

SOYKIRIM SÖZLEŞMESİNİN GAZZE'DE UYGULANMASI DAVASINDA ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN İHTİYATİ TEDBİR KARARI

THE ORDER OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CASE OF THE APPLICATION OF THE GENOCIDE CONVENTION IN GAZA

Mehmet Emin ÇAĞIRAN*

Özet: İsrail'in 2024 Ekim ayının başında Gazze'de başlattığı askeri operasyonlarda ayırım gözetmeden sivil yerleşim yerlerini, hastaneleri ve yardım merkezlerini hedef alması, saldırı tehdidiyle sivil halkı göçe zorlaması ve çoğu çocuk ve kadınlardan oluşan binlerce kişinin ölümüne sebep olması üzerine Güney Afrika bu devlet aleyhine 1948 Soykırım Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi'ne aykırı davrandığı iddiasıyla Uluslararası Adalet Divanı'na başvuruda bulundu. Güney Afrika dava dilekçesiyle birlikte durumun acil olduğu ve telafi edilemez kayıpların ortaya çıktığı gerekçesiyle Uluslararası Adalet Divanı'ndan ihtiyati tedbirler almasını istedi. Divan 26 Ocak 2024 tarihli ihtiyati tedbir kararında İsrail'e Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal etmeme ve Sözleşmeye aykırı fiilleri önleme, ülkesinde soykırımı teşvik suçunu işleyenlerin cezalandırılması ve Gazze halkına yapılan insani yardımların engellenmemesi yükümlülüklerini hatırlattı. Gazze'de durumun giderek kötüleşmesi ve can kayıplarının artması üzerine Güney Afrika ilk karardan sonra iki defa daha Divan'a müracaat ederek tedbirleri sıkılaştırmasını ve bilhassa askeri operasyonların durdurulmasına yönelik kararlar almasını talep etti. Divan 28 Mart 2024 tarihinde esas olarak insani yardımların sağlanmasını konu alan ilave tedbirler kararlaştırdı. Makalenin konusu Divan'ın bu olayda aldığı ihtiyati tedbirleri kapsamı itibariyle incelemektir. Makalede tedbirlerin kapsamından hareketle Divan'ın yetkisinin temelini oluşturan Soykırım Sözleşmesini müşahhas bir olayda nasıl uyguladığı, tedbirlerle fiili durum arasında kurduğu bağlantılar ve tedbirlerin yerliliği sorgulanmaktadır.

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, mehmet.cağiran@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4961-4436, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.04.2024, Kabul Tarihi: 30.05.2024

Anahtar Kelimeler: Gazze Operasyonu, Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi, Uluslararası Adalet Divanı, İhtiyati Tedbirler

Abstract: After Israel indiscriminately targeted civilian settlements, hospitals and aid centers in the military operations it launched in Gaza at the beginning of October 2024, forcing the civilian population to migrate under the threat of attack and causing the death of thousands of people, mostly children and women, South Africa filed an application to the International Court of Justice against this state, alleging a violation of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide. In its petition, South Africa requested the Court to take provisional measures due to the urgency of the situation and the risk of irreparable harm to the population. In its interim decision dated January 26, 2024, the Court recalled Israel of its obligations not to violate the Genocide Convention, to prevent acts contrary to the Convention, to punish those who commit the crime of incitement to genocide, and not to hinder humanitarian aid to the people of Gaza. As the situation in Gaza gradually deteriorated and the number of casualties increased, South Africa applied to the Court twice more after the first decision and requested it to tighten the measures and especially to take decision on the cessation of military operations. The Court decided on additional measures on 28 March 2024, mainly regarding the provision of humanitarian aid. The subject of this article is to examine the provisional measures taken by the Court in this case in terms of their scope. Based on the scope of the measures, the article questions how the Court applied the Genocide Convention, which forms the basis of its jurisdiction, in a concrete case, the connections it establishes between the measures and the actual situation, and the adequacy and effectivity of the measures.

Keywords: Gaza Operation, Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, International Court of Justice, Provisional Measures

GİRİŞ

Makalemizin konusu Uluslararası Adalet Divanı’nın (bundan sonra UAD veya Divan) *Güney Afrika v. İsrail Davasında* verdiği ihtiyati tedbirler kararını, tedbirlerin muhtevası ve yerindeliği açısından değerlendirmektir. İhtiyati tedbir kararları son dönemde Divan’ın sıklıkla kullandığı, bunun yanında hukuki temelleri ve dayandığı kriterler açısından gerek Divan içerisinde gerekse öğretilerde tartışmalara yol açan enstrümanlardır.¹ Biz bu yazıda söz konusu tartışmalara girme-

¹ Cameron A. Miles, *Provisional measures before international courts and tribunals*, Cambridge University Press, 2017. İhtiyati tedbirler üzerine en kapsamlı çalışmalardan biri olan bu eserin bilhassa II. ve III. Bölümlerine bakılabilir.

den değerlendirmelerimizi kararların muhtevasıyla sınırlı tutup bununla ilgili hukuki meselelere değinmekle yetineceğiz.

Filistin meselesi neredeyse bir asırdır uluslararası toplumun gündeminde bulunuyor. İnsanlık bu süre zarfında iki büyük dünya savaşı, sayısız mahalli savaşlar ve çatışmalar yaşadı, çözümsüz sanılan birçok mesele hal yoluna koyuldu fakat Filistin meselesi hala kanayan bir yara olmaya devam ediyor. Birleşmiş Milletlerin (BM) ve bölgesel örgütlerin binlerce kararına rağmen durum giderek daha kötü hale geliyor. Filistin meselesi esasta siyasi bir mesele, dolayısıyla araştırılmasında, anlaşılmasında, çözümlenmesinde ve yorumlanmasında esas alınan zemin uluslararası siyaset ve diplomasinin usulleridir. Fakat yazımızın konusunu teşkil eden 26 Ocak 2024 tarihli ihtiyati tedbir kararında muhalif oy veren Hâkim Sebutinde'nin ileri sürdüğünün aksine Filistin meselesi sadece siyasi bir mesele değildir.² Zira her uluslararası meselede olduğu gibi burada da siyaset ve hukuk iç içe geçmiş durumdadır. İlgili aktörler siyasi saiklerle hareket ederlerken BM kararları, genel uluslararası hukuk kuralları ve uluslararası sözleşmelerden oluşan normatif çerçevenin dışına çıkmama yükümlülüğü altındadır. Filistin meselesinde hukuki çözüm yollarının şimdiye kadar gerektiği gibi işletil(e)memiş olmasının sebebi yetkili uluslararası mercilerin aldıkları kararları uygulatmada BM Güvenlik Konseyi örneğinde olduğu gibi isteksiz olması veya BM Genel Kurulu ve diğerlerinde olduğu gibi zorlayıcı hukuki ve siyasi güçten yoksun olmalarıdır.

I- FİLİSTİN MESELESİ VE ULUSLARARASI YARGI

Uluslararası meselelerde hukuku uygulamanın değişik yolları vardır. Bunlar arasında en önemlisi olan yargı mekanizmalarının kullanılması ilgili tarafların rızasına tabidir. Dolayısıyla bir meselede taraflardan birisi kazai çözümü tercih etmiyorsa uygulanma şansı

² "It is my considered opinion that the dispute or controversy is not a legal one calling for judicial settlement by the International Court of Justice." Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Order, 26 January 2024, Dissenting opinion of Judge Sebutinde, § 4. (Divanın 26 Ocak ihtiyati tedbirler kararına bundan sonra "Order 26 January" olarak atıfta bulunulacaktır.) Bu dava ve yazıda atıfta bulunulan diğer davalarla ilgili kararlar ve belgeler UAD resmi internet sitesinde (<https://www.icj-cij.org/home>) yer almaktadır.

yoktur. Filistin meselesinde İsrail tarafı uluslararası hukuku manipüle ederek veya tamamen devre dışı bırakarak kendi iradesini zorla dayattığından³ ve bu siyasetinde şimdiye kadar kendi açısından başarılı olduğundan tabiatıyla hukuki-kazai çözümleri dışlamaktadır.

Teorik olarak, Filistin meselesinde temel hukuki meseleleri değerlendirebilecek uluslararası mahkemeler, UAD ve Uluslararası Ceza Mahkemesidir (UCM). İsrail UCM Statüsüne taraf değildir; BM üyesi olarak UAD Statüsüne taraftır fakat Divanın yargı yetkisini kabul ettiğine dair beyanda bulunmamıştır.⁴ Filistin Devleti UCM’yi kuran Roma Statüsüne taraf olarak kabul edilmiştir, fakat BM üyesi olmadığından UAD Statüsüne taraf değildir. Fakat bunlar devletlerin yargı yolunu işletmelerinin önünde mutlak engel teşkil etmez; diledikleri takdirde yargı mekanizmalarını harekete geçirecek usuller bulunmaktadır. Bununla birlikte Mayıs 1948’de kurulduğu tarihten bugüne işgalci politikalar uygulayan, Filistinli Arapların uluslararası hukukça tanınan ve başta BM olmak üzere birçok uluslararası kuruluş tarafından teyit edilen devlet kurma hakkını teslim etmeyen, Filistin halkının en temel insan haklarını hiçe sayan, uluslararası insancıl hukuk kurallarını açıkça ihlal etmekten çekinmeyen, kısaca ABD ve Batılı devletlerin kayıtsız şartsız desteğiyle ve sahip olduğu askeri üstünlükle adeta kendisini hukuktan muaf görerek tek taraflı kararlarla istediklerini dayatan İsrail’in bağımsız ve tarafsız bir organın (mahkeme) müdahil olmasına muvafakat vermeyeceği de açıktır. Dolayısıyla Filistin meselesi ne genel olarak ne de işgal edilmiş topraklarda Yahudi yerleşim yerleri kurulması, Gazze’nin kara ve denizden abluka altında tutulması, Kudüs’ün İsrail’in başşehri ilan edilmesi gibi özel yönleriyle İsrail’in tutumu sebebiyle muhakeme edilebilir görünmemektedir.

³ Bu ifadeler sübjektif değer yargısı değildir. İsrail’in mesela Osirak (Irak) saldırısında veya Lübnan’a karşı defalarca gerçekleştirdiği işgal ve bombardımanlarda kullandığı önleyici meşru müdafaa gerekçesinin uluslararası hukukun tipik bir manipülasyonu olduğu, işgal altında tuttuğu Filistin topraklarında duvar örme ve Yahudi yerleşim yerleri kurmasının uluslararası hukukun açıkça hiçe sayılması olduğu uluslararası mahkemelerin mütalaalarında ve doktrininde belirtilmektedir. Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 6th edition, 2008, s. 1138-9; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, s. 136.

⁴ Divan *ratione personae* yetkisi bu hususta bildirimde bulunan devletleri kapsar (UAD Statüsü, madde 36).

Bu çıkmaza karşılık Filistin meselesinde hukuku uygulanabilir kılmak isteyen devletler dolaylı bir yol buldular: UAD'dan istişari mütalaa (danışma görüşü) talep etmek. Divan'dan herhangi bir hukuki meseleyle ilgili olarak istişari mütalaa talep etme yetkisi BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi ile Genel Kurulun iznine tabi olarak uzmanlık kuruluşlarına tanınmıştır.⁵ İstişari mütalaa talebinde devletlerin rızası aranmaz. Filistin halkını destekleyen devletler (çoğunlukla üçüncü dünya ülkeleri) sahip oldukları çoğunluktan yararlanarak 2004 yılında BM Genel Kurulunda bu yönde bir karar alınmasını sağladılar. Genel Kurul kararında Divan'dan İsrail'in işgal altındaki topraklarda Filistinlileri kontrol altında tutmak için duvar inşa etmesinin hukuki sonuçlarıyla ilgili görüş bildirmesini istedi. İstişari görüş usulü bir yargılama değildir, keza bağlayıcılığı yoktur fakat uluslararası alanda en üst seviyedeki yargı organı olan UAD'nin konuyla ilgili yaptığı değerlendirme önemli bir ağırlığa sahip bulunmaktadır. Böylece ilk kez İsrail'in bir uygulaması (Filistinlilerin yerleşim yerlerini duvarlarla çevreleme politikası) hukuk terazisinde tartılıp ne olduğu ortaya konulmuş oldu.⁶ İsrail'in Filistin meselesindeki uygulamalarını sorgulamak için istişari mütalaa usulü 2022'nin sonunda bir kez daha kullanıldı. Yine BM Genel Kurulu 30 Aralık 2022 tarihli kararıyla UAD'den bu kez daha genel nitelikli sorulara vereceği cevapla duruma açıklık getirmesini istedi: "(a) İsrail'in Filistin halkının kendi geleceğini belirleme hakkını sürekli ihlalinin; 1967'den bu yana Filistin topraklarını uzun süreli işgali, yerleşime açması ve ilhakının; Kudüs'ün nüfus yapısı, karakteri ve statüsünü değiştirmek için kabul ettiği ayrımcı mevzuat ve tedbirlerin hukuki sonuçları nelerdir? (b) Paragrafta (a)'da anılan politika ve uygulamalar işgalin hukuki statüsünü nasıl etkilemektedir ve diğer devletler ve BM açısından bu statüden kaynaklanan hukuki sonuçlar nelerdir?"⁷ 2024 yılı itibariyle süreç devam etmektedir.

II- SOYKIRIM DAVASININ ARKA PLANI

7 Ekim 2023 günü Hamas'ın eylemlerinden sonra İsrail'in Gazze bölgesine yönelik başlattığı askerî harekâta bölgedeki Filistin halkının topyekûn hedef alınması, hastaneler, okullar, ibadet yerleri, altıya-

⁵ BM Andlaşması, madde 96.

⁶ Legal Consequences of the Construction of a Wall, I.C.J. Reports 2004, s. 136 vd.

⁷ Request for advisory opinion transmitted to the Court pursuant to General Assembly resolution 77/247 of 30 December 2022, 17 Ocak 2023.

pı tesislerinin bombalanması, sivil-askeri hedefler ayrımı yapmadan çoğunluğu çocuk ve kadın olmak üzere binlerce kişinin katledilmesi uluslararası insancıl hukukun en temel kurallarının ihlalini teşkil etmesi yanında soykırım iddialarını gündeme getirdi. Soykırım şüphesiz ki, uluslararası hukukta bir devletin ve devlet idarecilerinin işleyebileceği en ağır suçtur. 1945 sonrası BM ile birlikte yeni uluslararası düzen kurulurken ilk hedeflerin arasında soykırım ve insanlığa karşı suç oluşturan eylemlerin tekrar yaşanmaması vardı. 1948 Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi (Soykırım Sözleşmesi) bu temenniye sağlam hukuki zemine oturtma isteğinin bir sonucudur.⁸ 2024 yılı itibariyle 153 devlet Sözleşmeye taraftır, fakat soykırım yasağı aynı zamanda teamül kuralı olduğundan ve de uluslararası hukukun amir hükümleri (*jus cogens*) arasında yer aldığından bütün devletleri bağlamaktadır.

İsrail’in Gazze’de yaptıklarının soykırım boyutuna varması ile Filistin meselesinin uluslararası yargının konusu olması arasında şöyle bir bağlantı vardır. Soykırım Sözleşmesi yorum ve uygulamayla ilgili olarak taraflar arasında çıkacak ihtilafların halli için özel bir madde içermektedir. Buna göre “Taraflar devletler arasında Sözleşmenin yorumu, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya III. maddede belirtilen fiillerin herhangi birinden bir devletin sorumluluğuyla ilgili olarak ortaya çıkan ihtilaflar ihtilafın taraflarından birinin talebi üzerine UAD’ye sunulur”.⁹ Dolayısıyla Soykırım Sözleşmesine taraf olan devletler anılan maddeyle ilgili ihtirazı kayıt koymamışlarsa¹⁰ Divanın Sözleşme çerçevesinde yargı yetkisini önceden kabul etmiş

⁸ Sözleşmede soykırım şöyle tanımlanmaktadır: “ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur. a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedeni veya zihni zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziki varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, hayat şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek” (madde II). Bu tanım aynı şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsünde de tekrarlanmaktadır (madde 6).

⁹ Soykırım Sözleşmesi, madde IX.

¹⁰ Soykırım Sözleşmesine ihtirazı kayıt konulması hususundaki tartışmalar üzerine BM Genel Kurulu UAD’dan istişari mütalaa istemiş ve Divan “konu ve amaca aykırı olmama ilkesini” zikrederek rezerv konulabileceğini söylemiştir. *Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, s. 15 vd.*

olmaktadır.¹¹ İsrail Sözleşmeye 1950 yılında hiçbir kayıt koymadan katılmıştır. Bu durumda İsrail'e karşı soykırım iddialarının Divan önüne getirilmesi ve IX. maddedeki diğer şartların sağlanması halinde nizalı yargı konusu olmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Diğer deyişle, Soykırım Sözleşmesine taraf olan ve Divanın yargı yetkisini kabul etmiş bulunan bir veya daha fazla devlet tarafından İsrail'e karşı dava açılabilmesinin ve Divanın da bu ihtilafta İsrail'in sorumluluklarını belirleyen bir hüküm vermesinin önü açıktır. Güney Afrika Cumhuriyeti 29 Aralık 2023 tarihli başvurusunda bu hukuki yolu kullanarak İsrail'in 7 Ekim sonrası Gazze'de giriştiği operasyonların soykırım suçunu oluşturduğu iddiasını Divana götürmüş ve yargı sürecini başlatmıştır. İsrail devleti ilk defa Filistin meselesinin tamamıyla ilgili olmasa bile Gazze operasyonunda Filistin halkına karşı yaptıklarından dolayı bir uluslararası mahkeme önünde yargılanmaktadır.

Süreç henüz başlangıç aşamasındadır. UAD usul olarak bir müracaatta önce yetkili olup olmadığına karar verir; Divan yetkili olduğunu belirledikten sonra esasla ilgili değerlendirmeye geçer.¹² Güney Afrika dilekçesinde Divandan şu hususlar üzerine tespit bulunmasını ve hüküm vermesini istemiştir: Güney Afrika ve İsrail Filistin halkıyla ilgili olarak Soykırım Sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine uygun hareket etmek ve soykırımı önlemek için imkânları dâhilinde alabilecekleri gerekli bütün tedbirleri almak yükümlülüğü altındadır; İsrail Soykırım Sözleşmesinde öngörülen yükümlülükleri çiğnemiştir ve ihlal etmeye devam etmektedir.¹³

¹¹ "Divanın yetkisi ... yürürlükteki andlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün durumları kapsar" (Statü, madde 36, § 1). Soykırım Sözleşmesinin ihtilaflarla ilgili UAD'nin zorunlu yargı yetkisini kabul eden hükmüne (madde IX) Sözleşmede bu hususta herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte ihtirazi kayıt konulması kabul edilmektedir. Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, s. 15.

¹² Yetkiyle ilgili meseleler davanın esastan görüşülmesi aşamasında veya ondan önce ayrı olarak karara bağlanabilir. UAD İç Tüzüğü, madde 79.

¹³ Güney Afrika burada Soykırım Sözleşmesinin I, II, III, IV, V ve VI. maddelerine atfla soykırım oluşturan ve cezalandırılacak fiilleri sıralamakta ve İsrail'in Filistin halkına karşı bunlardan imtina etmesi yükümlülüğünü anmaktadır. Ayrıca, Divanın İsrail'den Soykırım Sözleşmesinin ihlallerini tekrarlamayacağı yönünde garanti vermesini öngören bir hüküm vermesini istemektedir. Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 Aralık 2023, § 144. (Bundan sonra "Application of South Africa")

III- İHTİYATİ TEDBİR KARARI/LARI

A. 23 Aralık 2023 Tarihli İhtiyati Tedbir Kararı

Güney Afrika, 23 Aralık 2023 tarihinde, Gazze’deki durumun vahameti ve aciliyetini hatırlatarak Divan’dan ihtiyati tedbir almasını talep etmiştir.¹⁴ İhtiyati tedbir kararları usul olarak yetki ve esasla ilgili yargılama başlamadan öncelikle ele alınır.¹⁵ Bu davada da Divan başvurudan kısa süre sonra ihtiyati tedbir kararını görüşmeye başlamıştır. Taraflar, 11-12 Ocak 2024 tarihlerindeki duruşmalarda iddialarını ve savunmalarını sözlü olarak ifade etmişler ve Divan 26 Ocak 2024 tarihinde ihtiyati tedbir talebiyle ilgili kararını vermiştir. Bu karardan kısa süre sonra 12 Şubat 2024 tarihinde Güney Afrika Divana yaptığı başvuruyla ilave ihtiyati tedbirler alınmasını talep etmiştir. Divan, 15 Şubat 2024 tarihinde, Güney Afrika’nın ilave tedbir talebiyle ilgili kararını vermiştir. Güney Afrika önceki tedbirlerin sonuç vermediği ve durumun giderek kötüleştiği gerekçesiyle bir kez daha başvuruda bulunarak (6 Mart 2024) tedbirlerde değişiklik ve ilave tedbirler alınmasını istemiştir. Bunun üzerine Divan 28 Mart 2024 tarihinde yeni bir ihtiyati tedbir kararı vermiştir.

Kararlaştırılan ihtiyati tedbirlerin içeriği ve etkileriyle ilgili yapacağımız değerlendirmeleri daha anlaşılır kılmak için ifade edelim ki ihtiyati tedbir kararı *prima facie* bir karardır. Yani Divan acil bir durumda telafi edilmez zararların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla davayla ilgili teferruatlı bir inceleme yapmadan genel olarak ele alındığında ve ilk bakışta taraflardan herhangi birisinin (veya her ikisinin) davranışlarının böyle bir zarar riski ortaya çıkardığına kanaat getirirse belirli kriterlere göre yetkili olduğuna ve ihtiyati tedbirler uygulamaya karar vermektedir.¹⁶

¹⁴ Divan taraflardan bir talep gelmemesi halinde bile durumun öyle gerektirdiğini düşünüyorsa kendiliğinden ihtiyati tedbir kararı alabilir. UAD İç Tüzüğü, madde 75, § 1.

¹⁵ UAD İç Tüzüğü, madde 74, § 1: “Geçici tedbirlerin belirtilmesine ilişkin talep, diğer tüm durumlara göre öncelikle ele alınır”. Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, (ed.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press, 2nd Edition, 2019 (pdf versiyonu), s. 1329.

¹⁶ Order 26 January, § 15; *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federati-*

Divan 26 Ocak kararında vurguladığı üzere ihtiyati tedbirler aşamasında olgularla ilgili kesin tespitlerde bulunamaz; dolayısıyla bu kararda da Soykırım Sözleşmesinin ihlallerini tespit etmeye çalışmamış, sadece mevcut şartların bu Sözleşmede öngörülen hakların korunması için ihtiyati tedbirleri gerektirip gerektirmediğini belirlemiştir.¹⁷ Nitekim Divan'a göre mevcut şartlar, Güney Afrika'nın koruma talep ettiği hakların en azından bir kısmının kabul edilebilir olduğunu göstermektedir.¹⁸

Divanın ihtiyati tedbir kararıyla ilgili ihtiyatlı ifadelerine rağmen şartların ihtiyati tedbirler alınmasını gerektirdiğine hükmedildiği durumlarda Soykırım Sözleşmesinin ihlaliyle ilgili bir değerlendirme yapılmamış olsa da zımnen Sözleşmenin ihlal edildiği sonucu çıkmaktadır. Divan ihtiyati tedbirlere karar vermekle İsrail'in 7 Ekim'den itibaren Gazze'de yaptıklarının en azından bir kısmının *prima facie* Soykırım Sözleşmesinin ihlalini oluşturabileceğini kabul etmektedir. Mamafih bu kanaat sadece ihtiyati tedbirler kararı için geçerli olup esasla ilgili kararda teyit edilebileceği gibi tam tersi de söz konusu olabilir. Yine de alınan tedbirlerin ne işe yaradığı ne ölçüde etkili olduğu sorularından bağımsız olarak Divan gibi önemli bir otoritenin *prima facie* de olsa İsrail aleyhine böyle bir kanaati izhar etmesi başlı başına büyük önem arz etmektedir. Zira İsrail'in Filistin politikasıyla ilgili ilk kez hukuken soykırım nitelemesi yapılmıştır. Filistin meselesi bundan sonra *aynı zamanda* soykırım suçu bağlamında tartışılacaktır. Bu hususun gelecekteki hukuki ve siyasi değerlendirmeleri etkileyeceği kuvvetle muhtemeldir.

on), Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), § 24; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, § 16.

¹⁷ Order 26 January, § 62.

¹⁸ Order 26 January, § 54. UAD terminolojisine 2000'li yıllarda giren "kabul edilebilirlik" (plausibility) terimi genel olarak ihtiyati tedbirlerle korunmak istenen hakların dava konusuyla bağlantısına işaret etmektedir. Bununla birlikte terimin anlamı ve gerekliliği üzerinde Divan kararlarında ve doktrinde çok farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Bk. Massimo Lando, "Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice", Leiden Journal of International Law (2018), 31, s. 641-668.

1. Güney Afrika’nın Talepleri

Güney Afrika’nın Divandan talep ettiği ihtiyati tedbirler dokuz maddelik nispeten teferruatlı uzun bir liste oluşturmaktadır.¹⁹ Kısaltarak belirtecek olursak tedbirlerde İsrail’in; Gazze’deki askeri operasyonlarını derhal askıya alması (1 ve 2); (ve Güney Afrika’nın) Soykırım Sözleşmesi uyarınca Filistin halkına karşı soykırımı önleyecek bütün tedbirleri alması (3); Soykırım Sözleşmesinin II. maddesinde sayılan eylemlerden vazgeçmesi (4); Filistinlilerin evlerinden zorla çıkarılması ve yerinden edilmesini önleyecek tedbirler alması; yeterli yiyecek ve suya, yakıt, barınak, giyecek, hijyen, sağlık malzemeleri gibi insani yardıma ulaşmalarının ve sağlık hizmetlerinden yararlanmalarının önündeki engelleri kaldırması ve Gazze’yi Filistinliler için yaşanmaz kılacak uygulamalardan vazgeçmesi (5); Kendi askeri kuvvetlerinin veya denetimindeki diğer silahlı grupların yukarıdaki belirtilen (4 ve 5.paragraflar) eylemlerini ve soykırım, soykırımı teşvik, teşebbüs veya bu amaçla suç ortaklığı teşkil eden eylemlerini engelleyecek; buna aykırı hareket edenlerin cezalandırılması için tedbirler alması (6); Soykırım iddialarıyla ilgili delillerin yok edilmesini önleyecek tedbirler alması ve Gazze’de uluslararası misyonların delil toplama faaliyetlerine engel olmaması (7); anılan bütün tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili karar tarihinden itibaren bir hafta içinde Divana bir rapor sunması ve Divanın uygun göreceği şekilde periyodik raporlar sunması (8); bu davaya konu olan ihtilafı ağırlaştıracak veya çözümünü daha zor hale getirecek eylemlerden kaçınması (9) öngörülmektedir.

Divan 26 Ocak 2024 kararında Güney Afrika’nın ihtiyati tedbir talebini kabul etmiş ve İsrail’den birtakım tedbirler almasını istemiştir. Divan ihtiyati tedbir kararı verirken tarafların talepleriyle bağlı değildir; onların taleplerinden kısmen veya tamamen farklı tedbirleri kararlaştırabilir.²⁰ Bu davada Divan’ın kısmen farklı, daha yerinde ifadeyle

¹⁹ Application of South Africa.

²⁰ UAD İç Tüzüğü, madde 75, § 2. Geçmiş uygulamalarda Divanın ihtiyati tedbir alınmasını kabul ettiği durumlarda talep edilenlerden az veya çok farklı karar verdiği görülmektedir. Mesela bk. Genocide case (Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2020, s. 28; Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018 (II), s. 651; Application of the International Convention for the Suppression of the Financing

Güney Afrika'nın talebini hem içerik hem de üslup olarak farklılaştırarak karar verdiği görülmektedir.

Divanın karar verdiği tedbirler listesinin Güney Afrika'nın teklif ettiği listeden farklı olması, bilhassa İsrail'in askeri operasyonları askıya almasıyla ilgili 1 ve 2 numaralı tekliflerin kabul görmemesi ihtiyati tedbirler aşamasında oldukça ihtiyatlı hareket etme "politikasından" kaynaklandığını söyleyebiliriz. Tabii bu ihtiyatın ihtiyati tedbirlerin sebebi hikmetiyle ne ölçüde bağdaştığı ayrı bir meseledir.

2. Alınan Tedbirlerin Kapsamı

a. Soykırım Fiillerini Önleme ve Teminat Yükümlülüğü

Kararda tedbirler altı paragraf olarak ifade edilmiştir.²¹ Kararlaştırılan ilk iki tedbirde Soykırım Sözleşmesinin II. maddesine atfla İsrail'den bu maddede sayılan fiillerin işlenmesini önlemek için elinden gelen bütün tedbirleri alması ve askeri kuvvetlerinin bu fiilleri işlememesine dair teminat vermesi istenmektedir. Divan burada Güney Afrika'nın listesindeki 3 ve 4 numaralı talepleri "küçük" bir değişiklikle birlikte ifade etmektedir. Güney Afrika'nın 4 numaralı talebi İsrail'in soykırım oluşturan fiillerden "vazgeçmesi" (*desist from*) şeklinde iken Divan bu fiillerin işlenmesini önlemek için tedbir almaktan bahsetmektedir. Fark önemlidir, zira "vazgeçmede" yapılmakta olan bir şeyin terkedilmesi söz konusudur. Dolayısıyla anılan fiillerden vazgeçme talimatı o fiillerin hâlihazırda işleniyor olduğunu varsaymaktadır. Divanın ifadesi ise nötrdür; muhatabının yaptıklarıyla ilgili bir değerlendirme içermemektedir, hatta daha ziyade geleceğe matuf olarak alındığı söylenebilir. Divanın bu aşamada taraflardan birisini itham ettiği imalarından kaçınmak için böyle bir ifadeyi tercih ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim yukarıda işaret ettiğimiz üzere Divan Soykırım Sözleşmesinin ihlali meselesiyle değil Sözleşmedeki hakların korunmasını gerektiren şartların varlığı üzerinde durmaktadır.

of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, s. 139.

²¹ Order 26 January, § 86.

b. Soykırımı Teşvik ve Tahrik Suçlarının Cezalandırılması

Üçüncü olarak, İsrail’in Gazze Şeridindeki Filistinlilere yönelik soykırımı teşvik ve tahrikleri önlemek ve cezalandırmak için gerekli tedbirleri alması öngörülmektedir. Bu tedbir hem resmi görevliler hem sivil halkın davranışları açısından İsrail devletine yükümlülükler getirmektedir. İsrail kimi devlet görevlilerinin 7 Ekim olaylarından itibaren yaptığı kamuya açık beyan ve değerlendirmelerinin soykırımı teşvik suçunu oluşturduğu iddialarına²² karşı iki aşamalı bir savunma geliştirmeye çalışmıştır. Duruşmalarda İsrail temsilcileri tarafından birkaç kez vurgulandığına göre İsrail’in bu harekâtındaki politikası ve operasyonları Ulusal Güvenlik İşleri Bakanlık Komitesi ve Savaş Kabinisi tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla, İsrail’in soykırım niyetini belirlerken anılan organların dışındaki devlet görevlilerinin, mesela bir bakanın veya bir askeri komutanın söylediklerine itibar etmemek gerekir.²³ Bu savunma devletin sorumluluğuyla ilgili yerleşik uluslararası hukuk kurallarıyla bağdaşmamaktadır.²⁴

İsrail, ayrıca, devlet yetkililerinin sözlerinin yanlış yorumlandığını ileri sürmüştür. İsrail Cumhurbaşkanı operasyonların başlamasından beş gün sonra yaptığı açıklamada şunları söylemektedir: “Sorumlu olan oradaki ulusun tamamıdır. Bu işten haberi olmayan sivillerin karışmadığına dair retorik doğru değildir. Kesinlikle doğru değildir ... ve biz onların belkemiğini kırana kadar savaşaacağız”. İsrail Savunma Bakanı Gazze’yi tam bir kuşatma altına aldıklarını belirterek “ne elektirik ne yiyecek ne su ne de yakıt olacak. İnsan hayvanlarla savaşıyoruz ve buna göre davranıyoruz” demiştir. Bunlar Güney Afrika’nın dava dilekçesinde verdiği çok sayıda örnekten birkaçıdır.²⁵ En yüksek seviyeli devlet yetkililerinden daha aşağı seviyedekilere kadar tekrarlanan nefret söylemleri yanlış yoruma yer bırakmayacak şekilde İsrail devletin niyetini ve politikasını ortaya koymaktadır. İsrail temsilcilerinin

²² Application of South Africa, § 101.

²³ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.32, § 40.

²⁴ Uluslararası mahkeme kararları ve doktrinden çok sayıda referans için bk. Uluslararası Hukuk Komisyonunun devletin sorumluluğuyla ilgili taslak maddeleri (Bölüm II- Bir davranışın devlete atfedilmesi) ve yorumları: James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, s. 91-123.

²⁵ Application of South Africa, § 101.

ilave bir savunma olarak Divan önünde bu benzeri sözleri önemsizleştirmek için devlet yetkililerinin veya organların farklı zamanlarda sarf ettikleri daha mutedil sözleri delil olarak sunmaları²⁶ hukuka aykırılığı ortadan kaldıran mazeretler olarak kabul edilemez.

Duruşmalarda bir İsrail temsilcisi resmi veya sivil şahısların işlediği soykırımı teşvik ve tahrik suçlarıyla ilgili incelemelerin başlatıldığını belirtmektedir.²⁷ Fakat öte yandan bir başka temsilci *Bosna ve Myanmar Davalarında* verilen ihtiyati tedbir kararlarında bu yönde bir tedbir bulunmadığını hatırlatarak dava konusu hakların tedbirler yoluyla geçici korunmasını sağlamak için soykırımı cezalandırmanın acil bir gerek olmadığını söylemektedir.²⁸ Oysa geçici olarak ifade edilen süre esasla ilgili karara kadar sürmekte ve bazı durumlarda yıllar alabilmektedir. Sonuç olarak, soykırımı teşvik ve tahriklerle ilgili cezalandırma tedbirleri görüntüden ibaret olmayıp etkili uygulandığı takdirde devletin soykırım karşıtı niyetinin önemli bir göstergesi olacak ve caydırıcı rol oynayacaktır.

c. İnsani Yardımlar

Dördüncü tedbirin konusu Gazze’de yaşayan Filistinlilerin acilen ihtiyaç duydukları temel hizmetler ve insani yardımdır. Divan İsrail’den bunların sağlanmasına imkân verecek tedbirleri derhal almasını istemektedir. Bu tedbir Güney Afrika’nın 5 numaralı paragrafta talep ettiği tedbirlerin sadece bir kısmına tekabül etmektedir; İsrail’in Filistin halkını zorla yerinden eden ve Gazze’yi Filistinlilerin yaşayamayacağı bir yer haline getiren uygulamalardan vazgeçmesi yönünde çağrı yapılması isteği atlanmıştır.

Hâkim Sebutinde muhalif mütalaasında bu tedbire şu gerekçeyle karşı çıkmaktadır. Bir halkı gerekli insani yardımdan mahrum bırakmak soykırım kastıyla yapılmıyorsa soykırım suçu oluşturmaz. Bu olayda böyle bir özel kasıt bulunmadığından insani yardımlarla ilgili tedbir Soykırım Sözleşmesinde öngörülen herhangi bir hakla bağlantılı değildir,²⁹ dolayısıyla alınmaması gerekir. Muhalif Hâkimin dayandığı

²⁶ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.32-35.

²⁷ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.73-4.

²⁸ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.67.

²⁹ Dissenting opinion of Judge Sebutinde, § 28.

kural, yani ihtiyati tedbirlerin korumayı amaçladığı haklarla davanın esasıyla ilgili haklar arasında bir bağlantının olması Divan içtihadında yerleşmiş bir kuraldır.³⁰ Fakat insani yardım tedbirine muhalefetin asıl sebebi Hâkim Sebutinde’nin daha işin başında Gazze operasyonlarında soykırım niyeti bulunduğunu reddetmesidir. Kasıt unsurunun bulunmadığı kabul edildiğinde açıktır ki, Soykırım Sözleşmesinin bir hükmünü içerik olarak aynen tekrar eden bir tedbir de söz konusu olsa – mesela, Filistinlilere ciddi suretle bedeni ve zihni zarar veren eylemlerden kaçınılması – söz konusu bağlantı oluşmayacaktır. Zaten bu yüzden Hâkim Sebutinde İsrail’in atadığı *ad hoc* hâkimin dahi olumlu oy verdiği³¹ bu tedbire muhalefet etmekle kalmamış diğer bütün tedbirler için de olumsuz oy kullanmıştır.

d. Delillerin korunması

Beşinci tedbir İsrail’den soykırım teşkil ettiği iddia edilen fiillerle ilgili delillerin tahribinin önlenmesi ve muhafazasını sağlayacak etkili tedbirler almasını öngörmektedir. Divan benzer bir tedbiri daha önce *Myanmar Davasında* almıştı.³² İsrail buradaki kararla *Myanmar* kararı arasındaki bir farka dikkat çekmektedir. *Myanmar Davasında* Gambia dava dilekçesinde uluslararası araştırma misyonunun tespitlerine dayanarak suçları örtbas etmek için delillerin kasıtlı olarak tahrip edildiği iddiasında bulunmuştur: “BM Araştırma Heyeti Myanmar’ın Rohingya kurbanlarının kalıntılarını tahrip ettiğini, gömdüğünü ve ortadan kaldırdığını belgelemiştir. Heyet, Kuzey Rakhine Eyaleti genelindeki toplu imha ve arazi temizliğinin delillerin yok edilmesi ve bunun suçların gelecekte soruşturulması üzerindeki etkileri konusunda ciddi

³⁰ Mesela bk. Genocide case (Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2020, § 44; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia), Provisional Measures, Order, 7 Aralık 2021, I.C.J. Reports 2021, § 41; Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order, 16 Mart 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), § 51; Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela), Provisional Measures, Order, 1 December 2023, § 20.

³¹ Ad hoc Hâkim Barak bu tedbirle birlikte soykırımı teşvik ve tahrik suçlarının cezalandırılmasını öngören bir önceki tedbir için Divan çoğunluğuyla birlikte olumlu oy kullanmıştır. Order 26 January, § 86.

³² Genocide case (Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2020, § 86.

endişelere yol açtığını belirtmiştir.”³³ İsrail’e karşı başvuruda ise Güney Afrika aynı içerikli tedbir talebini gelecekte suçlarla ilgili yapılan tahkikleri engelleyecek şekilde delillerin yok edilmesi hakkında ciddi endişelerin varlığıyla gerekçelendirmektedir. Yani önceki durumda bir uluslararası heyetin gözlem ve değerlendirmeleri söz konusuysen burada herhangi bir müşahhas dayanak bulunmamaktadır. İsrail’e göre delillerin korunması ve yok edilmesinin önlenmesi yönündeki tedbir delillerin karartılmasıyla ilgili bir şüphe bulunduğunu ima etmektedir, dolayısıyla Divanın böyle bir tedbiri kabul etmesi ilkesiz ve gereksiz bir karardır.³⁴

İsrail’in itirazı tartışmalıdır. Her iki dava da Soykırım Sözleşmesinin ihlali üzerine olsa da olayların gelişmesi, sonuçları ve uluslararası toplumun müdahalesi birbirinden farklı olmuştur. Myanmar’da bir BM heyeti inceleme ve tespitler yapma fırsatı bulurken Gazze’de böyle bir heyetin kurulması ve yerinde araştırmalar yapması mümkün olmamıştır. Dolayısıyla Gazze’de tarafsız bir uluslararası organın önceden tespit edip belgelediği deliller yoktur. Fakat bu durum delillerin korunması yönünde bir tedbir kararının alınması için engel teşkil etmez. Ortada Divanın *prima facie* doğru olduğunu kabul ettiği bir soykırım iddiası varsa bunun kesin doğruluğunu ortaya çıkarmaya yarayacak delillerin korunmasını istemek gayet tabiidir. Ayrıca, bu tedbir soykırım iddiasının geçerliliği kadar geçersizliğini belirlemeye hizmet edeceğinden İsrail’in tezlerinin doğrulanması için de gereklidir. Herhalükarda ara vermeden devam eden operasyonlar esnasında kasten veya başka sebeplerle delillerin tahrip olma riski hayli yüksektir.

İsrail’in tedbire karşı itirazlarının yerindeliği bir tarafa, her şeyden önce bu tedbir kendi içerisinde tutarsız olup Divanın meseleye nasıl üstünlük yaklaştığını gösteren tipik bir örnektir. *Prima facie* de olsa bir soykırım yapıldığına ve yapılmaya devam ettiğine veya soykırımın “eli kulağında” olduğuna ve bunun müsebbibinin İsrail olduğuna karar vermişken, “zanlıdan” kendi aleyhine olacak delilleri korumasını talep etmenin mantığını anlamak zordur. Bu hususta *Myanmar* kara-

³³ Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures, 11 November 2019, § 118.

³⁴ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 68. İsrail ayrıca bu tedbiri talep etmekle Güney Afrika’nın aslında askeri operasyonların askıya alınmasını amaçladığını ileri sürmektedir. Ibid.

rıyla benzer bir formülasyonun benimsenmesi bölgenin İsrail güçlerinin kontrolü altında olduğundan delillerin ortadan kaldırılmasına yönelik uygulamaların ancak bu devletten gelebileceği ihtimaline karşı bir yükümlülük oluşturulduğu gerekçesiyle izah edilebilir. Fakat ne bu açıklama ne de *Myanmar* kararına atıf tatmin edicidir. Zira İsrail’in delillerin yok edilmesini önleyecek tedbirler alma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini veya ne ölçüde yerine getirdiğini denetleyecek tarafsız bir mekanizma kurulmadan bu işin sadece İsrail’in kendisiyle ilgili yine ve sadece kendisinin yapacağı değerlendirmelere bırakılması tedbirin gerçek manada bir hukuki yükümlülük getirmediyi göstermektedir. Bu yoruma göre delillerin korunmasıyla ilgili tedbir Divanın kararında ifade edildiği şekliyle içi boş bir düzenlemeden başka bir şey değildir.

Hal böyleyken Güney Afrika’nın bu konudaki talebinde yer alan araştırma misyonlarının ve yetkili uluslararası organların söz konusu delillerin muhafazasını sağlamaya yardımcı olmak için Gazze’ye girmelerinin engellenmemesi veya kısıtlanmamasını öngören kısmın Divan tarafından dikkate alınmaması ilginçtir.³⁵ Kaldı ki İç Tüzük Divana taraflardan bir talep gelme bile kendiliğinden tarafların görüşlerini aldıktan sonra kendi belirleyeceği şartlara bağlı olarak davanın ilgili olduğu yerde delillerin toplanmasına ilişkin yetki vermektedir.³⁶ Davanın esastan görülmesi halinde verilecek kararda belirleyici rol oynayacak olan delillerin gereği gibi toplanması ve saklanması için İsrail’e çağrı yapmak dışında hiçbir ciddi tedbir alınmaması büyük bir eksiklikler.

e. Rapor Yükümlülüğü

Altıncı ve son tedbir İsrail’in rapor verme yükümlülüğüdür. İsrail’den kararda öngörülen ihtiyati tedbirleri yürürlüğe koymak için yaptıklarını

³⁵ İsrail sözlü savunmasında Güney Afrika’nın bu talebine iki noktadan itiraz etmiştir. Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.68. İlk olarak, Gazze’ye Mısır’dan girişin bulunduğunu belirtmiştir. Uluslararası heyetlerin bu yolla Gazze’ye girip araştırma yapabileceklerini ima eden bu ifade sürekli saldırı ve bombardıman altındaki topraklarda bulunmanın dahi hayati risk taşıdığını yok saymaktadır. İkinci olarak, İsrail uluslararası hukuka göre kendi topraklarından Gazze’ye giriş izni vermek zorunda değildir. Normal şartlarda devletlerin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır, fakat Divanın gerekli görmesi halinde alacağı kararla bu yönde bir yükümlülük ihdas edebilir.

³⁶ UAD İç Tüzüğü, madde 66.

belirten bir raporu bir ay içerisinde Divana vermesi talep edilmektedir. İhtiyati tedbirlerin gerektiği gibi uygulanmasını takip açısından rapor yükümlülüğü önemlidir. İhtiyati tedbirler telafi edilmez zararların ortaya çıkma ihtimali olan *acil* durumlarda başvurulmuş bir enstrümandır. Bu sebeple hemen hayata geçirilmesi, dolayısıyla da bir an önce uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi gerekir. Divan Gazze saldırısı başladıktan yaklaşık dört ay sonra ihtiyati tedbir kararı vermiştir; (Divanın *prima facie* kararına göre) soykırım olarak nitelendirilebilecek fiiller durmamış, tersine artarak devam etmektedir. Her geçen günün hatta saatin Gazze'deki İsraililerin durumunu daha da ağırlaştırdığı açıkça görülmektedir. Bu şartlar altında Divanın İsrail'e rapor için bir aylık süre vermesi durumun vahametiyile bağdaşmayan bir karardır. Çünkü her ne kadar rapor için verilen süre ihtiyati tedbirlerin uygulanmaya başlanacağı süre değilse de uygulamada bu şekilde belirlenen süreler ilgili devletlere uygulamaya geçmeleri için tanınan zaman marjı olarak yorumlanmaktadır. Ayrıca, İsrail'den talep edilen tedbirler teknik olarak alınması ve uygulanmaya koyulması zaman alacak şekilde çok ve karmaşık değildir. Bir benzetme yapılacak olursa, bunlar insan haklarından negatif, yani devletin bir şey yapması değil yapmaması anlayışına dayalı, hemen talep edilebilir, hemen uygulamaya konulabilir haklar olarak nitelenen medeni ve siyasi haklar gibidir. Her devlet bunları hemen uygulamak kapasitesine sahiptir; bunun raporlanması da çok daha kısa sürede mümkündür. Bütün bu hususlar ortada iken Divan rapor meselesinde de Güney Afrika'nın talebini tam olarak dikkate almayarak farklı karar vermiştir. Sonuç olarak, Güney Afrika'nın 8 numaralı talebinde öngörüldüğü gibi İsrail'in karardan en geç bir hafta sonra rapor vermesi ve daha sonra belirli periyotlarda ilave raporlar hazırlaması kararın gerekçesini oluşturan aciliyet unsuruyla daha tutarlı ve yerinde bir karar olurdu.

B. 16 Şubat 2024 İlave Tedbir Kararı

26 Ocak kararından kısa süre sonra İsrail'in operasyonları durdurmak bir yana Gazze'de Refah şehrine saldırma niyetini açıklaması üzerine³⁷

³⁷ İsrail Başbakanlığı'ndan 9 Şubat 2024'te yapılan açıklamada Refah'taki Hamas güçlerine operasyon yapılacağından sivililerin şehri boşaltması istenmiş, Başbakanın bu amaçla IDF (İsrail Savunma Kuvvetleri) ve güvenlik biriminden sivililerin boşaltılması ve Hamas güçlerinin yok edilmesine yönelik bir planı Kabineye sunmasını istediği belirtilmiştir. (Israel Prime Minister's Office, A message from the

Güney Afrika Divana tekrar müracaat etmiş ve bölgede zaten çok vahim olan şartların daha da kötüleşeceğini gerekçe göstererek ilave ihtiyati tedbirler alınmasını istemiştir.³⁸ Güney Afrika’ya göre bu durum Soykırım Sözleşmesi yanında Divanın 26 Ocak kararının da ihlalidir. Güney Afrika müracaatında ilave tedbirler alınmasının hukuki temellerinden bahsetmiş fakat hangi tedbirleri talep ettiğini müşahhas olarak belirtmemiştir.

Güney Afrika’nın müracaatında ilave tedbirler için Divan İç Tüzüğü’nün 75. maddesinin ilk paragrafı anılmaktadır. Söz konusu paragrafta Divana davanın şartlarına göre kendi inisiyatifleriyle ihtiyati tedbirler alma yetkisi verilmektedir. İsrail yaptığı yazılı değerlendirmede bu hükmün Divanın kendiliğinden (*proprio motu*) karar vermesiyle ilgili olduğunu, dolayısıyla bir müracaatın hukuki temelini oluşturmadığını belirtmiştir.³⁹ Paragrafın açık ifadesi bu tenkidi doğrulamaktadır.

İç Tüzükte ilave ihtiyati tedbirler için en uygun hukuki dayanak 76. maddenin ilk paragrafıdır. Burada “Divan davada nihai hüküm verilmeden önce herhangi bir zamanda taraflardan birinin talebiyle veya kendiliğinden ihtiyati tedbirlerle ilgili kararını durumdaki bazı değişikliklerin öyle gerektirdiğini düşünürse iptal edebilir veya değiştirebilir” denilmektedir. İsrail’e göre müracaatta bu maddenin anılmaması durumda yeni tedbirleri haklı kılacak herhangi bir değişiklik olmadığının Güney Afrika tarafından da kabul edildiğini göstermek-

Prime Minister’s Office regarding an operation in Rafah, 9 February 2024, <https://www.gov.whe/departments/news/spoke-rafa1i090224>.) İsrail 12 Şubat’ta saldırıları başlatmıştır. İlk günkü saldırılarda 100’den fazla can kaybı olmuştur. İsraili yetkililer karadan işgal harekâtı için Mart ayını işaret etmiştir. (<https://www.bbc.com/turkce/articles/c990e249pxqo>, 27 Şubat 2024) Refah hâlihazırda Gazze’nin diğer yerlerinde evleri yıkılan ve saldırıya uğrayanların sığınmasıyla Filistinli nüfusun yaklaşık yarısını barındırmaktadır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin açıkladığı gibi Filistinli nüfusun Refah’ı boşaltmak gibi bir seçeneği bulunmamaktadır, zira insanların gidebileceği başka bir yer kalmamıştır. (ICRC speaks to Isa Soares amid growing concerns for civilians in Rafah, CNN, 11 February 2024, <https://edition.cnn.com/world/2024/02/09/exp-rafah-gaza-i-crc-mhanna-live-020902psegl-cnni-world.cnn>.) İsrail ve Kızılhaç referansları Güney Afrika’nın başvuru dilekçesinden alınmıştır.

³⁸ Urgent request for additional measures under article 75 (1) of the Rules of the Court of the International Court of Justice, 12 February 2024.

³⁹ Observation of the State of Israel on the Republic of South Afrika’s urgent request for additional measures under article 75 (1) of the Rules of the Court dated 12 February 2024, §§ 6-7.

tedir.⁴⁰ Güney Afrika'nın ilave tedbirler müracaatının hukuki temeliyle ilgili tartışmaya açık bir yol izlemesi Divandan herhangi bir tedbir talep etmemesi ve alınacak tedbirler hususunu Divana bırakmasıyla izah edilebilir. Bu açıdan değerlendirilince, Güney Afrika'nın ilave tedbir müracaatı aslında bir tedbir müracaatından ziyade 26 Ocak kararından (ilk karar) sonra tedbirlerin uygulanmaması ve durumun giderek kötüleşmesi karşısında Divana yetkilerini kullanması yönünden yapılan bir çağrı olarak nitelendirilebilir. Nitekim Güney Afrika'nın gerekçe ve izlenecek usul olarak ayrıca *LaGrand Davasında* verilen ihtiyati tedbir kararını anması bu yorumumuzu doğrulamaktadır. Güney Afrika Divana çağrıda bulunarak "durumun çok acil olduğunu ve yabın zarar riskini dikkate alarak *LaGrand* örneğine uygun olarak herhangi bir duruşma veya tarafların sunuşu olmadan" yetkisini kullanıp ilave tedbirlere karar vermesini istemektedir.⁴¹

Divanın ilave tedbir talebiyle ilgili 16 Şubat'ta verdiği karar, daha yerinde bir ifadeyle hiçbir tedbir kararı almaması belirttiği gerekçelerle ters düşmektedir. Divan 16 Şubat kararında önce BM Genel Sekreterinin beyanına atıfta bulunmaktadır: "Gazze şeridindeki ve bilhassa Refah'taki en son gelişmeler zaten bir insanlık kâbusu olan durumu kat kat kötüleştirecektir". Gerekçede devamla, "bu tehlikeli durum 26 Ocak kararında Refah dâhil bütün Gazze'de uygulanması için alınan ihtiyati tedbirlerin derhal ve etkili bir şekilde uygulanmasını gerektirmektedir, ilave tedbir alınmasını değil". Karar İsrail'e Soykırım Sözleşmesiyle ve 26 Ocak kararıyla bağlı olduğunu, Gazze'deki Filistinlilerin güvenlik ve emniyetlerini sağlamakla yükümlü olduğunu hatırlatarak sona ermektedir.⁴²

⁴⁰ Ibid, §§ 7 ve 10.

⁴¹ Urgent request for additional measures..., op.cit., §§ 8-9. *LaGrand Davası* (Almanya v. ABD) ABD'de yargılanıp ölüme mahkûm edilen iki Alman vatandaşının (*LaGrand* kardeşler) 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesinde öngörülen bilgilendirilme hakkından faydalandırılmadıkları ve Almanya'ya yargı aşamasında vatandaşlarını korumak için gerekli bilgi verilmediği iddiasıyla Almanya tarafında ABD'ye karşı açılmıştır (1999). Ulusal mahkemenin kardeşlerden birisinin kısa süre içerisinde infaz edileceği kararı üzerine Almanya Divandan ihtiyati tedbirler alarak infazın durdurulmasını talep etmiştir. *LaGrand case* (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999, s. 9.

⁴² Decision of the Court on South Africa's request for additional provisional measures, Press Release, No 2024/16, 16 February 2024.

Kararın sonundaki “Gazze’deki Filistinlilerin güvenlik ve emniyetlerini sağlamakla yükümlü” ifadesi İsrail’in yazılı ve sözlü mütalaasında dile getirdiği “Divan yargı yetkisinin ötesine geçen kararlar alıyor” tenkidini doğrularcasına tartışmalıdır. Divanın yargı yetkisinin temeli Soykırım Sözleşmesidir ve Sözleşmede taraf devletler soykırımı önlemeyi taahhüt etmekte fakat başka insan gruplarının emniyet ve güvenliği sağlamak gibi bir yükümlülük üstlenmemektedir. Böyle bir yükümlülük uluslararası insancıl hukuk kapsamına girmektedir. Savaş zamanı sivillerin korunmasına dair kurallar 1949 Cenevre Sözleşmesinde (IV) öngörülmektedir.

Sonuç itibariyle Divan ilave tedbirlere gerek olmadığına karar vermiştir. Mevcut durum giderek kötüleşiyorsa bunun anlamı ya İsrail’in 26 Ocak kararına uymadığı ya da bu kararda alınan tedbirlerin durumu en azından aynen muhafaza etmek için yeterli olmadığı yahut da her iki ihtimalin birden gerçekleştiğidir. Hangi ihtimal söz konusu olursa olsun işe yaramadığı kabul edilen önceki kararı tekrarlamak ihtiyati tedbir müessesesinin mantığına aykırıdır. Divan durumun hızla kötüleştiğini kabul etmekte fakat ilave tedbir kararı vermemekle aslında kendi misyonunu inkâr edercesine hukukun bu konuda yapabileceği bir şey yok demektedir.

1. İhtiyati Tedbirler ve Tarafların Hakları

Divan Statüsünün 41. maddesi ihtiyati tedbir kararının “tarafların her birinin haklarını korumak” için alındığını belirtmektedir. Yani Divan bu tedbirlere başvururken her iki tarafın haklarının korunmasını gözetmesi ve tedbirler dolayısıyla taraflardan herhangi birisinin dava konusunun kapsamına girmeyen bir hakkına (veya haklarına) hanel getirmemesi gerekir. Bu hassas dengenin sağlanamaması halinde tedbirlerle, daha yerinde bir ifadeyle tedbirlerin yarattığı yükümlülüklerle devletin diğer bazı hakları ve yükümlülükleri arasında çatışma söz konusu olmaktadır. İsrail’in ihtiyati tedbirler aşamasındaki savunmasının en kayda değer kısmı bu hususla ilgilidir.

Güney Afrika’nın Divandan talep ettiği 1 ve 2 numaralı tedbirler İsrail’in Gazze’deki askeri operasyonları derhal durdurmasını ve Soykırım Sözleşmesinin II. maddesinde sayılan eylemlerden vazgeçmesini öngörmektedir. Tam olarak belirtecek olursak teklif edilen tedbirler,

“1- İsrail Devletinin Gazze’de ve Gazze’ye karşı askeri operasyonlarını derhal durdurması” ve “2- İsrail Devletinin kendi idaresi, desteği veya etkisi altındaki askeri veya düzensiz silahlı gruplar ile kendi denetimine, idaresine tabi veya tesiri altındaki organizasyonlar veya şahısların 1 numaralı tedbirde atıfta bulunulan askeri operasyonları ilerletecek hiçbir adım atmamalarını sağlaması” şeklinde ifade edilmiştir.⁴³

Talep edilen bu tedbirler İsrail’in eylemlerinin soykırım oluşturduğu iddiasına dayanmaktadır. Buna göre, İsrail Soykırım Sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemekte, dolayısıyla bu yükümlülöklere tekabül eden Filistin halkının haklarını ihlal etmekte, keza Sözleşmenin bir tarafı olarak Güney Afrika’nın *erga omnes partes* hakkını ihlal etmektedir.⁴⁴

İsrail’e göre ise soykırım iddiasına konu olan olayların açıklaması tamamen farklıdır: her türlü vasıtayı kullanarak kendisini ortadan kaldırma amacını güden bir terör örgütü 7 Ekim 2023 günü yüzlerce vatandaşını öldürmüş, binlercesinin yaralanması ve yaşadığı yerleşim yerlerini terk etmesine sebep olmuş ve iki yüz elliden fazla vatandaşını kaçıırıp rehin almıştır; İsrail Devleti halen devam eden bu saldırılara karşı kendisini ve vatandaşlarını korumaktadır.⁴⁵ Hal böyleyse uluslararası hukuka tamamıyla uygun bir durum söz konusudur. Zira BM Andlaşması’nın 51. maddesi ve uluslararası teamül kuralları devletin silahlı bir saldırı durumunda meşru müdafaa hakkını teslim etmektedir. Keza meşru müdafaa hakkı BM Andlaşması’nda tabii bir hak olarak nitelendirilmektedir. Bunun anlamı devletten hiçbir şartta bu hakkından vazgeçmesi veya bu hakkını kullanmaktan imtina etmesi beklenemez.⁴⁶

Askeri operasyonların durdurulması talebi meşru müdafaa teziyle bağlantılı olarak şu açıdan da tenkit edilmiştir. Dava Güney Afri-

⁴³ Application of South Africa, § 144.

⁴⁴ Application of South Africa, §§ 5, 13, 16, 132, 133.

⁴⁵ İsrail sözlü savunmasında bu argümanı birçok kez dile getirmiştir. Mesela, bk. Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 39.

⁴⁶ Jean-Pierre Cot, Alain Pellet (éd.), O.N.U. La Charte, Commentaire article par article, 2ème édition, Economica, 1991, s. 771 vd.; Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf (ed.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II, Oxford University Press, 3rd Edition, 2012, s. 1397 vd.; James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law, Oxford University Press, 8th edition, 2012, s. 748 vd.

ka ve İsrail arasında olmakla beraber çatışmaların tarafları İsrail ve Hamas’tır. Hamas İsrail’e karşı saldırılarına devam edeceğini beyan etmektedir. Divanın alacağı ihtiyati tedbirler davanın taraflarına hitap etmekte ve onları bağlamakta fakat Hamas bu uygulamanın dışında kalmaktadır.⁴⁷ Bunun sonucu olarak, *ad hoc* Hâkim Barak’ın şahsi mütalaasında belirttiği gibi, askeri operasyonların derhal askıya alınması halinde terörist saldırılar karşısında savunmasız kalacak ve vatandaşlarını korumak gibi en temel görevlerini yerine getiremeyecektir.⁴⁸ Bu savunma dava konusundan bağımsız olarak alındığında makul kabul edilebilir. Fakat davanın konusu Soykırım Sözleşmesinin ihlalidir ve ihtiyati tedbirlerin Sözleşmede korunan haklarla ilgili olması esastır. İsrail’in operasyonları Sözleşmede korunan bir hakka zarar vermediği sürece, yani soykırım olarak sayılan fiillerden olmadığı takdirde Divanın bu çerçevenin dışına çıkarak tedbirler alması ve İsrail’i kendisini ve vatandaşlarını savunmaktan menetmesi yetki aşımı olur. Ancak, tersi bir durum söz konusuysa, yani İsrail Soykırım Sözleşmesinde yasaklanan fiilleri işliyorsa, bu durumda da Divanın görevi operasyonların kısmen veya tamamen durdurulması yönünde tedbir almaktır. Divanın nasıl davranması gerektiğini belirleyecek olan ise olaylarla ilgili yapacağı hukuki tespittir.

7 Ekim’den bugüne, Gazze’de yaşanan olayların bu iki farklı yorumundan hangisinin ne ölçüde haklı olduğu Divan’ın esasla ilgili vereceği kararlar ortaya çıkacaktır. Fakat ihtiyati tedbirler işlevleri itibarıyla nihai karardan önce, hatta çoğu kez davanın başlangıç aşamasında alınmak durumundadır. Yani tarafların farklı yorumlarının ve iddialarının kesin olarak doğru olup olmadıkları henüz belirlenmemişken ihtiyaten alınan tedbirlerle taraflara belirli yükümlülükler getirilmektedir. Bu yükümlülüklerle belirli eylemleri yapmaktan men edilen veya belirli şekilde davranması istenen bir tarafın bunun sonucu olarak uğradığı hak kaybı veya yaşadığı mağduriyetin davanın selameti açısından ne ölçüde gerekli olduğu veya gerçekten gerekli olup

⁴⁷ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 63. Divan kararlarının davanın tarafları dışındakilere etkisiyle ilgili bk. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, § 40.

⁴⁸ Order 26 January, Separate opinion of Judge Barak, § 48.

olmadığı ancak nihai karardan sonra kesinlikle söylenebilir. Ezcümle *prima facie* tespiti dayanan ihtiyati tedbirlerin maksadının yanlış olması veya maksadını aşması riski her zaman vardır. Bu mündemiç riskle bağlantılı fakat ondan ayrı olarak ihtiyati tedbirler ayrıca arızı olarak nitelendirilebileceğimiz bir risk daha taşırlar. O da dava konusu olayların durumuna göre devletin diğer uluslararası yükümlülükleriyle çatışma ihtimalidir. İncelediğimiz davada İsrail'in önceki paragrafta işaret ettiğimiz yorumu/savunması bu ihtimali dile getirmektedir.

Divan 26 Ocak'ta aldığı tedbirler arasında Güney Afrika'nın 1 ve 2 numaralı tekliflerine yer vermemiştir. Fakat bu durumun yukarıdaki tartışmayı salt teorik hale getirdiğini ve bu dava açısından pratik önemini ortadan kaldırdığını söyleyemeyiz.⁴⁹ Divan İsrail'den askeri operasyonların durdurulmasını talep eden hiçbir tedbir almamakla kendi içerisinde çelişkiye düşmekte ve görünüşte hallettiği meşru müdafaa-soykırım yasağı çatışmasını daha karmaşık hale getirmektedir.

Divanın 26 Ocak kararına gerekçe oluşturan temel tespitlerden birisi karar metninde şöyle ifade edilmektedir: "Divan'ın görüşüne göre, Güney Afrika'nın Gazze'de İsrail'in işlediğini iddia ettiği fiil ve ihmallerden en azından bazılarının Sözleşme hükümleri kapsamına girebileceği görülmektedir".⁵⁰ Bu oldukça ihtiyatlı olmasına rağmen son derece önemli olan ve ortada İsrail'in işlediği bir soykırım veya en azından soykırım ihtimali bulunduğunu belirten bir durum tespitidir. Daha önce kararın ve alınan tedbirlerin de ihtiyatlı bir şekilde formüle edildiğinden bahsetmiştik. *Prima facie* karar verilen bu aşamada Divan bu tutumunu ihtiyati tedbir kararının amacıyla açıklamaktadır: Divan olarak bilmemiz ve tespit etmemiz gereken şey Soykırım Sözleşmesinin ihlal edilip edilmediği değil, Sözleşmedeki hakların korunmasını gerektiren şartların bulunup bulunmadığıdır.⁵¹ Öncelikle bu ifadenin önceki ifadeyle/tespitle tamamen zıt olduğuna işaret edelim. Böylece Divan, Gazze'de Filistin halkına karşı kuvvet kullanılmasını bir tarafın "soykırımdır", diğer tarafın "terörist saldırı altında bulunan bir devletin kendisini korumasıdır" olarak yorumladığı karşıt iddiaları bir

⁴⁹ Kaldı ki ihtiyati tedbirlerle diğer uluslararası yükümlülüklerin çatışması teorik açıdan üzerinde durulması gereken önemli bir meseledir.

⁵⁰ Order 26 January, § 30.

⁵¹ Order 26 January, § 62.

tarafa bırakarak (veya esasla ilgili aşamaya bırakarak) ihtiyati tedbir kararını sadece pratik bir sebeple gerekçelendirmeye çalışmaktadır.

Fakat bu yaklaşım bazı soruları da beraberinde getirmektedir. Aynı kararda yaptığı tespitlerle çelişen değerlendirmeler yapan Divan, ihtiyati tedbirlerin amacını açıklarken de aynı hatalı tutumunu sürdürmektedir. Şöyle ki “Sözleşmedeki hakların korunmasını gerektiren şartların” araştırılması söz konusu haklarının ihlali veya ihlal riskiyle ilgili bir araştırmadır. Yani Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğini veya ihlal edilme riski bulunup bulunmadığını tespit etmeden böyle bir araştırma yapmak mümkün değildir. Dolayısıyla Divan “İsrail’in Gazze’de işlediği fiil ve ihmallerden en azından bazılarının Sözleşme hükümleri kapsamına girebileceğini” veya “girmediğini” söylemek durumundadır ve girdiğini söylemiştir. Bu tespitten sonra Divan’dan beklenen, yukarıda açıkladığımız çelişkili ve dolambaçlı yollara sapsadan gereğini yapmasıdır. Güney Afrika’nın askeri operasyonların tamamen durdurulması teklifi maksadı aşar olarak görülüyorsa bunun yerine “İsrail’in Gazze’de işlediği en azından bazıları Sözleşme hükümleri kapsamına girebilecek fiillerin” durdurulması yönünde bir tedbir almak gerekmez miydi?

Bir yandan olaylar (operasyonlar) soykırım gibi görünüyor derken öte yandan olayların devamıyla ilgili kendisine teklif edilmesine rağmen hiçbir tedbir almamasından Divan’ın yukarıda belirttiğimiz her iki tezin, soykırım ve meşru müdafaa, geçerliliğini de dışlamadığı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Böyle bir sonuç kabul edilse dahi Divan’ın sessiz kalmak yerine çatışan hakları mukayese edip bir değerlendirme yapması⁵²; dengede soykırımın daha ağır bastığı açık olduğuna göre askeri operasyonların, yani soykırım oluşturan uygulamaların durdurulmasını istemesi gerekirdi. Zira meşru müdafaa hakkının kullanılmasında İsrail’in de kabul ettiği üzere orantılılık ilkesi esastır⁵³ ve meş-

⁵² “Geçici tedbirlerin alınması talebi üzerine karar verirken, Divan zorunlu olarak tarafların iddia ettiği çatışan haklarla karşı karşıya gelmektedir ve bu hakları birbirine göre tartmaktan kaçınmaz”. Separate opinion of Judge Abraham, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, s. 139, § 6.

⁵³ “States, when attacked, may legitimately respond in a forceful and proportionate manner”. Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 38.

ru müdafaa veya telafi edilemez zararları önlemek gibi⁵⁴ başka hiçbir sebeple bir halka karşı soykırım uygulaması mazur görülemez.⁵⁵

Kaldı ki, İsrail'in meşru müdafaa tezi de ikna edici değildir. İsrail aynı iddiayı BM Güvenlik Konseyinin 2001 yılında aldığı iki kararına⁵⁶ atıfla Filistin topraklarında duvar inşasını haklı göstermek için kullanmıştı. 11 Eylül olaylarından sonra alınan 1368 (2001) sayılı kararda Güvenlik Konseyi terörist saldırılara karşı devletlerin bireysel veya ortak meşru müdafaa hakkı bulunduğunu belirtmiştir; 1373 (2001) sayılı kararda bu hakkı teyit etmiştir. Divan *Filistin Duvarı* istişari mütalaa-sında BM Andlaşması'nın 51. maddesinin metnini zikrederek bir devletin diğer devlete karşı silahlı saldırı durumunda 51. maddenin meşru müdafaa hakkını tanıdığını belirtmiştir. Divan, devamla, İsrail'in kendisine karşı saldırıların yabancı bir devlete atfedilebilir olduğunu iddia etmediğini, duvar inşasının gerekçesi olarak gösterdiği saldırı tehdidinin dışarıdan değil tamamen kendi denetiminde bulunan işgal altındaki Filistin topraklarından geldiğini, dolayısıyla buradaki durumun anılan Güvenlik Konseyi kararlarına esas olan durumdan farklı olduğunu ve bu kararların meşru müdafaa iddiasını desteklemek için kullanılmayacağını ifade etmiştir. Sonuç olarak Divana göre, meşru müdafaa'nın bu davayla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır.⁵⁷ Gazze de karadan ve denizden tamamen İsrail denetiminde olduğuna göre Divan'ın 2004 mütalasında yaptığı tespit burada da geçerlidir.⁵⁸

C. 28 Mart 2024 Kararı

1. Değişiklik Talebinin Gerekçesi

2024 Mart ayının başında Güney Afrika Divan'a yeni bir müracaatta bulunarak "yeni ihtiyati tedbirler almasını ve/veya 24 Ocak'ta aldığı tedbirleri değiştirmesini" talep etti. Güney Afrika müracaatının hukuki

⁵⁴ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 49.

⁵⁵ "Of course, Israel does not have any right to violate the law, still less to commit genocide - and indeed it does not - but it does have every right to act to defend itself in accordance with the rules and principles of international law." Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 39.

⁵⁶ S/RES/1368 (2001), 12 Eylül 2001; S/RES/1373 (2001), 28 Eylül 2001.

⁵⁷ Legal Consequences of the Construction of a Wall, I.C.J. Reports 2004, s. 194.

⁵⁸ Oral proceedings, South Africa, Verbatim Record 24/1, 11 January 2024, s. 80.

dayanakları olarak Divan Statüsünün ihtiyati tedbirlerle ilgili hükmü, 41. madde yanında Divan İç Tüzüğü’nün madde 75 birinci ve üçüncü paragraflar ile madde 76’yı göstermiştir.⁵⁹ Anılan hükümler arasında yeni tedbirler veya tedbirlerde değişiklik meselesi yukarıda 16 Şubat kararını değerlendirirken belirttiğimiz üzere 76. maddede düzenlenmektedir. Maddenin metnindeki “durumdaki bazı değişikliklerin öyle gerektirdiğini düşünürse” ibaresine göre daha önce alınmış bir ihtiyati tedbir kararının değiştirilebilmesi veya yenilerinin ilave edilebilmesi için öncelikle önceki kararın verilmesinden sonra durumda değişiklik meydana gelmesi gerekir. Buna ilaveten durumdaki değişiklik önceki kararı değiştirmeyi ve yeni tedbirler alınmasını haklı kılmalıdır. 76. maddede öngörülen bu şartların yerine gelmesi halinde değiştirilmiş veya alınacak tamamen yeni tedbirlerin Statü’nün 41. maddesine uygun olarak kararlaştırılması lazımdır. Yani Divan ilk kararında hangi genel şartları aradıysa – tedbirlerle korunmak istenen hakların kabul edilebilir olması; telafi edilemez zarar riski, aciliyet – burada da aynı şartların karşılanması söz konusudur.⁶⁰

Divan Güney Afrika’nın sunduğu çok sayıda belgenin yanında Dünya Gıda Programı (WFP), Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü (FAO) ve Dünya Sağlık Örgütü gibi evrensel teşekküllerin birlikte oluşturduğu Entegre Gıda Güvenliği Aşama Sınıflandırması Küresel Teşebbüs’ün, Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu’nun (UNICEF) ve Birleşmiş Milletler İnsani İşler Koordinasyon Ofisi’nin sunduğu bilgi ve belgelere dayanarak Gazze’deki Filistinlilerin bilhassa uzun süreli ve geniş çaplı gıda ve diğer temel ihtiyaç maddelerinden mahrum kalmalarının sonucu olarak zaten felaket derecesinde olan hayat şartlarının daha da kötüleştiğini tespit ederek, bu fevkalade ağır gelişmelerin İç Tüzük madde 76 anlamında bir durum değişikliği oluşturduğunu belirtmiştir. Devamla, 26 Ocak kararında alınan tedbirlerin durumdaki değişiklik sonucu ortaya çıkan problemlere tam olarak çö-

⁵⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Urgent Request and Application for the Indication of Additional Provisional Measures and the Modification of the Court’s Prior Provisional Measures Decisions Pursuant to Article 41 of the Statute of the International Court of Justice and Articles 75 and 76 of the Rules of Court of the International Court of Justice, 6 March 2024, § 15.

⁶⁰ Request for the Modification of the Order of 26 January 2024 Indicating Provisional Measures, Order, 28 March 2024 (bundan sonra “Order 28 March”), § 14.

züm getiremediğini, dolayısıyla bunlarda yapılacak değişiklikler için haklı bir gerekçe oluştuğunu beyan etmiştir.⁶¹ Statü madde 41'deki genel şartların varlığı için ise Divan özel bir inceleme yapmak yerine 26 Ocak kararındaki müspet yöndeki değerlendirmelerini değiştirmesini gerektiren bir sebep bulunmadığını belirtmekle yetinmiştir.⁶² Böylece önceki ihtiyati tedbirleri değiştirmek veya yeni ihtiyati tedbirler almak için Statü ve İç Tüzükte öngörülen şartlar yerine gelmiş olmaktadır.

2. Güney Afrika'nın Değişiklik ve Yenilik Talepleri

Güney Afrika dilekçesinde talep ettiği değişiklik ve yenilik içeren tedbirleri beş paragrafta ifade etmiştir. Özü itibariyle belirtecek olursak, silahlı çatışmaların tarafları olan İsrail ve Filistinli gruplara hitap eden ilk tedbirde çatışmaların derhal durdurulması ve rehin alınan veya tutulan bütün şahısların derhal salıverilmesi öngörülmektedir. İkinci tedbir *ratione personae* daha geniş kapsamlı olup Soykırım Sözleşmesine taraf olan devletleri Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek için gereken bütün tedbirleri almaya çağırılmaktadır. Yine Soykırım Sözleşmesinin bütün taraflarına hitap eden üçüncü tedbir öncekinin daha spesifik bir konuda tekrarı gibidir. Burada taraf devletlere Gazze'deki Filistinlilerin soykırımdan korunma hakkına ve bu hakla bağlantılı diğer haklarına hanel getirecek eylemlerden, bilhassa silahlı kuvvet kullanılması veya bunu destekleyen eylemlerden, keza Divan önündeki ihtilafı ağırlaştıracak, uzatacak veya çözümünü zorlaştıracak müdahalelerden kaçınma yükümlülükleri hatırlatılmaktadır. Son iki tedbir İsrail'e hitap etmektedir. Dördüncü tedbire göre İsrail Gazze'deki Filistinlilerin karşı karşıya olduğu kıtlık ve açlık felaketi ile olumsuz hayat şartlarına karşı acilen ihtiyaç duyulan temel hizmetler ve insani yardımın sağlanabilmesi için şu tedbirleri derhal ve etkili şekilde alacaktır: a- Gazze'deki askeri operasyonları derhal askıya almak; b- Gazze'deki ablukayı⁶³ kaldırmak; c- Gazze'ye insani

⁶¹ Order 28 March, §§ 18-23.

⁶² Order 28 March, §§ 25 ve 40.

⁶³ Uluslararası hukukta abluka terimi esas olarak savaş zamanı bir devletin deniz kuvvetlerini kullanarak düşman devletin limanlarını veya ülkesinin bir kısmını giriş-çıkışa kapatması ve izole etmesi anlamına gelmektedir. Jean-Pierre Cot, "Blocus" in Ph. Francescakis (éd.), Répertoire de droit international, Jurisprudence générale Dalloz, 1968, s. 235-237.

Fakat zamanla abluka terimi barış zamanı alınan tedbirler için veya bir ülkenin sa-

yardımın ulaşmasını doğrudan veya dolaylı olarak engelleyen diğer tedbir ve uygulamaları kaldırmak; d- Tıbbi yardım ve malzemelerin yanında yeterli ve uygun yiyecek, su, yakıt gibi ihtiyaç maddelerinin teminini sağlamak. Beşinci ve son teklif edilen tedbir İsrail’in aldığı tedbirlerle ilgili bir ay içerisinde açık bir rapor vermesine dairdir.⁶⁴

3. 28 Mart Tedbirlerinin Kapsamı

Divan 28 Mart kararında dört grup tedbir almıştır.⁶⁵ Öncelikle 26 Ocak’ta kararlaştırdığı ilk tedbirleri teyit etmektedir. Bunun manası bu kararda alınan tedbirlerin değişiklik amacıyla değil, ilave olarak düşünülmesidir. Divan ilave tedbirlerin sunuşunda Güney Afrika’nın müraعاتında kullandığı gerekçeyi tekrar etmektedir: “İsrail Gazze’deki Filistinlilerin karşı karşıya olduğu kıtlık ve açlık felaketi ile olumsuz hayat şartlarına karşı acilen ihtiyaç duyulan temel hizmetler ve insani yardımın sağlanabilmesi için şu tedbirleri derhal ve etkili şekilde alacaktır”: Gıda, su, elektrik, yakıt, barınma gibi acil ihtiyaç duyulan temel hizmetlerin ve insani yardımın Birleşmiş Milletler ile tam işbirliği içinde, engellenmeden geniş ölçekte temini, kara geçiş noktalarının kapasitesinin ve sayısının artırılması ve bu noktaların gerektiği sürece açık tutulması; silahlı kuvvetlerinin Soykırım Sözleşmesinin koruması altında bulunan bir grup olarak Gazzeli Filistinlilerin Sözleşmede öngörülen haklarını – acil ihtiyaç duyulan insani yardıma erişebilmeleri dahil olmak üzere – ihlal edebilecek fiilleri işlememesi. Son tedbir de ilk kararda olduğu gibi İsrail’e aldığı tedbirlerle ilgili bir ay içerisinde rapor verme yükümlülüğü getirmektedir.

Tedbirlerin kapsamıyla ilgili olarak ilk söylenecek şey Güney Afrika’nın teklif ettiği İsrail’in yanında Filistinli silahlı gruplara ve Soykırım Sözleşmesinin taraflarına hitap eden ilk üç tedbirin reddedilmiş olması, İsrail’e yönelik olanların ise bazı değişikliklerle kabul edilmesidir.

İlk üç teklifin reddedilme gerekçesi Divan kararlarının nispi etkisiyle açıklanmaktadır.⁶⁶ Statünün 59. maddesine göre Divanın verdiği ka-

dece denizden değil karadan giriş çıkışlarını kısıtlayan tedbirler için de kullanılabilir olmuştur.

⁶⁴ Application 6 March 2024, § 17.

⁶⁵ Order 28 March, § 51.

⁶⁶ Order 28 March, § 44.

rarlar “ancak ihtilafın tarafları bakımından ve karar verilen iş için bağlayıcıdır”. Bu hükümdeki “karar” terimi esasla ilgili kararlar yanında Divanın *Bosna v. Yugoslavya Soykırım Davası* ihtiyati tedbirler kararında belirttiği gibi ara kararları da içine almaktadır.⁶⁷ Bu tespit uluslararası (devletlerarası) yargı usul kurallarına şeklen uygun olmakla birlikte uluslararası toplum, insanlığın ortak mirası, ortak değerler gibi kavramların ve bunların hukuk düzenindeki ifadesi *jus cogens* ve *erga omnes* yükümlülüklerin uluslararası pozitif hukuk kurallarının bir parçası olduğu günümüzde potansiyel bir tartışmayı da içinde barındırmaktadır. Soykırım Sözleşmesinin dibacesinde “BM’nin ruhuna ve amaçlarına aykırı olan ve medeni dünya tarafından lanetlenen bu iğrenç musibetten (soykırım suçu) insanlığı kurtarmak için uluslararası iş birliğinin gerekli olduğu kanaatiyle” bu Sözleşmenin yapıldığı beyan edilmektedir. Soykırım Sözleşmesi “klasik” uluslararası andlaşmalardan farklı olarak taraf devletlerin karşılıklı hak ve menfaatlerinden ziyade insanlığın ortak değerlerini korumak için yapılmıştır.⁶⁸ İhdas ettiği haklar ve yükümlülükler *erga omnes partes*’dir. Zamanla soykırım suçunun *jus cogens* konusu olmasıyla “*partes*” ilavesini bir tarafa bırakarak haklar ve yükümlülükler *erga omnes*, yani herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmiştir. Soykırım Sözleşmesinin ihlali iddiasıyla bir dava açıldığında ve Divanın *prima facie* bu davayı kabul edilebilir bulduğu bir durumda Statünün 59. maddesindeki hükmü katı bir şekilde uygulamak korunması gerekli görülen bir menfaatin (değerin) bütün devletleri ve uluslararası toplumun tamamını *hukuken* ilgilendirmesi keyfiyetini görmezden gelmek ve

⁶⁷ “Başvurucu ve davalı arasında ihtilaf konusu haklarla ilgili Divanın verdiği hüküm Statünün 59. maddesine göre sadece taraflar açısından bağlayıcıdır. Dolayısıyla Divan bu hakların korunması için sadece tarafların uygulayacağı tedbirler alabilir, üçüncü devletler veya diğer birimlere karşı değil”. Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, § 40.

⁶⁸ “Sözleşme açıkça insani ve uygarlaştırma amacıyla kabul edilmiştir... Konusu bir yandan doğrudan insan topluluklarının varlığını korumak ve diğer yandan en temel ahlaki ilkeleri teyit etmek ve desteklemektir. Böyle bir sözleşmede, taraf devletlerin kendilerine ait herhangi bir menfaati yoktur; sadece ortak bir menfaatleri vardır, yani Sözleşmenin varoluş sebebi olan yüksek amaçların gerçekleşmesi. Dolayısıyla bu tür bir Sözleşmede devletlerin bireysel avantaj veya dezavantajlarından veya haklar ve yükümlülükler arasındaki mükemmel akdi dengenin korunmasından söz edilemez. Sözleşmeye ilham veren yüksek idealler tarafların ortak iradesi yoluyla bütün hükümlerinin temelini ve ölçüsünü oluşturmaktadır”. Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, s. 23.

konuyu iradeci öğretinin ikili ilişkiler mantığı çerçevesinde hapsetmek anlamına gelmektedir. *Barcelona Traction*’dan sonra Divanın uluslararası toplumun ortak değerlerini koruyan kurallar hususunda *Güney Batı Afrika Davasındaki* muhafazakâr anlayışını⁶⁹ geride bıraktığı kanaati oluşmuştur. Fakat Divan’ın amir hükümlerin varlığı ve etkilerine ihtiyatlı yaklaşması ve 1990’larda *Bosna v Yugoslavya* ile başlayan soykırım davalarında verdiği kararlar *Lotus* ruhunun⁷⁰ hala diri olduğunu göstermektedir. Uluslararası toplumun ortak değerlerinin korunmasıyla ilgili olan incelediğimiz bu davada da Divan 59. maddeyi ve yargı yetkisini devletin rızasını mutlak kabul eden bir anlayışla yorumlamayı tercih etmiştir.

28 Mart tedbirleri Gazze halkına insani yardım amacına matuf olarak alınmıştır. İnsani yardımla ilgili meseleler esas olarak Cenevre Hukuku veya uluslararası insancıl hukukun konusunu oluşturur. Bununla birlikte Soykırım Sözleşmesinde soykırım suçunu oluşturduğu belirtilen fiillerin tamamı (madde 2) bir topluluğu hayati ihtiyaç maddelerinden mahrum bırakarak veya bu maddelere erişmesini engelleyerek işlenebilir. Bu sebeple, Divanın bu davada ancak Soykırım Sözleşmesi çerçevesinde yetkili olduğu ve insancıl hukuku ilgilendiren olayların yargı yetkisi dışında kaldığı tespitlerinden yola çıkarak insani yardımı düzenleyen tedbirler almasını yetki aşımı olarak niteleyen yorumlar doğru değildir.⁷¹

Tedbirlerin kapsamıyla ilgili dikkat çeken bir diğer husus da şudur ki, Divan insani yardıma odaklı “yeni” tedbirlerde aslında yeni

⁶⁹ Manda rejiminin Milletler Cemiyetinin uluslararası toplum adına yapılan bir düzenleme olduğu, dolayısıyla bütün devletlerin ortak menfaatini oluşturduğunu kabul etmek “Divanın ‘actio popularis’ veya toplumun herhangi bir üyesinin kamu menfaatini savunmak için hukuken harekete geçme hakkı bulunduğunu kabul etmesi demektir. Fakat bu tür bir hak bazı ulusal hukuk düzenlerinde bulunmasına rağmen şu anki haliyle uluslararası hukukta bilinmiyor”. South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, s. 47, § 88.

⁷⁰ “Uluslararası hukuk, bağımsız devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Bu sebeple, devletler için bağlayıcı olan hukuk kuralları kendi serbest iradelerinden kaynaklanır. Bu irade sözleşmelerde veya hukukun genel ilkelerini tasdik eden teamülde kendini gösterir. Kurallar bir arada var olan bağımsız toplulukların arasındaki ilişkileri düzenlemek veya ortak amaçları gerçekleştirmek için kabul edilmiştir. Dolayısıyla, devletlerin bağımsızlığının sınırlandırılması varsayılmaz (bile).” The Case of the S.S. “Lotus” (France v. Türkiye), Judgment, 7 September 1927, The Permanent Court of International Justice, Series A, No 10, s. 18.

⁷¹ Order 28 March, Separate opinion of Judge ad hoc Barak, s. 5-6.

bir şey söylememekte, 26 Ocak kararında bu meseleyi genel olarak kalemeye aldığı 4 numaralı tedbiri ilgili teferruatları anarak tekrar etmektedir. Olayların öyle gerektirdiği durumlarda Divan'ın önceki tedbir kararlarını teyit eden, tekrarlayan veya açıklayan yeni kararlarla gelişmelere müdahil olması gayet normal ve anlaşılabilir bir tutumdur. İncelediğimiz davada da Divan'ın olaylar karşısında bir şeyler yapma gayretiyle ilgili benzer şeyler söylenebilir. Fakat iyiniyetli olarak nitelendirilebilecek bu tutum ihtiyati tedbir kararı sürecinde bazı önemli hataları görmeye engel teşkil etmemelidir.

Divan insani yardım odaklı “yeni” tedbirlerin gerekçesini açıklarken, uluslararası kuruluşların gözlem ve raporlarından hareketle Gazze’de durumun giderek daha da kötüleştiğini, açlık ve kıtlığın hastalıklar, salgınlar ve ölümlere yol açtığı ve bunun başlıca sebebinin de BM İnsan Hakları Yüksek Komiserinin belirttiği gibi⁷² İsrail’in insani yardımın ulaşmasının önüne büyük engeller çıkardığını söylemektedir.⁷³ Divan buradan olayın şartlarındaki değişikliklerin 26 Ocak kararında alınan tedbirlerde *değişiklik yapılmasını gerekli kıldığı* sonucunu çıkarmaktadır.⁷⁴ Kararında atıfta bulunduğu Güvenlik Konseyi’nden diğer BM organları ve üst seviye yetkililerine ve insan hakları kuruluşlarına kadar herkesin “göz göre göre bir halk imha ediliyor” ikazına ve bunun haklı olduğunu kabul etmesine ve kendisinin “değişiklik yapılması gerekir” ifadesine rağmen Divan değişiklik adı altında zaten mevcut olan önceki tedbirleri teferruatlandırıp tekrar etmekle yetinmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, böyle bir karar eksik olarak tenkit edilse de makul karşılanabilir, fakat Divan’ın gerekçeleriyle kararı arasındaki kopukluğun izahını yapmak çok zordur.

28 Mart kararında gerekçe-sonuç ilişkisi bakımından en fazla tenkit edilmesi gereken husus eski tedbirlerin yeni gibi sunulmasından ziyade dava konusu haklara (Gazze halkının Soykırım Sözleşmesi-

⁷² “Açlık ve kıtlık durumu, İsrail’in insani yardım ve ticari malların giriş ve dağıtımına yönelik kapsamlı kısıtlamalarının, nüfusun çoğunun yerinden edilmesinin ve aynı zamanda önemli sivil altyapının tahrip edilmesinin bir sonucudur”. Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Comment by UN High Commissioner for Human Rights Volker Türk on the risk of famine in Gaza”, press release, 19 March 2024.

⁷³ Order 28 March, §§ 30-40.

⁷⁴ Order 28 March, § 41.

le korunan hakları) telafi edilemez zararlar vererek esasla ilgili verilecek hükmü gereksiz hale getirecek uygulamalar karşısında sessiz kalınmasıdır. Divan’ın “yeni” tedbirler alma kararının gerekçesi BM Genel Sekreter Yardımcısına atıfla şöyle bir değerlendirme içermektedir: “Divan, ayrıca, Gazze’ye yardım sağlamaya çalışan BM ve çeşitli kuruluşların temsilcilerinin bazı beyanlarını da dikkate almaktadır. Bu beyanlara göre felaket derecesindeki insani duruma ancak Gazze Şeridindeki askeri operasyonların askıya alınmasıyla çözüm üretilebilir. Mesela, BM Genel Sekreteri’nin insani işlerden sorumlu yardımcısı ‘İnsani yardım topluluğu Gazze’de hayatları kurtarmak için ne yapılması gerektiğini biliyor, fakat bizim doğru şartlara ve garantilere ihtiyacımız var. Bu da ateşkes ve savaş hukuku kurallarına tam olarak uyulmasıdır’ demiştir.”⁷⁵

İnsani yardımın engellenmesiyle soykırım arasında bağlantı kuran Divan ihtiyati tedbir talebinin Ocak 2024’te ilk görüşülmeye başlandığından beri dile getirilen askeri operasyonların durmasını değerlendirmeye değer bulmamıştır. Oysa Gazze’de kitlesel ölümlerin, zorla yerinden edilmelerin, açlık ve salgın hastalıklara mahkûm olmanın ve 28 Mart kararının merkezinde bulunan insani yardımın bir türlü gerektiği gibi sağlanamamasının temel sebebi insancıl hukuk kurallarının hiçe sayılarak yapılan askeri operasyonlardır. İsrail’in askeri operasyonları iddia ettiğinin aksine terörizmle savaş değil, sonuçlarından açıkça anlaşıldığına göre bir halkı topyekûn imha harekâtıdır. Bu yüzden İsrail’i destekleyen başta ABD olmak üzere Batılı devletler ve Güvenlik Konseyi kerhen de olsa ateşkes çağrılarında bulunmaktadır. Divan’ın bu son kararı “yeterli insani yardım sağlanmadığı takdirde Soykırım Sözleşmesi ihlal edilmiş olacaktır” demektedir. Öbür yandan aynı Divan aynı kararın gerekçesinde “ateşkes yapılmazsa, askeri operasyonlar askıya alınmazsa yeterli insani yardım sağlanması mümkün değildir” görüşünü paylaşmaktadır. Hal böyleyken ateşkesteki söz et-

⁷⁵ Order 28 March, § 36. Divan bu meyanda, ayrıca, Güvenlik Konseyinin 2728 (2024) sayılı kararında taraflara yaptığı Ramazan ayında derhal ateşkes çağrısını ve BM Genel Sekreterinin basın açıklamasını anmaktadır: “Bu tamamen insanların sebep olduğu bir felaket ve rapor (IPC Global Teşebbüs Raporu) bunun durdurulabileceğini söylüyor. Bugünkü rapor acil insani ateşkes ihtiyacını açıkça göstermektedir” (United Nations, Secretary-General’s press encounter on Gaza food insecurity report – Statement, 18 March 2024).

meden insanı yardım tedbiri almak ciddi bir yargılama sürecinden ziyade Divan'ın bir şeyler yapıyor görünmek politikası izlediği kanaati uyandırmaktadır.

SONUÇ

2024 yılının en önemli uluslararası meselesi şüphesiz ki 2023 Ekim'inde başlayan ve hız kesmeden devam etmenin ötesinde insani sonuçları bakımından bütün insanlık için giderek bir utanç tablosu haline gelen Gazze "savaşıdır". Savaş kelimesini kullanmamıza rağmen aslında tek taraflı ve insani hukuk kurallarının hiçe sayıldığı bir katliam söz konusudur. Fakat Gazze'nin bölge ülkeleri arasında potansiyel bir savaşın hatta bir dünya savaşının tohumlarını ektiğini söylemek abartılı olmayacaktır. Uluslararası politikanın bu en önemli gündem maddesi UAD önünde açılan *Soykırım Sözleşmesinin Gazze'de Uygulanması Davası* ile uluslararası yargının da müdahil olduğu bir mesele haline geldi. Dava henüz başlangıç aşamasında bulunmaktadır; yetki (kabul edilebilirlik) kararı ve esastan görülmesiyle ilgili karar daha sonra verilecektir. Bu aşamada davacı Güney Afrika'nın talebiyle dava konusu hakların telafi edilemez şekilde ihlal edilme riski bulunduğu ve Gazze'deki durumun aciliyeti sebebiyle Divan birkaç ay içerisinde üç ara karar vererek birtakım tedbirlerin uygulanmasına hükmetmiştir.

İhtiyati tedbirler Divan'ın bilhassa 1990'lı yıllardan itibaren sıklıkla başvurduğu bir tekniktir. Statüde açık hüküm bulunmamakla birlikte ihtiyati tedbirlerin tıpkı esasla ilgili kararlar gibi bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.⁷⁶ Bu tedbirleri alırken Divan davaya bakmaya *prima facie* yetkili olduğuna karar vermektedir. Verilen bu "ilk bakışta" yetki kararı geçicidir ve ihtiyati tedbirlerin alınmasına temel oluşturur; daha sonra Divan bu karardan bağımsız olarak davayı esastan görmeye yetkili olup olmadığına ayrıca karar verir. İhtiyati tedbir kararı tarafların sorumluluğuyla ilgili bir değerlendirme değildir. Buna rağmen incelediğimiz davada olduğu gibi taraflardan sadece birisinin davra-

⁷⁶ İhtiyati tedbirlerin bağlayıcılığı ile ilgili tartışmalar, içtihat ve doktrinde farklı görüşler ve Divanın LaGrand Davasında tedbirlerin bağlayıcılığına dair kararı için bk. A. Zimmermann and alia (ed.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, ibid, s. 1340-1347.

nışları “tehlikeli” bulunuyorsa, o tarafın sorumlu olmasa da “zanlı” olarak görüldüğü açıktır. Dünya Mahkemesi (*World Court*) olarak da adlandırılan UAD’nin önünde soykırım zanlısı olmak ve – şayet Divan davaya bakmaya yetkili olduğuna karar verirse – izlediği politika ve fiillerinden dolayı soykırım iddiasıyla yargılanmak İsrail’in bugüne kadar görmediği bir tepkidir. Davanın kabul edilebilirliği ve sonucu ne olursa olsun siyasi, insani, psikolojik açıdan önemli tesirleri olacağı muhakkaktır.

İhtiyati tedbir kararları açısından söyleyecek olursak, bu tepkinin pratik sonuçları davanın açılmasının meydana getirdiği sansasyonla ters orantılı olmuş, adeta dağ fare doğurmuştur. İlk tedbir kararının alındığı 26 Ocak 2024’ten Nisan 2024’e geçen iki aydan fazla zaman zarfında İsrail operasyonlarına aynı şiddette devam etmiştir. Bunun sebeplerinden birisi İsrail’in hep uygulayageldiği uluslararası hukuk kurallarını çiğneme pahasına hedeflerini gerçekleştirme politikasıdır. Hukuki değerlendirme açısından bu sebepten daha önemli diğer sebep ise Divan’ın tedbir kararlarının içerik olarak olayın gerçeklerinden kopuk olmasıdır. Divan tedbir kararlarının gerekçelerinde İsrail silahlı kuvvetlerinin Gazze’de yaptıklarını, Filistin halkının maruz kaldığı katliam, açlık, susuzluk, yerinden edilme gibi soykırım kapsamında değerlendirilen uygulamaları Genel Sekreter, Güvenlik Konseyi, Genel Kurul gibi BM organlarının ve ilgili evrensel kuruluşların belgeleri ve beyanlarından hareketle ortaya koymaktadır. 28 Mart kararının gerekçesinde bunlara ilaveten Gazze’deki durumun giderek kötüleştiğini belirtmektedir. Gerekçelerdeki bu durum tespiti davanın konusu olan Soykırım Sözleşmesiyle korunan hakların ihlal edildiğine işaret etmektedir. O halde bu tespitlerden hareketle alınacak tedbirlerin de dava konusu hakların korunmasına yönelik olması, yani bu hakları çiğneyen veya çiğneme ihtimali olan fiilleri hedeflemesi gerekir. Belgeleriyle gerekçede anılan bu ihlallerin tamamı İsrail’in askeri operasyonlarının *doğrudan* sonucudur.

Divanın aldığı tedbirlere baktığımızda 26 Ocak kararındaki ilk tedbirde İsrail Devleti’nden Gazze’deki Filistinlilerle ilgili olarak Soykırım Sözleşmesi’nin 2. maddesindeki fiillerin işlenmesini önlemek için her türlü tedbiri alması istenmektedir. Divan bilhassa şu tedbirler diyerek

2. maddenin beş paragrafından dördünü aynen saymaktadır.⁷⁷ İkinci tedbire göre ise İsrail birinci tedbirde sayılan fiillerin silahlı kuvvetleri tarafından işlenmemesini sağlayacaktır. İkinci tedbir birinci tedbirin içinde zaten vardır, dolayısıyla aynı şeyi tekrar vurgulamak dışında gereksizdir. Her iki tedbiri birlikte Soykırım Sözleşmesi bağlamında ele aldığımızda, tedbir olarak İsrail'den yapmaması ve önlemesi istenen fiiller Divan'ın da atıfta bulunduğu üzere Soykırım Sözleşmesinde (madde 2) sayılmaktadır; keza Sözleşmeye göre taraf devletler, dolayısıyla İsrail soykırımı önlemeyi taahhüt etmektedir (madde 1). Sonuç olarak, Soykırım Sözleşmesinde zaten var olan yükümlülükleri aynen formüle ederek tedbir olarak sunmak hatırlatma dışında başka bir amaca hizmet etmemektedir.

26 Ocak kararındaki üçüncü tedbir için de aynı değerlendirmeyi yapabiliriz. Burada Divan İsrail'i Gazze'deki Filistinlilere karşı soykırım suçunu işlemeye doğrudan ve alenen teşvik edenleri önlemek ve cezalandırmaya çağırılmaktadır. Soykırım Sözleşmesi 1. maddesinde taraf devletler soykırımı önleme ve bu suçu işleyeni cezalandırma taahhüdüne ilaveten 3. maddesi uyarınca "soykırında bulunulmasını doğrudan ve alenen kışkırtmayı" cezalandırma yükümlülüğü altındadır.⁷⁸

26 Ocak kararındaki dördüncü tedbir acil insani yardımların ulaştırılabilmesi için İsrail tarafından gerekli tedbirlerin alınmasını öngörmektedir. Sözleşmede soykırım tanımında grup üyelerinin öldürülmesi yanında "grup mensuplarına ciddi surette bedeni ve zihni zarar verilmesi" ve "grubun tamamen veya kısmen fiziki varlığını ortadan kaldıracakı hesaplanarak hayat şartlarını kasten değiştirmek" fiilleri de sayılmaktadır. Gazze'nin abluka altında tutulup yardımların geçişinin engellenmesi, sınırlı sayıda müsaade edilen yardım konvoylarının ve dağıtım yerlerinin bombalanması bu fiillerin bütün unsurlarıyla gerçekleştirilmesidir. İsrail bunları yapmakla Soykırım Sözleşmesini ihlal etmiş olmaktadır. Aynı yükümlülüğün ihtiyati tedbir olarak tek-

⁷⁷ Divanın anmadığı paragraf "gruba mensup çocukları zorla başka bir gruba nakletmektir" (madde 2, e).

⁷⁸ Soykırım Sözleşmesi'nin 4. maddesi "Soykırım suçunu veya üçüncü maddede gösterilen fiillerden birini işleyenler, anayasaya göre yetkili yöneticiler veya kamu görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırılır" demek suretiyle 1 ve 3. maddeleri tamamlamaktadır.

rarlanması önceki tedbirlerde olduğu gibi sadece hatırlatma amacına hizmet etmektedir.

Önceki tedbirleri teyit eden ve Gazzelilere insani yardımın ulaşmasını konu edinen 28 Mart tedbirleri kapsam olarak önceki tedbirlerden farklı olmadığından yukarıda yaptığımız yorum bunlar için de geçerlidir. İnsani yardımın kesilmesi Gazze’deki Filistinlilerin ölümüne yol açan ve onlara “ciddi surette bedeni ve zihni zarar veren” eylemlerden olduğundan, kasıt unsurunun varlığının Divan tarafından *prima facie* kabul edildiğini de dikkate alarak, Soykırım Sözleşmesinde yasaklanmaktadır.

Dava mücerret ve genel olarak formüle edilmiş hukuk kurallarını belirli ve müşahhas özel bir duruma uygulanmasına dair ilgili taraflar arasında çıkan ihtilafın mahkeme önündeki çözüm sürecidir. Bu süreçte mahkeme kuralları özel durumun şartlarına göre yorumlar ve uygular. İhtiyati tedbirler de bu sürecin bir parçasıdır. Nitekim Divan ihtiyati tedbirlere karar verdiği birçok davada genel kuralları hatırlatmaktan ziyade dava konusu hak veya hakların korunması, böylece davanın konusuz kalmaması için o olaylarla ilgili spesifik tedbirler almıştır. Mesela, *LaGrand Davasında* aldığı tedbir şöyledir: “Amerika Birleşik Devletleri, Walter LaGrand’ın bu davadaki nihai karara kadar idam edilmemesini sağlamak için elindeki tüm tedbirleri almalı ve bu kararın uygulanması sırasında aldığı tüm tedbirler hakkında Divanı bilgilendirmelidir”.⁷⁹

Bir diğer örnek *Nikaragua’nın Sınır Bölgesinde Yürüttüğü Bazı Faaliyetler Davasında* alınan ihtiyati tedbirlerdir: “(1) Tarafların her biri, *caño* da dâhil olmak üzere ihtilafli bölgeye sivil, polis veya güvenlik personeli göndermekten veya bu bölgede bulundurmaktan kaçınacaktır. (2) Yukarıdaki (1) numaralı noktaya bakılmaksızın, Kosta Rika, *caño* da dâhil olmak üzere, çevrenin korunmasından sorumlu sivil personeli ihtilafli bölgelere gönderebilir, ancak bu yalnızca söz konusu bölgenin bulunduğu yerdeki sulak alanın bir kısmına onarılamaz zarar verilmesini önlemek için gerekli olduğu ölçüde olacaktır; Kosta Rika, bu eylemlerle ilgili olarak Ramsar Sözleşmesi Sekreterliği’ne danışacak,

⁷⁹ LaGrand, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999, s. 16, § 29.

Nikaragua'ya bunları önceden bildirecek ve bu konuda Nikaragua ile ortak çözümler bulmak için elinden gelen çabayı gösterecektir.”⁸⁰

Son örneğimiz İran ile ABD arasındaki 1955 *Dostluk Antlaşması, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Haklarının İhlal Edildiği İddiası Davasında* alınan ihtiyati tedbirlerdir. Divan İran'ın talebi üzerine şu tedbirlere karar vermiştir: “(1) Amerika Birleşik Devletleri, 1955 Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşması kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, 8 Mayıs 2018 tarihinde açıklanan tedbirlerden kaynaklanan, İran İslam Cumhuriyeti'ne (i) ilaçlar ve tıbbi cihazların; (ii) gıda maddeleri ve tarım ürünlerinin; ve (iii) sivil havacılığın emniyeti için gerekli yedek parçalar, ekipmanlar ve ilgili hizmetlerin (garanti, bakım, onarım hizmetleri ve denetimler dâhil) ihracatının yapılmasına yönelik her türlü engeli kaldıracaktır. (2) Amerika Birleşik Devletleri, lisansların ve gerekli izinlerin verilmesini ve ödemelerin ve diğer fon transferlerinin, (1) numaralı maddede atıfta bulunulan mal ve hizmetlerle ilgili olması halinde herhangi bir kısıtlamaya tabi olmasını sağlayacaktır”.⁸¹

Bu kararları Divanın aldığı şekliyle teferruatlı olarak sunmamızın sebebi dava konusu hakların korunmasında her olayın özel durumuna göre müşahhas kararlar alınması gerektiğini ve alındığını vurgulamaktır. Devletlerin bireysel haklarıyla ilgili bu anlayışla hareket eden Divanın sadece Gazze'deki Filistinlilerin değil, bütün insanlığın hukuken koruma altına alınmış en temel değerinin telafi edilemez bir şekilde çiğnenmesinin önüne geçecek etkili tedbirler, yani askeri operasyonların durdurulması yerine Soykırım Sözleşmesinde zaten bulunan ve devletlerin riayet etmek zorunda oldukları yükümlülükleri tekrarlamaktan ibaret olan “tedbirlerle” yetinmesi *Soykırım Sözleşmesinin Gazze'de Uygulanması Davasının* açılmasıyla birazcık umutlanan başta Filistinliler olmak üzere bütün uluslararası toplumu hayal kırıklığına uğratmıştır.

⁸⁰ Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, s. 27, § 86.

⁸¹ 1955 Treaty case (Iran v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2018, s.652, § 102.

Kaynakça

Kitaplar, Makaleler

- Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, (ed.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press, 2nd Edition, 2019 (pdf versiyonu).
- Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II*, Oxford University Press, 3rd Edition, 2012.
- Cameron A. Miles, *Provisional measures before international courts and tribunals*, Cambridge University Press, 2017.
- James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 8th edition, 2012.
- James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002.
- Jean-Pierre Cot, “Blocus” in Ph. Francescakis (éd.), *Répertoire de droit international, Jurisprudence générale Dalloz*, 1968.
- Jean-Pierre Cot, Alain Pellet (éd.), *O.N.U. La Charte, Commentaire article par article, 2ème édition, Economica*, 1991.
- Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 6th edition, 2008.
- Massimo Lando, “Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law* (2018), 31.

Mahkeme Kararları

- The Case of the S.S. Lotus (France v. Türkiye), Judgment, 7 September 1927, The Permanent Court of International Justice, Series A, No 10.
- Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951.
- South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993.
- LaGrand case (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004.
- Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006.
- Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011.
- Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017.

- 1955 Treaty case (Iran v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2018.
- Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018 (II).
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020.
- Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia), Provisional Measures, Order, 7 Aralık 2021, I.C.J. Reports 2021.
- Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I).
- Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela), Provisional Measures, Order, 1 December 2023.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Order, 26 January 2024.