

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YARGI YETKİSİ VE YARGI YETKİSİNİ GENİŞLETME ÇABALARININ ELEŞTİRİSİ

THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND CRITIQUE OF THE EFFORTS TO BROADEN ITS JURISDICTION

Yahya Berkol GÜLGEÇ*

Özet: Uluslararası hukuktaki klasik anlayış olan devlet egemenliği ilkesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kısıtlasa da, Divan içtihadında ve doktrinde yargı yetkisi oldukça geniş yorumlanmaktadır. UAD'nın çekişmeli yargı yetkisinin istisna olduğu ve dar yoruma tabi tutulması gerektiği unutulmamalıdır. Divan'ın BM organlarının kararlarını temyizden incelemesi hususu da Statü ile BM Şartı'nın sarih hükümleri uyarınca yorumlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı, zorunlu yargı yetkisi, danışma görüşü verme yetkisi.

Abstract: Although the principle of national sovereignty imposes restrictions on the contentious jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ), such jurisdiction is broadly interpreted in the case law of the ICJ and legal literature. It should be kept in mind though that the contentious jurisdiction of the Court is an exception; therefore it must be interpreted narrowly.. The ICJ's authority to review the decisions of the UN organs must also be interpreted in accordance with the explicit provisions of the Statute and the UN Charter.

Keywords: International Court of Justice, contentious jurisdiction, advisory jurisdiction.

* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Bu makalenin amacı, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde en önemli rollerden birini üstlenen Uluslararası Adalet Divanı'nın ("UAD" veya "Divan") yargı yetkisini incelemek ve bunu yaparken de yargı yetkisi ile ilgili bazı tartışmalı hususlarda yazarın düşüncesini sunmaktır.

Konuyla ilgili yerli ve yabancı kaynakların incelemesinin ardından özellikle de yabancı doktrinde UAD'nın çekişmeli yargı yetkisinin ve danışma görüşü verme yetkisinin genişletilmesi yönünde genel bir eğilime rastlanmıştır. Genel olarak Divan'ın çekişmeli yargı yetkisi ve danışma görüşü verme yetkisi incelendikten sonra bu eğilimlerin hukuka uygunluğu tartışılacaktır.

UAD'nın yargı yetkisi bakımından çeşitli tasniflere gitmek mümkün olmakla birlikte temel olarak çekişmeli yargı yetkisi ("*contentious jurisdiction*") ve danışma görüşü verme yetkisi ("*advisory opinion jurisdiction*") olarak ikiye ayrıldığı¹ söyleyebiliriz.² Bunun dışında Divan'ın yetkisinin birinci derece yargı yetkisi ("*mainline jurisdiction*") ve ikinci derece yargı yetkisi ("*incidental jurisdiction*") olarak ayrıldığına da rastlanmaktadır. Bu ayrımı kısaca açıkladıktan sonra asıl konumuz olan çekişmeli yargı yetkisi ve danışma görüşü verme yetkisinin incelenmesine geçeceğiz.

Buna göre, Divan'ın birinci derece yetkisini davanın taraflarını bağlayıcı karar verme yetkisi olarak tanımlayabiliriz³. Divan'ın ikinci derece yetkisi ise, genellikle usule ilişkin işlemlerdeki yargı yetkisi-

¹ Bizim de benimseyeceğimiz bu ayrım için bkz. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Dispute Settlement, General Topics*, 1.2 International Court of Justice, 2003, s. 11.

² Bu hususta birkaç terminolojik farklılıktan bahsetmekte yarar var. Bleichert ve Aloysius P. Llamas gibi bazı yazarlar UAD'nın yargı yetkisini zorunlu yargı yetkisi ("*compulsory jurisdiction*") ve gönüllü yargı yetkisi ("*voluntary jurisdiction*") başlıkları altında incelemişlerdir (Bkz. Aloysius P. Llamas, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", *The European Journal of International Law*, Cilt: 18, Sayı: 5, 2008, s. 816; Maura A. Bleichert, "The Effectiveness of Voluntary Jurisdiction in the ICJ: *El Salvador v. Honduras, A Case in Point*", *Fordham International Law Journal*, Cilt: 16, Sayı: 3, 1992, s. 804). Keza Prof. Dr. Hüseyin Pazarıcı da doğrudan çekişmeli yargı yetkisi ve tavsiye görüşü verme yetkisi terimlerini kullanmamış ve "devletlerarası davalarda karar yetkisi" ve "danışma görüşü verme" yetkisi tasnifine gitmiştir (Bkz. Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 12.b., Turhan, Ankara, 2013, s.481, 483).

³ Bkz. UNCTAD belgesi s. 11.

dir. Divan'ın kendi yetkisi üzerinde karar vermesi ("*competence de la competence*"), usulî işlemlerin genel kontrolünü sağlaması gibi yetkileri ikinci derece yetkilere örnek olarak verilebilir.⁴

Divan'ın birinci ve ikinci derece yetkilerinden söz ettikten sonra çekişmeli yargı yetkisinin incelenmesiyle devam edebiliriz.

I. Uluslararası Adalet Divanı'nın Çekişmeli Yargı Yetkisi

UAD'nın öncelikli görevi Statü'nün 38(1) maddesinde devletlerce önüne getirilen uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmek olarak belirtilmiştir.⁵ Uluslararası hukukçular devletlerarası uyuşmazlıkların UAD'nın çekişmeli yargı yetkisi kapsamında çözülmesini, uluslararası uyuşmazlık çözümü metodlarının en önemlilerinden biri olarak görmüşlerdir.⁶

A. *Rationae Personae* (Kişi Bakımından Yetki)

Bu kısmın amacı, UAD önündeki davalarda kimlerin taraf olabileceğini belirlemektir ve bu sorunun cevabı UAD Statüsü'nün 34(1) maddesinde açıkça ortaya konmuştur: "*Divan önündeki davalarda yalnız devletler taraf olabilirler.*". Özellikle UAD Statüsü'nün 20. yüzyılın ilk yarısında hazırlandığını ve yürürlüğe girdiğini düşünürsek, uluslararası hukukun sujelerinin devletler olduğunu belirten klasik görüşün UAD Statüsü'nde de yer bulduğunu söyleyebiliriz. Buna göre, hükümetler dışı örgütler, kişiler ve diğer kuruluşlar UAD nezdinde dava açamayacaklardır.⁷ Özellikle de UAD'nın ardından kurulan uluslararası mahkemelerin yapısı incelendiğinde bu görüşün yavaş yavaş değiştiği öne sürülmektedir.⁸ Daha yenilikçi bir bakış açısıyla uluslararası hukukun devlet dışı sujelerine de yer veren mahkemelere Uluslararası Deniz

⁴ Ibid.

⁵ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan, 2008, s. 473.

⁶ Aloysius P. Llamamom, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", *The European Journal of International Law*, Cilt: 18, Sayı: 5, 2008, s. 816.

⁷ David Schweigman, *The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer, La Haye, 2001, s. 211.

⁸ Lu Bingbin, "Reform of the International Court of Justice - A Jurisdictional Perspective", *Perspectives*, Cilt: 5, Sayı: 2, 30 Haziran 2004, s. 2.

Yatağı Otoritesi⁹ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi örnek gösterilebilir.

Yukarıda sözü geçen devletler hangi devletlerdir? Her devlet UAD önünde bir uyuşmazlığın tarafı olabilir mi? Öncelikle belirtmek gerekir ki UAD Statüsü'ne taraf olan her devlet, UAD önündeki uyuşmazlıklara da taraf olabilir.¹⁰ Yukarıda BM üyesi olan bütün devletlerin *ipso facto* olarak Statü'ye de taraf olduğunu zaten belirtmiştik, bu sebeple bu devletler açısından taraf ehliyeti bakımından bir problem bulunmamaktadır. Benzer şekilde, eğer bir devlet BM üyesi olmayıp Statü'ye dışarıdan taraf olmuşsa da taraf ehliyetini haizdir.¹¹ Bunun yolu, BM üyesi olmayan devletlerin Statü'ye taraf olma koşullarının Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul tarafından belirleneceğini düzenleyen BM Şartı'nın 93/2 maddesi ile açılmıştır.¹² Son olarak, ne Statü'ye taraf ne de BM'e üye olan devletlerin de UAD önündeki uyuşmazlıklarda Güvenlik Konseyi tarafından belirlenecek koşullarla taraf olabilmesi mümkündür.¹³ 15 Ekim 1946 tarihli ve 9 (1946) Sayılı BM Güvenlik Konseyi kararının birinci maddesi Divan'ın Yazı İşleri Müdürlüğü'ne yapılacak bir bildirimle bu kategorideki ülkelerin de Divan'ın önündeki uyuşmazlıklarda taraf olabileceğini kararlaştırmıştır.¹⁴ Kısacası, öngörülen usule uyulduğu takdirde her devlet Divan önündeki uyuşmazlıklara taraf olabilmektedir.

B. Divan'ın Çekişmeli Yargı Yetkisinin Tanınması

Yukarıdaki şartlar doğrultusunda taraf ehliyetini haiz devletler üzerinde Divan'ın yargı yetkisi otomatik değildir.¹⁵ UAD'nın bir uyuşmazlık üzerinde çekişmeli yargı yetkisini kullanabilmesi için uyuşmazlığa taraf devletlerin rıza göstermesi gerekmektedir.¹⁶ Ulusal

⁹ Ibid.

¹⁰ Pazarıcı, s. 473.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/9\(1946\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/9(1946))
Erişim Tarihi: 19.01.2015.

¹⁵ Bingbin, s. 2.

¹⁶ Maura A. Bleichert, "The Effectiveness of Voluntary Jurisdiction in the ICJ: El Salvador v. Honduras, A Case in Point", Fordham International Law Journal, Cilt: 16, Sayı: 3, 1992, s. 803-804.

hukuk düzenlerinin aksine uluslararası toplum nezdinde üstün bir otorite mevcut olmadığı için, uluslararası hukuk kuralları, bu hukukun uygulanacağı kişilerin, yani uluslararası hukukun sujelerinin iradesi ile oluşmakta ve bu kuralların bağlayıcılığı da devletlerin rızasına dayalı olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁷ Bu rızanın açıklanmasının dört temel şekli olduğundan bahsedilebilir: 1) tahkimname yolu, 2) önceden akdedilen bir uluslararası andlaşma, 3) tek taraflı bir bildirim ile ve 4) *forum prorogatum* yoluyla.¹⁸ Hemen belirtilmelidir ki Divan içtihadına göre, yargılamaya rıza gösterilmesi şekle ilişkin bir husus değildir.¹⁹ Dolayısıyla, Divan, başka yollarla da yargı yetkisinin kabul edildiğine karar verebilir. Bu rıza açıklama şekillerini ayrı ayrı inceleyeceğiz. Daha önce belirtmek gerekir ki rıza konusunda Divan içtihadı oldukça geniş yorum yapmaktadır. Ayrıca görüleceği üzere, tarafların rızalarının bulunup bulunmadığının açık olmadığı durumlarda kendisini yetkili gördüğü durumlar bulunmaktadır. Bu durum, rıza şartının mahkeme içtihadı ile bertaraf edilmesine²⁰ yol açmakta ve hukukî belirsizlik sonucunu doğurmaktadır.²¹

1. Tahkimname

Bu yolda Divan'ın yargı yetkisi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tanınmaktadır.²² Tahkimname ("*compromis*") yolunu düzenleyen Statü'nün 26(1) maddesi şu şekildedir: "*Divan'ın yetki alanı tarafların kendisine sunacağı bütün işlerle Birleşmiş Milletler Andlaşması'na ya da yürürlükteki andlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün durumları kapsar*". Bu maddedeki "tarafların kendisine sunacağı bütün işler" ifadesi tahkimnameye işaret etmektedir. Kısacası, aralarında uyuşmazlık çıkan taraflar bu uyuşmazlığı Divan'a taşımak amacıyla özel bir andlaşma akdetmekte ve bu andlaşmayı Divan'ın Yazı İşleri Müdürlüğü'ne

¹⁷ Yücel Acer, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımadaki Çekinceler ve Geçerlilikleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 1, s. 12.

¹⁸ Pazarıcı, s. 473.

¹⁹ Elühu Leuterpacht, "Partial Judgments and the Inherent Jurisdiction of the International Court of Justice", *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, 2. Baskı, Melbourne, 1998, s. 465.

²⁰ Leuterpacht, s. 467.

²¹ Leuterpacht, s. 486.

²² Bkz. UNCTAD belgesi, s. 12.

ibraz etmektedirler.²³ Bu tür tahkimnamelerde uyuşmazlığın konusunun ve taraflarının belirtilmesi gerektiği düşünülmektedir.²⁴ *Korfu Kanalı* davası²⁵ ve Slovakya ile Macaristan'ın 7 Nisan 1993 tarihli bir anlaşma ile Divan önüne taşıdıkları *Gabcikovo Nagymaros Projesi* davası²⁶ bu yolla Divan'ın önüne götürülen uyuşmazlıklara örnek teşkil etmektedir. Bir başka örnek ise *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* davası²⁷ oluşturmaktadır. Bu davada Almanya ve Hollanda tarafından paylaşılan kıta sahanlığının sınırlarının belirlenmesi maksadıyla iki devlet aralarında anlaşarak uyuşmazlığı UAD'na taşımışlardır.²⁸ Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere tahkimname yolu ile Divan'ın yargı yetkisinin tanınması genellikle sınır uyuşmazlıklarda söz konusu olmaktadır.²⁹

2. Önceden Akdedilmiş Uluslararası Andlaşma

Statü'nün 36(1) maddesindeki "ya da yürürlükteki andlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmuş bütün durumlar" ibaresi Divan'ın yetkisinin önceden akdedilmiş bir uluslararası andlaşma ile tanınmasına hukukî kaynak teşkil etmektedir. Yukarıda açıklanan tahkimname yolundan en temel farklılığı burada bahsi geçen uluslararası andlaşmanın uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce akdedilmiş olmasıdır. Bazı uluslararası andlaşmalar, andlaşmanın uygulanması ve yorumlanması ile ilgili uyuşmazlıkların UAD nezdinde çözüleceğini belirtmekte ve bu andlaşmaya taraf devletler de önceden Divan'ın bu konudaki yetkisini kabul etmektedir.³⁰ 23 Eylül 1971 tarihinde imzalanıp 26 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren *Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanunsuz Hareketlerin Önlenmesi Sözleşmesi*³¹ (1971 Montreal Sözleşmesi) bu andlaşmalara örnek olarak gösterilebilir. Bu sözleşme-

²³ Bingbin, s. 2.

²⁴ Pazarıcı, s. 474.

²⁵ *Korfu Kanalı Davası* (Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda v. Arnavutluk Halk Cumhuriyeti), 9 Nisan 1949, UAD Raporları 1949, s. 4 - 169.

²⁶ *Gabcikovo Nagymaros Projesi Davası* (Macaristan v. Slovakya), 25 Eylül 1997, UAD Raporları 1997, s. 7 - 84.

²⁷ *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası* (Almanya Federal Cumhuriyeti v. Hollanda), 20 Şubat 1969, UAD Raporları 1969, s. 3-56.

²⁸ Gideon Boas, *Public International Law Contemporary Principles and Perspectives*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2012, s. 358 - 359.

²⁹ Boas, s. 359.

³⁰ Unctad, s. 13.

³¹ Bu andlaşmanın İngilizce resmi metni için bkz. <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv3.pdf>. Erişim Tarihi: 19 Ocak 2015.

nin 14. maddesinde andlaşmanın uygulanması ve yürürlüğü ile ilgili uyuşmazlıkların UAD nezdinde çözüleceği açıkça düzenlenmiştir. Nitekim, bu sözleşmeden kaynaklanan ve bir tarafında Libya'nın, diğer tarafında ise Birleşik Krallık ile Amerika Birleşik Devletleri'nin yer aldığı *Lockerbie* davası 1971 Montreal Sözleşmesi'nin 14. maddesine dayanılarak Divan önüne getirilmiştir.³² Bir başka örnek ise Nikaragua ile Amerika Birleşik Devletleri arasında akdedilmiş olan 1956 tarihli Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Andlaşması³³ olarak gösterilebilir. Bu sözleşmenin 24(2) maddesi de sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların Divan nezdinde çözüleceğine hükmetmiştir. İki devlet arasında bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık *Nicaragua Davası*'nın³⁴ konusu olmuş ve Divanca çözümlenmiştir.³⁵ Kısacası, Divan'ın yetkisinin önceden akdedilmiş bir andlaşma ile tanındığı durumlarda taraflardan birinin UAD'na başvurusu ile Divan'ın uyuşmazlık üzerindeki çekişmeli yargı yetkisi doğmuş olmaktadır.³⁶

3. Tek Taraflı Bildirim

Divan'ın yargı yetkisinin bu yolla tanınmasına doktrinde ihtiyarî kabul maddesi bildirim³⁷ yolu veya ihtiyari kabul maddesi sistemi³⁸ adının da verildiği görülmektedir.³⁹ Biz burada Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı'nın terminolojisini izlemeyi tercih ettik.

UAD Statüsü'nün 36(2) maddesi tek taraflı bir bildirim ile Divan'ın çekişmeli yargı yetkisinin tanınmasını düzenlemektedir. Madde metni aşağıdaki gibidir:

“İşbu Statü'ye taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, konusu hepsine ilişkin olarak Divan'ın yargı yetkisini fiilen ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını bildirirler: a) Bir andlaşmanın yo-

³² Bingbin, s. 3.

³³ Andlaşmanın İngilizce metni için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=244365. Erişim Tarihi: 19 Ocak 2015.

³⁴ Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askerî ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri), 17 Haziran 1986, UAD Raporları 1986, s. 14-150.

³⁵ Boas, s. 360.

³⁶ Pazarcı, s. 474.

³⁷ Optional clause declaration.

³⁸ Optional clause system.

³⁹ Acer, s. 13.

rumlanması; b) Uluslararası hukuka ilişkin her konu; c) Saptandığı takdirde, uluslararası bir yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek her olayın gerçekliği;d) Uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar giderimin niteliği ya da kapsamı.”

Yukarıdaki maddeden anlaşılacağı üzere, devletler hukukî uyumsuzluklarına ilişkin bir bildirim yaparak aynı bildirim yapan devletlere karşı Divan'ın çekişmeli yargı yetkisini kabul etmektedir⁴⁰.

Statü'nün 36(3) maddesi ise 2. paragraf kapsamında yapılacak olan bildirimlerin şarta bağlı olmaksızın yahut da mütekelilik şartına bağlı olarak, *rationae personae* olarak sınırlandırılmış şekilde veya belli bir zaman için yapılabileceğini belirtmektedir.⁴¹ Dolayısıyla, Divan'ın bir uyumsuzlukla ilgili yargı yetkisinin 36. madde kapsamında doğup doğmadığı bakımından inceleme yapılırken, tarafların tek taraflı bildirimlerine ilişkin - varsa - öne sürdükleri şartlar da değerlendirilmeli ve bildirimlerin birbirleriyle uyduğu teyit edilmelidir.⁴²

Ayrıca, Statü'nün 36(4) maddesi uyarınca bu tür bir bildirim daha sonra bu bildirim Statü'nün taraflarına ve Divan Yazı İşleri Müdürlüğü'ne gönderecek olan BM Genel Sekreteri'ne yapılması gerektiği⁴³ ve bu usulle yapılmayan bildirimlerin geçersiz sayılacağı belirtilmelidir.

Tek taraflı bildirim yoluyla Divan'ın yargı yetkisinin tanınmasının devletler açısından pek de tercih edilen bir yöntem olmadığı ve bu sebeple de bu yola başvuran devletlerin Statü'nün 36(3) maddesi kapsamındaki çekince koyma hakkından geniş anlamda faydalandığı düşünülmektedir.⁴⁴ Bu sebeple de koyulabilecek çekincelerin neler olduğunu ve uygulamada ne tür sorunlarla karşılaşılacağını incelemek icap edecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere 36. maddenin 3. paragrafında tek taraflı bildirim sırasında konulabilecek çekincelerin mütekelilik koşuluna bağlanabileceği veya belirli süre ile sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Peki ama bildirim sahibi devlet bu çekince sebepleri dışında sebeplere

⁴⁰ Pazarıcı, s. 474.

⁴¹ Boas, s. 360.

⁴² Boas, s. 361.

⁴³ Pazarıcı, s. 474.

⁴⁴ Acer, s. 14.

dayanabilecek midir yoksa bu sebepler 3. paragrafta münhasıran mı sayılmıştır? Bir görüşe göre tek taraflı bildirimle devletin Divan'ın yargı yetkisini tanıması asılken, çekinceler istisna teşkil ettiğinden dar yorumlanmalı ve bu sebeple de bu çekince sebeplerinin münhasıran sayıldığı kabul edilmelidir. Nitekim hukukta istisnalar dar yorumlanmalıdır.⁴⁵ Ancak Uluslararası Adalet Divanı İçtihadı aynı yönde değildir. Her ne kadar UAD içtihadı bağlayıcı olmasa ve Divan'ın bu içtihattan dönmesi mümkün olsa da başka sebeplerin de çekinceye temel oluşturabileceği, bu sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmiştir.⁴⁶ Yücel Acer ise asıl ve istisna yorumunu madde içerisinde değil genel anlamda UAD'nın yargı yetkisi konusunda yaparak, UAD'nın yargı yetkisinin istisna teşkil ettiğini ve bu sebeple başka çekincelerin mümkün olması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁷ Belki de Yücel Acer'in çekincenin geniş yorumlanması gerektiği yönündeki düşüncesini bu şekilde açıklamak mümkün olabilecektir. Ancak, kendi temellendirmesi bu yönde bir kanaate yol açacak kadar açık değildir. Ona göre, *"hiçbir koşula bağlı olmadan yapılabileceği gibi... karşılıklı olma koşuluna bağlı olarak..."* ifadesi *"karşılıklılık şartı çerçevesinde değişik tür çekincelerin de konabilme iznini"* ifade etmektedir.⁴⁸ Maddede geçen karşılıklılık ilkesi ile kastedilenin 36(2) uyarınca tek taraflı bildirimde bulunan diğer devletler olduğu kanımızca açıktır. Yani, devletler bu madde uyarınca ya bildirim yapmayan devletlerin de kendilerine karşı dava açabileceğini (*"hiçbir koşula bağlı olmadan"*) yahut ancak aynı bildiri yapan devletlerin kendileriyle ilgili uyuşmazlıkları Divan önüne getirebilmelerini (*"karşılıklılık"*) kabul ederler. Netice itibarıyla Yücel Acer'in bu açıklamasının farklı sebeplere dayanan çekincelerin öne sürülmesine temel teşkil etmesi kanımızca pek mümkün değildir. Belirttiğimiz gibi, burada istisnayı ve kuralı belirlerken yapılacak bir tercih söz konusudur ve bizim düşüncemiz bir kere tek taraflı bildirimde bulunmayı tercih eden devlet açısından çekincelerin istisna olarak yorumlanmasını öngören ilk görüşe daha yakındır. Hatta, Yücel Acer tarafından da alıntılanan *"hiçbir koşula bağlı olmadan yapılabileceği gibi..."* ifadesi de aslolanın koşulsuz bildirim olduğu görüşünü destekler niteliktedir.

⁴⁵ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin, 11. Baskı, Bursa, 2011, s. 91.

⁴⁶ Acer, s. 14 - 15.

⁴⁷ Acer, s. 14.

⁴⁸ Ibid.

Bu husustaki görüşümüzü bildirdikten sonra devletlerin tek taraflı bildirimlerinde koyacakları çekincelerin uygulamada ne gibi sorunlara yol açabileceği konusuna gelmekteyiz.

Statü Madde 36(2) uyarınca bir bildirim BM Genel Sekreteri'ne ulaştığında bu madde uyarınca bildirim yapan bütün devletler birlikte ve birbirlerine karşı Divan'ın yetkisini kabul etmiş olmaktadır. Bu durumda bu devletler ile UAD arasında bir sözleşme ilişkisi doğduğu düşünülmektedir.⁴⁹ Dolayısıyla Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 19. maddesi uyarınca bu sözleşme ilişkisinde devletlerce koyulan çekincelerin andlaşmanın konu ve amacı ile iyi niyet ilkesine aykırı olmaması icap etmektedir.⁵⁰

Şimdi de çeşitli çekince türlerinin tek taraflı bildirimle Divan'ın yargı yetkisinin tanınmasında nasıl sorunlara yola açabileceğini Yücel Acer'in makalesi doğrultusunda inceleyeceğiz.

a) Mütakabiliyet Çekincesi

Karşılıklılık çekincesinden dolayı uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlardan en önemlisi kendi bildiriminde süre şartına yer vermeyen bir devletin, bildirimindeki karşılıklılık şartına dayanarak, Divan'ın yargı yetkisinin belli süre ile tanındığına veya bildirimimin her an belli bir süre verilmeksizin geri alınabileceğine yer veren bir başka devlet karşısında yetki itirazında bulunup bulunamayacağına ilişkindir.⁵¹ *Nicaragua* davasında Divan, karşılıklılık kavramının bildirim süresi, sona erme veya oluşturulması ile değil, karşılıklı olarak üstlenen yükümlülüklerin kapsam ve konusu ile ilgili olduğuna hükmetmiştir.⁵² Dolayısıyla, bildirim sürelerinin farklılığının karşılıklılık kavramı kapsamında öne sürülerek Divan'ın yargı yetkisinin ortadan kaldırılması söz konusu olmayacaktır. Bu durumun bildirimlerin sözleşme niteliği kapsamında iyi niyet ilkesi ile konu ve maksada aykırı olmama şartları ile uyumlu olduğu düşünülmektedir.⁵³

⁴⁹ Acer, s. 15.

⁵⁰ *Nicaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri)*, 26 Kasım 1984, UAD Raporları 1984, s. 420-421.

⁵¹ Acer, s. 16 - 17.

⁵² Acer, s. 17.

⁵³ Acer, s. 18.

b) Rationae Temporis (Süre ve Zaman Bakımından) Çekinceler

Uygulamada bazı devletler bildirim tarihinin öncesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar konusunda çekince koymaktadırlar.⁵⁴ Bazı devletler ise daha ileri gitmekte ve aynı zamanda bildirim tarihi öncesindeki olay ve durumlara dayanan uyuşmazlıkları da kapsam dışında bırakmaktadırlar.⁵⁵ Bu çekincelerin kapanmış anlaşmazlıkların nüksetmesini önlemek ve kritik dönemlerde yaşanan sorunların Divan önüne gelmesini engellemek gibi amaçlar güttüğü açık olmakla beraber, uygulamada bu tür çekincelerin kapsamının belirlenmesinde sorunlar ortaya çıkabilmektedir.⁵⁶

Genel olarak Divan'ın zaman bakımından çekinceleri dar yorumladığı görülmektedir.⁵⁷ Dar yorumun sebebi olarak, geniş yorum halinde karşılıklılık ilkesinin de etkisiyle uyuşmazlığın her iki tarafının da zaman bakımından çekinceleri öne sürerek, Divan'ın yargı yetkisini büyük ölçüde sınırlayabileceği gösterilmiştir.⁵⁸ UAD, anlaşmazlığın kendisi ile anlaşmazlığa yol açan gerçek durumların karıştırılmaması gerektiğini vurgulayarak belli bir uyuşmazlığın bildirim tarihinden önce mi sonra mı gerçekleştiğinin belirlenmesinde ilkinin esas alınacağını belirtmiştir.⁵⁹ Öte yandan, hem bildirim tarihinden önce ortaya çıkmış olan uyuşmazlıkları hem de bildirim tarihinden sonra ortaya çıksalar dahi dayandığı olay ve gerçekleri bildirim tarihinden önceye rastlayan bildirimler açısından daha karmaşık bir durum söz konusu olmaktadır.⁶⁰ Bununla ilgili olarak da UAD, hakka kaynaklık eden durum ve gerçeklerle soruna kaynaklık eden durum ve gerçekler arasında bir ayrıma gidileceğini ve buna göre karar vereceğini belirtmiştir.⁶¹

c) Rationae Personae (Kişi Bakımından) Çekinceler

Bu tür çekincelerde bildirimde bulunan devletler kendisine karşı bildirimde bulunabilecek olan devletlere ilişkin olarak sınırlama getir-

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Douglas J. Ende, "Reaccepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Proposal For a New United States Declaration", Washington Law Review, Cilt: 61, Temmuz, 1986, s. 1158.

⁵⁶ Acer, s. 18 - 19.

⁵⁷ Interhandel Davası (İsviçre v. Amerika Birleşik Devletleri), 21 Mart 1959, UAD Raporları 1959, s. 20-22.

⁵⁸ Ende, s. 1158.

⁵⁹ Acer, s. 19.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

mektedir⁶². En sık ortaya çıkış biçimlerinden bir tanesi Divan'ın yargı yetkisini kabul eden devletin bildirimini müteakip 12 ay veya daha kısa bir süre içerisinde bildirimde bulunan devletlerle ilgili uyuşmazlıkların kapsam dışında bırakılmasıdır.⁶³ Böylelikle, bazı devletlerin keyfi olarak Divan'ın yargı yetkisini tanıyarak halihazırda 36(2) kapsamında bildirimde bulunmuş bir devleti mahkeme önüne çıkarma çabaları engellenmektedir.⁶⁴ Bir başka deyişle, Divan'ın yargı yetkisini tek taraflı bir bildirim ile kabul eden devlet, hazırlanma fırsatı bulmadan başka bir devlet tarafından mahkeme önüne çekilme riskini bertaraf etmektedir.⁶⁵ Bir başka örnek olarak, İngiltere'nin İngiliz Milletler Topluluğu ("*Commonwealth*") üyesi ülkelerle olan uyuşmazlıklarını UAD'nin yargı yetkisi kapsamının dışında bırakmasıdır⁶⁶. Doktrinde kişi bakımından konulan çekinceler ile ilgili ciddi bir tartışma yaşanmamaktadır.

d) *Rationae Materiae (Konu Bakımından) Çekinceler*

Devletler bildirimde bulunurken belli konulara ilişkin sınırlamaların Divan'ın yargı yetkisi kapsamına girmeyeceğini düzenleyebilirler. Bu konuda herhangi bir sorun çıkmamaktadır.⁶⁷ Yunanistan ve Türkiye arasındaki kıta sahanlığına ilişkin olan *Ege Kıta Sahaneliği*⁶⁸ davasında Divan, Yunanistan'ın 1925 tarihli Genel Senetle UAD'nin yargı yetkisini tanıdığını belirttiikten sonra ülkesel haklara ilişkin uyuşmazlıkları saklı tuttuğunu tespit ederek yetkisizlik kararı vermiştir.⁶⁹ Bu konudaki sorun Divan'ın yargı yetkisine ilişkin olarak birbiri ile çelişki halinde birden fazla irade açıklandığında ortaya çıkmaktadır.⁷⁰ Varsayalım ki A Devleti, deniz hukukuna ilişkin bir anlaşma ile bu anlaşmanın yorumlanması ve uygulanması ile ilgili hususlardan doğan uyuşmazlıkların UAD nezdinde çözüleceğini kabul etmiş olsun. Daha sonra tek taraflı bir bildirim yaparak Divan'ın yargı yetkisini deniz hukukundan doğan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere kabul etti-

⁶² Ende, s. 1158.

⁶³ Acer, s. 20.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Acer, s. 20.

⁶⁶ Ende, s. 1158.

⁶⁷ Acer, s. 21.

⁶⁸ Ege Denizi Kıta Sahaneliği (Yunanistan v. Türkiye), UAD Raporları 1978, s. 3-45.

⁶⁹ Acer, s. 21.

⁷⁰ Ibid.

ğinde Divan'ın yargı yetkisine nasıl karar vermek gerekecektir? Bizim de katıldığımız görüşe göre, sorunun iyi niyet kuralları çerçevesinde çözülmesi mümkündür.⁷¹ Aslen, bahsi geçen devletin iki irade beyanı da geçerlidir, ancak ikincisinin iyi niyet kuralları gereği olarak deniz hukuku sözleşmesine taraf devletlere uygulanmaması gerekecektir.⁷² Bu sözleşmenin tarafı olmayan ülkelere karşı ise tek taraflı bildirim geçerli olacağını kabul etmek makuldür.

Bununla birlikte, devletlerin iç hukuku kapsamında kalan konuları da Divan'ın yargı yetkisi dışında kalacağına dair çekinceler öne sürdükleri görülmektedir.⁷³ Bu tür çekincelerin bir özelliği de bir konunun o devletin iç hukukuna dahil olup olmadığına devlet tarafından karar verileceğinin belirtilmesidir. Doktrinde bu tür çekincelere "Connally Çekincesi" adı verilmekte olup,⁷⁴ bunların ne derece geçerli olduğu tartışmalıdır.⁷⁵ Bununla birlikte, Divan'ın dolaylı yoldan da olsa bu tür çekincelere geçerlilik sağladığı görülmektedir.⁷⁶ Bu tür çekincelerin tartışmalı olmasının ana sebebi UAD Statüsü'nün 36. maddesinin 6. fıkrasında bir uyumsuzluğa ilişkin olarak yetkili olup olmadığına Divan'ın kendisinin karar vereceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Buna dayanarak, bu tür çekincelerin geçerliliğinin Divan tarafından değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmiştir.⁷⁷ Kanımızca, bu düşünce yerindedir. Nitekim, normatif geçerlilik ilişkisi açısından değerlendirme yapıldığında da tek taraflı bildirimlerde çekincelere yer verilebilmesi, UAD Statüsü'nden kaynaklanmakta, bu tür çekinceler geçerliliğini Statü'den almaktadır. Dolayısıyla, Statü, tek taraflı bildirimlerin geçerlilik şartını düzenleyen bir üst norm niteliğindedir. Alt norm konumundaki tek taraflı bildirimlerin üst norm konumundaki Statü'nün Divan'a münhasır olarak kendi yetkisi hakkında karar verme gücü tanıyan maddesine aykırı olması mümkün değildir.

⁷¹ Acer, s. 22.

⁷² Ibid.

⁷³ Ende, a.g.e., s. 1158.

⁷⁴ Susan W. Tiefenbrun, "The Role of the World Court in Settling International Disputes: A Recent Assessment", *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal*, Cilt: 20, Kasım 1997, s. 11.

⁷⁵ Ende, s. 1159.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Interhandel Davası (İsviçre v. Amerika Birleşik Devletleri), 21 Mart 1959, UAD Raporları 1959, Yargıç Lauterpacht'ın Muhalefet Şerhi, s. 111-119.

e) Bildirimlerin Geri Alınması Sorunu

Devletlerin tek taraflı bildirimlerinde bildirimün geçerlilik süresi veya geri alınması söz konusu olduğunda, bu yönde bir irade açıklamasının tespitinden itibaren ne kadar sürenin geçmesi ile etkili olacağına dair bir ifade bulunmadığı durumlarda bu bildirimlerin derhal ve gecikmeksizin geri alınabileceğini mi kabul etmek gerekmektedir? UAD içtihadına göre böyle tek taraflı bildirimlerin hemen etkili olacak şekilde geri alınması iyi niyet ilkesine aykırı olacağı için mutlaka makul bir ön bildirim süresinin öngörülmesi gerekmektedir.⁷⁸ Öncelikle doktrinde savunulan ve uluslararası sözleşmeler açısından geçerli olan ilkelerin kıyas yoluyla uygulanması ile ulaşılan⁷⁹ bu görüş, Divan tarafından benimsenmiştir⁸⁰. Aynı zamanda, aksi bir varsayımın her devlete, sakıncalı bulunan hallerde bildirimini derhal geri çekme olanağı vereceği ve çekişmeli yargı sisteminin uygulanmasını neredeyse imkansız kılacağı için Statü'nün 36. maddesinin amacına aykırı olacağı da düşünülmektedir.⁸¹

4. Forum Prorogatum

Bir devletin Divan'a bir uyuşmazlıkla ilgili başvuruda bulunduğu durumların bazılarında karşı tarafın Divan'ın yargı yetkisini dolaylı yoldan kabul ettiği sonucuna varılabilmektedir.⁸² Bu durumda bir taraf diğer tarafı mahkeme önüne çekmeye çalışmaktadır.⁸³ İşte Divan'ın yargı yetkisinin bu şekilde dolaylı olarak tanınmasına *forum prorogatum* veya "ertelenmiş yargı yetkisi"⁸⁴ adı verilmektedir.⁸⁵ Bu yöntem UAD Statüsünde veya İctüzüğünde yer almamaktadır ve Uluslararası Sürekli Adalet Divanı ("USAD") ve Divan'ın içtihadı neticesinde geliştirilmiştir.⁸⁶ Buna karşın Divan İctüzüğü'nün 38. maddesinin 5. fıkrası

⁷⁸ Acer, s. 25.

⁷⁹ Ilene R. Cohn, "Nicaragua v. United States: Pre-Seisin Reciprocity and the Race to The Hague", *Ohio State Law Journal*, Cilt: 46, Yaz - 1985, s. 721.

⁸⁰ Matthew Lister, "The Legitimizing Role of Consent in International Law", *Chicago Journal of International Law*, Cilt: 11, Kış-2011, s. 689-690.

⁸¹ Claud Humphrey Meredith Waldock, "Decline of the Optional Clause", *British Yearbook of International Law*, Cilt: 32, 1955-1956, s. 243'ten aktaran Acer, s. 25.

⁸² Boas, s. 359.

⁸³ Pazarıcı, s. 474.

⁸⁴ Boas, s. 359. bkz. "prorogated jurisdiction".

⁸⁵ Pazarıcı, s. 474.

⁸⁶ Pazarıcı, s. 475.

sında şu şekilde bir ibare yer almakta ve bu ibarenin *forum prorogatum* temel oluşturduğu ileri sürülmektedir.⁸⁷

“Başvuru sahibi Devlet Divan’ın yargı yetkisinin aleyhinde başvuru yapılan Devlet’in rızasına dayalı olarak kurulmasını teklif ettiğinde, başvuru bu Devlet’e iletilecektir. Ancak, aleyhinde başvuru yapılan Devlet Divan’ın yargı yetkisine bu dava bakımından rıza göstermedikçe Genel Liste’ye kaydedilmeyecek veya dava ile ilgili herhangi bir işlem yapılmayacaktır.”⁸⁸

Öten yandan, İctüzüğü’nün 38(5) maddesi aleyhine başvuru yapılan tarafın açık rızasını aradığı için, bu maddenin aslen *forum prorogatum* yolunun uygulanabilirliğini zayıflatan bir unsur olduğunu iddia eden yazarlar da vardır.⁸⁹

Bunun yanında, UAD İctüzüğü madde 40 ile Divan’ın yargı yetkisinin önceden kabul edilmediği durumlarda avukat atamanın *forum prorogatum* teşkil edeceğinin üstü kapalı biçimde belirtildiği ileri sürülmektedir.⁹⁰ İctüzüğü’nün 40. maddesinin ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

“2. Bir başvuru ile işlemlerin başlatılması halinde, başvuru sahibinin avukatı belirtilecektir. Bu başvurunun onaylı bir nüshasını alması üzerine veya olabildiğince çabuk şekilde aleyhinde başvuru yapılan Devlet de Divan’a avukatının ismini bildirecektir.”⁹¹

Aşağıda bu iki maddenin ve genel olarak *forum prorogatum*un ne derece Statü’ye ve İctüzüğe uygun olduğu tartışılacaktır.

Divan’ın içtihadı incelendiğinde belli başlı şu durumlarda *forum prorogatum* yolu ile Divan’ın yargı yetkisinin kabul edildiğine karar verildiği görülmektedir: 1) Karşı taraf tarafından Divan’a verilen dilekçede uyuşmazlığa ilişkin yetkisinin kabul edildiğinin bildirilmesi, 2) Davanın esasına ilişkin sorunların Divan nezdinde cevaplanması veya esasa ilişkin karar alınmasına karşı çıkılmaması, 3) Divan’ın yetkisizliğinin öne sürülmemesi veya yetkisizlik savından vazgeçilmesi.⁹²

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ İngilizce metin için bkz. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&>, Erişim Tarihi: 19 Ocak 2015

⁸⁹ Boas, s. 359.

⁹⁰ Pazarcı, s. 475.

⁹¹ İngilizce metin için bkz. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&>, Erişim Tarihi: 19 Ocak 2015.

⁹² Pazarcı, s. 475.

*Korfu Kanalı Davası*⁹³ *forum prorogatumun* Divan içtihadındaki ilk örneğidir. Bu davada, Güvenlik Konseyi iki devlet arasındaki Korfu Kanalına ilişkin uyuşmazlığın Uluslararası Adalet Divanı'na taşınması yönündeki danışma görüşü üzerine Birleşik Krallık Divan'a başvurmuştur⁹⁴. Her ne kadar Arnavutluk, Birleşik Krallık'ın tek taraflı başvurusu ile Divan'ın yetkilendirilemeyeceğini iddia etmişse de, Güvenlik Konseyi'nin kararına uyma niyetinde olduğunu vurgulayarak Divan'ı yetkilendirmeyi kabul ettiğini belirtmiş; Divan da bu yetkilendirmeyi "açık rıza" olarak yorumlayarak rızanın hangi şekilde verileceğine dair şekli bir şartın bulunmadığını belirttikten sonra söz konusu uyuşmazlık bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir⁹⁵.

Forum Prorogatum yönteminin belli başlı avantajları olduğu öne sürülmüştür. Buna göre, bu avantajlardan en önemlisi Divan'ın gerçekten yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunu incelemeyi önce aleyhine başvuru yapılan devletin davaya rıza gösterip göstermeyeceğinin beklenmesi ve bu süre zarfında da ihtiyatî tedbire hükmedilebilmesidir.⁹⁶ İhtiyatî tedbir kararının mahiyeti ve Divan'ın bu husustaki yetkisine aşağıda kısaca değinilecektir.

Yukarıda Divan'ın çekişmeli yargı yetkisinden bahsederken özünde rıza unsurunun yattığını belirtmiştik. Doalyısıyla, uluslararası hukukta aslanan Divan'ın yetkisizliği, istisna olan ise yetkili olmasıdır. Bu sebeple, öncelikle belirtilmelidir ki Divan'ın yargı yetkisi ile ilgili hükümlerin dar yorumlanması gerekmektedir.

UAD Statüsü'nün 36(6) maddesi "*Divan'ın yetkili olup olmadığı konusunda bir uyuşmazlık çıkması durumunda, Divan karar verir.*" demektedir. Dolayısıyla, Divan'ın yetkisizliğinin ancak taraflar arasında bir uyuşmazlık olduğu durumlarla sınırlı olduğu düşünülebilir. Burada dar veya geniş yoruma imkan tanıyan bir belirsizlik olduğunu söylemek zordur. Bu sebeple de Statü'nün 36(6) maddesinin taraflar ara-

⁹³ Korfu Kanalı Davası (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı v. Arnavutluk), 25 Mart 1948, UAD Raporları 1948, s. 4-169.

⁹⁴ Rauf Versan, "Milletlerarası Adalet Divanının Forum Prorogatum İlkesine Göre Yetki Kazanması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004, s. 769.

⁹⁵ Korfu Kanalı Davası (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı v. Arnavutluk), 25 Mart 1948, UAD Raporları 1948, s. 16-29.

⁹⁶ Boas, s. 359.

sında yetkiye ilişkin bir uyumsuzluk olmadığı durumlarda Divan'ın yetkili olacağı yönünde yorumlanması kanımızca mümkündür. Statü yetki hususunun Divanca re'sen incelenmesi gerektiğini belirtmemiştir. Dolayısıyla da *forum prorogatum*a açık kapı bıraktığı düşünülebilir. Ancak, UAD İçtüzüğü'nün 38(5) maddesi de incelendiğinde, Statü'nün 36(6) maddesinin *forum prorogatum*a zemin hazırlamaktan ziyade, yetki veya yetkisizlik konusunda nihai kararı verecek olanın Divan olduğunu düzenlemektedir. Dolayısıyla, bu hükmün *forum prorogatum* uygulamasına ne derece izin verdiği kanımızca tartışmalıdır.

Yukarıda UAD İçtüzüğü'nün 38(5) maddesi kapsamında Hüseyin Pazarcı ile Gideon Boas arasında bir görüş ayrılığı bulunduğunu belirtmiştik. Hüseyin Pazarcı bu maddenin *forum prorogatum*a izin veren bir uygulanam olduğunu söylerken, Gideon Boas aksini iddia etmekte ve aleyhine dava açılan devletin açık rızasının aranmasının *forum prorogatum* uygulamasını sınırlandıracağını belirtmekteydi. Yine, istisnaların dar yorumlanması ilkesinden yola çıkarak, bu maddenin yalnız ve yalnız aleyhine dava açılan devletin Divan'ın yargı yetkisine açıkça rıza gösterdiği durumlarda UAD'nın yetkili olacağını kabul etmek gerekmektedir. Bu yorum doğrultusunda hareket ederek uygulamada *forum prorogatum*un kabul edildiği üç durumu ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

İlk durumda aleyhine dava açılan devlet cevap dilekçesinde Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiğini belirtmekteydi. Bu durumda devletin açık rızasının ortaya konduğu kabul edilebilir ve UAD'nın yargı yetkisinin doğduğu söylenebilir. *Korfu Kanalı Davası*⁹⁷ *forum prorogatum*un Divan içtihadındaki ilk örneğidir ve devlet tarafından açık rıza verilmesi haline örnek gösterilebilir. Bu davada, Güvenlik Konseyi iki devlet arasındaki Korfu Kanalına ilişkin uyumsuzluğun Uluslararası Adalet Divanı'na taşınması yönündeki danışma görüşü üzerine Birleşik Krallık Divan'a başvurmuştur⁹⁸. Her ne kadar Arnavutluk, Birleşik Krallık'ın tek taraflı başvurusu ile Divan'ın yetkilendirilemeyeceğini iddia etmişse de, Güvenlik Konseyi'nin kararına uyma niyetinde olduğunu vurgulayarak Divan'ı yetkilendirmeyi ka-

⁹⁷ Korfu Kanalı Davası (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı v. Arnavutluk), 25 Mart 1948, UAD Raporları 1948, s. 4-169.

⁹⁸ Versan, s. 769.

bul ettiğini belirtmiş; Divan da bu yetkilendirmeyi "açık rıza" olarak yorumlayarak rızanın hangi şekilde verileceğine dair şekli bir şartın bulunmadığını belirterek söz konusu uyuşmazlık bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir⁹⁹. Açık rıza yoluyla Divan'ın yetkilendirilmesini örneklendiren bir başka dava da Cibuti ve Fransa arasındaki *Cezaî Hususlarda Ortak Yardımlaşma Hakkında Belirli Sorular*¹⁰⁰ Davasıdır¹⁰¹. Bu davada da, *Korfu Kanalı* Davasına benzer şekilde, Cibuti'nin başvurusu üzerine, Divan'ın yargı yetkisi, Fransa tarafından açıkça kabul edilmesi ile tesis edilmiştir.

Buna karşın, aleyhinde dava açılan devletin davanın esasa ilişkin sorunları Divan nezdinde cevaplaması ve esasa ilişkin karar alınmasına karşı çıkmamasının ne derecede açık rıza teşkil ettiği şüphelidir. Aleyhine dava açılan devlet yetki konusunda rıza gösterdiğinin esasa ilişkin yaptığı savunma ile yahut da esasa ilişkin birtakım sorulara açıklık getirmesi ile kabul edilmesi, kanımızca İÇTÜZÜĞÜN 38(5) maddesinin dar yorumlanması gerektiği gerçeği ile çelişmektedir.

Üçüncü durumda ise aleyhinde dava açılan devlet yetki itirazında bulunmamaktadır. Bu durumun devletin rızasının varlığı yönünde yorumlanması ise kanımızca açıkça İÇTÜZÜĞÜN 38(5) maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Maddede aranan koşul, dava sürecinin devam edebilmesi için devletin rıza göstermesidir. Dolayısıyla dava yetkisinin doğması için aleyhine dava açılan devletin rızası olumlu şart teşkil etmektedir. Ancak bu şartın varlığı halinde dava süreci devam edebilecektir. Buna karşın, devletin Divan'ın yetkisiz olduğuna dair itirazda bulunmamasının rıza olarak yorumlanması açıkça İÇTÜZÜK madde 38(5)'in dar yorumlanması ilkesine aykırıdır. Bu yorum ilkesinin kabul edilmediği durumlarda bile bu üçüncü yol ile İÇTÜZÜĞÜN 38(5) maddesinin amacının örtüşmediği görülecektir. Madde metni uluslararası hukukta devletlerin uluslararası bir mahkemenin yargı yetkisine tâbi olmasının istisna olduğu ve devletin rızasını gerektireceği yönündeki genel düşünce doğrultusunda hazırlanmıştır. Dolayısıyla yetki itirazında bulunulmamasının yargı yetkisinin kabulü sonucunu do-

⁹⁹ Korfu Kanalı Davası (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı v. Arnavutluk), 25 Mart 1948, UAD Raporları 1948, s. 16-29.

¹⁰⁰ İng. "Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters".

¹⁰¹ Cezai Hususlarda Ortak Yardımlaşma Hakkında Belirli Sorular (Cibuti v. Fransa), UAD Raporları 2008, s. 177-247.

ğurması bu maddenin maksadı ile bağdaşmamaktadır. Bu durum ile Statü'nün 36(5) maddesini birlikte değerlendirecek olursak, Statü'nün 36(5) maddesinde yetkiye ilişkin itirazlar hakkında Divan'ın karar vereceğinin düzenlendiği, fakat yetkiye ilişkin bir itirazın bildirilmediği her durumda Divan'ın yetkili kabul edilemeyeceğini anlamaktayız.

Yukarıdaki yorum kuralından yola çıkarak İctüzüğü'nün 40. maddesinin *forum prorogatum*a hiçbir şekilde işaret etmediğini belirtmek yerinde olacaktır. Madde metnine bakıldığında Divan'ın yargı yetkisine ilişkin doğrudan veya dolaylı bir hüküm bulunduğunu söylemek zordur. Burada zımnen Divan'ın yargı yetkisinin aleyhinde dava açılan tarafın avukat ataması ile kabul edileceği ifade edilmiş olsa dahi, Divan'ın yargı yetkisinin bu derece geniş yorumlanması yukarıda açıkladığımız istisnaların dar yorumlanması ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Divan'ın çekişmeli yargı yetkisini yukarıda inceledikten sonra çekişmeli yargı yetkisi ile alakalı iki hususa kısaca yer vermek istiyoruz. Bunlar üçüncü tarafın görülmekte olan davaya müdahil olması, ihtiyatî tedbir kararı alma konusunda Divan'ın yetkisi ile Divan kararlarının bağlayıcılığı ve uymamaya bağlanan yaptırımlardır.

5. Üçüncü Devletin Müdahalesi

UAD Statüsü görülmekte olan bir davada Divan tarafından verilecek bir kararın hukukî menfaatini etkileyebileceği devletlere müdahil olma hakkı tanımıştır.¹⁰² Statü'nün 62. maddesi şöyle demektedir: "1. Bir devlet bir uyuşmazlıkta kendisi bakımından hukuksal nitelikte bir çıkarın söz konusu olduğunu görürse, davaya katılmak amacıyla Divan'a başvurabilir. 2. Bu istemi karara bağlamak Divan'a düşer." Bu ilk tür müdahale ihtiyarî müdahale ("*arbitrary intervention*") olarak adlandırılmaktadır.¹⁰³

Bunun yanında, uyuşmazlık bir uluslararası anlaşmanın uygulanmasına ilişkin ise bu anlaşmaya taraf diğer ülkelerin de davaya müdahil olma hakkı bulunmaktadır.¹⁰⁴ Bu ikinci tür müdahaleye ise

¹⁰² Pazarıcı, s. 475. Boas, s. 358.

¹⁰³ J. M. Ruda, "Intervention Before the International Court of Justice", Fifty Years of the International Court of Justice, Cambridge, 2. Baskı, Melbourne, 1998, s. 487.

¹⁰⁴ Hans - Jürgen Schlochauer, "International Court of Justice", Encyclopedia of Public International Law, North Holland, Amsterdam, 1981, s. 82.

hak dolayısıyla müdahale ("*intervention as of right*") adı verilmektedir.¹⁰⁵ Bu konuyla ilgili Statü'nün 63. maddesi aşağıdaki gibidir:

"1. Uyuşmazlığın taraflardan başka devletlerin de katıldığı bir andlaşmanın yorumlanması sözkonusu olduğu zaman, Yazman¹⁰⁶ bu devletlere hemen durumu bildirir. 2. Kendisine duyuruda bulunulan her devlet yargı sürecine katılma hakkına sahiptir; ancak bu hakkı kullanırsa, yargının varacağı hüküm o devlet için de aynı ölçüde bağlayıcı olur."

Görüldüğü gibi iki tür müdahale arasında şartları ve sonuçları arasında belli başlı farklılıklar bulunmaktadır.¹⁰⁷ Statü'nün 62. maddesi uyarınca gerçekleştirilmek istenen bir müdahalede müdahaleci tarafın hukukî menfaatlerinin etkilenip etkilenmeyeceği hususuna Divan karar vermekteyken 63. madde uyarınca gerçekleştirilmek istenen bir müdahale konusunda bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Divan içtihadına göre 62. madde uyarınca gerçekleştirilen bir müdahale başvurusuna ilişkin olarak sınırsız ve genel bir takdir yetkisine sahip olmadığını düşünmektedir.¹⁰⁸

Statü'nün 62. maddesi kapsamındaki müdahaleye ilişkin olarak Divan İçtüzüğü'nün 81. maddesi de incelenmelidir. Bu madde, konuyla ilgili geniş Statü hükmünü detaylandırmakta ve başvurular için belli şartlar belirlemektedir. Bu bağlamda, özellikle İçtüzüğün 81/2 maddesi önem arz etmektedir. Buna göre, başvuru sahibi devlet, a) devletin davadaki karardan etkilenebileceğini düşündüğü hukukî menfaatini, b) müdahalenin tam olarak neye ilişkin olduğunu belirtmeli ve c) taraf devletler ile arasında ihtilaf olduğunu göstermelidir.

Ayrıca, Divan'ın kararı 63. madde uyarınca müdahalede bulunan devletler için bağlayıcı iken ilk durumdaki devletler için bu bağlayıcılık bulunmamaktadır. Müdahale talebi kabul edilen bir devlet uyuşmazlığın tarafı haline gelmemektedir ve bu devletin *ad hoc* yargıç atama hakkı bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Bunun gerçekleşmesi ancak dava

¹⁰⁵ Ruda, s. 487.

¹⁰⁶ Bkz. İng. "Registrar".

¹⁰⁷ Schlochauer, s. 82.

¹⁰⁸ Ruda, s. 488.

¹⁰⁹ Bkz. UNCTAD belgesi, s. 19.

taraflarının mutabakatı ile mümkündür.¹¹⁰ Statü'nün 62. maddesi uyarınca müdahalede bulunan bir devlet bu şekilde davanın tarafı haline gelirse Divan kararının onu da bağlayacağı aşikardır.

6. İhtiyatî Tedbir Kararı

UAD Statüsü'nün 41. maddesi “*Divan durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların her birinin haklarını korumak için hangi geçici önlemlerin alınması gerektiğini belirtme yetkisine sahiptir.*” demek suretiyle iç hukuktaki ihtiyatî tedbir uygulamasını benimsemiştir.¹¹¹ Divan içtihadının gösterdiği üzere telafi edilmesi mümkün olmayan zararların doğabileceği durumlarda ihtiyatî tedbir kararı verilebilir ve bu karar tarafları bağlayıcı niteliktedir.¹¹² Bunula birlikte, ihtiyatî tedbir kararı verilebilmesi için UAD'nın yetkili olduğuna karar vermesi gerekmemektedir. Ancak, Divan içtihadına göre, ihtiyatî tedbir kararına hükmedilebilmesi için UAD'nın en azından *prima facie* olarak yetkili olduğuna kanat getirmesi gerekmektedir.¹¹³ Birçok durumda Divan öncelikle ihtiyatî tedbir kararı vermiş ancak ardından yetkisizliğine hükmetmiştir.¹¹⁴ Divan İctüzüğü'nün 75(1) maddesi uyarınca ihtiyatî tedbirlerin gerekip gerekmediğini *proprio motu* değerlendirmeye yetkilidir.¹¹⁵ Ancak, belirtilmelidir ki ihtiyatî tedbir kararı BM Şartı'nın 94. maddesi kapsamında bir UAD kararı olarak değerlendirilmemektedir ve dolayısıyla da aşağıda göreceğimiz gibi bu karara uymamak Güvenlik Konseyi yaptırımına tabi olmamaktadır.¹¹⁶ Yine de bu kararlara uyulmaması tazminat yükümlülüğüne yol açabilmektedir.¹¹⁷ Yine, UAD İctüzüğü'nün 75(2) maddesi uyarınca Divan taraflarca istenen ihtiyatî tedbirlerle sınırlı değildir ve başka önlemlerin alınmasını da talep edebilir.¹¹⁸

¹¹⁰ Ibid.; Ruda, s. 501.

¹¹¹ Boas, s. 362.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Shigeru Oda, “Provisional Measures: The Practice of the International Court of Justice”, *The Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, 2. Baskı, Melbourne, 1998, s. 549.

¹¹⁴ Bkz. UNCTAD belgesi, s. 17.

¹¹⁵ Pazarıcı, s. 478.

¹¹⁶ Bkz. UNCTAD belgesi, s. 18.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Pazarıcı, s. 478.

7. UAD Kararlarının Bağlayıcılığı ve Yaptırım

UAD Statüsü'nün 59. maddesi "*Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır*" demek suretiyle davanın taraflarıyla sınırlı şekilde de çekişmeli yargı yetkisi kapsamındaki kararların bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır ve bu durumun *stare decisis* ilkesinin uygulanmadığı UAD için uygun olduğu söylenebilir.¹¹⁹ UAD, aynı hususta farklı taraflar arasındaki bir dava söz konusu olduğunda önceki kararıyla bağlı olmayacağından, davadaki kararın taraflar dışındaki devletleri bağlaması mantıksız olurdu. İhtiyatî tedbir kararlarının da aynı şekilde davanın taraflarını bağladığı, ancak bu kararların Güvenlik Konseyi kapsamında yaptırımının bulunmadığı yukarıda belirtilmişti.

UAD kararlarına uymamanın yaptırımı içinse BM Şartı'nın 94(2) maddesine bakılmalıdır. Madde metni aşağıdaki gibidir:

"Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, Divan'ın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, öbür taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir."

Dolayısıyla, bir UAD kararının taraflardan biri tarafından uygulanmadığı durumlarda diğer tarafın Güvenlik Konseyi'ne başvurma imkanı bulunmaktadır. Güvenlik Konseyi de takdir yetkisi dahilinde kararın uygulanması için tavsiyelerde bulunacak veya belirli önlemlerin alınmasına karar verecektir.¹²⁰ Bu çerçevede verilen kararların VI. Bölüm kapsamında alınan ve bağlayıcılığı olmayan kararlar olduğunu vurgulamakta fayda vardır.¹²¹ Bu durum UAD kararlarının bağlayıcı niteliğinin sorgulanmasına sebep olmuştur. Yaptırımı bağlayıcı olmayan bir kararın bağlayıcı olduğundan bahsetmek ne derece mümkündür? Gideon Boas'ın bu konudaki gözlemi çekişmeli yargı yetkisi kapsamındaki kararlara uyulan durumlar kadar uyulmayan durumların da olduğu, ancak ihtiyatî tedbir kararlarına uyumun daha düşük olduğu yönündedir.¹²²

¹¹⁹ Boas, s. 363.

¹²⁰ Schlochauer, s. 85.

¹²¹ Ibid.

¹²² Boas, s. 363.

Bu kısmın tamamlanmasıyla birlikte UAD'nın çekişmeli yargı yetkisi ile ilgili planladığımız tartışmalara yer vermiş bulunuyoruz.

II. Danışma Görüşü Verme Yetkisi

Danışma görüşü *“bir soru veya konunun otoriter ancak bağlayıcı olmayan bir şekilde açıklanması”* olarak tanımlanmaktadır.¹²³ Bu görüşler her ne kadar bağlayıcı olmasalar da uluslararası hukukun gelişiminde önemli rol oynamaktadırlar.¹²⁴ Bu sebeple de UAD'nın yargı yetkisinin incelenmesinde danışma görüşü verme yetkisinin dışarıda bırakılması düşünülemezdi.

A. Hukukî Kaynağı

Danışma görüşü verme yetkisi USAD zamanındaki başarılı uygulanmasından sonra San Fransisco Konferansında genişletilerek UAD bünyesinde muhafaza edilmek istenmiştir.¹²⁵ Divan'ın danışma görüşü verme yetkisi BM Şartı ve UAD Statüsü'nden kaynaklanmaktadır. Divan önünde devlet dışındaki varlıklar davaların tarafı olmadığı için BM örgütünün aslî organlarına ve kimi uzmanlık kurumlarına UAD'ndan danışma görüşü isteme yetkisi verilmiştir.¹²⁶ Bu yeki BM Şartı'nın 96. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metni aşağıdaki gibidir:

“1. Genel Kurul ya da Güvenlik Konseyi herhangi bir hukuksal sorun konusunda Uluslararası Adalet Divanı'ndan görüş isteyebilir. 2. Genel Kurul'ca bu konuda herhangi bir anda yetkili kılınabilecek olan tüm öteki Birleşmiş Milletler organları ve ihtisas kuruluşları da kendi çalışma alanları içinde karşılıklarına çıkacak hukuksal sorunlar konusunda Divan'dan görüş isteyebilirler.”

Öte yandan, UAD Statüsü'nün 65. maddesi de Divan'ın BM sistemi içerisinde yetkilendirilmiş olan organ ve kuruluşların isteği üzerine

¹²³ Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, s. 29'dan aktaran Mahasen M. Aljaghoub, *Advisory Function of the International Court of Justice*, Springer, Leipzig, 2006, s. 12.

¹²⁴ Aljaghoub, s. 12.

¹²⁵ Aljaghoub, s 1.

¹²⁶ Pazarıcı, s. 475.

herhangi bir hukukî sorun hakkında danışma görüşü verebileceğini düzenlemektedir.¹²⁷

B. *Rationae Personae* (Kişi Bakımından Yetki)

BM Şartı madde 96(1) incelendiğinde Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulu'un bizzat BM Şartı tarafından danışma görüşü isteme hususunda yetkili kılındığını görmekteyiz.¹²⁸ BM Şartı 96(2) uyarınca ise Genel Kurul tarafından yetkili kılınan diğer organlar ve ihtisas kuruluşları da kendi çalışma alanlarında ortaya çıkan hukukî sorunlarla ilgili danışma görüşü isteyebilmektedir.¹²⁹ BM Şartı'nın 47. maddesinde ihtisas kuruluşları "Hükümetlerarası anlaşmalarla kurulan ve kendi kuruluş belgeleri gereğince ekonomik, sosyal, kültürel alanlarla eğitim ve sağlık alanlarında ve bunlarla ilgili başka alanlarda geniş uluslararası yetkileri bulunan" kuruluşlar olarak tanımlanmaktadır. Bu kuruluşlar ise BM Şartı 63. madde uyarınca BM'ye sözleşmelerle bağlanacaktır. Bu şekilde yetkilendirilen organ ve ihtisas kuruluşlarından bazıları şunlardır: Ekonomik ve Sosyal Konsey, Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Çalışma Örgütü, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü, Uluslararası Para Fonu, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü, Gıda ve Tarım Örgütü ile Uluslararası Mülteci Örgütü'dür.¹³⁰

İhtisas kuruluşlarının Genel Kurul tarafından yetkilendirilmesi, BM ile bu kuruluşlar arasında imzalanan anlaşmalarla gerçekleştirilmiştir.¹³¹ Bu durumda Genel Kurul'un tek taraflı olarak tanıdığı bu yetkiyi geri alıp alamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.¹³² Genel Kurul'un alt komitelerinden Hukuk Komitesi bu hususta Genel Kurul'u yetkili görmüştür; ancak, bu şekilde sözleşmenin BM tarafından ihlal edilmesi söz konusu olabilir.¹³³ Kanımızca, ihtisas kuruluşlarıyla akdedilen sözleşmelerde Genel Kurul'un bu yetkiyi tek taraflı olarak geri alabileceği düzenlenmemişse, BM Şartı'nda da bu tür bir durumun düzen-

¹²⁷ Aljaghoub, s. 1.

¹²⁸ F. Baline Sloan, "Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice", *California Law Review*, Cilt: 38, Sayı: 5, 31 Aralık 1950, s. 832-833.

¹²⁹ Pazarıcı, s. 475.

¹³⁰ Sloan, s. 834.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

lenmediğini göz önünde bulundurursak, bu yetkinin geri alınması sözleşme ihlali teşkil edecek ve BM'in sorumluluğu doğacaktır. Her sözleşmenin içeriği ve mahiyetine göre ayrı yorum yapmak gereklidir.

Bununla birlikte devletlerin de danışma görüşü isteyebilmesi için yapılan bir öneri San Fransisco Konferansında reddedilmiştir.¹³⁴ Bunun sebebi ise devletlerin BM organları aracılığıyla bu görüşü isteme olanağının bulunmasıdır, ancak elbette mevcut durumda son kararı verecek olan merci söz konusu BM organı veya ihtisas kuruluşu olacaktır.¹³⁵ Son olarak her ne kadar belli sorunların aydınlatılması açısından BM Genel Sekreteri'nin danışma görüşü isteme konusunda yetkilendirilmesinin faydalı olacağı düşünülmüşse de mevcut durumda doğrudan bu tür bir yetki söz konusu değildir.¹³⁶

C. *Rationae Materiae* (Konu Bakımından Yetki)

BM Şartı'nın 96(1) maddesinin lafzına bakıldığında Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nin danışma görüşü isteme yetkisinin "herhangi bir hukukî sorun" üzerine olduğu, fakat Genel Kurul tarafından yetkilendirilecek diğer organ ve kuruluşların kendi çalışma alanları içinde çıkan sorunlarla ilgili görüş isteyebileceği düzenlenmiştir.¹³⁷ Bu durum da Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un danışma görüşü isteme yetkisi sınırsızken, diğer organ ve kuruluşlarının sınırlandırıldığı düşüncesine yol açmıştır.¹³⁸ Öte yandan Hans Kelsen, her uluslararası kuruluş ve organ kendi yetkilerini belirleyen hukukî dayanak kapsamında hareket edebileceğinden, BM Şartı'nın 96(1) maddesinin Güvenlik Konseyi veya Genel Kurul'un danışma görüşü isteme yetkisini genişletme maksadı taşımadığını ve BM Şartı 96(2)'de diğer organ ve ihtisas kuruluşları için öngörülen sınırın gereksiz olduğunu, danışma görüşü isteme yetkisinin zaten her organ ve kuruluş için sınırlandırıldığını ifade etmiştir.¹³⁹ Bununla birlikte, katı bir lafzî yorum ilkesinden yola çıkan yazarlar aksi görüşte olup, BM Şartı 96(1)'in Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul açısın-

¹³⁴ Sloan, s. 836.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Sloan, s. 833.

¹³⁷ Aljaghoub, s. 40.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Hans Kelsen, *The law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Londra, Steven and Sons, 1951, s 546'dan aktaran Aljaghoub, s. 40 - 41.

dan ulusal düzeyde ortaya çıkan uluslararası hukuk sorunlarına ilişkin olarak dahi danışma görüşü istenmesine cevaz verdiğini belirtmişlerdir.¹⁴⁰ Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul halihazırda konu bakımından geniş bir hareket alanına sahip bulunan organlardır. Özellikle de Genel Kurul açısından bakılacak olursa, belirli bir anda Güvenlik Konseyi'nin gündeminde bulunan konular dışında, hareket alanı açısından pek de sınırlı değildir. Güvenlik Konseyi'nin gündeminde bulunan bir konu hakkında Genel Kurul tarafından tavsiyede bulunulmasını yasaklayan BM Şartı'nın 12(1) maddesinin danışma görüşü isteme konusunda da Genel Kurul için bir sınır teşkil ettiği belirtilmiştir.¹⁴¹ Çünkü, Güvenlik Konseyi'nin görüşmekte olduğu bir konu Genel Kurul'un görev konusu bakımından sınırını oluşturacaktır. Bu hususla ilgili bir UAD kararını kısaca işlemeyi hem konunun somutlaştırılması hem de Divan'ın konuya yaklaşımını göstermek bakımından önemli buluyoruz.

İsrail'in Filistin topraklarında duvar inşa etmesi olayıyla alakalı olarak Güvenlik Konseyi'nin konuyla ilgilendiği bir sırada Genel Kurul tarafından UAD'ndan duvarın hukukiliği ile ilgili görüş istenmesine İsrail tarafından BM Şartı'nın 12(1) maddesine dayanılarak karşı çıkmıştır.¹⁴² *Duvar*¹⁴³ danışma görüşü olarak bilinen davada danışma görüşü istenmesinin 12(1) kapsamında bir tavsiyede bulunma olmadığına hükmederek İsrail'in itirazını reddetmiştir.¹⁴⁴

Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi'nin görüşmekte olduğu bir konunun içeriğine ilişkin Genel Kurul tarafından danışma görüşü istenmesinde Divan bir sakınca görmemektedir. Nitekim, BM Şartı'nın 12(1) maddesindeki sınırlandırma, Genel Kurulun kendi organı çevresinde alacağı kararlara ilişkindir. Bu madde Divan'ın hangi konularda danışma görüşü verebileceğine veya Genel Kurul'un hangi konularda danışma görüşü isteyebileceğine ilişkin bir hüküm değildir. Bu durum ayrıca Divan İçtüzüğü'nün 102(2) ve 102(3) maddelerinde de benimsenmiştir.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Aljaghoub, s. 40.

¹⁴¹ Aljaghoub, s. 41.

¹⁴² Aljaghoub, s. 42.; 9 Temmuz 2004 tarihli UAD danışma görüşüne şu adresten ulaşılabilir: <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> (24.10.2014), s. 16.

¹⁴³ İşgal Altındaki Filistin Topraklarında bir Duvar İnşa Edilmesinin Hukukî Sonuçları, Danışma Görüşü, 9 Temmuz 2004, UAD Raporları 2004, s. 136-203.

¹⁴⁴ Aljaghoub, s. 42

¹⁴⁵ Schweigman, s. 213-214.

UAD'nın konu bakımından danışma görüşü verebilmesi için gereken bir başka şart da sorunun hukukî nitelik taşımasıdır.¹⁴⁶ Özellikle de danışma görüşü taleplerinin politik organlardan geldiği düşünüldüğünde tamamen siyasî unsurlar taşıyan bir danışma görüşü isteminin UAD tarafından reddedilmesi gerekecektir.¹⁴⁷ Bu konuda Divan'ın içtihadı hukukî bir yönü olduğu sürece politik unsurlar içeren bir danışma görüşü isteğini reddetmemek yönündedir.¹⁴⁸ Öyle ki, isteğin lafzı açık olmasa bile UAD yorumuyla bu isteği netleştirip hukukî bir soruna ilişkin olup olmadığını değerlendirebilecektir.¹⁴⁹

Bir başka tartışma konusu ise UAD'nın iki devlet arasında sürmekte olan bir duruma ilişkin danışma görüşü verip veremeyeceği ve bu hususta devletlerin rızasının aranıp aranmayacağı yönündedir. Bu tartışmanın esas kaynağı Milletler Cemiyeti Misakı'nın 14. maddesinde danışma görüşünün herhangi bir hukukî soru veya uyuşmazlık konusunda istenebilirken BM Şartı'nın 96. maddesinde herhangi bir hukukî sorudan bahsedilmesidir.¹⁵⁰ Bu duruma rağmen UAD İçtüzüğü'nün 102. maddesinin 1. paragrafında danışma görüşüne ilişkin olarak BM Şartı'nın 96. maddesi ve UAD Statüsü'nün dördüncü kısmına ilaveten İçtüzüğü'nün hükümlerinin uygulanacağı düzenlendikten sonra ikinci paragrafta şu anlatıma yer verilmiştir:

“Divan ayrıca uygulanabilir gördüğü ölçüde çekişmeli yargı yetkisine ilişkin Statü ve İçtüzük hükümlerinden de yararlanabilecektir. Bu maksatla, her şeyden önce bir danışma görüşü talebinin iki devlet arasında sürmekte olan bir uyuşmazlığa ilişkin olup olmadığını değerlendirecektir.”

Dolayısıyla, Divan İçtüzüğü'nde iki devlet arasında sürmekte olan uyuşmazlıklara ilişkin olarak da danışma görüşü verilebileceği açıkça kabul edilmiştir, meğer ki söz konusu istem tamamen politik karakterli olsun. Sürmekte olan uyuşmazlıklara ilişkin olarak UAD İçtüzüğü'nün 102(3) maddesi Statü'nün 31. maddesinin uygulanacağını belirterek

¹⁴⁶ Aljaghoub, s. 56.

¹⁴⁷ D. W. Gerig, “The Advisory Jurisdiction of the International Court and the Settlement of Disputes between States”, ICLQ, Cilt: 15, 1966, s. 339'dan aktaran Aljaghoub, s. 56.

¹⁴⁸ Aljaghoub, s. 57.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Aljaghoub, s. 58.

uyuşmazlığın tarafı olan devletlere danışma görüşü verilmesi sırasında da *ad hoc* yargıç atama imkanı tanımaktadır. İçtüzüğü'nün 102(3) maddesi ise bu çerçevede kıyas yapılmasını olanaklı kılmaktadır.

Sonuç olarak, her ne kadar siyasî hususlarda Divan'ın danışma görüşü vermesinin UAD'nın yargısal rolünü zedeleyeceği ileri sürülmüşse¹⁵¹ de UAD, hukuk kurallarının uygulanması yoluyla aydınlatılabilecek her sorunun hukukî unsur taşıdığını ve danışma görüşü kapsamında kabul edilebilir olduğunu düşünmektedir.¹⁵² Ancak, isabetle belirtildiği gibi Divan'ın siyasî bir bağlamda gelişen hukukî bir sorunu çözmemenin daha yerinde olacağını düşünerek yargı yetkisini kullanmaktan çekinebilir.¹⁵³ Burada Divan yetkisiz olduğuna karar vermemekte, yalnızca mevcut problemin hukukî kuralların uygulanması ile çözülemeyeceğine karar vermektedir.¹⁵⁴

D. Danışma Görüşü Verme Konusunda UAD'nın Takdir Yetkisi

UAD Statüsü'nün 65. maddesinin lafzı incelendiğinde danışma görüşü verilmesi konusunda UAD'na bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir.¹⁵⁵ Bu durumda UAD öncelikle danışma görüşü konusunda yetkili olup olmadığını inceleyecek ve eğer yetkili olduğu kanaatine varırsa bu yetkisini kullanıp kullanmayacağını takdir edecektir.¹⁵⁶ Bu durumun *Duvar* davası ve *Batı Sahra*¹⁵⁷ davası gibi daha pek çok kararda UAD tarafından da vurgulanmıştır.

Öte yandan, BM'nin temel organlarından birisi olan UAD, kararlarında danışma görüşü isteminin mücbir sebepler olmadıkça reddedilmemesi gerektiğini de vurgulamıştır.¹⁵⁸ *Duvar* danışma görüşünde belirtildiği gibi bu durum UAD'nın BM'in temel organlarından birisi olarak örgütün amacının gerçekleştirilmesine katılma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁹ Ancak, bu konuda içine düşülen bir hata

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Aljaghoub, s. 60.

¹⁵³ Schweigman, s. 265.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Aljaghoub, s. 64.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Batı Sahra, Tavsiye Kararı, 16 Ekim 1975, UAD raporları 1975, s. 12-82.

¹⁵⁸ Aljaghoub, s. 64.

¹⁵⁹ Aljaghoub, s. 65.

UAD'nın mücbir sebepler dışında danışma görüşü vermeyi reddetmesinin bir kural olarak yorumlanmasıdır. Bu hataya düşen yazarlardan birisi olan Yargıç Abi Saab bu sebepten dolayı *Batı Sahra* danışma görüşünde belirtilen Divan'ın yetkili olsa bile danışma görüşü vermeyi reddedebileceği yönündeki ifade ile prensip olarak reddedilmemesi gerektiği yönündeki ifadeyi çelişik bulmaktadırlar.¹⁶⁰ UAD Statüsü'nün 65. maddesi danışma görüşü verilmesi konusunda Divan'a açık bir takdir yetkisi tanımaktadır. *Batı Sahra* görüşünde geçen danışma görüşü isteminin ilke olarak reddedilmemesi gerektiği ibaresi bu husustaki mevcut Divan yargıçlarının politikasını yansıtmaktadır. UAD'nın danışma görüşü istemlerini reddetmemesi yönünde ciltler boyu sürebilecek bir tartışma ortaya konsa bile, *stare decisis* ilkesi UAD bakımından geçerli olmadığı için, yargıçların *Batı Sahra* görüşünde öne sürülen bu "gereklilik" ile bağlı olmadığı aşıkardır. Kısacası, UAD'na bu hususta bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hiçbir durumda icra edilmese dahi bu takdir yetkisi Divan'a ait kalacaktır. Belirtmek gerekir ki burada savunulan görüş takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılabilmesi değil, UAD'nın politik sebeplerle yahut halin bir başka gereğine dayanarak danışma görüşü vermeyi reddetmesinin hukukî olduğudur.

E. Danışma Görüşünün Mahiyeti

Bu kısımda danışma görüşlerinin bağlayıcılığı üzerinde durulacaktır. Bu bağlayıcılık tartışması kapsamında danışma görüşünün BM organlarının kararları üzerinde temyizen inceleme etkisi yaratabileceğini savunan yazarların görüşleri de tartışılacaktır.

Danışma görüşünün "bir soru veya konunun otoriter ancak bağlayıcı olmayan bir şekilde açıklanması" olarak tanımlanabileceğine yukarıda yer vermiştik. Buradan da danışma görüşünün iki önemli niteliği "otoriterlik" ve "bağlayıcı olmama" unsurlarına ulaşmak mümkündür.¹⁶¹ Otoriterlikten kasıt saygı duyulacak bir özellik arz etmesini belirtirken kararların bağlayıcı güce sahip olduğu anlamına

¹⁶⁰ Georges Abi Saab, "On Discretion: Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice", *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, s. 36-51'den aktaran Aljaghoub, s. 66.

¹⁶¹ Sloan, s. 850.

gelmemektedir.¹⁶² Daha ziyade, UAD danışma görüşlerine BM organları ve uluslararası hukukçular tarafından verilen öneme dayanarak bu otoriterlik özelliği kazandırılmıştır.

Tartışmada daha fazla ilerlemeden bir eleştiri sunmayı doğru buluyoruz. Doktrinde her ne kadar danışma görüşleri bağlayıcı olmasa da bağlayıcı kararlara eşit ağırlıkta oldukları iddia edilmektedir.¹⁶³ Kanımızca bu görüşe anlam vermek mümkün değildir. Her ne kadar danışma görüşü de uluslararası hukukta çok değerli bir fonksiyon üstlense de, uyulması zorunlu olan bir kararla bağlayıcılık arz etmeyen bir görüşün aynı hukukî etkiyi uyandıracığını düşünmek anlamlı değildir.

Divan kararlarının Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararlarının temyizen incelenmesi sonucunu doğurabileceği görüşü hem Divan'ın çekişmeli yargı yetkisi hem de danışma görüşü verme yetkisi kapsamında değerlendirilebilir. Her iki yargı yetkisine ilişkin olduğu için bu sorunu ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz.

III. UAD'nın Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi Kararlarını Temyizen İnceleme Yetkisi

BM organlarının kararlarının temyizen incelenmesi hususu en güçlü şekilde *Lockerbie* davasında gündeme gelmiştir. Bu davada Divan, Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulan hukukun andlaşmalarından doğan diğer bağlayıcı yükümlülüklerden daha üstün olduğuna karar vermiş ve bunu yaparken de Konsey kararlarının temyizen incelenmesi hususunu tartışmıştır.¹⁶⁴ Bu tartışmanın ardından doktrinde UAD'nın diğer BM organları üzerinde yargısal bir denetim kurmaya doğru ilerlediği düşüncesini yaratmıştır.¹⁶⁵ Ancak, burada Divan'ın doğrudan Güvenlik Konseyi kararlarını temyizen inceleyip hukuka uygun olup olmadığına karar verebileceğini belirtmemiştir. Zaten yukarıda işlenen danışma görüşü verme yetkisinin mahiyeti de göz

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Sloan, s. 851.

¹⁶⁴ Kathleen Renee Cronin-Furman, "The International Court of Justice and the United Nations Security Council: Rethinking a Complicated Relationship", *Columbia Law Review*, Cilt: 106, Sayı: 435, s. 445.

¹⁶⁵ Ibid.

önünde bulundurulduğunda Divan'ın danışma görüşü ile hiçbir organı bağlayamayacağı, dolayısıyla da bağlayıcı karar verme yetkisini haiz olmayan bir mahkemenin temyizen inceleme yapmasının da mümkün olmadığını söylemek mümkündür. Bu husus doktrinde de vurgulanmış bulunmaktadır.¹⁶⁶ BM Şartı'nın 92. maddesinin Divan'ın temyizen inceleme yapabilmesine dayanak oluşturduğu iddia olunmakla beraber¹⁶⁷ Birleşmiş Milletler'in başlıca adli organı olma özelliğinin doğrudan temyiz yetkisini doğuracağını düşünmek doğru değildir. Kaldı ki bir tavsiyenin bağlayıcı olduğunu iddia etmek de aynı şekilde mantıksız olacaktır. Kuşkusuz, Divan'ın "tavsiye" ve yahut "danışma" görüşü verme yetkisi, bunu ancak ve ancak yetkili organın talebi üzerine yapabilmesi ve benzeri hususlar, Divan'ın bu türden kararlarının bağlayıcı olmayacağına işaret etmektedir. Kaldı ki BM Şartı'nın oluşturulması için yürütülen hazırlık çalışmalarını¹⁶⁸ ve UAD'nın Genel Kurul'un bütçe belirleme yetkisinin kısıtlanması ile ilgili 1962 tarihli danışma görüşünü inceleyen bir kimse UAD'nın danışma görüşü verme yetkisinin BM organları için bir temyiz mercii olarak hareket etmesini sağlayacak ölçüde geniş olmasının amaçlanmadığını ve UAD'nın kendisinin de bu tür bir yetkiye sahip olmadığını belirttiğini görecektir.¹⁶⁹ UAD'nın danışma görüşleri veya çekişmeli yargı yetkisi kapsamında Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarını temyizen inceleme gücüne sahip olup olmadığını belirlemek için, UAD, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'a ilişkin BM Şartı ve UAD Statüsü'ndeki düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir.

BM Şartı'nın 1. maddesine göre Birleşmiş Milletler'in uluslararası barış ve güvenliği sağlarken adalet ilkeleri ve uluslararası hukuka uygun olarak hareket etmesi gerekmektedir.¹⁷⁰ Güvenlik Konseyi'nin de görevlerini yerine getirirken hem BM Şartı'na hem de 1. maddede belirtilen adalet ilkeleri ile uluslararası hukuka uygun hareket etmesinin beklendiği söylenebilir. Ayrıca, Şart'ın 24. maddesinin 2. fıkrası bu

¹⁶⁶ Jose E. Alvarez, "Judging the Security Council", Am. J. International Law, Cilt: 1, s.6'dan aktaran Cronin-Furman, s. 445.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Cronin-Furman, s. 445.

¹⁶⁹ Cronin-Furman, s. 446.

¹⁷⁰ Deborah D'Angelo, "The 'Check' On International Peace and Security Maintenance: The International Court of Justice And Judicial Review of Security Council Resolutions", *Suffolk Transnational Law Review*, Cilt: 23, Yaz-2000, s. 566-567.

hususu Güvenlik Konseyi açısından ayrıca belirtmiştir.¹⁷¹ Bu hükme olası bir aykırılığın UAD tarafından denetlenip denetlenemeyeceği ise cevabını aradığımız sorudur.

BM Şartı'nın 25. maddesi "*Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır*" demektedir. BM Şartı'nın İngilizce metni ise şu şekildedir: "*The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter*". Dolayısıyla, her şeyden önce maddenin Türkçe metnindeki "...*uyarınca...*" ifadesinden sonra eklenen virgül bir anlam değişikliğine yol açmış olabilir. Nitekim, maddenin İngilizce metninden anlaşılan Üye Devletlerin Güvenlik Konseyi kararlarına uyma ve bunları kabul etmesinin BM Şartı'na uygun olarak gerçekleştirileceği iken¹⁷², Türkçe metnindeki virgül sebebiyle Üye Devletlerin BM Şartı uyarınca görüş birliğine vardığı anlaşılabilir. Kanımızca bu noktada İngilizce metnin esas alınması uygun olacaktır. Bu durumda ise UAD'nın bir taraf devletin hukukî yükümlülüğünü belirlerken Güvenlik Konseyi kararının BM Şartı'na uygun olup olmadığını denetleyebileceği düşünülmektedir.¹⁷³

BM Şartı'nın 6. maddesi Genel Kurul'u BM'in başlıca organları arasında saymıştır. 10. maddesinde Genel Kurul'un 12. madde saklı tutularak BM Şartı kapsamındaki her konuda danışma görüşü alabileceği belirtilmiş ve 11. maddede bu konulara uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren konuların dahil olduğu belirtilmiştir. Genel Kurul'un gündeme alamayacağı tek konu başlığı BM Şartı'nın 12. maddesi uyarınca o sırada Güvenlik Konseyi'nin gündeminde bulunan konulardır.¹⁷⁴

Uluslararası Adalet Divanı ise BM Şartı'nın 94. maddesi uyarınca "*başlıca yargı organı*"dır. Şart'ın 94. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Divan'ın kararları uyuşmazlığın tarafları açısından bağlayıcıdır.¹⁷⁵ BM Şartı'nın Uluslararası Adalet Divanı'nın görev ve yetkilerini düzen-

¹⁷¹ Ken Roberts, "Second-Guessing The Security Council: The International Court of Justice and Its Powers of Judicial Review", *Pace International Law Review*, Cilt: 7, Bahar-1995, s. 287.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Pazarıcı, s. 498.

¹⁷⁵ D'Angelo, s. 567.

leyen XIV. Kısımında Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul ile Divan'ın ilişkilerine ilişkin mevcut olan tek husus danışma görüşü yetkisi istenmesine ilişkindir. BM Şartı'nın 96. maddesi Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nin UAD'ndan danışma görüşü isteyebileceğini belirtmişse de, bu konuda bir zorunluluk öngörmemiştir.¹⁷⁶ Son olarak, BM Şartı'nın 36. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hukukî uyuşmazlıkların Güvenlik Konseyi tarafından UAD'na gönderilmesi gerektiği belirtilmelidir.¹⁷⁷

Görüldüğü üzere, BM Şartı'nda UAD'na Güvenlik Konseyi'nin kararlarını temyizen inceleme yetkisi veren bir hüküm bulunmamaktadır. BM Şartı ile benzer şekilde UAD Statüsü'nde de bu tür bir yetkiden doğrudan ya da dolaylı olarak bahsedilmediği tespit edilmiştir.¹⁷⁸ UAD Statüsü'nün hazırlık çalışmalarında Belçika delegasyonu tarafından UAD'na Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarını temyizen inceleme yetkisinin verilmesini önermesi, ancak bu önerinin reddedilmiş olması da BM Şartı ve UAD Statüsü kapsamında bu yetkiye yol açacak bir hükmün bulunmadığı yönündeki iddiayı güçlendirmektedir.¹⁷⁹ Son olarak konuyla ilgili UAD içtihadını incelemek gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler'in Belirli Masrafları danışma görüşü incelendiğinde Divan'ın BM Şartı kapsamında diğer organların kararlarını temyizen inceleme kudretine sahip olmadığını düşündüğü anlaşılmaktadır.¹⁸⁰ Öte yandan, aynı kararın 157. sayfasında danışma görüşleri verilirken Genel Kurul kararlarının hukuka uygunluğunun da göz önünde bulundurulacağı belirtilmesi¹⁸¹, Divan'ın sınırlı şekilde de olsa temyizen inceleme yetkisine açık kapı bıraktığı şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁸² Danışma görüşlerinin bağlayıcılığının bulunmadığını

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Vera Gowlland-Debbas, "The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", *The American Journal of International Law*, Cilt: 88, Ekim-1984, s. 648.

¹⁷⁸ Roberts, s. 289.

¹⁷⁹ Mark Angehr, "The International Court of Justice's Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions", *Northwestern University Law Review*, Cilt: 103, Sayı: 2, 2009, s. 1025; Cronin-Furman, s. 446; Roberts, s. 292-293; D'Angelo, s. 576-577.

¹⁸⁰ Birleşmiş Milletlerin Belirli Masrafları (Şart'ın 17. maddesinin 2. fıkrası), Tavsiye Kararı, 20 Temmuz 1962, UAD Raporları 1962, s. 156 - 157.

¹⁸¹ Ibid, s. 157.

¹⁸² D'Angelo, s. 579.

belirtmiştik. Bir danışma görüşü verirken UAD'nın bir Genel Kurul ya da Güvenlik Konseyi kararının hukuka uygun olmadığını belirtmesi halinde dahi, danışma görüşünü talep eden organ bununla bağlı olmayacaktır. Dolayısıyla, kanımızca burada bir "temyizen incelemeden" bahsetmek doğru değildir. UAD'nın seçkin bir mahkeme olması dolayısıyla danışma görüşlerinin dahi ciddiye alınıp, BM'in diğer organları tarafından bu kararlara uyulacak olması, UAD'nın hukuken diğer organların kararlarını inceleme kudretine sahip olmadığı gerçeğini değiştirmemektedir. Bu durum Divan'ın *Namibya Davası*'nda¹⁸³ benimsediği görüşle de birebir uyumaktadır. Her ne kadar Divan söz konusu Genel Kurul kararının hukuka uygunluğu ile ilgili görüş vermişse de, bu durumun Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarının temyizen incelenmesi gibi bir sonucu olmayacağını belirtmiştir.¹⁸⁴ *Zaten, Birleşmiş Milletlerin Belirli Masrafları* kararı açısından belirtildiği gibi, bağlayıcılığı olmayan danışma görüşlerinin Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarını geçersiz kılması mümkün değildir. Ancak buna rağmen, bir BM kararında alınması planlanan önleme ilişkin olarak "hukuka uygun olmaz" görüşü veren Divan'ın bu kararın geçersiz olmasına yol açtığı düşünülebilmektedir.¹⁸⁵

Yukarıdaki örnekler UAD'nın danışma görüşlerindedir. BM organlarının kararlarının temyizen incelenmesi hususu, Divan'ın zorunlu yargı yetkisi kapsamında incelediği *Lockerbie Davası*'nda¹⁸⁶ da gündeme gelmiştir. Bu dava, özellikle de karşı oy yazıları ile, Divan yargıçlarından önemli bir kısmının temyizen incelenmenin mümkün olduğuna işaret etmesi sebebiyle, zorunlu yargı yetkisi kapsamındaki davalarda organ kararlarının temyizen incelenmesi açısından önemli görülmektedir.¹⁸⁷ 21 Aralık 1988 tarihinde İskoçya, Lockerbie üzerindeki uçağın infilak etmesinde Libyalı ajanların rol oynadığı anlaşılmış ve ABD ile Birleşik Krallık bu ajanların iadesini Libya'dan talep etme-

¹⁸³ Güney Afrika'nın Namibya'da Güvenlik Konseyi'nin 276 (1970) Sayılı Kararına Rağmen Devam Eden Varlığının Devletler Açısından Hukuki Sonuçları, Tavsiye Kararı, 21 Haziran 1971, UAD Raporları 1971, s. 16-66.

¹⁸⁴ Ibid., s. 45.

¹⁸⁵ Schweigman, s. 278.

¹⁸⁶ Lockerbie'deki Hava Hadisesinden Kaynaklanan 1971 Tarihli Montreal Sözleşmesi'nin Yorumlanması ve Uygulanması Sorunu (Libya Arap Cumhuriyeti v. Birleşik Krallık), 27 Şubat 1998, UAD Raporları 1998, s. 9-31.

¹⁸⁷ Roberts, s. 299.

sine rağmen taleplerine olumlu bir karşılık alamamışlardır.¹⁸⁸ Bunun üzerine Güvenlik Konseyi 731 sayılı kararı ile Libya'nın iade talebine olumlu yanıt vermesini istemiştir.¹⁸⁹ Daha sonra iki şüphelinin iadesi konusunda ısrarcı olan ABD ve Birleşik Krallık'ın 1971 tarihli Montreal Sözleşmesi'ni ihlal ettikleri gerekçesiyle UAD nezdinde dava açan Libya¹⁹⁰, bu dava sırasında ayrıca 731 sayılı Güvenlik Konseyi kararının da hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.¹⁹¹ Libya'nın başurusunun ardından, ancak henüz herhangi bir karar vermeden 748 sayılı kararı alan Güvenlik Konseyi, birtakım ihtiyatî tedbirler kararlaştırmış ve Libya'ya şüphelileri iade etmesini emretmiştir.¹⁹² İhtiyatî tedbir kararına hükmettiği davada UAD, Güvenlik Konseyi kararlarının hukuka uygunluğunu denetlemekten kaçınmıştır.¹⁹³ Libya'nın Divan'a başvuru tarihinden sonra alınan Güvenlik Konseyi'nin 748 (1992) ve 883 (1993) sayılı kararlarının, Montreal Sözleşmesi'ndeki hükümlerden üstün nitelikte olduğunu savunan Birleşik Krallık'ın yetkisizlik kararı talebini reddeden Divan, bu kararı kararların hukuka aykırılığına değil, Libya'nın Divan'a başvuru tarihinden sonra alınmalarına bağlamıştır: "...eğer o tarihte Divan yetkili ise, yetkili kalmaya devam eder."¹⁹⁴ Dolayısıyla, Lockerbie Davası'nda çoğunluğun Güvenlik Konseyi kararının hukuka uygunluğunu denetlemeyi reddettiği görülmektedir.¹⁹⁵ Doktrinde UAD'nın temyizen incelemeye açık kapı bıraktığı yönündeki görüşler, genellikle yargıçların karşı oy yazılarındaki muğlak ifadelerle veya yargıçların şahsen yayınladıkları deklarasyonlara dayanmaktadır.¹⁹⁶

Lockerbie Davası'nın ışığında, Divan'ın çekişmeli yargı yetkisi kapsamında temyizen incelemenin mümkün olup olamayacağı, bir şekilde mümkünse dahi bu incelemenin nasıl bir hukukî sonucunun olacağı incelenmelidir.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Roberts, s. 300.

¹⁹¹ Roberts, s. 301.

¹⁹² D'Angelo, s. 584.

¹⁹³ D'Angelo, s.

¹⁹⁴ Lockerbie'deki Hava Hadisesinden Kaynaklanan 1971 Tarihli Montreal Sözleşmesi'nin Yorumlanması ve Uygulanması Sorunu (Libya Arap Cumhuriyeti v. Birleşik Krallık), 27 Şubat 1998, UAD Raporları 1998, s. 23.

¹⁹⁵ Roberts, s. 304.

¹⁹⁶ Muhalefet serhleri ve deklarasyonlardaki ifadelerden dolayı olarak UAD'nın temyizen inceleme gücüne işaret edildiğini çıkaran görüşler için bkz. Roberts, s. 302-307.

Münferit olay açısından Divan'ın hangi hukuk normunu uygulayacağını seçmekte serbest olduğu ve dolayısıyla yetki aşımı içeren, yahut hukukî temelinin olmadığını düşündüğü Güvenlik Konseyi kararlarının dava konusu olaya uygulamamaya karar verebileceği doğrudur.¹⁹⁷ Ancak, Divan'ın çekişmeli yargı yetkisi kapsamında verdiği kararların yalnızca tarafları bağladığı ve tarafların dışında bir sonuç doğurmadığı hatırlanırsa, Divan'ın Güvenlik Konseyi veya Genel Kurul kararını, hangi sebeple olursa olsun, uygulanmaması, Konsey veya Kurul kararının geçerliliği açısından hiçbir sonuç doğurmayacaktır. Üstelik Konsey kararı diğer devletleri bağlamaya devam edecektir. Bu durumun ideal olduğunu söylemek zordur. Nitekim, BM organları arasında dayanışma ve işbirliği bulunması gerekmektedir. Ancak, UAD ve diğer BM organları tarafından yetkilerin çakıştığı alanlarda farklı tespitlerde bulunmanın her zaman için bu ilkeyi zedelediğini de söyleyemeyiz. Dayanışma ve işbirliği her zaman aynı doğrultuda hareket etmek ve aynı görüşü benimsemek anlamına gelmemelidir. Bu tespite karşı çıkılsa bile, UAD Statüsü'nün lafzı karşısında farklı bir yorum mümkün olmamaktadır.

Mark Angehr, BM Şartı'nın veya Statü'nün BM organlarının kararlarının temyizden incelenmesi, yorumlanması veya geçersiz kılınması ile ilgili hüküm içermediklerini belirttikten sonra BM organlarının kararlarının hukukî etkisinin BM yapısına ilişkin ilkeler ve UAD içtihadı ile çözülmesi gerektiğini düşünmektedir.¹⁹⁸ Ona göre, BM Şartı'nın 92. maddesinde belirtildiği üzere UAD'nın "başlıca yargı organı" olarak kurulmuş olması Divan'ın kararlarının yargısal anlamda diğer organların kararlarından önce gelmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁹⁹ Ancak, burada sıkıntılı bir muhakemenin izlerini görmekteyiz. UAD'nın hukukî tespitlerinin diğer organlarınkinden öncelikli olması başlıca yargı organı olarak kurulmanın doğal bir sonucu mudur? Öncelikli olmak ile kastedilen nedir? Yüksek ihtimalle öncelikli olmasından kasıt üstün tutulması, dolayısıyla çatışma halinde UAD'nın tespitinin geçerli kabul edilmesidir. Kanımızca, başlıca yargı organı olmaktan

¹⁹⁷ Schweigman, s. 270.

¹⁹⁸ Mark Angehr, "The International Court of Justice's Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions", *Northwestern University Law Review*, Cilt: 103, Sayı: 2, 2009, s. 1022.

¹⁹⁹ Angehr, s. 1022.

yola çıkararak UAD'nın hukukî tespitlerinin üstün tutulması gerektiği kanısına doğrudan ulaşmak yanlıştır. Bu sonuca ulaşılsa ve uygulamada UAD'nın kararına uyularak, Güvenlik Konseyi'nin kararı gözardı edilse dahi, buna dayanarak Güvenlik Konseyi kararının hukuken ortadan kalktığını söyleyebilir miyiz?

Kanımızca, ne çekişmeli yargı yetkisi bakımından ne de danışma görüşleri açısından UAD'nın diğer BM organlarının kararlarını temyizen inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Böyle bir yetki ne ilgili mevzuatta ne de Divan içtihadında benimsenmiştir. Divan'ın belirli bir temyizen inceleme kudretine sahip olmasının uluslararası hukukta hukukun üstünlüğünün geçerli olması için faydalı olacağı açıktır. Ancak, böyle bir yetki mevzuatta gerekli tadiller gerçekleştirilmeden UAD tarafından kullanılamaz. Bu yetkinin UAD içtihadı tarafından benimsenmesi Divan'ın yetki aşımında bulunduğunu gösterir. Dolayısıyla, doktrindeki hukuken UAD'nın Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararlarını temyizen inceleyebileceği yönündeki görüşler, kanımızca isabetsizdir.

SONUÇ

Forum prorogatum UAD'nın çekişmeli yargı yetkisini kişi bakımından genişleten bir uygulamadır. UAD'nın dayandığı pozitif hukuk metinleri olan BM Şartı ve UAD Statüsü'nde bu uygulamaya açık temel oluşturacak bir hüküm bulunmasa da yukarıda belirtildiği üzere Statü'nün 36(6) maddesinin dolaylı olarak bu uygulamaya açık kapı bıraktığı savunulabilir. Böyle düşünüldüğünde dahi, uyuşmazlığa taraf bir ülkenin Divan'a hitaben yazdığı dilekçede davanın esasına ilişkin savunmalara yer vermiş olması, çekişmeli yargı yetkisinin doğması için tarafın "açık" rızasını arayan İchtüzük uyarınca yeterli değildir. Bununla beraber sırf yetki itirazında bulunulmadığından ötürü çekişmeli yargı yetkisinin kabul edildiğini varsaymak da isabetsizdir. Özellikle *forum prorogatum*un bu iki uygulamasının hukuksuz olduğu kanaatindeyiz.

Divan'ın danışma görüşü verme yetkisine ilişkin de genişletme çabaları bulunsa da bu çabalar çoğunlukla doktrin çevrelerinde ortaya çıkmakta ve Divan tarafından içtihat yoluyla benimsenmemektedir.

Bu görüş, genellikle muğlak ve genel ifadelerden yola çıkarak – “başlıca yargı organı”, “işbirliği ve dayanışma ilkesi” vb. - danışma görüşüne belli bir bağlayıcılık kazandırmaya çalışmaktadır. Öte yandan, çekişmeli yargı yetkisi kapsamında da Genel Kurul veya Güvenlik Konseyi kararlarının temyizen incelenebileceği düşünülmektedir. Bu görüş de poitif dayanaktan yoksundur. Kaldı ki, çekişmeli yargı yetkisi kapsamında, anılan organların kararlarının uygulanmaması da temyizen inceleme sonucunu doğurmayacak, bu kararlar bağlayıcılıklarını ve geçerliliklerini sürdüreceklerdir. Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarının temyizen bir argı organı tarafından incelenebilmesine yönelik bütün bu çabaların amacı uluslararası latformda hukukun üstünlüğünü hakim kılmaktır. Özellikle de BM Güvenlik Konseyi'nin belli hadiseleri hukukten nitelendirirken (“saldırı”, “savaş”, “etnik temizlik” vb.) siyasi davranması uluslararası hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasını ve yorumlanmasını kuşkusuz ki olumsuz yönde etkilemektedir. Ancak, bu sorunu aşmanın yolu zorlama yorumlarla Divan'ın yetkilerinin hukuka aykırı şekilde genişletilmesi değil, Statü ve BM Şartı'nda gerekli tadillerin yapılmasıdır. Aksi halde, UAD'nın kararlarının Güvenlik Konseyi üzerinde hukukten bağlayıcı olduğuna karar verip bu yönde içtihat geliştirmesi, iddia edildiği gibi BM organları arasında dayanışma ve işbirliği ortamı yaratmaktan ziyade anlamsız bir çekişmeye yol açabilir.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü ve İçtüzüğü devlet egemenliğinin uluslararası hukukun temeline oturtulduğu bir anlayış ile düzenlenmiştir. Yukarıda yaptığımız yoruma ilişkin açıklamalar da bu anlayıştan kaynaklanmaktadır. UAD'nın yargı yetkisi bir istisna teşkil etmektedir. Tabii ki uluslararası hukuk geliştikçe ihtiyaçların da değişmesi mümkündür. Uluslararası barış ve güvenliğin, uluslararası toplum menfaatlerinin devlet egemenliğinden daha üstte tutulduğu bir anlayışla hazırlanan bir uluslararası mahkeme statüsü açısından, mahkemenin yetkili olmasının esas, yetkisiz olmasının istisna olduğu söylenebilecektir. Lakin, bu konuda gelişmeler yaşanmakla birlikte, mevcut durumda bu yönde yorum yapılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bu sebeple, okuyucunun bizi klasik görüşün ebedi savunucusu olarak görmemesini rica ederiz.

Kaynakça

Kitaplar

- Aljaghoub Mahasen M., *Advisory Function of the International Court of Justice*, Springer, Leipzig, 2006.
- Boas Gideon, *Public International Law Contemporary Principles and Perspectives*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2012.
- Gözler Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, 11. Baskı, Bursa, 2011.
- Mendes Errol, *Peace and Jurisdiction at the International Criminal Court: A Court of Last Resort*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010.
- Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan, Ankara, 2008.
- Schweigman David, *The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer, La Haye, 2001.

Makaleler

- Acer Yücel, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımada Çekinceler ve Geçerlilikleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 1.
- Angehr Mark, "The International Court of Justice's Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions", *Northwestern University Law Review*, Cilt: 103, Sayı: 2, 2009.
- Bingbin Lu, "Reform of the International Court of Justice - A Jurisdictional Perspective", *Perspectives*, Cilt: 5, Sayı: 2, 30 Haziran 2004.
- Bleichert Maura A., "The Effectiveness of Voluntary Jurisdiction in the ICJ: El Salvador v. Honduras, A Case in Point", *Fordham International Law Journal*, Cilt: 16, Sayı: 3, 1992.
- Cohn Ilene R., "Nicaragua v. United States: Pre-Seisin Reciprocity and the Race to The Hague", *Ohio State Law Journal*, Cilt: 46, Yaz - 1985.
- Cronin-Furman Kathleen Renee, "The International Court of Justice and the United Nations Security Council: Rethinking a Complicated Relationship", *Columbia Law Review*, Cilt: 106, Sayı: 435.
- D'Angelo Deborah, "The 'Check' On International Peace and Security Maintenance: The International Court of Justice And Judicial Review of Security Council Resolutions", *Suffolk Transnational Law Review*, Cilt: 23, Yaz-2000, s. 566-567.
- Ende Douglas J., "Reaccepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Proposal For a New United States Declaration", *Washington Law Review*, Cilt: 61, Temmuz, 1986.
- Gowlland-Debbas Vera, "The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", *The American Journal of International Law*, Cilt: 88, Ekim-1984.
- Lister Matthew, "The Legitimizing Role of Consent in International Law", *Chicago Journal of International Law*, Cilt: 11, Kış-2011.

- Llazarom Aloysius P., "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", *The European Journal of International Law*, Cilt: 18, Sayı: 5, 2008.
- Lowe Vaughan ve Fitzmaurice Malgosia, "Intervention Before the International Court of Justice", *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, 2. Baskı, Melbourne, 1998.
- Roberts Ken, "Second-Guessing The Security Council: The International Court of Justice and Its Powers of Judicial Review", *Pace International Law Review*, Cilt: 7, Bahar-1995.
- Sloan F. Blaine, "Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice", *California Law Review*, Cilt: 38, Sayı: 5, 31 Aralık 1950.
- Schlochauer Hans-Jürgen, "International Court of Justice", *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, Amsterdam, 1981.
- Tiefenburn Susan W., "The Role of the World Court in Settling International Disputes: A Recent Assessment", *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal*, Cilt: 20, Kasım 1997.
- Versan Rauf, "Milletlerarası Adalet Divanının Forum Prorogatum İlkesine Göre Yetki Kazanması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 24, Sayı:1-2, 2004.

Diğer Kaynaklar

- United Nations Conference on Trade and Development (Unctad), *Dispute Settlement, General Topics*, 1.2 International Court of Justice, 2003.