail ile diğer devletler ve BM açısından ne gibi hukuki sonuçlar doğurduğunu tespit etmektedir. Divana göre İsrail bu davranışından dolayı sorumludur<sup>61</sup>. Bunun sonucu olarak, İsrail evvela hukuk ihlaline son vermek ve ortaya çıkardığı gayrı meşru durumu bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırmak yükümlülüğü altındadır. Daha somut bir ifadeyle, İsrail'in duvar yapımını derhal durdurması ve aynı davranışın ileride tekrarlanmayacağını garanti etmesi gerekir. Divan geleceğe dönük böyle bir garantinin göstergesi olarak İsrail'in duvar yapımıyla ilgili kendi ulusal mevzuatı çerçevesinde her türlü kanuni düzenlemelerini ve aldığı tedbirleri iptal etmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>62</sup>. İhlalin sonuçlarının giderilmesi ise, esas olarak tazminat yükümlülüğü bağlamında değerlendirilmiş ve duvar yapımından dolayı zarara uğrayan şahısların tazmin edilmesi şeklinde öngörülmüştür<sup>63</sup>. Bunlara ilave olarak, Divan İsrail'in sorumluluğundan genel nitelikli bir sonuç daha çıkararak, bu devleti Filistin halkının kendi kaderini belirleme hakkına ve insancıl hukuk ve insan haklarıyla ilgili kurallar da dâhil olmak üzere uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine saygı göstermeye davet etmiştir<sup>64</sup>.

İsrail'in hukuk ihlalinin diğer devletler ve BM açısından sonuçlarına gelince, burada Divanın tespitlerinde çıkış noktasını ihlal edilen yükümlülüklerin *erga omnes* niteliği oluşturmaktadır. Meseleye bu şekilde bakınca, İsrail duvar yapımıyla sadece Filistin halkının belirli haklarını çiğnemekle kalmamış, aynı zamanda uluslararası toplumun temel değerlerini

<sup>60</sup> UAD, Duvar, §§ 138-139. Divan, ayrıca, İsrail'in iddiasını uluslararası hukukta sorumluluğu ortadan kaldıran bir diğer unsur olan mücbir sebep çerçevesinde kısaca değerlendirerek, bu gerekçenin de geçerli olmadığını belirtmektedir.

<sup>61</sup> *Ibid*, § 147.

<sup>62</sup> *Ibid*, § 151.

<sup>63</sup> *Ibid*, §§ 152-153.

<sup>64</sup> *Ibid*, § 149.

ve ortak menfaatini koruyan kuralları çiğnemiş olmaktadır. Dolayısıyla, diğer devletlerin duvarın ortaya çıkardığı gayrı meşru durumu tanımamaları, bu durumun sürdürülmesi için İsrail'e hiçbir şekilde destek olmamaları gerekmektedir. BM de alacağı kararlarla durumun ortadan kaldırılmasına çalışmalıdır<sup>65</sup>.

Divanın duvar meselesiyle ilgili verdiği mütalaaya temel oluşturan gerekçeleri ve değerlendirmeleri İsrail ve Filistin'e aralarındaki bütün meselelere BM kararları ve uluslararası hukuka uygun olarak barışçı yollarla çözüm bulmaları çağrısıyla sona ermektedir. Verilen istişari mütalaa bu çağrıda dile getirilen çözüm sürecine hizmet edebilecek midir? Bu soruya olumlu cevap vermek zor görünmektedir. Zira zaten bağlayıcı olmayan bir karara daha önce bağlayıcı onlarca kararı hiçe saymış bir devletin uymasını beklemek iyi niyetin ötesinde safça bir düşüncedir. Bu istişari mütalaanın önemi İsrail'in tutumunun hukuka aykırılığının UAD gibi uluslararası hukukun en önemli yargı organı tarafından teyit edilmesidir.

---

<sup>65</sup> *Ibid*, §§ 154-160.

## **Kaynakça**

A/ES-10/1.

A/ES-10/242; A/ES-10/243; A/ES-10/244 (15 Ekim 2003).

A/ES-10/248, 24 novembre 2003, Rapport du Secrétaire général établi en application de la Résolution ES-10/13 de l'Assemblée générale, § 4.

A/ES-10/248, Annex I – Résumé de la position légale du Gouvernement israélien.

A/ES-10/248, Annex II – Résumé de la position juridique de l'Organisation de libération de la Palestine.

A/ES-10/PV.21.

A/RES/377 (V) sayılı karar

Batı Sahra, istişari mütalaa, *Recueil 1975*.

BM Genel Kurul Kararı, ES-10/14.

BM Genel Kurul Kararı, ES-10/2.

BM İdare Mahkemesinin 273 Sayılı Kararının Yeniden Görülmesi Talebi, istişari mütalaa, *Recueil 1982*, s. 348.

BM'nin Bazı Masrafları, istişari mütalaa, *Recueil 1962*.

BUERGENTHAL, M. Le Juge, "Déclaration de M. Le Juge Buergenthal", *İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar Yapımının Hukuki Sonuçlar*, istişari mütalaa, UAD,.

Dünya Sağlık Örgütü ile Mısır Arasındaki 25 Mart 1951 Tarihli Anlaşmanın Yorumu, UAD, istişari mütalaa, *Recueil 1980*.

İsrail Hükümeti'nin Duvar Kararı, Karar 64/B, 14 Nisan 2002.

*Recueil 1996 (I)*, s. 234.

S/2003/973, 9 Ekim 2003.

S/2003/980.

S/PV.4841 ve S/PV.4842.

S/PV.4841; A/ES-10/PV.23.

S/PV.4842.

S/RES/1373 (2001).

S/RES/298 (1971), 25 Eylül 1971

S/RES/478 (1980), 20 Ağustos 1980.

*UAD*, istişari mütalaa, *Recueil 1950*.

*UAD*, istişari mütalaa, *Recueil 1980*;

*UAD*, *İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar Yapımının Hukuki Sonuçlar*, istişari mütalaa, 9 Temmuz 2004.

*UAD*, Nükleer Silahların Kullanılma Tehdidi veya Kullanılmasının Meşruiyeti, istişari mütalaa, *Recueil 1996 (I)*.

*Uluslararası Adalet Divanı kararları*, [www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm)

*USAD*, *Série B*, No 5, s. 29.