



Randall Lesaffer

# MODERN ULUSLARARASI HUKUKTA ROMA HUKUKU ARGÜMANLARI:

## İŞGAL VE KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI

Çev. Ahmet Karakocalı\*

### Özet

Uluslararası Hukukun Özel Hukuk Kaynakları ve Analogileri [*Private Law Sources and Analogies of International Law*] (1927) adlı eserinde Hersch Lauterpacht uluslararası hukukun birçok kuralı ve konseptinin kökenlerinin özel hukuk olduğunu öne sürmüştür. Ayrıca uluslararası hüküm ve kararlar için özel hukuktan ilham almanın yaygın bir uygulama olduğunu göstermiştir. Özel hukukun uluslararası hukukta yer bulmuş olan kuralları sıklıkla büyük iç hukuk sistemleri ile de ortak noktalara sahiptir. Bunlardan birçoğunun kökeni Roma özel hukukuna dayanmaktadır. Bu makale Uluslararası Adalet Divanının Roma hukuku kuralları ve konseptlerini kullanıp kullanmadığını ve nasıl kullandığını araştırmaktadır. Roma hukukunun uluslararası hukuk için bir ilham kaynağı olarak oynadığı rolün üç şekilde meydana geldiği düşünülebilir. Bunlardan ilki, modern devletler hukukunun biçimsel dönemi sırasında doğrudan tarihsel bir kaynak işlevi görmüş olabileceği olmasıdır. İkinci olarak, büyük iç hukuk sistemleri üzerindeki kalıcı etkisi nedeniyle dolaylı bir tarihsel kaynak işlevi görmüş olabileceği olmasıdır. Üçüncü ve son olarak ise hala ebedi ve evrensel bir hukuk olduğu (*ratio scripta*) düşünülmüyor olabileceği olmasıdır. Roma hukukunun bu rollerinin hangisinin Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) bakımından etkili olduğunu araştırmak amacıyla analizler özel hukuk kıyaslamalarının iki örneği ile sınırlı tutulmuştur: *terra nullius*'ün işgali ve kazandırıcı zamanaşımı.

## I. GİRİŞ

Devletler Hukuku, 'daha belirginleştirilmiş' özel hukuktur. İlk başta kişiler arası ilişkilere uygulanmış olan bu hukuki fikirlerin politik toplumlara uygulanmasıdır.<sup>1</sup>

Thomas Holland 'ın bu sözleri Hersch Lauterpacht'ın (1897-1960) 1927 tarihinde yayınlanmış olan *Private Law Sources and Analogies of International Law* adlı eserinin giriş bölümünde yer almıştır<sup>2</sup>. Doktora tezini içeren bu kitapta Lauterpacht uluslararası hukukun uygulamasının yanı sıra doktrininin de özel hukuk üzerine kurulmuş olduğunu göstermiştir. Başlıca -Batılı- iç özel hukuk sistemlerinde yaygın olarak kullanılan konseptler ve kurallar kamusal uluslararası hukukta hayat bulmuştur. Uluslararası mahkemeler ve hakem komiteleri, mevcut uluslararası hukukun eldeki probleme tatmin edici bir çözüm getirememesi halinde çareyi özel hukukta aramıştır. Lauterpacht'ın kabul ettiği üzere bu nosyonların çoğunun kökenleri Roma hukukuna dayanmaktadır.

Lauterpacht böylelikle uluslararası hukuk tartışmalarına önemli bir katkıda bulunmuştur. Özel hukuka başvurma usulü, devlet gönüllülüğünün pozitivist doktrininin çürütmüştür. Pozitivism ve devlet egemenliği yavaş yavaş nüfuzunu yitirdikçe Lauterpacht'ın argümanının profili yükselmiştir. Ancak 1927'den bu yana genel anlamda özel hukuk analogileri hakkında kapsamlı akademik tartışmalar yapılmış ancak Roma hukukunun işlevi fazla ele alınmamıştır. Çoğu uluslararası hukukçu çoğu özel hukuk analogisinin kökeninin Roma hukuku olduğunu düşünmektedir. Bazı özel durum-

\* Yard. Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Sayın Randall Lesaffer'e makalesinin çevirisinin yayınlanmasına izin verdiği için teşekkür ederim.

<sup>1</sup> T. E. Holland (1898). *Studies in International Law and Diplomacy*, s.152.

<sup>2</sup> H. Lauterpacht (1927). *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)*

larda bu bağlar ortaya çıkarılmıştır. Ancak Roma hukukunun mevcut uluslararası hukukta bir ilham kaynağı olarak oynadığı rol, yani bunun tartışma değeri hakkında fazla durulmamıştır<sup>3</sup>.

Bu makalenin amacı Roma hukukunun argümanlarının mevcut uluslararası hukuk uygulamalarında oynadığı rolü değerlendirmektir. Bu da Uluslararası Adalet Divanının 1945'ten buyana gerçekleştirdiği uygulamaların analiz edilmesiyle yapılacaktır. Bu tartışma, Roma hukukunun kullanımının derinlemesine incelenecek olan birkaç örneği ile sınırlı olacaktır. Divanın çalışmalarında arazi ve sınır ihtilafları önemli bir yer tutmaktadır. Uluslararası hukukta toprak kazanılması ve uluslararası sınırların belirlenmesi Roma hukukundan türetilmiş olan çok sayıda kuralın kullanımını içermektedir. Roma hukuku argümanlarından bunun iki örneği değerlendirilecektir: *terra nullius*'un (Bölüm 4) kazanılması ve kazandırıcı zamanaşımı (Bölüm 5). Argümanlar arazi ile ilgili ihtilaflar ile sınırlı tutulacaktır.

Ama öncelikle uluslararası hukukun şekillendirilmesi ve detaylandırılmasında Roma hukukunun tahmini işlevlerinin tanımlanması gerekmektedir. Lauterpacht'ın Roma hukuku argümanının kullanımını görüşüne fazla katkıda bulunulmamış olması nedeniyle onun bu konudaki fikirlerini sadece bir çıkış noktası olarak kullanmak doğru olacaktır. Bu bakımdan Roma ve uluslararası hukuk arasındaki tarihsel etkileşimin Lauterpacht'ın ortaya koyduğundan daha kapsamlı bir araştırması eklenecek ve bu da bizi Lauterpacht'ın Roma hukuku hakkındaki görüşlerini düzenlememizi sağlayacaktır. Bu tartışmaya girişmeden önce Lauterpacht'ın özel hukuk analogileri hakkındaki düşüncesi genel anlamda iki nedenden ötürü açıklığa kavuşturulmalıdır (Bölüm 2). Bunlardan ilki Lauterpacht'ın Roma hukuku referanslarının kısa ve büyük ölçüde dolaylı olmasıdır. Kişi Lauterpacht'ın Roma hukuku argümanı hakkındaki görüşlerini onun genel özel hukuk analogileri teorisi bağlamı dışında kavrayamaz. İkinci olarak ise kişi tıpkı Lauterpacht gibi özel hukuk analogilerinin temel olduğunu düşünse de ya da düşünmese de Roma hukukunun mevcut uluslararası hukukta oynadığı rol ve bu rol hakkındaki tartışmalar sadece özel hukuk analogileri süreci yoluyla modern uluslararası hukukçuları ilgilendirir bir hal almaktadır.

## 2. ULUSLARARASI HUKUKUN ÖZEL HUKUK KAYNAKLARI VE ANALOJİLERİ

Lauterpacht'ın *Private Law Sources and Analogies* eseri devletler hukukuna aktarılmış özel hukuk konseptleri ve kurallarının etkileyici bir kataloğu gibidir. Antlaşmalar hukuku sözleşmeler hukukuna tabidir. Toprak işgalini yöneten kurallar ise kökenlerini mülkiyet hukukunda bulmaktadır. Devletin sorumluluğu tazminat hukuku ile belirlenmişti ve zamanaşımı, miras, kullanım hakkı, kiralama gibi yerleşmiş uygulamaların yanı sıra uluslararası usul hukukunun temel konseptleri Roma hukuku ve onu takip eden özel hukuk sistemlerinden gelmektedir.

Lauterpacht sadece özel hukuk analogilerini listelemekle kalmadı aynı zamanda bunların kullanımını sadık bir şekilde savundu ve destekledi. Ona göre tarihte ve günümüzde özel hukuka başvurma uygulaması, 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başlarında gördüğümüz popüler pozitivizmi güçlü bir şekilde çürütmüştü. Uluslararası hukukçuların çoğunun özel hukuk analogilerini reddetmeleri ve bunları görmezden gelmeleri onu şaşırtmamıştı. Uluslararası hukuk uygulamalarında özel hukukun yaygın olarak kullanılması pozitivist kalkanın kalbine iki farklı şekilde çarpmıştır.

İlk olarak bu uygulama gönüllülüğü, antlaşmalar ve geleneklerin uluslararası hukukun mevcut tek kaynağı olduğu iddiasını reddetmişti. Devletler sadece kendi rızaları ile-antlaşmalar ya da gelenekler ile-uluslararası hukuktan yükümlü olabilirdi. Özel hukuk kuralları ve konseptlerine başvurulması 'Devletlerin egemenliklerini hiçbir zaman açıkça rıza göstermemiş oldukları kurallara tabi olması' anlamına gelebilirdi<sup>4</sup>. 19. yüzyıl uluslararası hukukçuları Lauterpacht'a göre sıklıkla gönüllülüğü savunmaktaydı. Bununla birlikte, William Edward Hall (1835-1894), Lassa Oppenheim (1858-1919) ve Franz von Liszt (1851-1919) gibi önde gelen 'pozitivistlerin' bazı eserleri yakından incelen-

<sup>3</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: J. Castellino ve S. Allen (2003). Title to Territory in International Law. A Temporal Analysis.

<sup>4</sup> Lauterpacht (1927), yukarıda dn. 2, s.44.

diği zaman kişi bu kişilerin kendilerinin dahi pozitivist öğretiyi tam anlamıyla benimsemediklerini görecektir. Sonunda, mutlak egemenlik iddiaları uluslararası hukukun bağlayıcı karakterini inkar etmekten başka seçenek bırakmazdı. Dolayısıyla, Lauterpacht'ın hocası Hans Kelsen (1881-1973) ve Léon Duguit (1859-1928) gibi akademisyenler, hukukun bağlayıcı karakterini garanti altına alacak ve devletlerin egemenliğinin ötesine geçecek en az bir temel ve tarafsız kuralın uluslararası hukuk için gerekliliğine işaret ettiler. Ayrıca birçok sözde pozitivist kendi çalışmalarında özel hukuk ve genel anlamda hukuku hiçbir şekilde referans göstermemeyi başaramamışlardı<sup>5</sup>.

İkinci olarak özel hukuk kurallarının uluslararası hukuka uygulanması 'mutlak yasal ve ahlaki değere sahip bir varlık olarak Devlet kavramı' ile çatışmaktadır<sup>6</sup>. Pozitivist öğretiye göre devletler kendilerini korumak için mutlak hakka sahip olmaları bakımından kişilerden temelde ayrılmaktaydı. Lauterpacht'ın sözleriyle devletlerin 'metafizik', kutsal karakteri 'daha yüksek bir doğaya sahip' çıkar ve hakları kendi üzerine taşıyordu<sup>7</sup>. Elbette devlet kendi himayesinde yaşayan normal insanlar için geçerli kurallara bağlı olamazdı. Lauterpacht bir kez daha bu fikrin savunulamaz olduğunun ve uluslararası hukukun tarihsel geleneğinde temelini sağlam olmadığına kanıtlandığını belirtmişti. Devletlerin özel doğasının doktrini dualizmin temelinde yer alıyordu ve dolayısıyla da kişilerin uluslararası hukuk alanına dahil edilmemesinin nedeniydi. Ancak çalışmalar bu dualizmin gerçekte hiçbir zaman var olmadığını kanıtlayan çok sayıda delil sunmuştur. Dahası, bir konsept olarak 'devlet' devletin birey ile analogisinden ve bireylerin (doğal) haklarını devlete devretmelerinden geliyordu. Lauterpacht Hugo Grotius'dan (1583-1645) şu alıntıyı yapmıştı: 'insanoğlunun tümü bakımından Devletler özel kişilerin yerini aldılar'<sup>8</sup>.

Uluslararası adli ve tahkim uygulamalarında özel hukuka sıkça başvurulması Lauterpacht'a göre pozitivizmin modern uluslararası hukukun tam bir düzenini sunmamış olduğunun kanıtıdır. Özel hukuk analogileri Lauterpacht'ın da gördüğü gibi uluslararası hukukun marjinal bir özelliği olmanın çok uzaktır. 1927'de Lauterpacht uluslararası hukuk dünyasında tanınmamış bir kişiydi. Ama bu durum kısa sürede değişecekti. Takip eden otuz sene içerisinde uluslararası hukukun en seçkin ve etkileyici akademisyenlerinden biri haline gelecekti<sup>9</sup>. Aynı çağın akademisyenleri arasında Lauterpacht'ın fikirleri göze çarpan tutarlılığı ile dikkat çekmektedir. Her şeyi 1927'de iddia ettiği görüşten vazgeçmeyen Lauterpacht kendi uluslararası hukuk sistemini bu temele dayandırarak kurmayı sürdürmüştü<sup>10</sup>.

Lauterpacht'ın görüşünün merkezinde *non liquet*'i reddetmesi yatıyordu. Sir Herschê göre bu konsepti uluslararası hukuka Emer de Vattel (1714-1767) kazandırmıştı ve bu, pozitivizmin ayırıcı özelliklerinden biri haline gelmişti. Bir hukuk sistemi olarak uluslararası hukukun tamamlanmamış olduğunu ima ediyordu. Devletler sadece belirli bir kuralın varlığını kabul ettikleri düzeyde bir hukuk kuralına tabi tutulabilirdi. Bunun sonucunda devletler arasındaki tüm ihtilaflar yasalar yoluyla çözümlenemezdi. Dolayısıyla, uluslararası yargılar ve hakimler hukukun tamamlanmamış olduğu düşünülürse karar vermeyi reddedebilir ve önlerine koyulan ihtilaf için bir çözüm sunmazlardı.

<sup>5</sup> Ibid., s.43-59.

<sup>6</sup> Ibid., s. 43.

<sup>7</sup> Ibid., s. 4.

<sup>8</sup> H. Grotius, *Mare liberum* 5 (1609) (author's trans.); bkz. R. Tuck, *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant* (1999), s. 79-89. Lauterpacht, yukarıda dn. 2, s. 72-87, Grotius atfı s. 81.

<sup>9</sup> 1938 yılından 1956 yılına kadar, Lauterpacht Cambridge Üniversitesinde Uluslararası Hukuk Profesörü idi. 1956 yılından ölüm yılı olan 1960'a kadar Uluslararası Adalet Divanı'nda hakim olarak görev yapmıştır. Graveson, 'Hersch Lauterpacht', 10 ICLQ (1961) 1; E. Lauterpacht, 'Sir Hersch Lauterpacht, 1897-1960', 8 EJIL (1997) 313; McNair, 'Hersch Lauterpacht', *Proceedings of the British Academy* (1961) 371.

<sup>10</sup> Lauterpacht'ın görüşlerinin bazı analiz ve değerlendirmeleri için bkz.: Jenks, 'Hersch Lauterpacht: The Scholar as a Prophet', 36 BYBIL (1960) 1; M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2001), s. 353-412, bu bölüm daha önce yayınlanmıştır, EJIL (1997) 215; Scobbie, 'The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function', 8 EJIL (1997) 264; Rosenne, 'Sir Hersch Lauterpacht's Concept of the Task of the International Judge', 55 AJ (1961) 825.

Hersch Lauterpacht çok sayıdaki eserinde bir pozitivizm aşırılığı olarak *non liquet*'e bıkması-zın saldırmıştır<sup>11</sup>. Her ne kadar *non liquet* doktrini 19. yüzyıl uluslararası hukuk akademisyenleri arasında yaygın destek bulmuş olsa da adli uygulamalarda bir temele sahip değildi. Olsaydı da fark etmezdi. Lauterpacht'a göre uluslararası hukuk iç hukuktan temelde farklı değildi. Gönüllülüğün yanı sıra devletin özel karakterini de reddederken uluslararası hukukun tamamlanmamışlığını kabul etmeyi reddetti. Çoğu iç hukuk sistemlerinde olduğu gibi uluslararası hukuk da kendisine tabi olan herkes arasındaki ihtilaflar için adli çözümler sunan eksiksiz bir hukuktu. 'Adli' ve 'politik' ihtilaflar arasında bir ayırım yapılmayacaktı.

Lauterpacht uluslararası hukukun eksiksiz olduğunun kanıtını Kalıcı Uluslararası Adalet Divanı Yönetmeliğinin 38. Maddesinde bulmuştur. Antlaşmalar ve uluslararası gümrük kanununa ek olarak Madde 38 'medeni milletler tarafından kabul edilen genel hukuk prensiplerinden' Divanın uygulanması gereken uluslararası hukuk kaynaklarından biri olarak bahsetmiştir. Bunu yaparak, altına imza atan devletler açık bir şekilde pozitivizmin en önemli temelini reddetmiş olur: mutlak gönüllülük. Lauterpacht'ın sözleriyle:

Uluslararası hukuk bilimi söz konusu olduğu zaman Madde 38(3), pozitivizmin en önemli noktalarından biri olan adli hükümlerin kaynağı teorisine büyük bir darbe indirmiştir. Hakimin kararını dayandırdığı tek kaynağın gelenek ve antlaşma olduğunu söyleyen pozitivizmin temel prensibini reddetmektedir<sup>12</sup>.

Lauterpacht'a göre genel prensiplerin ikili bir işlevi bulunuyordu. Bunlar ilk olarak, antlaşma ve gelenek hukukunun yetersiz ya da eksik olduğu noktada hukukun ikincil kaynağı olarak işlev görüyordu. Böylelikle, hukukun genel prensipleri de pozitif uluslararası hukukun geride bıraktığı *lacunae* (boşluğu) doldurmak için bir geçici önlem işlevi görüyor ve kanunun eksiksizliğini garanti altına alıyordu<sup>13</sup>. İkinci olarak ise genel prensipler, uluslararası hukukun başlıca iki kaynağının daha özel kurallarının yorumlanması ve anlaşılması için genel bir altyapı görevi görüyordu. Lauterpacht'a göre Madde 38 her iki yönde ilerleyen kaynakların ilk basamağıydı. Gelenek yoluyla antlaşmaların genel prensiplere uygulanmasında bir yetki devri olsa da bu son kategori gelenekler için genel ve evrensel olarak daha geçerli bir içerik sunmuş ve bu da antlaşmaların yorumlanacağı altyapısının içeriğini meydana getirmiştir. Pozitif uluslararası hukuk 'hukukun genel prensipleri' içerisine yerleştirilmiştir<sup>14</sup>.

Sir Hersch için 'medeni milletler tarafından tanınan hukukun bu genel prensipleri' dünyanın paylaşıyor olduğu başlıca hukuk sistemlerinin temel prensipleri ve özelliklerinden başka bir şey değildi. Burada anlatmak istediği ilk başta iç hukuk sistemleridir. Ve hukukun tüm branşları arasında özel hukuk en uzun süreli geleneğe sahiptir ve açık ara farkla aralarında en gelişmiş olması nedeniyle Madde 38 altındaki hukukun genel prensipleri öncelikle (Batılı) ulusal özel hukuk sistemlerinin ortak mirasına işaret etmektedir. Bunun sonucunda, Yönetmelik özel hukuk analogilerinin kullanımını meşrulaştırmış ve buna uluslararası hukukun gelişiminde önemli bir rol vermiştir<sup>15</sup>. Bunu yaparak aynı zamanda tıpkı diğer herhangi hukuk sistemi gibi uluslararası hukukun da genel anlamda sadece hukukun, 'insanoğlunun hukuki deneyiminin' bir parçası olduğunu da doğrulamıştır:

Belirtilen bu düşünceler 'hukukun genel prensiplerinin' doğasını açıklamaktadır. Bunlar hukukun birçok dalındaki –özel, kamusal, anayasal, idari ve usul- birçok ulusal hukuk sisteminde ortak olan kuralların kıyaslanması, genellenmesi ve sentezi ile elde edilen prensiplerdir. Bunlar geniş anlamda modern *jus gentium* 'dur. Burada ima edilen şey bunların, uluslararası hukukun ilk dönemin-

<sup>11</sup> H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (1933; 2nd ed., 1973) ve 'Some Observations on the Prohibition of "Non Liquet" and the Completeness of the Law', in F.M. van Asbeck et al. (eds.), *Symbolae Verzijl* (1958), 196.

<sup>12</sup> H. Lauterpacht, 'General Rules of the Law of Peace', in E. Lauterpacht (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht* (1970), i, 179, s. 242, ilk basısı 62 RCADI (1937) 99.

<sup>13</sup> H. Lauterpacht, 'International Law: The General Part', in E. Lauterpacht, yukarıda dn. 12, 1, s. 68.

<sup>14</sup> *Ibid.*, s. 86 ve H. Lauterpacht, yukarıda dn. 12, s. 231 ve 351.

<sup>15</sup> H. Lauterpacht, yukarıda dn. 2, s. viii.

de belirleyici rol oynamış ve takip eden gelişiminin temelini oluşturmuş doğa kanunlarının modern formülasyonundan başka bir şey olmadığıdır. Doğal hukukun, teoloji ve ahlak konuları üzerine tüm-dengeli bir düşünce için yasal usul sağlayan bir spekülasyondan başka bir şey olmadığı görüşü için hiçbir haklı neden bulunmamaktadır. Bu başlı başına insanoğlunun yasal deneyiminin bir genellemesidir<sup>16</sup>.

Uluslararası hukuk temelinde diğer hukuk sistemlerinden farklı değildi. Bir hukuk sistemi olarak bir dava için belirli bir hüküm vermeyi başaramaması ve bağlayıcı karakterinin sıklıkla inkar edilmesi gibi eksikliklerinin pozitivistlerin iddia ettiği gibi onun istisnai karakteri ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır ve sadece bir hukuk bütünü olarak az gelişmiş olduğu gerçeğiyle ilgilidir. Özel hukuku ele alan ve özel hukuk analogilerinde destek arayan uluslararası hukukçular bu alanı geliştirmek için sadece ‘insanoğlunun yasal deneyiminin’ sunduğu en iyi uygulamalara başvurmuştur. Lauterpacht’ın aklında bunun bir alternatifi yoktu:

Uluslararası hukuk mevcut kusurlarını kabul etmeyi reddederek ve bu kusurları ‘özel’ hukukun meşru ve ebedi yetkisine teslim ederek ilkel bir toplumun ilkel hukuk düzeyinin üzerine çıkma görevinden feragat etmez miydi<sup>17</sup>?

Lauterpacht’ın doktrini pozitivist popüler akım için ciddi bir mücadele ortaya koymuştur. Lauterpacht modern uluslararası hukukun iki son derece tartışmalı noktasına parmak basmıştır: ‘Medeni uluslar tarafından kabul edildiği üzere hukukun genel prensipleri’ ve *non liquet*’in yorumu. Sovyet uluslararası hukukçuları Madde 38(3)’ün antlaşma ve gelenek hukuku dışında bir hukuk kaynağı olduğunu reddetmiştir<sup>18</sup>. İtalyan Dionisio Anzilotti gibi diğer uluslararası hukukçular ise ‘genel prensiplerin’ ilk olarak uluslararası hukukun prensipleri olduğunu anlamıştır<sup>19</sup>. Her iki grup da uluslararası hukuku genel anlamda hukuk ile bağdaştıran yorumu reddetmiştir. Gerçekte ise Hague Mahkemesi günümüzde Yönetmeliğin 38(1)(c) nolu Maddesi haline gelen 38(3) nolu maddesine son derece nadiren başvurmuştur<sup>20</sup>. Bununla birlikte zaman içerisinde 20. yüzyıl uluslararası hukukçularının çoğunluğu ‘hukukun genel prensiplerinin’ iç hukuk sistemlerinden türetilmiş prensipleri kapsadığını kabul etmiştir<sup>21</sup>. Lauterpacht’ın *non liquet* doktrinini şiddetle reddetmiş olması da yankı uyandırmıştır. Bunlardan en ünlüsü Julius Stone tarafından yayınlanan ve Lauterpacht’ın konu hakkındaki görüşünü çürüten makalesidir<sup>22</sup>. O günden bu yana bu soru kesin bir sonuca bağlanmamıştır<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> H. Lauterpacht, yukarıda dn. 13, s. 74-75.

<sup>17</sup> H. Lauterpacht, The Function of Law, yukarıda dn. 11, s. 431.

<sup>18</sup> G. Tunkin, Theory of International Law (trans. W.E. Butler, 1974), s. 190-203.

<sup>19</sup> D. Anzilotti, Cours de droit international (trans. G. Gidel, 1929), s. 117-118.

<sup>20</sup> Fitzmaurice, ‘The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law’, 27 BYBIL (1950) 1; Thirlway, ‘The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989’, 61 BYBIL (1990) 1, s. 110-111.

<sup>21</sup> Akehurst, ‘Equity and General Principles of Law’, 25 ICLQ (1976) 801; B. Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals (1987); C. de Visscher, Théories et réalités en droit international public (4th ed., 1970), s. 412; Friedmann, ‘The Use of “General Principles” in the Development of International Law’ in L. Gross (ed.), International Law in the Twentieth Century (1969), s. 246; P. Guggenheim, Traité de droit international public (1967), s. 295; G. Herczegh, General Principles of Law and the International Legal Order (1969); McNair, ‘The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations’, 33 BYBIL (1957) 1; Sörensen, ‘Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées’, 101 RCADI (1960) 16; G. Schwarzenberger, International Law as Applied by International Courts and Tribunals (3rd ed., 1957), s. 43; Waldock, ‘The Common Law of the International Community – General Principles of Law’, 106 RCADI (1962) 54. Bkz. Tartışma ve çeşitli yorumlar ve daha fazla literatür için: Lammers, ‘General Principles of Law Recognized by Civilized Nations’ in F. Kalshoven (ed.), Essays on the Development of the International Legal Order (1980), s. 53; Thirlway, yukarıda dn. 20, 116; Vitanyi, ‘Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées”’, 86 RGDIP (1982) 48.

<sup>22</sup> Stone, ‘Non Liqueur and the Function of Law in the International Controversy’, 35 BYBIL (1959) 124.

<sup>23</sup> Scobbie, yukarıda dn. 10, s. 274-276 ve 285-288. Non liquet hakkında bkz.: Fitzmaurice, ‘The Problem of Non Liqueur: Prolegomena to a Restatement’ in R. Ago et al. (eds.), Mélanges offerts à Charles Rousseau (1974), s. 89; Tammelo, ‘Logical Aspects of the Non Liqueur Controversy in International Law’, 5 Rechtstheorie (1974) 1; J. Verzijl, International Law in Historical Perspective (1968), i, s. 47; Weil, ‘The Court Cannot Conclude Definitively . . . ? Non Liqueur Revisited’, 36 Columbia J Transnat’l L (1997) 109.

İki noktada Lauterpacht'ın görüşleri yaygın olarak kabul görmüştür. Bunlardan ilki, her ne kadar uluslararası hukukçular Lauterpacht'ın özel hukuk analogileri, genel prensipler ve *non liquet* arasında kurduğu bağlantıyı kabul etmeseler de özel hukuk analogilerinin uluslararası hukukun ortak bir özelliği olduğu gerçeği neredeyse hiç tartışılmamıştır. Uluslararası hukukçuların çoğunluğu Lauterpacht'ın özel hukuk analogilerinin bir olay izahı olarak var olduğu doğrultusundaki iddialarını dolaylı olarak kabul etmektedir. İkincisi ise, ICJ uygulamalarının da kanıtlandığı üzere kişi uluslararası hukuk ile iç hukuk sistemleri arasında bulunan ve Madde 38(1)(c)'nin kapattığı boşluğun üzerindeki bu köprüyü etkin bir şekilde kullanmak zorunda değildir. Kişi sadece özel hukuk analogilerinin kullanımına Madde 38 tarafından göz yumulduğunu kabul etmelidir. Bu, tek başına Lauterpacht'ın en temel iddiasını haklı çıkarmak için yeterlidir: uluslararası hukuk sadece 'ortak insanoğlu deneyiminin' başka bir parçasıdır.

### 3. ULUSLARARASI HUKUKTA ROMA HUKUKUNUN ÜÇLÜ İŞLEVI

Lauterpacht'ın *non liquet*'in önüne geçilmesi ile bağlantılı olarak 'hukukun genel prensipleri' yorumu özel hukuk analogilerini savunmak için kullandığı tek argüman değildi. Lauterpacht daha dolaylı bir şekilde de olsa elini güçlendirmek için tarihi kullanmıştır. Lauterpacht özel hukuktan türetilen genel prensipleri tartışırken öncelikle iç hukuk sistemlerinden alınan prensipleri kastetmiştir. Ama aynı zamanda Roma hukukundan esinlenildiğini de eklemiştir.

Ona göre bu doğal bir durumdur. Lauterpacht doktora tezinin önsözünde ve herhangi bir açıklamada bulunmaksızın 'Roma hukukunu' 'özel hukuka' birden fazla defa eklemiştir<sup>24</sup>. Kitap genelinde yazarın Roma hukukunu özel hukukun genel prensipleri ve yaygın kuralları ile bağdaştırdığı birçok örneğe rastlanmaktadır. Ne de olsa Lauterpacht hukuk eğitimini Viyanada almıştır ve Alman hukuk geleneğinden gelmektedir. Bu gelenekte Roma hukuku, 1899'da medeni hukukun kanun halinde toparlanması sonrasında dahi özel hukuk çalışmalarında onurlu bir yere sahiptir<sup>25</sup>.

Ancak Lauterpacht'ın Roma hukuku referansları neredeyse dalgın çağrışımlar şeklinde gerçekleşmiştir. Roma hukuku argümanı Lauterpacht'ın özel hukuk analogileri teorisinin altını üç şekilde kazımıştır. Öncelikle, Lauterpacht Roma hukukuna değinerek günümüzde özel hukuka bağlı kalınmasının nedeninin kısmen de olsa süregelen bir gelenek olduğunu öne sürmüştür. İkinci olarak, Lauterpacht iç özel hukuk sistemlerini Yönetmeliğin 38 nolu maddesinin 'hukukun genel prensipleri' ile bağdaştırarak iç özel hukuk sistemlerinden esinlenmeyi haklı çıkarmıştır. Birçok hukuki analoginin Roma hukukunda ortak bir kaynağı paylaşıyor olması bu bağın korunmasına yardımcı olmuştur. Üçüncü olarak, Roma hukuku doğal hukukun, teoloji ve ahlak konuları üzerine tündengelimli bir düşünce için yasal usul sağlayan bir spekülasyondan başka bir şey olmadığı görüşüne bir alternatif sunmuştur. Bu ortak özelliklerin ahlaki doğal hukukun ilkelerinin zayıf temellerinde açıklanması gerekmiyordu ama Batının başlıca pozitif hukuk sistemlerinin ortak tarihinin sonuçları ya da Lauterpacht tarafından tanımlandığı üzere 'doğal hukuk' ('insanoğlunun yasal deneyiminin genellemesi') olarak görülebilirdi.

Peki ama Roma hukuku, uluslararası hukukun oluşumunda ne gibi bir rol oynamıştı? Bu konudaki ifadeler kısa ve düzensiz olsa da Lauterpacht'ın görüşlerini özel hukuk analogilerinin genel teorisinden ayırmak mümkündür. Roma hukukunun üç farklı rolü karşımıza çıkmaktadır<sup>26</sup>.

Bunlardan ilki, Lauterpacht Roma hukukunun uluslararası hukukun ilk döneminde (16.-17. yüzyıllar) ve hatta 18. yüzyılda son derece bir rol oynadığını kabul etmesidir. Albericus Gentilis (1552-1608), Hugo Grotius (1583-1645), Richard Zouche (1590-1661) gibi büyük uluslararası hukuk yazar-

<sup>24</sup> Örneğin, 'Özel hukukun (ve Roma hukuku) tüm alanlarda uygulanmasını araştıran bir öğrenci. . .': H. Lauterpacht, yukarıda dn. 2, s. vii; *ibid.*, s. 6.

<sup>25</sup> R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law* (2001), s. 53.

<sup>26</sup> Lesaffer, 'The Scholar as a Judge: Romeins recht en algemene beginselen van privaatrecht bij sir Hersch Lauterpacht (1897-1960)', in E.-J. Broers ve B. van Klink (eds.), *De rechter als rechtsvormer* (2001), s. 65, 78.

ları ve hatta ‘pozitivist’ Cornelius van Bynkershoek (1673-1743) oluşmakta olan devletler hukukunu ifade ederken Roma hukukundan türetilmiş çok sayıda ‘özel hukuk analogileri’ kullanmıştır<sup>27</sup>. Bu bakımdan Roma (özel) hukuku mevcut uluslararası hukuk için tarihsel bir kaynak işlevi görmüştür. Ve modern özel hukuk analogileri sadece Roma hukuku (16. yy. ve 17. yy başları) ve doğal hukukun (17. yy. sonları 18./19. yüzyıllar) daha eski analogilerinin bir devamıdır.

İkinci olarak Lauterpacht için Roma hukuku medeni hukuk geleneğinin iç hukuk sistemleri altındaki ortak esastı. Her ne kadar İngiliz hukukundaki mevcudiyeti çok daha küçük olsa da bu mevcut olmadığı anlamına gelmemektedir. Adalet, kilise ve denizcilik mahkemeleri yoluyla Roma hukuku net bir şekilde İngiliz hukuk geleneğinde köklere sahiptir. Bu bakımdan Avusturya-İngiliz uluslararası hukuku medeni ve gelenek hukuku arasındaki farklılıkların altını çizebilecek bir hukuk değildi<sup>28</sup>. Lauterpacht bu farklılıkların uluslararası hukukta temelinde farklı bir yaklaşıma neden olduğu fikrini açıkça reddetmiştir.

Batının başlıca iç özel hukuk organlarının ortak özelliklerinin uluslararası hukukun kurallarının kökeninde yer alması nedeniyle Roma hukuku bir kere daha bunların geliştiği tarihsel kaynak olarak ön plana çıkmıştır. Dolayısıyla Roma hukukunun doğrudan tarihsel etkisinin yanı sıra uluslararası hukukun gelişiminde dolaylı tarihsel rolü de olmuştur. Böylelikle Roma hukukunun hukuk bilimindeki doruk noktası 1700’lerden sonra sona erdiği zaman dahi bir referans noktası olmaya devam etmiştir.

Üçüncü olarak, Lauterpacht özellikle gelenek hukuku ülkelerinden gelen bazı 19. yüzyıl ve modern uluslararası hukukçuların Roma hukukunu *ratio scripta* ya da ‘olgunun muhakemesi’ olarak kabul ettiklerine işaret etmiştir. Bu yazarlar için Roma hukuku tanımı gereği hukukun genel prensiplerini ihtiva etmektedir. Roma hukuk kuralları ve konseptlerinin farklı ulusların kanunlarında ortak olan noktaların mutlak kanıtı olduğu ve yeni uluslararası hukuk kuralları tasarlamak için bunlara başvurulabileceği düşünülmüştür<sup>29</sup>. Bunun örneklerine uluslararası tahkimde de rastlanabilmektedir<sup>30</sup>. Lauterpacht böylelikle Roma hukukunun hala uluslararası hukukun yeni özel hukuk analogilerine ilham verdiğini öne sürmüştür. Lauterpacht, Roma hukukunun *ratio scripta* olarak tartışılmasının 17. ve 18. yüzyıllarda doğal hukuk uygulayıcılarına benzer bir durum olduğunun farkındaydı. Her ne kadar ‘Devletlerin uygulamalarını yakından takip etmiş olsalar da uluslararası hukukun doğal hukuk temeli olarak adlandırılacak olguyu unutmadıkları’ gerçeği ile Anglo-Amerikan yazarlar için Roma hukukunun devam eden yüksek mertebesini açıklamıştır<sup>31</sup>. Ve bu yazarların kendileri ya da daha sonraki tarihçiler tarafından bunun aksi yönde yapılan herhangi iddialara rağmen 17. ve 18. yüzyılların uluslararası ve doğal hukukçuları ‘doğal hukukun’ büyük ölçüde Roma hukukundan başka bir şey olmadığını göreüleceği şekilde Roma hukukunu tamamen gidermeyi başaramamışlardır. Lauterpacht’ın ifade etmemiş olduğu diğer bir açıklama ise Roma hukukunun gelenek hukuku ülkelerinde medeni hukuk ülkelerine göre ulusal özel hukuk üzerindeki etkisinin daha küçük oluşudur. Bunun sonucunda, uluslararası hukukun bağımsız bir ilham kaynağı olarak daha kolay kabul edilmiştir.

Lauterpacht bu Anglo-Amerikan tutumu eleştirmiştir. Ona göre özel hukuk kuralları sadece gerçekten ‘genel’ oldukları boyutta ‘hukukun genel prensiplerinin’ bir kanıtı olarak kullanılabilirdi. Bu da bu kuralların ‘evrensel olarak benimsenmiş’ olmasını gerektirirdi ki bu ‘yasal adalet’ görüşünden daha ağır basmaktadır. ‘Evrensel’ altında bu kuralların en azından ‘özel hukuk biriminin ana sistemlerinde’ bulunması gerektiği görüşünü benimsemişti<sup>32</sup>. Roma hukukunu bu pratik teste tabi tutmak için hiçbir neden bulunmuyordu:

<sup>27</sup> H. Lauterpacht, yukarıda dn. 2, s. 8. Ayrıca, ölümünden önce hazırladığı yeni baskısında yer alan daha ayrıntılı görüşler için bkz. E. Lauterpacht, *International Law* (1973), s. 173, 184.

<sup>28</sup> H. Lauterpacht, ‘The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law’, 12 *BYBIL* (1931) 31.

<sup>29</sup> H. Lauterpacht, yukarıda dn. 2, s. 25 ve 176.

<sup>30</sup> H. Lauterpacht “the Venezuelan Preferential Arbitration of 1903” a atıfta bulunmuştur.

<sup>31</sup> H. Lauterpacht, yukarıda dn. 27, s. 201, n. 1.

<sup>32</sup> H. Lauterpacht, yukarıda dn. 27, s. 201, n. 1.

Roma özel hukukunun, özel hukukun belirli sistemlerinin kuralları ve teknik ayrıntılarının antlaşmaların yorumlanması ve meydana getirilmesi amacıyla geliştirilmemesi için bir istisna olduğunu düşünmenin ikna edici bir mantığı bulunmamaktadır<sup>33</sup>.

Lauterpacht'ın ifadeleri her ne kadar kısa ve dolaylı olsa da Roma hukukunun uluslararası hukukta oynadığı rolün bu üçlü analizi amacına ulaşmıştır. Geçici varsayım olarak Lauterpacht'ın Roma hukukunun üçlü işlevi hakkındaki görüşlerini benimseyeceğiz. Bununla birlikte, Roma hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki etkileşimin geçmişinde derinliklere inmek münasip görünmektedir.

Her ne kadar Lauterpacht kitabının önemli bir bölümünü uluslararası hukukun tarihsel yazarlarına ayırmış olsa da Roma özel hukukunun modern devletler hukukundaki kullanımının tarihsel bir açıklamasını sunmayı amaçlamamış ve sadece buna işaret etmiş ve ispat etmiştir. Lauterpacht özel hukuk analogileri kullanma geleneğinin uzun süredir var olduğunu göstermek istemiştir. Bu, egemen devlet sistemi dönemini kapsamış ve uluslararası hukukun ilk dönemine kadar uzanmıştır. Bu onun özel hukuk analogilerinin uluslararası hukukun marjinal bir özelliği olmadığı doğrultusundaki görüşünü iyice kanıtlamıştır. Ancak Roma ve uluslararası hukuk arasındaki tarihi ilişkiyi ele almayarak Lauterpacht bu ilişkiyi anlamamız için önemli olan bir soruyu yani 'Roma hukuku' adı altında neyin kastedildiğini cevaplamamıştır.

Lauterpacht, uluslararası hukukta Roma hukukunun kullanımı için iki açıklamada bulunmuştur. Bunlardan ilki, özel ve dolayısıyla Roma hukuku analogilerinin 'Devletin atadan kalma anlayışı' nedeniyle devletler hukukunun ilk döneminde doğal olduklarıdır<sup>34</sup>. 16. yüzyıla kadar devlet prensin özel mirası olarak düşünülmüştür ve o dönemde özel ve kamu hukuku arasında kesin bir ayırım daha görülmemektedir. Dolayısıyla, özel hukukun kuralları aslında prensler arasındaki ilişkiler olan devletler arası ilişkilerde kolaylıkla yerini almıştır. Gerçekten de Son Dönem Ortaçağ'da ve 16. ve 17. yüzyıllarda antlaşmalar özel hukuk sözleşmelerinden temelde farklı değildi. Sadece 17. yüzyılın başlarındaki 'uluslararası hukukun klasikleri' antlaşma hukukunun bağımsız bir doktrinini geliştirmeye bağlamıştır<sup>35</sup>.

Ancak devletin atadan kalma yaklaşımı bu çözümün sadece bir kısmını sunmuştur. Lauterpacht'ın öne sürdüğü üzere bu tarihsel açıklama, özel hukuk analogilerini reddetmelerini desteklemeye hizmet edeceği için pozitivist uluslararası hukukçular tarafından hevesle desteklenmişti. Devletin atadan kalma yaklaşımı zamanın gerisinde kalmaya başladıkça özel hukuk analogilerinde de bu durum dikkat çekmeye başladı ya da böyle olması gerekirdi<sup>36</sup>. 'Ortaçağlarda Roma hukuku büyük ölçüde hukuk ile bağlantılıydı' ifadesini kullandığı zaman Lauterpacht'ın Roma hukukunun tarihsel önemi hakkında belirttiği başka bir açıklama vardı<sup>37</sup>. Hukuk tarihçilerinin çoğunluğu bu ifadenin kilise yasası, feodal ve gelenek hukukunun oynadığı rol bakımından fazlasıyla cesur ve saygısız olduğunu düşünecek olsa da elimizdeki soru ile ilişkilidir. Aslında Lauterpacht, uluslararası hukuk tarihçilerinin büyük ölçüde göz ardı ettiği tarihsel bir gerçekliğe parmak basmaktadır: yani, Ortaçağın *ius commune* doktrini ve erken dönem modern devletler hukuku arasındaki devamlılık<sup>38</sup>.

Roma hukukunun, 'ilk döneminde' (16.-17. yüzyıllar) modern devletler hukuku üzerindeki etkilerini anlamak için bunun Geç Dönem Ortaçağ üzerindeki önemini kavramak son derece önem-

<sup>33</sup> Ibid., s. 178.

<sup>34</sup> Ibid., s. vii, 37, ve 91.

<sup>35</sup> W. G. Grewe, *The Epochs of International Law* (trans. M. Byers, 2000), s. 90 ve 196-198; Lesaffer, 'The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law', 2 *J Hist Int'l L* (2000) 178, s. 185, ve 'An Early Treatise on Peace Treaties: Petrus Gudelinus between Roman Law and Modern Practice', 23 *J Legal Hist* (2002) 223, s. 224 ve 244; K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte* (1994), s. 155.

<sup>36</sup> H. Lauterpacht, yukarıda dn. 2, s. vii-viii.

<sup>37</sup> H. Lauterpacht, yukarıda dn. 27, s. 185.

<sup>38</sup> Lesaffer, 'The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law', 73 *BYBIL* (2002) 103.





lidir<sup>39</sup>. 11. yüzyıldan itibaren Latin Batı'da yeni bir hukuk bilimi doğmuştur. Justinian metinlerinin yeniden keşfedilmesi ve klasik kilise hukukunun yapılandırılması bu Avrupa hukuk biliminin oluşumundaki iki bileşen olmuştur. Bunun sonucu olan ve 14. yüzyıl civarında ortaya çıkan öğrenilmiş hukuk, *ius commune*, sadece iki parçadan oluşmakla kalmamış aynı zamanda birçok açıdan bu ikisinin birleşmesi ile meydana gelmiştir. Geç Dönem Ortaçağ'ından 17. yüzyılın başlarına kadar hukuk bilimi *ius commune* ile eşanlamlı olarak kullanılmıştır. Her ne kadar büyük ölçüde öğrenilmiş bir hukuk olarak kalmış ve laik Avrupa mahkemelerinin çoğu tarafından uygulanmamış olsa da hukuk uygulamalarının gelişiminde çok büyük bir etkisi olmuştur. *Ius commune* skolastik idi. Dolayısıyla kaynaklarının güvenilir değeri bulunuyordu ve Batı'da var olmuş ve uygulanmış olan yüzlerce hukuk sistemini etkileyen ortak bir ideale ilham vermişti. Hukukun birçok gemisine yol gösteren deniz feneriydi<sup>40</sup>. Özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk için geçerli olan prensler, cumhuriyetler, vb. arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk için de geçerliydi. Ortaçağ sırasında devletler hukukunun hiçbir bağımsız hukuk bilimi ve literatürü olmamıştı. Ancak aralarında en ünlüleri Bartolus of Sassoferrato (1314-1357) ve Baldus de Ubaldis (c. 1327-1400) de olan birçok hukukçu günümüzde devletler hukuku olarak adlandırılacak konuları tartışmıştı. Prensler ve cumhuriyetler arasındaki ilişkiler de en az hukukun diğer alanları kadar *ius commune*'ye tabiydi. Ne de olsa Ortaçağ hukukçuları 'devletler hukukunu' genel anlamda hukuktan farklı bir şey olarak ele alma zorunluluğu hissetmemişti. Özel bir karaktere, mutlak egemenliğe ve toprakları üzerinde özel bir kontrole sahip ve diğer varlıkları ve özel kişileri uluslararası ilişkiler sahnesinde hariç tutacak bir 'devlet' bulunmuyordu<sup>41</sup>.

Konseptler, kurallar ve gelenekleri özel hukuktan prensler arasındaki ilişkilere uygularken ortaçağ hukukçuları Roma'nın *ius gentium* konsepti etrafında mevcut olan düzensizlikten faydalandılar. Aslında bu terim Roma'lı *praetor peregrinus*'un –Roma'da yabancılar üzerinde yetkiye sahip cumhuriyet sulh hakimi- geliştirmiş olduğu 'evrensel' özel hukuk sistemini anlatıyordu. Klasik sonrası dönemden itibaren (MS 250 sonrası) bunun günümüzde 'kamusal uluslararası hukuk' olarak adlandırılabilir soruları içerdiği düşünülmüştür<sup>42</sup>. Roma'nın *ius gentium*'u pozitif bir hukuk sistemi olsa da bunu doğal hukuk ile bağdaştırma geleneği hakimdi<sup>43</sup>. Roma İmparatorluğunun tüm özgür sakinleri MS 212 senesinde vatandaş olduktan sonra *ius civile* ve the *ius gentium* arasındaki ayırım pratik önemini kaybetti ve bu iki sistem gittikçe artan şekilde birbiri içine geçti.

Bununla birlikte, kişinin kilise hukukunu dikkate almaksızın ortaçağ medeni hukuk doktrininin etkisini değerlendirmesinin zor olacağını altını çizmekte fayda var. Hukukçular tarafından tartışılmış olan uluslararası ilişkilerin birçok unsuru, ayrılmaz bir şekilde iç içe geçmiş olan hem kilise hem de Roma hukukundan argümanlar içermekteydi. Dahası, kilise hukukunun etkisi daha doğrudandı. Kilise hukukçuları, Roma hukukuna göre devletler hukuku konularını daha sık ele almıştı<sup>44</sup>. Kilise hukuku, prensler ve politik organlar arasındaki ihtilafların birçoğu üzerinde yetkisi bulunan - *ratione peccati* - kilise mahkemelerinde uygulanması nedeniyle Roma hukukundan daha büyük bir etkiye sahipti.

<sup>39</sup> Yıllardır bu konuda en öneml yayın olan: Ziegler, 'Die römische Grundlagen des europäischen Privatrechts', 4 *Ius Commune* (1972) 1; bkz. also: C. Baldus, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen* (2 vols., 1998) ve, Ziegler, 'The Influence of Medieval Roman Law on Peace Treaties', in R. Lesaffer (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History* (2004), s. 147. Uluslararası hukuk tarihinde genel hukuk ilkelerinin rolüne ilişkin genel bir araştırma için bkz. Battaglini, 'Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto' in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago* (1987), 97.

<sup>40</sup> Skolastik düşünce için bkz. M. Bellomo, *The Common Legal Past of Europe 1000-1800* (1995).

<sup>41</sup> Lesaffer, 'Charles V, monarchia universalis, and the Law of Nations (1515-1530)', 71 *Legal Hist Rev* (2003) 79.

<sup>42</sup> Bu terminolojik karışıklık ve evrim son zamanlarda Winkel tarafından ulusların hukukuna özel hukuk kurallarının transferi için bir açıklama olarak ileri sürülmüştür, 'The Peace Treaties of Westphalia as an Instance for the Reception of Roman Law', in Lesaffer, yukarıda dn. 39, s. 222 ve Castellino ve Allen, yukarıda dn. 3, s. 29.

<sup>43</sup> Gaii Inst. 1.1; Inst. 1.2.1; Dig. 1.1.9.

<sup>44</sup> Muldoon, 'The Contribution of the Medieval Canon Lawyers to the Formation of International Law', 28 *Traditio* (1972) 483, ve 'Medieval Canon Law and the Formation of International Law', 81 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonistische Abteilung* (1995) 64; Wijffels, 'Martinus Garatus Laudensis on treaties', in Lesaffer, yukarıda dn. 39, s. 184.

Kısacası, Geç Dönem Ortaçağında devletler hukuku *ius commune*'nin ayrılmaz bir parçası olması nedeniyle *ius commune*'den fazla esinlenmemiştir. 16. yüzyıl bu gidişatta radikal bir değişime sahne oldu. Güçlü hanedanlık sistemlerinin yükselişi, Yeni Dünya'nın keşfi ve Reformlar eski Avrupa hukuk düzenine meydan okudu. 1550 senesinde kilise hukuku ve papalığın yetkileri neredeyse Batı'nın yarısında dayanağını kaybetmişti. Oldukça ani bir şekilde *ius commune* ve uluslararası hukuk uygulamaları arasındaki güçlü köprü çökmüştü.

16. yüzyıl aynı zamanda yeni bir hukuk biliminin yükselişine de tanıklık etti: hümanizm. Hümanistler Justinian derlemesini, ortaçağ skolastiklerinin sahip oldukları mutlak ve ebedi gerçeğin somut hali olarak görmediler. Onu olduğu gibi gördüler: belirli bir tarihsel bağlamda kökenleri bulunan ve insan elinden çıkma metinler derlemesi. Onların ilgilendiği şey Justinian'ın kitaplarından mutlak gerçeği bulup çıkarmak değil bunları orijinal anlamlarıyla ve tarihsel içeriklerinin altyapısını göz önünde bulundurarak yorumlamaktı. Roma hukuku hala gelmiş geçmiş en mükemmel muhakeme ve adalet örneği olarak görülüyordu. Ancak Roma hukuku mutlak ve ebedi otoritesini kaybetti ve bunun sonucunda da mevcut problemlere artık doğrudan uygulanamazdı. Modern hukuk ve hukuk uygulamalarının bu örneğe göre oluşturulması gerekiyordu; hukukçuların Roma hukukunu taklit etmeleri gerekiyordu<sup>45</sup>. Bu hümanist yaklaşım 1600 yıllarından itibaren devletler hukukunun bağımsız bir doktrinini geliştirmeye başlamış olan ilk yazarların eserlerinde görülebilmektedir. Gentilis ve Grotius, 17. yüzyıl başlarından itibaren *ius gentium*'u eski *ius commune* bağlamından serbest bırakmayı ve bunu bağımsız bir disiplin haline getirmeyi denemiş çok sayıda hukukçu ve avukattan sadece en ünlüleriydi. Ancak gelenekler, antlaşmalar ve kurallardan oluşan zengin bütünü sistematik ve bilimsel bir çerçeve içerisinde yeniden düzenlemek için mevcut hukuk bilimi örneğine, *ius commune* ya da en azından bunun Roma hukuku parçasına geri dönmekten başka çareleri yoktu. İlk olarak ortaçağ hukukçularının yazılarını ele aldılar ve eski *ius commune*'nin parçası olan '*ius gentium*' bütünü üzerinde geliştirdiler. İkinci olarak devletler hukukunun yeni kurallarını ve konseptlerini oluştururken sıklıkla esin kaynağı olarak Roma özel hukukunu kullandılar –hümanist yorumuyla klasik Roma hukuku- ve özel hukuk analogileri kullanmaya başladılar. Grotius'un devletin kişiliğini doğadaki insan ile eşitlemesi - Thomas Hobbes (1588-1679) tarafından uyarlanmıştır - güçlü bir efsane haline geldi. Zaman içerisinde modern devletler hukuku yazarları ve bunların medeni hukuk dalındaki meslektaşları Roma hukukunu daha çok eleştirmeye başladılar ve Roma hukukunun en güvenilir çözümü sunmakta ya da çözüm sunmakta eksik kaldığı daha fazla örnek buldular. Roma hukukunun kullanılması ya da kullanılmaması ile ilgili yeni bir kriter ortaya çıktı: muhakeme. Roma hukukunun muhakemeye sıklıkla sahip olduğu görülmüştür ama her zaman değil.

Her ne kadar kilise hukuku laik otoritesini kaybetmiş olsa da ve hümanistler orijinal Roma hukukuna geri dönmek istemiş olsalar da ne Roma hukukunun Ortaçağda geçirmiş olduğu evrimi görmezden gelebilirlerdi ne de kilise hukukunun etkisine izin verebilirlerdi. Ortaçağ hukuk biliminde Roma hukuku ve kilise hukukunun birleşmesi her şeyden önce ahlaki teknik ayrıntıları, teoloji ve kilise hukukunun daha genel kaideleri ve prensipleri ile bağdaştırarak Roma hukukunu ahlaki teknik ayrıntılarından özgür kılmıştır. Bununla birlikte bazı hümanistler belirli gelenek ve konseptlerin orijinal anlamını geri kazandıracaklardı. Kişi sözleşme hukukunun karşılıklı mutabakat –*pacta sunt servanda*-<sup>46</sup> ya da haksız fiilden sorumluluk gibi doktrinlerini hafızadan silemezdi. İlk olarak kilise hukukunda geliştirilmiş bu fikirler artık doğal hukuk statüsü kazanmıştı. Diğer bir deyişle, her ne kadar Lauterpacht'ın da belirttiği gibi<sup>47</sup> Roma hukukunun hala 'uluslararası hukukun klasiklerinden' birçoğu tarafından 'olgunun muhakemesi' ve doğal hukukun ana kaynağı olarak kabul edilmesine rağmen bunu kilise hukukuna borçluydu. Lauterpacht 'Roma hukukunu' ele aldığı zaman çoğunlukla aslında kilise hukukuna yakın bağları bulunan ortaçağ Roma hukukunu kastediyordu. Roma hukuku-

<sup>45</sup> Kelley, 'Civil Science in the Renaissance: Jurisprudence in the French Manner', 2 J Hist of Ideas (1981) 261; G. Kisch, Studien zur humanistischen Jurisprudenz (1972), s. 19; Schoeck, 'Humanism and Jurisprudence', in A. Rabil (ed.), Renaissance Humanism: Foundations, Forms and Legacy (1988), s. 310.

<sup>46</sup> X. 1.35.1: 'Universi dixerunt, pax servetur pacta custodiantur.'

<sup>47</sup> H. Lauterpacht, yukarıda dn. 2, s. 12.

nun evrimi burada da sonlanmamıştır. Alman Pandect-Bilimi doğal hukukçuların Roma hukukunun kısımlarını terimler, gelenekler ve tekil kurallar olarak ayırmaya devam etti ve bunları klasik Roma hukukuyla fazla ortak noktası bulunmayan modern (özel) hukuk sisteminin yapıtaşı olarak kullandı.

Roma hukukunun bu tarihi rolü hakkındaki bu bilgilerden yola çıkarak Lauterpacht'ın Roma hukukunun mevcut uluslararası uygulamadaki üç potansiyel işlevi hakkındaki görüşlerini düzenleyebiliriz. Lauterpacht'ın yazılarında Roma hukukunun üç farklı işlevi ayırt edilebilir: Uluslararası hukukun doğrudan tarihsel kaynağı olarak Roma hukuku, dolaylı tarihsel kaynak olarak Roma hukuku ve modern uluslararası hukukta özel hukuk analogilerine ilham veren *ratio scripta* olarak Roma hukuku. Bu ilk iki işlev ile ilgili olarak bazı ek açıklamalarda bulunmamız gerekir. Lauterpacht'ın yaklaşımının bu düzenlemesi 'Roma hukuku' teriminin değişen içeriğinin göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir.

İlk olarak Roma özel hukuku devletler hukukunun gelişiminde doğrudan tarihsel bir rol oynamıştır. Bu rolü Lauterpacht'ın belirttiği gibi sadece devletler hukukunun ilk döneminde (16.-17. yüzyıllar) oynamamıştır. Bunun etkileri 11. yüzyıl kadar eskiye dayanmaktadır. Roma hukukunun doğrudan etkisi 17. yüzyılın ikinci yarısında belirgin bir şekilde düşüştü. 'Roma hukukunun' ne içerdiği ve tam olarak ne anlama geldiğinin daha iyi anlaşılması devletler hukuku üzerindeki etkileri bakımından 'kritik anındaydı' ve tarihsel veya hatta modern uluslararası hukuku yorumlamaya uygundu. Dolayısıyla, yukarıda da belirtildiği gibi kişi Roma hukuku başlığı altında ne anlaşıldığını netleştirmelidir. Bu klasik hukuk mu yoksa Justinian hukuku mu –ki bu sadece 16. ve 17. yüzyıllarda hümanizm dönemi için olasıdır- ya da ortaçağ *ius commune*'sinin bir parçası olarak Roma hukuku mudur? Ve bunlardan ikincisi doğru ise 'Roma hukuku' sıklıkla kilise hukukunu da ifade etmeyecek midir?

İkinci olarak, 18., 19. ve 20. yüzyıllardaki ve uluslararası hukuku oluşturmuş olan özel hukuk analogileri sıklıkla aslında Roma hukukundan alınmış unsurlara referanslar içermektedir. Burada da Roma hukukunun klasik, Justinian ya da ortaçağ hukukunu anlatmak istediğini ya da sadece Pandect-Bilimi olarak bilinen 19. yüzyıl sözde 'Roma' hukuk bilimine girmiş olan bazı kalıntıları – ve Latin adagia- ifade ettiğini bilmek önemlidir.

#### 4. TERRA NULLIUS'UN İŞGALI

Şimdi Roma hukuku argümanının Uluslararası Adalet Divanı tarafından 1945 tarihinden buyana kullanımına geri döneceğiz. Divanın hükümleri ve tavsiye niteliğindeki görüşlerinde bulunan tüm Roma hukuku referanslarını kataloglamak niyetinde değiliz. Böylesi bir çalışma mümkün olabilirdi ancak sonuçları tatmin edici olmazdı. ICJ hiçbir şekilde bir kuralın kullanımını Roma hukukundan geliyor olması ile haklı göstermemiştir. Bununla birlikte, bazı hakimler kendi bireysel kararları doğrultusunda bunu yapmıştır ve bunlar arasında en önde geleni Divana 1970'lerde hizmet etmiş olan Hakim Federico De Castro'dur. Benzer şekilde, Divan yeni bir konsept ya da kural belirlemek için nâdiren bir özel hukuk analogisine başvurmaktadır<sup>48</sup>. Diğer yandan Divan, geçen yıllar içerisinde uluslararası hukuktaki yerini bulmuş olan özel hukuk kuralları ve konseptlerini sıklıkla uygulamaktadır. Divan aynı zamanda ICJ Yönetmeliğinin 38(1)(c) Maddesi veya bunların özel hukuk kökenlerini açıkça belirtmeksizin genel hukuk prensiplerini sıklıkla kullanır<sup>49</sup>. Bunlardan birçoğu kısmen de olsa Roma hukukunda görülebilmektedir. Bunları sıralamak Lauterpacht'ın 1920'lerde yaptığı şeyin neredeyse aynısını yapmak olacaktır ve benzer bir döküm ile sonuçlanacaktır.<sup>50</sup> Bununla birlikte böylesi bir döküm yapmak bize uluslararası hukukun birçoğunun kökeni Roma hukukuna dayanan özel hukuk kurallarını benimsemiş olduğu gerçeği dışında Roma hukukunun rolü ve kullanımı hakkında fazla bir şey söylemeyecektir.

<sup>48</sup> Thirlway, yukarıda dn. 20, s. 127.

<sup>49</sup> Ibid., s. 121

<sup>50</sup> Fitzmaurice, yukarıda dn. 20, 29 (1952) 1, 30 (1953) 1, 32 (1955-1956) 203, ve 33 (1957) 203; Thirlway, yukarıda dn. 20, 60 (1989) 1, 61 (1990) 1, 63 (1992) 1, ve 66 (1995) 1.

Doktrine göre uluslararası hukukta toprak kazanılmasının beş geleneksel yolu bulunmaktadır: devir, işgal, ilhak, fetih veya zapt ve zamanaşımı<sup>51</sup>. Bu beş yolun hepsi genel anlamda özel hukuktan türetilmiştir ve kökenleri Roma hukukuna dayanmaktadır<sup>52</sup>. Birçok durumda farklı işgal yollarının birbirinden ayrılmadığı ve bu başlıklardan çoğunun birleşik olduğu söylenebilir. Bununla birlikte bu çalışmanın uluslararası hukukta toprak işgal üzerine bir çalışma olmaması nedeniyle bu iki durumu kendi içinde ele alacağız –en azından mümkün olduğu düzeyde.

Robert Jennings işgali, ‘bir Devletin o anda herhangi bir Devlet egemenliği altında olmayan bir toprağa el koyması’ olarak tanımlamıştır. Ona göre –işgalin kullanıldığı sömürgecilik döneminde– bu o toprak üzerinde yaşayanlar olmamasını gerektirmemekteydi: ‘Bir kabile düzeni altında yaşayan yerliler bir Devlet olarak görülmezdi.’ 19. yüzyıldan gelen bu tutumun ‘günümüzde utanç kaynağı olabileceğini’ kabul etmiştir. Günümüzde Kutuplar hariç dünyanın tamamının bir çeşit devletin egemenliğinde olması nedeniyle işgal artık kullanılmayan bir uygulamadır<sup>53</sup>.

BM Genel Kurulu 1974’te ICJ’den Batı Sahra hakkında Tavsiye Niteliğindeki Görüşünü istedi. 13 Aralık 1974 tarihli 3292 (XXIX) Önergisi Divana Batı Sahra’nın İspanyol sömürgesi olduğu dönemde kimseye ait olmayan bir toprak (*terra nullius*) olup olmadığı sorusunu yöneltti. Divan işgalin uluslararası hukukta 19. yüzyılda toprak işgalinin bir yolu olarak görüldüğünü net bir şekilde kabul etti. Bununla birlikte bir toprağın işgale açık olabilmesi için, toprağın o anda kimseye ait olmadığını belirlenmesi, “işgal” yoluyla toprak işgaline açık olduğunun belirlenmesi gerekmektedir<sup>54</sup>. ICJ de Kalıcı Uluslararası Adalet Divanı’nın *terra nullius*’un işgalinin ‘barışçıl yöntemlerle egemenlik oluşturmanın orijinal bir yolu’ olduğunu kabul etmiş olduğu *Doğu Grönland Yasal Durumuna* (1931) başvurdu<sup>55</sup>.

Divan, Batı Sahra gibi kabile topraklarının 19. yüzyıl sömürgecilik döneminde işgal yoluyla kazanılmış *terra nullius* olduğunu reddetti. Dolayısıyla da 20. yüzyıl uluslararası hukukçularının ortak fikrine (*communis opinio*) karşı çıktı. ICJ ‘hukukçular arasında her ne fikir ayrılığı olmuşsa ilgili dönemdeki devlet uygulamaları kabileler ya da sosyal ya da politik düzene sahip insanların yaşadığı toprakların *terrae nullius* olarak görülmediğini’ belirtmiştir. Bunun yerine sömürgeci güç çoğu zaman yerel kabile liderleriyle antlaşmalar yapmış ve dolayısıyla devir yoluyla işgal ya da bunun benzeri yöntemlerle egemenliğini kurmuştur<sup>56</sup>. Burada Divan işgalin bir devlet egemenliği altında bulunmayan ve yerlilerin yaşamadığı toprakların işgali için geçerli bir yöntem olduğu iddiasını da reddetmiş ve *terra nullius*’un daha net bir şekilde yorumlanmasını talep etmiştir<sup>57</sup>.

Daha sonraki davalarda Hague Mahkemesi de *terra nullius* işgalini *uti possidetis juris* doktrini ile ilişkili olarak ele almıştır<sup>58</sup>. Burkina Faso ve Mali arasındaki *Sınır İhtilafı* (1986) sırasında Latin Amerika’nın özgürlüğünü yeni kazanmış olan devletlerinin 19. yüzyılda bu doktrine başvurmasının

<sup>51</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th ed., 1980), s. 131; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law* (9th ed., 1992), ii, 679.

<sup>52</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th ed., 1980), s. 131; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law* (9th ed., 1992), 679.

<sup>53</sup> R. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), s. 20. Benzer bir tanım için bkz. L. Oppenheim, *International Law* (1905), s. 275.

<sup>54</sup> PCIJ Series A/B, No. 53, 21, s. 44 ve 63

<sup>55</sup> [1975] ICJ Rep 11, s. 39

<sup>56</sup> [1975] ICJ Rep 39; ayrıca bkz. (1970) [1971] ICJ Rep 86, 19. yüzyılın kolonizasyon antlaşmalarının rolü için bkz. Alexandrowicz, ‘The Role of Treaties in the European-African Confrontation in the Nineteenth Century’ in A.K. Mensah-Brown (ed.), *African International Legal History* (1975), s. 27; Andrews, ‘The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the Nineteenth Century’, 94 LQR (1978) 408; Anghie, ‘Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law’, 40 Harvard ILJ (1999) 36.

<sup>57</sup> J. Crawford, *The Creation of States in International Law* (1979), s. 176 ve kaynakçası n. 13; Shaw, ‘The Western Sahara Case’, 49 BYbIL (1978) 119, ve *Title to Territory in Africa: International Legal Issues* (1986), s. 31.

<sup>58</sup> Bkz. Castellino ve Allen, yukarıda dn. 3; Munkman, ‘Adjudication and Adjustment – International Judicial Decisions and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes’, 46 BYbIL (1972) 22; Ratner, ‘Drawing a Better Line: Uti possidetis juris and the Borders of New States’, 90 AJIL (1996) 593; Shaw, ‘The Heritage of States: The Principle of Uti possidetis juris Today’, 67 BYbIL (1996) 98.

nedeninin sömürgeci güçlerin ‘yerleşim bulunmayan ya da keşfedilmemiş’ topraklar üzerinde hak iddia etmesini önlemek olduğu iddia edilmiştir. Dağılan İspanyol sömürge imparatorluğunun farklı idari birimleri arasındaki sınırları bunların uluslararası sınırları olarak alarak yeni kurulan devletler, ‘yerleşim olmayan ve keşfedilmemiş’ topraklar üzerinde İspanyol sömürgeci imparatorluğunun daha önce sahip olduğu aynı iddialara sahip olabilirlerdi. Bu topraklar uzun bir süre boyunca bir devletin egemenliği altındaydı. Dolayısıyla bunlar *terrae nullius* değildi<sup>59</sup>. Guatemala ve Honduras arasındaki *Toprak, Ada ve Denizcilik Sınırları İhtilafında* (1992) Divan bu gerekçeyi tekrarlamış ve bu sefer Kolombiya ve Venezüella arasındaki dava için İsviçre Federal Konseyinin 1922’de verdiği hakem kararına referansta bulunmuştur:

Bu genel prensip (*uti possidetis juris*) eski İspanyol Amerikası kanununda herhangi bir *terra nullius* bulunmadığını mutlak bir şekilde kesinleştirme avantajı sunmuştur; her ne kadar İspanyollar tarafından hiçbir zaman işgal edilmemiş ve keşfedilmemiş ya da yerel kabilelerin yaşadığı topraklar bulunuyorsa da bu topraklar İspanyol Kraliyet yönetmeliklerine göre bu toprakların bağlı bulunduğu eyalette İspanyollardan sonra hangi Cumhuriyet kurulduysa o devletin toprağı sayılmaktadır<sup>60</sup>.

Her ne kadar ICJ *terra nullius*’un işgalinin pratik kullanım alanını fazla bulamamış olsa da uluslararası hukukta toprak üzerinde egemenlik kazanmanın teorik bir yolu olarak bunu sürdürmüştür<sup>61</sup>. Bu, uluslararası hukukun Roma hukukunda kökenleri olan bir konsepti benimsediğinin net bir örneğidir. Burada Roma hukuku analojisi uluslararası hukukun ilk dönemine kadar uzanmaktadır.

*Terra nullius* klasik Roma hukukundan gelen bir nosyon değildir. İşgal ise Roma hukukundan gelmektedir. Klasik dönem (MÖ 50 – MS 250) hukukçularına göre *occuatio* işgalin doğal yollarından biriydi. Bu, *ius civile* ya da *ius praetorium* –ki bunlar sadece Roma vatandaşlarını ilgilendiriyordu- ile ilişkili değil Roma mahkemelerinde yabancıların dahil olduğu davalarda uygulanan *ius gentium* ile ilişkiliydi. Bununla birlikte *occupatio* aslında toprak üzerinde hak kazanmanın bir yolu olarak tasarlanmamıştı. *Occupatio*’ya başvurulabilecek üç adli durum mevcuttu. Öncelikle bu, *res nullius* kazanmanın bir yoluydu. Pratikte bu sadece vahşi hayvanlar, balık ve savaş sırasında Roma topraklarına katılmış olan düşman toprakları (*res hostilis*) için geçerliydi<sup>62</sup>. Gaius (MS. 160) kimseye ait olmayan her şeyin işgal yoluyla kazanılabileceği genel kuralını koymuştu. Ona göre bunun kapsamında toprak üzerinde, denizde ve havada bulunan her şey yer almaktaydı. Toprağın kendisi buna dahil değildi<sup>63</sup>. Bu metinde toprak ile ilgili olarak rastlanan tek açık referans denizde yükselen bir ada (*insula in mari nata*) ile ilgili vakadır<sup>64</sup>. Bu alışılmamış durumda bu işgal kuralının uygulaması muhtemelen denizden elde edilen balık ve diğer şeyler ile benzer bir yorumun sonucudur.

İkinci olarak terk edilmiş malzemeler (*res derelictae*) işgale tabiydi<sup>65</sup>. Bu kategoriye toprak da dahil olabilirdi. Burada işgal sadece *res derelicta*’nın bir *res nec mancipi* olması halinde medeni hukukta bir mülkiyet hakkı ile sonuçlanırdı. Dolayısıyla İtalya’da bulunan topraklar buna dahil değildi<sup>66</sup>. *Ius civile* altında eyalet toprakları her zaman devlet mülküydü bu nedenle de medeni hukukta mülkiyet hakkı bu topraklar için mümkün değildi. Bu gibi bir toprak *ius gentium* altında kazanılabilirdi. Her

<sup>59</sup> Frontier Dispute (1986) [1986] ICJ Rep 554, s. 566. Castellino ve Allen, yukarıda dn. 3, , Latin Amerika’da bağımsızlık sürecinde uluslararası hukuk içine kabulünde, *uti possidetis terra nullius* doktrininin daha sonra kullanmak için bir durak olarak hizmet ettiğini göstermektedir: bkz. 64-87, 230, ve 235.

<sup>60</sup> RIAA 1, 223, s. 228. Tam atıf olarak [1992] ICJ Rep 351, s. 387.

<sup>61</sup> Güncel olarak, Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan üzerinde Egemenlik (2002), Her iki taraf adaların *terra nullius* olmadığına dikkat edilmesi gerektiğini iddia etti. The ICJ bu kavramı tartışmaya dahil etmedi. bkz. <http://www.icj-cij.org>, s. para. 108.

<sup>62</sup> Gaii Inst. 2.66-69 ; Dig. 41.1.3-6; Dig. 41.2.1.1.

<sup>63</sup> Gaii Inst. 2.66; Dig. 41.1.3 pr.: ‘Şu anda kimseye ait olmayan bir mal, ilk kez elinde bulundurana ait olur’: The Digest of Justinian (trans. A. Watson, 1998), Inst. 2.1.12.

<sup>64</sup> Inst. 2.1.22 = Dig. 41.1.7.3.

<sup>65</sup> Dig. 41.7.1.

<sup>66</sup> Sahipsiz bir *res mancipi* için zaman aşımı gerekliydi.

iki durumda da *res derelicta* tıpkı üçüncü kategori gibi *res nullius*'tan farklı bir kategoriydi. Üçüncü olarak, kişi kaybedilmiş ve bulmuş olduğu hazinenin işgali yoluyla mülkiyet kazanabilirdi. Bu hazine öyle bir süre için kayıp olmalıydı ki hak sahibini bulmak imkansız olmalıydı<sup>67</sup>.

Uluslararası hukukta *terra nullius*'un işgalinin Roma hukukundan temeli olarak hizmet edecek çok fazla unsur bulunmamaktadır. Boş arazinin işgalinin bir yolu olan *occupatio* sadece Alman topluluklarının göçü ve Roma İmparatorluğunun çöküşü (5. yüzyıl ve sonrası) sırasında ön plana çıkmıştır<sup>68</sup>. *Terra nullius*'un işgali Keşifler Çağı (16.-17. yüzyıllar) sırasında devletler hukukunda güçlü bir dayanak bulmuştur. Yeni Dünya'nın keşfi Avrupalı güçleri yeni keşfedilen toprakların nitelenmesi için kurallar geliştirmeye zorlamıştı. Bu amaçla, Latin Batı'nın bölgesel bölünmesinin temelini oluşturan feodal ve yerel geleneksel kurallar uygundu. Bir prensin Avrupalı akranları karşısında iddialarını kanıtlayabilecek, yeni topraklar için feodal ya da geleneksel haklar bulunmazken feodal ve yerel hukuk sistemleri yerli halklar için tamamen konu dışıydı. Papa'nın Hıristiyan olmayan toprakları kullanma yetkisi (ki kökenleri ortaçağ kilise hukukuna –Kardinal Hostiensis'in (1200-1270)<sup>69</sup> yazılarına- dayanmaktadır) de aynı ölçüde yetersizdi. 1493 ve 1506 tarihleri arasında Papalar Alexander VI (1492-1503) ve Julius II (1503-1511) pek çok ferman yayınlamıştır ve bunlar arasında Azorlar ve Cape Verde Adaları'nın 100 mil batısının ötesindeki tüm toprakları İspanya ya da Portekiz'e bağlayan *Inter Caetera* (1493) da yer almaktadır. İspanya ve Portekiz daha sonra yeni keşfettikleri topraklar üzerindeki ve 'çizginin ötesindeki' okyanuslara açılma haklarını korumak için papalık fermanlarını kullanmışlardır<sup>70</sup>. Papanın İberyalı güçlere politik yetki atamayı amaçladığı açıktır. Yapılan yorumlardan birine göre Doğu Hint Adalarında dini yayma yetkisi papalık kararları ile sadece İberyalı monarşilere verilmiştir<sup>71</sup>. Avrupa dışındaki dünyayı paylaşmak için papalık yetkisi en başından itibaren hem İberyalılar ve Vitoria<sup>72</sup> gibi Katolik yazarlar hem de İberyalı olmayan Gentilis ve Grotius gibi Katolik ve Protestan yazarlar tarafından eleştirilmiştir<sup>73</sup>. Dolayısıyla Doğu Hint Adalarındaki topraklar için yeni haklar formüle edilmesi gerekli hale gelmiştir. Bu alternatif haklarından biri *terra nullius*'un *occupatio*'sudur.

Vitoria açık bir şekilde yerlilere ait toprakların *terrae nullius* olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. 'Barbarların gerçek kamusal ve özel hakimiyete sahip olduklarını' iddia etmiştir<sup>74</sup>. Ancak aynı zamanda *terrae nullius*'un işgalinin genel anlamda devletler hukuku altında geçerli bir hak olduğunu da kabul etmiştir:

Diğer yandan devletler hukuku açık bir şekilde hiçbir sahibi olmayan malların işgal eden tarafa geçeceğini belirtmektedir. Burada söz konusu olan malların bir sahibi olması sebebiyle bunlar bu hak altında değerlendirilemez<sup>75</sup>.

<sup>67</sup> Inst. 2.1.39. W.W. Buckland, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian (1921), s. 207-210; M. Kaser, Das Römisches Privatrecht (2nd ed., 1971), i, s. 425-427.

<sup>68</sup> J.-P. Lévy ve A. Castaldo, Histoire du droit civil (2002), s. 534.

<sup>69</sup> Hostiensis 3.34.8.

<sup>70</sup> A. Helps, The Spanish Conquest in America (1900), i, 264; Truyol y Serra, 'Staatsräson und Völkerrecht in der Zeit Karls V;', in F.A. Van der Heyde (ed.), Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross (1960), s. 273, ve 'The Discovery of the New World and International Law' [1971] U Toledo LR 305.

<sup>71</sup> Doktrinsel tartışma için bkz. Grewe, yukarıda dn. 35, s. 233-237.

<sup>72</sup> Francisco de Vitoria, De Indis 2.2.

<sup>73</sup> S.J. Anaya, Indigenous People in International Law (1996), s. 9-19; Cohen, 'The Spanish Origin of Indian Rights in the Law of the United States', 31 Georgetown L.J (1942) 1; J. Fisch, Die europäische Expansion und das Völkerrecht (1984), s. 187-263; Grewe, yukarıda dn. 35, 240-250; L. Hanke, The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America (1965); Dickason, 'Jus Gentium Takes on a New Meaning', in L.C. Green ve O.P. Dickason, The Law of Nations and the New World (1989), s. 227; A. Pagden, Lords of All the World. Ideologies of Empire in Spain, Britain and France c. 1500-c. 1800 (1995); R.J. Williams, The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest (1990), s. 59-232; Ziegler, 'Völkerrechtliche Aspekte der Eroberung Lateinamerikas', 23 Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (2001) 1.

<sup>74</sup> Vitoria, De Indis 2.3, çev. A. Pagden and J. Lawrence, Vitoria. Political Writings (1991).

<sup>75</sup> Vitoria, De Indis 2.3. Bkz. ayrıca Pagden, 'Introduction', in Pagden and Lawrence, yukarıda dn. 74, s. xxiv-xv; Pagden, yukarıda dn. 73, s. 80.

16. yüzyılın sonlarına doğru *terra nullius*'un işgali devletler hukuku doktrini altında toprak işgalinin bir yolu olarak yerleşmiştir<sup>76</sup>. İspanyol neo-skolastik ekolden gelen Domingo de Soto (1495-1560) gibi birçok yazar ve Gentilis ve Grotius gibi Protestan hukukçular işgalin *terra nullius*'un işgali için geçerli bir yol olduğunu kabul etmiştir. Bu kişilerin argümanları tıpkı 17. ve 18. yüzyıl yazarlarının çoğu gibi *terra nullius*'u neyin teşkil ettiği ve yerli topraklarının *terra nullius* olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerine odaklanmıştır. Bu kuralın kendisi ise tartışılmamıştır. Vitoria'nın görüşlerinin aksine Grotius ve bazı diğer 17. yüzyıl yazarları *bazı durumlar altında* yerli topraklarının, yerleşim olsa da, *terrae nullius* kabul edileceğini belirtmiştir<sup>77</sup>.

Vitoria doğal hukukta boş arazinin işgali hakkını benimsemiştir<sup>78</sup>. *Res nullius*'un işgal edilmesi hakkının doğal gerekçeler ile kabul edildiğini belirten Justinian 'ın *Institutes* (2.1.12) adlı eserinden alıntı yapmıştır. Justinian'ın kitabını derleyen kişiler Gaius'un *Institutes* adlı eserinden bir bölümü almıştır<sup>79</sup>. Gentilis'e göre de 'boş arazilerin zaptı doğal hukuk olarak görülmekteydi'<sup>80</sup>. *Digest* (41.1.3) ve bazı 16. yüzyıl Roma ve kilise hukuku metinlerinden alıntılar yapmış ve –hümanist geleneğe göre- Livy veya Tacit gibi Roma tarihçilerinden alınan tarihi örnekler yer vermiştir.

Gentilis *Digest* ve ortaçağ Roma geleneğinden alıntı yaparken, Ortaçağ ve 16. yüzyılın hukukçuları ve kilise hukukçuları tarafından arazi için geçerli olmadığı düşünülmüş olan *işgal* sorunu ile karşılaşmıştır. Hümanist Andreas Alciatus (1492-1550) tüm arazilerin birilerine ait olması gerekmesi nedeniyle Roma hukukunun toprak işgaline izin vermediğini savunmuştur. En azında yaygın ve doğru olarak düşünülen nokta Roma hukukunun bütün toprakların bazı hükümdarlara ait olduğunu ve araziyi kullanma hakkının da bu kişiye ait olduğunu belirtmiş olmasıdır<sup>81</sup>. 15. yüzyıl kilise hukukçusu Franciscus Aretinus özel kişilerin boş bir araziye ekerek bu arazi üzerinde hak sahibi olabileceğini kabul etmiştir<sup>82</sup>. Ancak Richard Tuck'ın da yakın zamanda söylediği üzere *ius commune* geleneğinden gelen hukukçu ve kilise hukukçularının hiçbirisi 'boş' arazinin hükümdarın izni olmaksızın bu şekilde kazanılamayacağını kabul etmektedir<sup>83</sup>.

Hollandalı hümanist Grotius *De jure belli ac pacis libri tres* adlı ünlü eserinde (özel) mülkü - *dominium* – (kamu) yetki alanından – *imperium* - ayırmıştır. Ekilmemiş topraklar işgale açıktı. Grotius, göçebe avcıların ya da hayvan otlatanların ekilmemiş ya da yerleşim olmayan topraklarını ekilmemiş toprak olarak görmüştür. Mülkiyet hakkı toprak üzerine yerleşmeyi veya araziye ekmeyi tercih eden herhangi bir kişi tarafından kazanılabılırdi. Bunun bir kişinin doğal hakkı olması nedeniyle yetkiye sahip olan hükümdarın herhangi bir kişinin –yabancı olup olmaması fark etmeksizin- bunu yapmasını engellemeye hakkı bulunmuyordu. Grotius'un serbest dolaşım hakkını oluşturduğu iletişim ve serbest geçiş hakkı ile aynı düzeyde bir haktı. Grotius bu ayrımı yaparken kendi doktrinini *ius commune*'ye uygun hale getirmeyi amaçlamamıştı. Onun amaçları fırsatçıydı. Grotius'un ikili yaklaşımı Hollandalı ticaret firmalarının her zaman yerel hükümdarların politik yetkisi ile karşı karşıya gelmeksizin boş arazi –ki burada boş araziden anlaşılan göçebe insanların avlanma ve otlak arazileri

<sup>76</sup> Yanı sıra uygulamada olduğu gibi: A.S. Keller, O.J. Lissitzyn, and F.J. Mann, *Creation of Rights of Sovereignty through Symbolic Acts 1400-1800* (1938).

<sup>77</sup> Fisch, yukarıda dn. 73, s. 187-263 ve 297-298; Tuck, yukarıda dn. 8, s. 47-50, 89-93, 102-108, 120-126, 156-158, 175, 181-183. Bu doktrinin uygulaması 16. yüzyıl sonunda bazı hükümdarlar tarafından tartışılmıştır. Bkz. Van der Heyde, 'Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law', 29 AJ (1935) 459.

<sup>78</sup> Ortaçağ'ın sonlarında hukukçular ve canonistler arasında, *res nullius* işgali genellikle doğal hukukun bir kuralı olarak kabul edildi. Bu, Ortaçağ bilim adamları için önem taşıyordu zira ferdi mülkiyetin doğal hukuk tarafından korunduğunu kanıtlamıştır. Bkz. K. Pennington, *The Prince and the Law 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition* (1993), s. 124-125; B. Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625* (1997), s. 135-145.

<sup>79</sup> Gaii Inst. 2.66. Bu metin 19. yüzyılda bulunmuştur.

<sup>80</sup> Albericus Gentilis, *De jure belli libri tres* 17.131 (Classics of International Law 16 (1933)).

<sup>81</sup> Andreas Alciatus, *Consilia* 52.20 in *Opera omnia* (1571), vi, 143-144, Gentilis'te ifade edilen, 'De jure belli 17.131.

<sup>82</sup> Franciscus (Accolti) Aretinus, *Consilia* 15.3 (1536), Gentilis'te ifade edilen, *De jure belli* 17.131.

<sup>83</sup> Tuck, yukarıda dn. 8, s. 49.

gibi ekili olmayan veya yerleşim bulunmayan alanlardı- üzerinde hak iddia etmelerine imkan tanıyordu ve bu pozitif, iç hukuk ile ilgiliydi<sup>84</sup>. Daha da önemlisi Grotius aynı zamanda belirli deniz alanları üzerinde yetki alanı olasılığını reddetmeksizin açık denizler üzerinde olası mülkiyet hakkını inkar edebilmek için mülkiyet hakkı ve yetki alanı arasında da ayırım yapmak zorundaydı. Onun ikili yaklaşımı Hollandalı Hint Şirketlerinin Avrupalı rakiplerinin yanı sıra 17. yüzyılın başlarındaki yerli hükümdarlar ile ilgili politikalarına uygundu<sup>85</sup>.

18. ve 19. yüzyıllarda özellikle Afrika ve Avustralya'nın sömürgeleştirilmesi boş arazinin işgali doktrinini ön plana çıkardı<sup>86</sup>. Tartışmaların çoğu neyin *terra nullius* olarak kabul edilebileceği ve etkin bir işgalin koşullarının neler olduğu üzerine yoğunlaşmıştı. Sadece devletlerin Batılı formunu uluslararası hukuka tabi olarak gören 19. yüzyıl pozitivist uluslararası hukukçuları devlet olmayan varlıkların egemenliğe sahip olamayacağını bu nedenle de bunların topraklarının *terra nullius* olduğunu kabul etmiştir. 19. yüzyılda Afrika'nın sömürgeleştirilmesi üzerine yapılan yakın tarihli araştırmalar, ICJ'nin 1975 tarihli *Batı Sahra* Kararının aksine *terra nullius* doktrininin çoğunlukla dayanak kabul edildiğini göstermiştir<sup>87</sup>. İşgal koşulları hakkındaki tartışmalar keşfin geçerli bir hak içerip içermediği konusuna odaklanmıştır<sup>88</sup>. Keşfin bir hak olarak görülmesi en azından Roma'nın işgal konseptinin maddi unsurunun son derece kapsamlı bir yorumunu varsaymıştır. Ancak *terra nullius*'un kendisi hakkındaki temel kurala dokunulmamıştır<sup>89</sup>.

Bir toprak işgali yolu olarak boş arazinin işgali, Keşifler Çağında uluslararası hukuka dahil edilmiştir. Roma hukukundan alınmış olan *occupatio* konsepti ve *terra nullius* nosyonu, başka bir Roma hukuku konsepti olan *res nullius* ile yakından ilişkilidir. Inst. 2.1.12 ve Dig. 41.1.3 doğal gerekçelere bağlı olarak kimseye ait olmayan bir şeyin işgal edilebileceğini belirtmiştir. Erken dönem modern tarihin yazarları kurallarını klasik Roma hukuku ile yakın benzerlikler temeli üzerinde dile getirmişlerdir.

Ancak bu kuralı araziye uygulamak başka bir konuydu. Roma hukuku arazinin işgalini kabul etmemişti. Hem ortaçağ hem de modern hukukçular bunun bilincindeydi ve konsepti onaylamışlardı. Sadece kilise hukukunda gerçek mülkün işgali bir hak teşkil edebilirdi. Bu sorun ile karşılaşan Gentilis ve Grotius, Gaius'un kendisinin ortaya attığı ve Vitoria ve diğer neo-skolastik yazarların benimsediği çözüme başvurdular. Erken dönem modern tarihin uluslararası hukuk yazarları boş arazinin işgalinin doğal hukukun bir kaidesi olduğunu düşündüler. Roma'nın işgal konseptini aldılar, onu pozitif hukuk alanından ihraç ettikleri ayrıntılarından arındırdılar ve böylelikle genel doğal hukuk prensibini meydana getirdiler. Bu noktadan itibaren Roma hukukunda arazinin dahil edilmemesi doğal bir kaidenin

84 Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, 2.2.17, 2.3.4, ve 2.3.19.2 (1625). Emer de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), 3.37-38 (Classics of International Law 4 (1916)). Bkz. Pagden, yukarıda dn. 73, s. 78-79.

85 E. Keene, *Beyond the Anarchical Society*. Grotius, *Colonialism and Order in World Politics* (2002), s. 52-57; Tuck, yukarıda dn. 8, s. 89-93 ve 103-108; Yanagihara, 'Dominium and Imperium', in Y. Onuma (ed.), *A Normative Approach to War, Peace, War and Justice in Hugo Grotius* (1993), s. 151 ve 164. *Terra nullius* hakkında 17. yüzyıl yazarları için bkz. Pagden, yukarıda dn. 73, s. 76-77.

86 Grewe, yukarıda dn. 35, s. 548; Keene, yukarıda dn. 85, s. 60-96.

87 Castellino ve Allen, yukarıda dn. 3, 96-118; Fisch, 'Africa as Terra nullius: The Berlin Conference and International Law', in S. Forster, W.J. Mommsen, ve R. Robinson (eds.), *Bismarck, Europe and Africa* (1988), s. 349, 360.

88 Amerikan Federal Yasası kapsamında Amerikalı Kızılderililer uluslararası hukukun tam teşekküllü konuları arasında kabul edilmemiştir. Ancak bazı haklar sağlanmıştır. Böylelikle sadece keşif ve Avrupalıların Yeni Dünyaya gelmeleri için onların tüm haklarından mahrum edildiği algılanmadı. Ancak keşif, Avrupalı güçlerin Kızılderililerden toprak edinmeleri için sadece dışlanmalarına hizmet etmiştir: Anaya, yukarıda dn. 73, 16-18; Cohen, Felix S. Cohen's Handbook of Federal Indian Law (2nd ed., 1989), s. 46-66 ve 291-294; Green, 'Claims to Territory in Colonial America', Green Dickason, yukarıda dn. 73, 1 s. 81-84 ve 99-124

89 Castellino ve Allen, yukarıda dn. 3, 48-51; Fisch, yukarıda dn. 73, s. 87-91, 298-314, ve 349-377; Grewe, yukarıda dn. 35, s. 395-402 ve 545-550; Pagden, yukarıda dn. 73, s. 80-86. Daha önce işaret edildiği gibi, aynı zamanda gelecekteki uygulama Latin Amerika'nın yeni bağımsız devletleri tarafından 19. yüzyıl başlarında *uti possidetis* doktrininin tanıtımı yolu ile engellenmiştir. Ancak bu bazı Avrupalı güçler tarafından bazı kıta toprakları üzerindeki anlaşmazlıklarda uygulanmasını engelleyememiştir ve uluslararası hukuk kapsamında genel olarak göz ardı edilmesine kesinlikle neden olmamıştır. Castellino ve Allen, yukarıda dn. 3, esp. 77-79.



pozitif kanununda bir somutlaştırma olarak görülebilir<sup>90</sup>. Böylelikle 16. ve erken dönem 17. yüzyılda devletler hukuku yazarlarının bir cevap aradıkları soruya değinilmiş oldu. 'Hintliler' ve diğer Avrupalı olmayan toplumlar ile ilişkili olarak *ius commune*'nin bir parçası olarak ortaçağın *ius gentium*'u artık geçerliliğini yitirmişti. Doğal hukuk bunun yerini almıştı ve Latin Batı'nın ötesine geçecek şekilde yeni bir *ius gentium* oluşturulması için dayanak noktası hizmeti görecekti. Doğal hukukun bazı genel kaideleri baz alınarak daha detaylı bir evrensel kurallar bütünü oluşturulması gerekiyordu. Pratikte bu genel kaideler Hıristiyanlığın 'yasal deneyiminden' yani Thomist ahlak felsefesinin bilimsel geleneği ve *ius commune*'den alınmıştı. Roma hukukunun sunduğu çok sayıdaki teknik ve sofistike kural, prosedür ve konseptten genel prensipler ve kurallar türetildi. Teknik ayrıntılardan ise artık devletler hukukunun hazırlanması için bir yetkiye sahip olmayan pozitif hukukun bir parçası olarak vazgeçildi.

Bu genelleme süreci, kilise hukuku etkisi altında geç dönem ortaçağında *ius commune* geleneği bağlamında başlamış olan uzun ve kademeli sürecin devamından başka bir şey değildi. Bu süreçte Vitoria'nın doğal hukukta *occupatio*'yu haklı görmesi yeni ufuklar açıyordu ancak nihai değildi. Onun doğal hukuku, Hıristiyan ahlak nosyonlarından tamamen bağımsız olmaması bakımından daha evrensel doğal hukuk değildi. Onun hedefi, ahlak felsefesi ve doğal hukukun Thomist geleneğine dayalı doğal hukuk kaideleri ışığında Amerika yerlileri üzerinde kararlar verebilmektir<sup>91</sup>. Bununla birlikte, yerlilerin imparatorluk ya da papa yetkisine tabi oldukları nosyonunu reddetmiş ve böylelikle bu konsepti Roma hukukundan ayırmış ve teknik ayrıntılardan kurtarmıştır. Sadece Grotius'tan sonra doğal hukuk Hıristiyan ahlakı ve Thomist gelenekle yakınlığını azaltmış ve gerçek anlamda evrensel olarak algılanmıştır. Bu, eski adli nosyonların ayrılması sürecini hızlandıracaktı<sup>92</sup>.

18. ve 19. yüzyılın uluslararası hukukçuları toprak işgalini bir pozitif uluslararası hukuk konseptine dönüştürdüklerinde tarih döngüsünü tamamlamış oldu. Gaius, Roma'nın vahşi hayvanlar, balık ve benzeri ile ilgili *praetor peregrinus* uygulamasından tüm *res nullius*'un işgale açık hale gelmesini sağlayan 'doğal gerekçe' kaidelerini oluşturmuştu. 16. ve 17. yüzyıl yazarları da aynısını yapmıştı. Roma özel hukuku ile devletler hukuku arasındaki köprü doğal hukuktu. Modern devletler hukukunun kurucuları, Roma hukukunun teknik ayrıntılarından *ius commune* geleneğini arındırarak işgali doğal hukukun bir kaidesi olarak genel kural haline getirdiler. Bundan sonra uluslararası hukukçular bu konsept etrafında pozitif uluslararası hukukun belirli kurallarını oluşturabilirlerdi. Diğer bir deyişle, modern uluslararası hukukçular, Romalıların bir 'doğal hukuk' prensibi olarak ifade ettikleri şeyi genel prensip olarak benimsemiş ancak buna pozitif hukukta yeni bir uygulama alanı vermişlerdi.

*Ius gentium* etrafındaki yıllardır süregelen terminolojik karmaşa –evrensel özel hukuk mu yoksa devletler hukuku mu?- doğal hukuk ve yeni *ius gentium*'un kurallarının neler olduğunu belirlemek için Roma hukuku ve *ius commune*'nin kullanılmasını meşrulaştırmakta faydalıydı. Ancak aradaki boşluğu kapatan şey bunun doğal hukuk ile bağlantısıydı. Yeni *ius gentium*<sup>93</sup> (devletler hukuku), tıpkı eski Roma *ius gentium*'unun (özel hukuk anlamında) bazı Romalı hukukçular tarafından bağdaştırıldığı gibi artık doğal hukuku baz alıyordu<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Nitekim, Gaius'un doğal hukukla *ius gentium* arasındaki bağlantısı dikkate alınmaksızın, Roma *ius gentium*'unun işgal konusu pozitif (özel) hukukta ortaya çıkmıştır.

<sup>91</sup> A. Pagden, *The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology* (1982), s. 59-80; Pagden, 'Dispossessing the Barbarian: The Language of Spanish Thomism and the Debate over the Property Rights of the American Indians', in A. Pagden (ed.), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe* (1987), s. 79. Anghie ve Onuma, Vitoria'nın doğal hukuk ve doğal *ius gentium*'un evrenselliğini vurgulamıştır. Anghie, 'Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law', *5 Socl and Leg Stud* (1996) 321; Onuma, 'Eurocentrism in the History of International Law', in Onuma, yukarıda dn. 85, s. 371.un

<sup>92</sup> Bkz. Grotius'un ünlü fragmanı 'Etiamsi daremus', *De jure belli ac pacis*, Prol. 11. Genel olarak doğal hukuk sonraki evrimi, için bkz. Güncel eser, T.J. Hochstrasser, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment* (2000), ayrıca Onuma, yukarıda dn. 91; R. Tuck, *Natural Rights Theories. Their origins and development* (1979) ve Tuck, yukarıda dn. 8, ve burada belirtilen literatür.

<sup>93</sup> Vitoria, *De Indis* 3.1.2.

<sup>94</sup> Gaii Inst. 1.1, Inst. 1.2.1 ve Dig. 1.1.9. Bkz. Ayrıca, Rubin, 'International Law in the Age of Columbus', *39 NRIL* (1992) 25; Winkel, yukarıda dn. 42; Vitoria, *De Indis* 3.1.2.

## 5. KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI

Kazandırıcı zamanaşımı, uluslararası hukukta toprak işgalinin beş yolu arasında yer almaktadır. Bu uzun bir süre boyunca başka bir egemenliğe tabi olan topraklar için fiili egemenliğin barışçıl uygulamasının bir sonucu olarak tanımlanmıştır<sup>95</sup>. Bu *terra nullius* için geçerli değildir<sup>96</sup>. Doktrin zamanaşımı yoluyla işgalin üç farklı tipini tanımlamaktadır<sup>97</sup>. Bunlardan ilki ‘unutulmuş mülkiyet’ir. Bu, kökenleri hakkında belirsizlik olmasına yetecek kadar uzun bir süre boyunca yerinde olan bir şeyi kapsamaktadır. Legal ya da illegal olabilir ama legal olduğu varsayılır. ‘Unutulmuş mülkiyet’ Roma hukukundan türetilmemiştir. Ortaçağ gelenek hukukunda kökenleri bulunmaktadır, dolayısıyla da burada tartışılmayacaktır<sup>98</sup>. İkinci olarak, uluslararası hukukçuların Roma’nın *usucapio*’suna yakın olduğunu kabul ettikleri bir kazandırıcı zamanaşımı bulunmaktadır. Roma hukukunda *usucapio* altında işgalin koşulları Johnson’un sıraladığı şekliyle: ‘(a) mülkiyetinden şüphe edilen bir şey (*res habilis*); (b) bir satış, hediye veya miras gibi kusurlu olmasına rağmen bir çeşit hak (*Justus titulus*); (c) İyi niyet (*fides*); (d) fiziksel kontrolü ve sahibi olarak mülkiyeti altına alma niyetini (*animus*) ima edecek şekilde Mülkiyet (*possessio*); (e) Mülkiyet kanunlarca belirlenmiş bir süre boyunca kesintisiz olmalıdır (*tempus*)<sup>99</sup>. Üçüncü olarak, bu ikinci tipten *usucapio mala fide* ayrılabilir. Johnson, Roma hukukunun en azından bir davada buna izin verdiğini belirtmiştir<sup>100</sup>. Hem *usucapio bona* hem de *mala fide*’de zamanaşımı hakkın geçerli hale gelmesini sağlamaktadır ki –mülk sahibi bilinen ya da bilinmeyen- bu hak kökeni gereği kusurludur<sup>101</sup>. Grotius zamanından bu yana bu iki tipin içeriği ve işlevi hakkında kapsamlı tartışmalar gerçekleşmiştir ve Fedor von Martens (1845-1909) ve Alphonse Rivier (1835-1898) gibi 19. yüzyılın önde gelen uluslararası hukukçuları bunların uluslararası hukuktaki yerine itiraz etmiştir<sup>102</sup>. Johnson’a göre, ‘detaya gereğinden fazla ve prensibe yetersiz önem vermeleri’ nedeniyle bu hukukçular bunu yapmakta hatalıydı. Özel hukukun aksine uluslararası hukukun zamanaşımı için sabit süreler belirlemediği şeklindeki argümanlarını ele almıştır<sup>103</sup>.

Johnson, Brownlie ve diğer uluslararası hukukçuların *usucapio* olarak adlandırdıkları şeyin kökenleri Justinian öncesi klasik Roma hukukundadır. Bu *ius civile*’den alınmış bir konseptti ve *ius civile* altında mülkiyet hakkına tabi olan her şeyi ilgilendiriyordu. Dolayısıyla, İtalya’da bulunan topraklar (*praedia Italica*) gibi *res mancipi*’yi içermekteydi<sup>104</sup>. Justinian hukuku ise *usucapio*’yu sadece taşınır eşyalara uyguladı. Arazi gibi diğer mallar için aynı zamanda *justus titulus* ve *bona fides*’i de gerektiren *praescriptio longi temporis* bulunuyordu. 10 (İtalyan toprağı için) ya da 20 (eyalet toprakları için) yıl gibi bir zamanın geçmesi gerekiyordu. Bununla birlikte 30 yıllık *praescriptio longissimi temporis* de mevcuttu. Burada hiçbir mülkiyet hakkı gerekli değildi ve sadece iyi niyet olması halinde zamanaşımının kazandırıcı bir etkisi mevcuttu. Olmaması halinde ise 30 yıllık zamanaşımı sadece iskat ediciydi<sup>105</sup>. Ortaçağ ve erken dönem modern hukukçuların yeniden hayata geçirdiği Justinian hukuku konseptleri bunlardı. Ortaçağın hem medeni hem de kilise hukukçuları mülkiyet devri için

<sup>95</sup> Shearer, yukarıda dn. 52, s. 153.

<sup>96</sup> Shearer, yukarıda dn. 52, s. 153.

<sup>97</sup> Brownlie, yukarıda dn. 51, s. 154; Johnson, ‘Acquisitive Prescription in International Law’, 27 BYBIL (1950) 332.

<sup>98</sup> Lévy ve Castaldo, yukarıda dn. 68, s. 612.

<sup>99</sup> Johnson, yukarıda dn. 97, s. 334.

<sup>100</sup> Usucapio pro herede: Johnson, yukarıda dn. 97, s. 338.

<sup>101</sup> Jennings, yukarıda dn. 53, s. 21.

<sup>102</sup> F. von Martens, *Traité de droit international* (1883), s. 460-461; A. Rivier, *Principes du droit des gens* (1896), i, 182-183. Bkz. also Grotius himself: *De jure belli ac pacis*, 2.4.1, 7 ve 9, ve Judge Moreno Quintana in *Right of Passage over Indian Territory* (1960) [1960] ICJ Rep 88, s. 88

<sup>103</sup> Johnson, yukarıda dn. 97, s. 334.

<sup>104</sup> Kaser, yukarıda dn. 67, s. 418-425.

<sup>105</sup> Cod. 7.31.1 ve 7.39.8.1. Bkz. Lévy ve Castaldo, yukarıda dn. 68, s. 608-609; M. Kaser, *Romeins privaatrecht* (2nd ed., 1971), s. 125, ve *Das Römische Privatrecht* (2nd ed., 1975), ii, s. 285.

iyi niyeti gerektirmeyi sürdürdü. 17. ve 18. yüzyıllarda Antoine Loysel (1536-1617) ve Joseph Pothier (1699-1772) gibi önde gelen bazı hukukçular bu şartı kaldırdı. O zamandan sonra *praescriptio longissimi temporis mala fide* Medeni kanundaki yerini buldu<sup>106</sup>.

Zamanaşımı, 18. yüzyıldan çok önceki zamanlarda toprak üzerinde egemenlik devrinin bir yolu olarak kullanılmıştı. 14. yüzyılda Bartolus zamanlaşımını kamu makamına uygulamıştı. Bolonyalı hukukçuya göre İmparatorun belirli bir toprak üzerindeki evrensel otoritesi zamanlaşımı yoluyla kaybedilebilirdi<sup>107</sup>. Bartolus bu görüşü toprak devrinin farklı yolları üzerine bir tartışma bağlamında dile getirmemişti. Bartolus'un ifadeleri, İtalyan prenslerinin ve şehir cumhuriyetlerinin Roma İmparatoru'nun evrensel otoritesi karşısındaki bağımsızlığını korumaya hizmet eden *de facto* ve *de iure* yetki alanı ve egemenlik ayrımı bağlamında düşünülmelidir<sup>108</sup>. Geç Dönem Ortaçağın ve 16. yüzyılın birçok hukukçu ve kilise hukukçusu bu görüşü tekrarlamıştı<sup>109</sup>. Grotius toprak üzerinde egemenliğin devri için zamanlaşımının uygulanması hakkındaki şüphelerini ifade etti. Öncelikle zamanlaşımının doğal hukuk altında değerlendirilemeyeceğini belirtti. İkinci olarak ise bunun pozitif devletler hukuku altında uygulanıp uygulanamayacağını sorguladı. Kendi yasalarının egemen kanun koyucuları bağlamaması nedeniyle kendi davranışlarının onları bağlayacağını düşünmenin zor olduğunu iddia etti. Roma *ius civile*'ye ait olan kazandırıcı zamanlaşımı dolayısıyla devletler hukukuna uygulanamazdı<sup>110</sup>. 17. ve 18. yüzyıllarda zamanlaşımının doğal hukuk ve devletler hukuku altında uygulanması tartışma konusu olmaya devam etti<sup>111</sup>. 19. yüzyıl ve 20 yüzyılın başlarında, çoğu gelenek hukuku ülkelerinden gelen birçok uluslararası hukukçu tarafından toprak işgalinin bir yolu olarak kabul edildi<sup>112</sup>. Gelenek hukukunda zamanlaşımını belirten belirli bir süre olmaması ve geçen sürenin sadece bu durumun devam ettiğinin bir kanıtı olması nedeniyle uluslararası hukukta zamanlaşımının benimsenmesi gelenek hukukçuları için medeni hukuk ülkelerinden gelen meslektaşlarından daha kolaydı<sup>113</sup>. Bununla birlikte, zamanlaşımı Avrupa'nın eski kıta dışındaki genişlemesini meşrulaştıran önemli tartışmalarda yer almadı ve keşif çağı ve sömürgeleşme sırasında çok az pratik değere sahipti<sup>114</sup>.

<sup>106</sup> Art. 2262. Bkz. Lévy ve Castaldo, yukarıda dn. 68, s. 614-615. Benzer argümanlar, Castellino ve Allen, yukarıda dn. 3, 52-53; Johnson, yukarıda dn. 97, s. 338, 12 Levha Kanunları'nın zamanlaşımı ile mülkiyetin iyiniyetle kazanılması, uluslararası hukukun zamanlaşımı doktrininin oluşum döneminde Roma hukukunun tarihsel etkisi hakkındaki tartışmalarında önemsiz olarak kabul edilirdi.

<sup>107</sup> Bartolus ad Dig. 27.1.6. Bkz. Van der Heydte, yukarıda dn. 77, s. 449.

<sup>108</sup> Pennington, yukarıda dn. 78, s. 183; C. Woolf, Bartolus of Sassoferrato (1913), s. 108.

<sup>109</sup> Pennington, yukarıda dn. 78, s. 183; C. Woolf, Bartolus of Sassoferrato (1913), s. 108.

<sup>110</sup> Grotius, *De jure belli ac pacis* 2.4.12. Bkz. Y. Blum, *Historic Titles in International Law* (1965), 15-16. Oppenheim, Blum, s. 16-17, ve Johnston haklı olarak Grotius'un eski sahiplenmenin devletler hukukunun bir parçası olduğu düşüncesi ile ilişkilendirir. Bu hatalı başlığı düzeltmeye hizmet etmemiştir. Ancak devlet işlerinin kökeni konusunda ne kadar zamandan beri uygulandığı konusunda bir kesinlik yoktur. Grotius, geleneğe uygun olarak, bu tarihi, bir yüzyıl olarak kabul edilmiştir. Uluslararası hukukta gerçek karşılığı kanıtlanamamıştır. Blum, bu nedenle uluslararası hukukta gerçek değerine ilişkin Johnston'ın görüşüne katılmıştır. Grotius, *De jure belli ac pacis* 2.4.11; Johnson, yukarıda dn. 97, s. 334; L. Oppenheim, *International Law* (1905), ii, s. 705.

<sup>111</sup> S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* (1688), 4.12 (Classics of International Law 17 (1934)); C. Wolff, *Ius naturae et gentium methodo scientifica pertractatum* (1749-1764), 3.7 (Classics of International Law 13 (1934)); Vattel, *Le droit des gens* 2.11.

<sup>112</sup> S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* (1688), 4.12 (Classics of International Law 17 (1934)); C. Wolff, *Ius naturae et gentium methodo scientifica pertractatum* (1749-1764), 3.7 (Classics of International Law 13 (1934)); Vattel, *Le droit des gens* 2.11.

<sup>113</sup> P. Fauchille, *Traité de droit international public* (8th ed., 1925), ii, 760-761; W.E. Hall, *A Treatise on International Law* (8th ed., 1924), s. 143; M. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926), s. 178; R. Phillimore, *Commentaries upon International Law* (3rd ed., 1879), i; J. Westlake, *International Law* (1904), i, 92-94; H. Wheaton, *Elements of International Law* (1860), paras. 164-165.

<sup>114</sup> Amerikan yasaları kapsamında, eski bir sahiplenme türü, Kuzey Amerika Kızılderililerine yapılmıştı. Bkz. Berman, 'The Concept of Aboriginal Rights in the Early History of the United States', 27 *Buffalo Law Review* (1978) 637; Cohen, yukarıda dn. 88, s. 291-294; Morris, 'International Law and Politics. Towards a Right of Self-Determination for Indigenous Peoples', in M.A. Jaimes (ed.), *The State of Native America. Genocide, Colonization and Resistance* (1992), s. 53, 64.

Bu durum günümüzde de farklı değildir. Yakın zamandaki uluslararası hukuk uygulamalarında *praescriptio bona* veya *mala fide*'nin saf bir uygulamasının örneği bulunmamaktadır<sup>115</sup>. Kazandırıcı zamanaşımı kusurlu bir hakkın sahibinin haklarını onaylamaya yaramaktadır. Uzun bir süre için toprakların barışçıl bir şekilde<sup>116</sup> mülkiyetini kanıtlayabilen devlete bu hakkı vermesi beklenmektedir. Hakkını geçersiz hale getireceği diğer devletlerin iddia ya da haklarının değerlendirilmesini içermemektedir. Ancak uluslararası mahkemeler ya da hakemlerin önüne getirilen her dava farklı devletlerin rakip egemenlik ve mülkiyet haklarının birbirleriyle karşılaştırılmasını gerektirmiştir<sup>117</sup>. Bunun sonucunda Roma'nın *usucapio*'sunun tek hak sahibini ele aldığı gibi bir 'kazandırıcı zamanaşımının' söz konusu olduğu uluslararası bir karar örneği bulunmamaktadır. Kısacası, *usucapio* bakımından 'zamanaşımı' toprak üzerinde ihtilafların çözümü amacıyla fazlasıyla otoriter ve yetersiz bulunmuştur. Daha kapsamlı bir kategoriye ihtiyaç olmuştur.

Ancak bu kazandırıcı zamanaşımının uluslararası hukuku şekillendirmekte hiçbir rol oynamadığı anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda uluslararası hukukun 'Roma hukuku kategorilerindeki kökenlerini bırakmaya' başladığı söylenmektedir<sup>118</sup>. Kazandırıcı zamanaşımı kendi kaynaklarından, 'Devlet otoritesinin barışçıl ve devamlı sergilenmesi' ya da 'etkin işgal' olarak bilinen farklı bir şeye dönüştü. Bu doktrinin hazırlanması sırasında zamanaşımı işgal *sensu stricto* ile birlikte rol aldı. Uluslararası hukuk doktrini kazandırıcı zamanaşımını işgalden ayırmaktadır. İşgal *terra nullius*'i ilgilendirirken zamanaşımı daha önce üzerinde başka bir devletin egemenlik kurmuş olduğu bir toprağı ilgilendirir<sup>119</sup>. Bununla birlikte bu iki konseptin ortak bir temeli bulunmaktadır. Her iki durumda da toprağın etkin işgali söz konusudur. *Terra nullius* durumunda Roma'nın *occupatio* konseptinin bir analojisi söz konusuysen zamanaşımı durumunda etkin işgal altında Roma'nın *possessio* konseptini ifade etmektedir<sup>120</sup>.

Zamanaşımının genişletilmesi kazandırıcı zamanaşımının aralarında Paul Fauchille'nin (1858-1926) de bulunduğu ilk savunucuları için oldukça açıktı<sup>121</sup>. Fauchille uluslararası hukukta kazandırıcı zamanaşımı için dört koşul belirlemiştir. Bunlardan ilki mülkiyet hakkının à titre de *souverain* olarak uygulanması gerekmesidir. Devlet sadece devlet egemenliği göstermekle kalmaz aynı zamanda ilgili toprak üzerinde başka bir devletin egemenliğini de belirleyemiyor olmalıdır. İkinci olarak mülkiyet barışçıl ve kesintisiz olmalıdır. Bu en aşırı yorumuyla mülkiyetin değişmeden kalması gerektiği anlamına gelmektedir. Üçüncü olarak mülkiyet kamusal olmalıdır. Dördüncüsü ise mülkiyet sürmelidir<sup>122</sup>. Fauchille bu koşulları Fransız Medeni Kanunundan almıştır<sup>123</sup>. Bunlar bize Roma mülkiyet hukukundaki *nec vi, nec clam, nec precario* sözünü hatırlatmaktadır<sup>124</sup>. Ancak Fauchille mülkiyetin ne *bona fide* (iyi niyetli) olduğunu ne de ortada bir *justus titulus* olup olmadığını göz önünde bulundurmamıştır. Fauchille bu konsepti devletlerin amaçlarına daha uygun hale getirmek için kazandırıcı zamanaşımını etkin işgale son derece yakın bir şeye indirgemıştır ve bu daha sonra uluslararası mahkemeler ve hakemler tarafından geliştirilmiştir. Sonraki yazarlar da bu örneği takip etmiştir<sup>125</sup>. Birer koşul olarak *justus titulus* ve *bona fides*'yi bir kenara bırakmış ve belirli bir geçmesi

<sup>115</sup> S. Sharma, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law* (1997), s. 113.

<sup>116</sup> Bkz. Oppenheim, yukarıda dn. 53, s. 294.

<sup>117</sup> Verzijl, yukarıda dn. 96, s. 381-383.

<sup>118</sup> By Hersch Lauterpacht: bkz. R. Jennings ve A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (9th ed., 1992) i, s. 708. Bkz. ayrıca, Pinto, 'La prescription en droit international', 87 RCADI (1955) 387, s. 397.

<sup>119</sup> Brownlie, yukarıda dn. 51, s. 139.

<sup>120</sup> Ibid., s. 138-139.

<sup>121</sup> Diğer örnekler için bkz. Blum, yukarıda dn. 110, s. 19-20.

<sup>122</sup> Fauchille, yukarıda dn. 112, s. 760-761. Dördü de uyarlanmıştır, Johnson, yukarıda dn. 97, s. 343.

<sup>123</sup> Art. 2229.

<sup>124</sup> Kaser, yukarıda dn. 67, s. 396-397.

<sup>125</sup> Sharma, yukarıda dn. 115, s. 115.

gereken zaman bulmakla meşgul olmuşlardır<sup>126</sup>. Sonunda, egemen otoritenin uygulanması bakımından barışçıl ve kesintisiz mülkiyet - *corpore ve animo* - devam ettirilmiştir.

1900'lü yıllarda şehir mahkemelerinde birçok uluslararası hakem kararı ve davada toprak ihtilafı için 'zamanaşımı' kullanılmıştır<sup>127</sup>. Burada da Roma hukukundan daha geniş bir kategori haline gelmiş ve etkin işgale yaklaşmıştır. Zamanaşımı terimi mahkemeler veya hakemlerin kendileri tarafından uluslararası forumlarda kullanılmamıştır. İngiliz Guyanası ve Venezüella Arasındaki Sınır İhtilafında (1899) Phillimore tarafından zamanaşımı için öne sürülen koşullar şu şekildeydi: 'tanınma, süregelen işgal, kesintinin olmayışı, işgücü ve sermaye kullanımı ile genellikle ahlaki ve legal açıdan şüphe olmayışı...ya da daha önceki mülk sahibinin mülkiyet haklarını kullanmaya çalışmamış olması'<sup>128</sup>. *Grisbadarna*'da (1909) ise taraflar iddialarını zamanaşımı üzerine kurmuştur. Her ne kadar hakemler zamanaşımı terimini kullanmamış olsalar da 'bunun köklü bir prensip olduğunu ve düzeni değiştirmekten mümkün olduğunca kaçınılması gerektiğini' kabul etmişlerdir<sup>129</sup>. *Chamizal*'da (1911) ABD Meksika sınırındaki ihtilafı bölge üzerinde zamanaşımına dayandırarak hak iddia etmiş ve bu bölgeyi 1848'den beri 'kesintisiz, rahatsız edilmemiş ve üzerinde hak iddia edilmemiş' mülkiyeti olarak tanımlamıştır. Hakemler 'zamanaşımı hakkının devletler hukukunun kabul edilen bir prensibi olup olmadığını tartışmaya gerek duymaksızın' mülkiyetin ABD'nin ileri sürdüğü koşulları sağlamaması nedeniyle bu talebi reddetmiştir. Onlara göre toprağın mülkiyeti barışçıl olmalıdır. Bu ifade sadece şiddet olmamasından daha fazlasını ima etmekteydi; zamanaşımını önlemek için diplomatik protesto çekilmişti. Mülkiyet mülk sahibinin egemenliğini göstermesini gerektiriyordu; diğer taraf buna itiraz edemezdi. Dolayısıyla 'barışçıl' burada karşı tarafın rızası anlamına gelmektedir<sup>130</sup>. Diğer birçok şehir ve uluslararası davada zamanaşımına dayanan iddianın değerlendirilmesinde karşı tarafın rızası önemli bir unsur olduğunu kanıtlamıştır<sup>131</sup>.

*Las Palmas Adası* (1928) etkin işgal doktrini için klasik bir referans noktasıdır. Hakem Max Huber zamanaşımı ve işgalin ortak bir özü olduğu ve bunun barışçıl mülkiyet olduğunu belirtmiştir. Huber bu mülkiyete bağımsız olarak hak oluşturma yetkisini vermiştir. İşgal veya mülkiyet davaları böylelikle bu hakkı meydana getiren unsurlar haline gelmiştir. Zamanaşımı bağlamında bu davalar sadece mülkiyeti teşkil eden bulgular ve dolayısıyla da zamanaşımının koşuludur<sup>132</sup>. Günümüzde 'bölgesel egemenliğin sürekli ve barışçıl göstergesi' olarak adlandırılan mülkiyet unsuru Rom hukukundaki kaynağının ötesine geçebilmiştir<sup>133</sup>. *Doğu Grönland* (1931) davasında Kalıcı Uluslararası Adalet Divanı 'otoritenin kesintisiz sergilenmesinin' oluşabilmesi için 'egemenliği uygulama niyeti ve isteği ve böylesi bir otoritenin bazı fiili uygulamalarının' gerektiğini belirtmiştir<sup>134</sup>. Buradaki niyet unsuru, *animus*, olumsuz ve olumlu yönleri sahiptir: İşgal eden devlet egemenlik iddia etmelidir ve başka bir devletin egemenliğini kabul edemez<sup>135</sup>. İşgal ya da mülkiyetin maddi unsurunun 'bölgesel egemenliğin sergilenmesi' ile sınırlandırılmış olması etkin işgali özel hukuktaki kökenlerinden daha da uzaklara taşımıştır<sup>136</sup>. Bununla birlikte, kendilerini temsilen özel kişilerin yerleşik yaşamı -devlet yetkisi ile olması dışında- ve keşif

<sup>126</sup> Becket, 'Questions d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale', 50 RCADI (1934) 192, s. 249; Lindley, yukarıda dn. 112, s. 178; H. Lauterpacht (ed.), Oppenheim's International Law (8th ed., 1948), s. 526-527; Schwarzenberger, 'Title to Territory : Response to a Challenge', in L. Gross (ed.), International Law in the Twentieth Century (1969), s. 287; P.A. Verykios, La prescription du droit international public (1934).

<sup>127</sup> Bir araştırma için bkz. Blum, yukarıda dn. 110, s. 20-34. Zamanaşımı, ayrıca ikili görüşmelerde ilan edilir ve bir anlaşmada kabul edilirdi. Ancak bu daha çok genel olarak 19. yüzyılda uluslararası hukukun bir kuralı gibi kabul görmediğinin tespitine hizmet ederdi. Blum, yukarıda dn. 110, s. 34-37; Settlement of the Boundary between British Guiana and Venezuela of 2 February 1897, 89 BFSP 57.

<sup>128</sup> 92 BFSP 944. Bkz. Phillimore, yukarıda dn. 112, para. 260.

<sup>129</sup> RIAA 11, s. 155, 161. Bkz. H. Lauterpacht, yukarıda dn. 2, s. 264-265.

<sup>130</sup> RIAA 11, s. 309, 328.

<sup>131</sup> MacGibbon, 'The Scope of Acquiescence in International Law', 31 BYbIL (1954) 143, s. 154.

<sup>132</sup> Jennings, yukarıda dn. 53, s. 23-26.

<sup>133</sup> RIAA 2, s. 829, 839.

<sup>134</sup> PCIJ A/B No. 53, s. 45-46

<sup>135</sup> Brownlie, yukarıda dn. 51, s. 140; Fitzmaurice, yukarıda dn. 20, ve 32 BYbIL (1955-1956) 56.

<sup>136</sup> Değerlendirme ile ilgili bkz. Sharma, yukarıda dn. 115, s. 97-98.

etkin işgal altında değerlendirilmektedir. Ancak Huber'in de belirttiği üzere 'bölgesel egemenlik göstergesini' neyin oluşturduğu davanın belirli koşulları ışığında değerlendirilmelidir:

Bölgesel egemenliğin sergilenmesi zaman ve yerin koşullarına göre farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Her ne kadar prensipte sürekli olsa da egemenlik toprağın her noktasında ve her an uygulanamayabilir<sup>137</sup>.

Huber, sürekli ve barışçıl egemenlik gösterilerinin 'sözde zamanaşımı' olduğunu söylerken uluslararası hukukun özel hukuktaki zamanaşımına yaklaşamayacağını ima etmeye çalışmış gibi görünmektedir<sup>138</sup>.

Etkin işgal doktrini uluslararası yasal uygulamaları açıklamakta uzun yol kat etmektedir<sup>139</sup>. Hem terra nullius'un işgali hem de kazandırıcı zamanaşımı doktrinlerinin unsurları üzerine kurulmuştur ve aynı anda bunları içine almaktadır<sup>140</sup>. Uluslararası mahkemeler ve hakemler gerçekte tarafların iddialarını tartmak için çok daha farklı kriterler kullanmaktadır ve bunlara davanın koşullarına uygun olarak ağırlık vermektedir. Mülkiyet ve egemenliğin uygulanması tanınma, rıza, önleme, yerel halkın tercihleri, coğrafi, ekonomik ve tarihsel hususlar arasında sadece ikisidir<sup>141</sup>.

Roma hukukundan türetildiği üzere kazandırıcı zamanaşımı etkin işgal doktrininin oluşturulmasında esas olmuştur. Bu aynı zamanda Uluslararası Adalet Divanının uygulamalarında da görülmektedir. Doktrin Divan tarafından uygulanmasındaki mevcut rolü nedir? Arazi ve toprak ile ilgili davaların hiçbirinde dava kazandırıcı zamanaşımı yönünde ilerlememiştir. Bazı bireysel fikirler kazandırıcı zamanaşımının uluslararası hukuk altında tanınmış olup olmadığı konusunda çelişkiler ortaya koymaktadır. *Nikaragua* (1986) davasında Yetki Alanı ve Kabul Edilebilirlik üzerine Karar için farklı fikirde olan Hakim Mosler kazandırıcı zamanaşımının Yönetmeliğin Madde 38, paragraf 1(c) altında genel bir hukuk prensibi olduğunu ve zamanaşımının resmi yasaların eksikliklerine çözüm sunabileceğini belirtmiştir<sup>142</sup>. Ancak Toprak, Ada ve Denizcilik Sınırları (1992) davasındaki farklı görüşüyle Hakim Torres Bernardez kazandırıcı zamanaşımını 'kişisel olarak uluslararası hukukun köklü bir parçası olduğunu kabul etmekte zorlandığım son derece tartışmalı bir konsept' olarak nitelendirmiştir<sup>143</sup>.

Etkin işgalin önemli bir rol oynamış olduğu çok sayıda arazi toprak davası bulunmaktadır. *Minquiers ve Ecrehos* (1953) davasında ICJ Fransa ve İngiltere'nin Kanal içerisindeki bu adalar üzerindeki tarihsel haklarını 13. yüzyıla kadar geri dönük olarak tartmıştır<sup>144</sup>. Divan hangi tarafın mülkiyet hakkına (egemenlikle eşanlamlı bir konsept) sahip olduğunu analiz etmiştir. Feodal haklardan hidrografik incelemelere kadar farklı türlerden fiili ve adli unsurlar hesaba katılmıştır.

Divan bir 'hükümünü' tanımlamamış olsa da Kararını, Divana göre bir hak teşkil edecek unsurlardan sonuç çıkarabileceği bulgulara dayandırmıştır. Hukuk ve doktrinde daha önce belirtilmiş olduğu üzere mülkiyet egemenliğin uygulanması anlamına gelmektedir. Hem fiili hem de kasti unsurlar söz konusuydu. Divan devlet faaliyetlerine odaklanmış olsa da aynı zamanda devletin egemenliğini uygulama istediğini kanıtlayan bazı eylemleri de göz önünde bulundurmıştır. Divanın 'mülkiyet' ve 'egemenlik' adını verdiği şeyin etkin işgalden aşağı kalır yanı yoktu<sup>145</sup>.

<sup>137</sup> RIAA 2, 840. Bkz. also: Brownlie, yukarıda dn. 51, s. 141-143; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court of Justice* (1958), s. 240-242, ve 'Sovereignty over Submarine Areas', 27 *BYBIL* (1950) 415.

<sup>138</sup> RIAA 2, s. 840.

<sup>139</sup> Belçikalı uluslararası avukat Charles De Visscher daha geniş bir kategori oluşturmuştur: Tarihi başlıkların konsolidasyonu. Ona göre ratio legis kavramı "düzen ve barış açısından toprak durumlarının istikrarının temel konusu" idi. Aynı zamanda terra nullius ve deniz bölgelerine ilişkin olabilir, yukarıda dn. 21, s. 199. Bu görüşe aşağıdaki kararlarda başvurulmuştur. *Anglo-Norwegian Fisheries* (1951) [1951] ICJ Rep 116, s. 138. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (2002), available at [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org), para. 65.

<sup>140</sup> N. Hill, *Claims to Territory in International Law and Relations* (1945), s. 157.

<sup>141</sup> Munkman, yukarıda dn. 58, s. 95.

<sup>142</sup> [1984] ICJ Rep 461, s. 464

<sup>143</sup> [1992] ICJ Rep 629, s. 678.

<sup>144</sup> 'Mahkeme karşı tarafın iddialarının göreceli etkisini değerlendirmek için toplanmıştır . . .': [1953] ICJ Rep 47, s. 67.

<sup>145</sup> *Ibid.*, s. 53.

1960'lı yıllarda etkin işgal çok sayıda davada referans olmuştur<sup>146</sup>. ICJ, etkin işgal yoluyla hak kazanımının koşullarını açık bir şekilde belirtmeyerek *Minquiers ve Ecrehos* davasındaki uygulamasını devam ettirmiştir. Divanın kanunda zamanaşımı ve mülkiyet ile ilgili olarak yarattığı bu belirsizliğin bir örneği *Hint Bölgesinden Geçiş Hakkı* (1960) davasıdır. Portekiz, egemenlik iddia ettiği ve Hint toprakları ile çevrili yerli bazı köylerden geçiş hakkı talep etmiştir. Divan 1779 seneli ve Portekiz'in egemenliğini savunurken kullandığı Antlaşmanın Hindistan tarafından yapılan yorumunu kabul etmiştir. Hindistan ve Divana göre bu Antlaşma sadece bu köylerden vergi alınması hakkını vermektedir. Ancak İngiltere Hindistan üzerinde egemenlik kurduğu zaman:

Portekizlilerin bu köyleri işgal etmiş olduğunu ve bu köyler üzerinde otoritelerini uygularken gördüler ve onları bıraktılar. Portekiz bu köyler üzerinde egemenliğini sürdürdü. Maratha hanedanlığının varisleri olarak İngilizler egemenlikleri iddia etmediler ne de Portekizlilerin kendileri üzerindeki egemenliğini açıkça kabul ettiler. Portekizlilerin bu köyler üzerindeki özel otoritesi hiçbir zaman sorgulanmadı. Dolayısıyla Portekiz'in bu köyler üzerindeki egemenliği İngilizler tarafından fiili ve dolaylı olarak ve bunu takiben de Hindistan tarafından açıkça olmasa da kabul edilmiş oldu. Dolayısıyla Maratha'da bulunan köyler Hindistan toprakları içerisinde Portekiz yerleşimleri özelliğini kazandı<sup>147</sup>.

Bu karar göre Portekiz köyler üzerindeki egemenliğini İngiltere'nin ve Hindistan hükümetinin rızası ile İngiltere'nin yanlış anladığı bir durum karşısında kazanmıştır. Ancak Divan toprak egemenliği kazanırken hangi yolun izlendiğini belirtmemiştir. Rıza (sürekli ve barışçıl egemenlik göstergesi) gibi etkin işgal unsurları sunulmuştur ancak Divan kararı için hukuki bir dayanak belirtmeyi tercih etmemiştir<sup>148</sup>.

Bununla birlikte, bu ve daha sonraki davalarda Divan bu koşulları kullanımı bakımından tutarlı veya açık olmamıştır<sup>149</sup>. Divan, kararlarında taraflarca ileri sürülen iddialara yanıt vermektedir ve çoğunlukla da bunların terminolojisini benimsemekten öteye gitmemektedir. Etkinlik, mülkiyet, toprak egemenliği gösterilmesi, etkin işgal ve etkin yönetimin hepsi fazla fark gözetilmeksizin kullanılmıştır. Kişi bunların geniş anlamda 'etkin işgal' doktrininin şartları olduğunu söyleyebilir. Zaman içerisinde *etkinlik* tercih edilen terim halini almıştır.

Geçtiğimiz 20 sene içerisinde Divan etkin işgal doktriniyi daha fazla aydınlatmıştır. Öncelikle, Divan etkin işgali meydana getiren eylemlerin kesin bir tanımını kullanmamaktadır çünkü bu tanımlı yapamamaktadır. *Minquiers ve* davasında olduğu gibi Divan etkin işgali görelî koşullar altında değerlendirmektedir. Tarafların ileri sürmüş olduğu farklı *etkinlikleri* tartmaktadır. Buna tarafların olumlu eylemlerinin, ne de diğer tarafın eylemlerine verdikleri tepkilerin ya da tepki vermemelelerinin (rıza) bir değerlendirmesini içermektedir<sup>150</sup>. Ortada mutlak ön şartlar değil sadece görelî ön şartlar bulunmaktadır. Bu mantıksal ve zorunlu olarak 'barışçıl' mülkiyet (rıza) şartı ile de ilgilidir. Bu, Fauchille ve diğer yazarların yanı sıra *Chamizal* davasının hakemlerinin yorumladığı şekliyle zamanaşımından farklıdır. Rıza önemli olsa da tarafların eylemleri tartılırken göz önünde bulundurulacak unsurlardan sadece biridir<sup>151</sup>.

İkinci olarak, bazı yakın zamanda görülen davalarda Divan'ın *etkinliği* değerlendirirken kullandığı kriterler hakkında az da olsa daha fazla bilgi verilmiştir. Yetki alanının kullanılması dahil eylemler

<sup>146</sup> Böyle bir hakimiyet için, *Certain Land* (1959), *Right of Passage* (1960), *Temple of Preah Vihear* (1962).

<sup>147</sup> [1950] ICJ Rep 39

<sup>148</sup> Thirlway'a göre, daha az başlık bulunduğundan, vergi koyma hakkı bakımından zamanaşımı, özel hukukta bilindiği üzere, uygulanamazdı. Bu gerçek ortada iken bir kimse zamanaşımı yolu ile az sayıdaki başlığın hatalı başlığı geçerli kılınmasına katkı sağladığını ileri sürebilirdi. Bu özel hukukta zamanaşımı konusuna yakın bir durum meydana getirir. Her durumda mahkeme, bu tartışmalara müdahil olmadı. Thirlway, yukarıda dn. 20, 66 BYBIL (1995) 14.

<sup>149</sup> 1962 yılından sonraki etkin işgali kapsayan davalar: *Frontier Dispute* (1986), *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (1992), *Territorial Dispute* (1994), *Kasikili/Sedudu Island* (1999), *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (2001), *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (2002), *Sovereignty over Pulau Litigan and Pulau Sipadan* (2002).

<sup>150</sup> Jennings, yukarıda dn. 53, s. 6 ve 13; Post, yukarıda dn. 113, s. 154.

<sup>151</sup> Sharma, yukarıda dn. 115, s. 100 ve 108-110. Bkz. *Land, Island and Maritime Frontier* (1992) [1992] ICJ Rep 351, s. 577; *Territorial Dispute* (1994) [1992] ICJ Rep 6, s. 55.

ihtilaflı toprakların kendisi ile ilgili olmalıdır<sup>152</sup>. Bunlar devletin kendisinin egemenliğini uyguladığı eylemler<sup>153</sup> ya da devlet tarafından izin verilen bireysel eylemler<sup>154</sup> veya devlet tarafından ruhsat verilmiş kuruluş ve şirketlerin eylemleri olabilir<sup>155</sup>. Doğu Grönland davasında belirtilen hususlar ışığında Divan, bazı durumlarda –çok küçük bir ada üzerindeki ihtilafta olduğu gibi- az sayıda eylemin yeterli olabileceğini birçok durumda kabul etmiştir<sup>156</sup>.

Üçüncü olarak Sınır İhtilafında (1986) Divan hak iddiaları ve mevcut hakka rıza gösterilmesi bakımından etkin işgal iddialarının görece konumunu açıklığa kavuşturmuştur. Divan sadece davacıardan hiçbirinin bir hak sahibi olmaması halinde *etkinliklerin* tartılmasına başvurduğunu belirtmiştir<sup>157</sup>. Bu durum Divanın 2002’de verdiği iki kararda açıkça görülmektedir. *Kamerun ve Nijerya arasında Toprak ve Deniz Sınırları* (2002) davasında davacıardan birinin ihtilaflı bölgeler üzerinde geleneksel bir hakka sahip olması nedeniyle ICJ etkin işgale fazla değer atamamıştır<sup>158</sup>. *Pulau Litigan ve Pulau Sipadan üzerinde Egemenlik* (2002) davasında Divan taraflardan hiçbirinin hak sahibi olmadığını görmüş ve dolayısıyla da etkinlik, etkin işgalin kanıtı olarak tartılmıştır<sup>159</sup>.

Etkin işgalin toprak işgalinin ayrı ve bağımsız bir yoluna dönüşmüş olduğu görülmektedir.

Dördüncü olarak, ilgili ICJ davalarının incelenmesi bize etkin işgal veya etkinliğin başlıca unsurunun bölgesel yetki alanının veya egemenliğin (*corpus*) etkin bir şekilde kullanılması olduğunu göstermektedir<sup>160</sup>. Farklı davalarda Divanın göz önünde bulundurduğu bulgulardan egemenlik uygulama niyetinin de dolaylı olarak dikkate alındığı açıktır (*animus*). *Pulau Litigan ve Pulau Sipadan üzerinde Egemenlik* (2002) davasında Divan eylemlerin ‘egemenliği uygulama niyetini yansıtan *a titre de souverain* eylemler’ olması gerektiğini açıkça belirtmiştir<sup>161</sup>.

Egemenliğin bölgesel yetki alanının kullanılması bakımından etkin işgal mülkiyet hukukundaki mülkiyet ile aynı anlamdadır<sup>162</sup>. Etkin işgal doktrini, egemenlikle aynı anlamdaki mülkiyet unsurundan ziyade özel hukuktaki zamanaşımından daha fazla etkilenmektedir. Teorik olarak etkin işgalin zamanaşımını kapsamayacağı ve geçici işgalin yeterli olabileceği düşünülebilecek olsa da Divan ve çoğu akademisyen bu yaklaşımı benimsememiştir. Devletin bir toprak üzerinde etkin kontrol sağlayıp sağlamadığını belirlemek için Divan genellikle devletin belirli bir süre zarfındaki eylemlerini inceler<sup>163</sup>. Bununla birlikte, her ne kadar Divan bu konuları açıkça beyan etmemiş olsa da gerçekler ve iddiaların tartılması sırasında egemenliğin uygulanmasının barışçıl olup olmadığı, kesintisiz olup olmadığı, kamusal olup olmadığı da önem kazanır. Sık sık alıntı yapılan *Las Palmas Davasında* kullanıldığı üzere ‘sürekli ve barışçıl egemenlik gösterisi’ halihazırda tüm bu koşulları kapsamaktadır.

Ancak burada zamanaşımı herhangi bir Roma hukuku uygulamasını meydana getirmemektedir. Belirli süreler bulunmamaktadır. Ne de mülkiyetin kamusal ya da barışçıl ya da sürekli niteliği mutlak

<sup>152</sup> Pulau Litigan and Pulau Sipadan üzerinde egemenlik, www.icj-cij.org, para. 136.

<sup>153</sup> Minquiers ve Ecrehos [1953] ICJ Rep 47, s. 65 ve 69.

<sup>154</sup> Pulau Litigan ve Pulau Lipadan üzerinde egemenlik, www.icj-cij.org, para. 140

<sup>155</sup> Kasikili/Sedudu Island [1999] ICJ Rep 1045 ve 1105.

<sup>156</sup> Maritime Delimitation ve Territorial Questions, Qatar ve Bahrain arasında (2001), www.icj-cij.org, para. 197; Pulau Litigan ve Pulau Sipadan üzerinde egemenlik, (2002), www.icj-cij.org, para. 147, Eastern Greenland’la ilgili, para. 134. Bkz. also Clipperton Island (1931) hiç yerleşilmemiş ada için: RIAA 22, 1107.

<sup>157</sup> [1986] ICJ Rep 587.

<sup>158</sup> www.icj-cij.org, paras. 68-70 ve 223-224.

<sup>159</sup> www.icj-cij.org, paras. 134-149.

<sup>160</sup> Frontier Dispute (1986) [1986] ICJ Rep 586. Maritime Delimitation ve Territorial Question, Qatar ve Bahrain arasında (2001), www.icj-cij.org, para. 96.

<sup>161</sup> www.icj-cij.org, para. 141, s. para. 134.

<sup>162</sup> Post, yukarıda dn. 113, s. 158 ve 166-169. Brownlie common law sisteminde daha iyi bir sahiplenmenin olduğundan söz eder: yukarıda dn. 51, s. 124.

<sup>163</sup> [1960] ICJ Rep 40.



bir koşuldur. Tarafların iddiaları tartılır ve egemen devlet olarak en ikna edici davranışa sahip, en ikna edici kanıtları sunan taraf davayı kazanır –rıza da dahil olmak üzere. Dolayısıyla etkin işgal, Roma hukukunun *usucapio*, *praescriptio longi terminis* ve hatta *praescriptio longissimi terminis* ile ilişkili teknik ayrıntılarının çoğundan sıyrılmıştır. Bu genelleme süreci tarihsel olarak özel hukukta olan şey ile benzerlik göstermektedir. Klasikten Justinian'a Roma hukukunda böylesi bir evrim zaten gerçekleşmişti. 18. yüzyıla gelindiğinde medeni hukukçular, mülkiyetin *mala fide* olması halinde dahi zamanaşımının 30 yıl sonunda hak ile sonuçlanabileceğini kabul etmişlerdir. Modern ve mevcut uluslararası hukukçuların kazandırıcı zamanaşımından anladıkları şey Romalı hukukçular için anlaşılır olmayabilirdi ancak bu dönüşüm süreci medeni hukuk geleneğinde meydana gelen şey ile benzerlik göstermektedir.

Etkin işgal doktrininin kazandırıcı zamanaşımına özel hukuka daha sadık ayrı bir kategori olarak yer verip vermeyeceğini ileride göreceğiz. Bazı ders kitaplarında zamanaşımı ayrı bir kategori olarak adlandırılıyor olsa da bunun etkin işgal ile ilişkisinin ne olduğu açık değildir. Yukarıda da görüldüğü üzere meşru ya da kusurlu bir hakkın onaylanmasının bir yolu olarak pratik bir amaca hizmet etmemektedir<sup>164</sup>. Peki bunun içeriği tam olarak ne olacaktır? ICJ günümüze kadar bu konuya ışık tutmamıştır. *Kasikili/Sedudu* (1999) bu bakımdan ilgi çekicidir. Namibya, ihtilafın başladığı 1890 antlaşmasına alternatif bir hak olarak 'zamanaşımına' başvurdu. Bununla birlikte, Namibya'nın kazandırıcı zamanaşımından kastı Fauchille'nin dört koşulunu tekrarlarken anlamış olduğu şeyden başka bir şey değildi. Daha önce de belirtildiği üzere bu özel hukuktan 'kazandırıcı zamanaşımı' değil, hafifletilmiş ve uluslararası hukuk bağlamına adapte edilmiş bir şeydir. Namibya'nın iddia ettiği hak 'zamanaşımı' olarak adlandırılın ya da adlandırılmasın, bunun etkin işgalden ayrılıp ayrılmayacağı Divanın ele almadığı sorulardır. ICJ, tarafların zamanaşımının uluslararası hukukun bir kuralı olduğunu kabul ettiklerini belirterek tartışmadan kaçınmıştır. Bununla birlikte, hakimler Namibya'nın ileri sürdüğü dört şartı kendisinin yerine getirmedeğini bulmuşlardır<sup>165</sup>.

## 6. SONUÇ

Roma hukukunun mevcut uluslararası hukukta oynamış olabileceği üç potansiyel rol hipotezler yoluyla tanımlanmıştır. Öncelikle, hem işgal hem de zamanaşımı 16. ve 17. yüzyılın modern devletler hukukunun kurucuları tarafından tartışılmıştır. Bu ilk modern 'uluslararası hukukçuların' hala *ius commune*'den *ius gentium*'u soyutlama, genel anlamda hukukun entelektüel çerçevesinden devletler hukukunu ayırma süreci içerisinde olmaları nedeniyle *ius commune* ve bunun Romalı unsurlarından ilham almak onlar için doğaldı. Bununla birlikte her iki durumda da tıpkı ortaçağda olduğu gibi Roma hukuk kurallarını prenseler ve insanlar arasındaki ilişkilere uygulamaya devam etmişlerdir. Dolayısıyla Roma hukuku, devletler hukukunun oluşturulmasında tarihsel bir rol oynamıştır. Burada kullanılan 'Roma hukuku'ndan kastedilenin ise *ius commune*'nin ortaçağ geleneğinin bir parçası olarak öğrenilmiş medeni hukuk olduğu düşünülmelidir. Bu 'Roma hukuku' tanımlanmış olan üç potansiyel işlevin ilkinin karşılamaktadır.

İkincisi, 16. yüzyıldan 20. yüzyıla hem işgal hem de zamanaşımı uluslararası ilişkilerin ihtiyaçlarına uymak üzere şekillendirilmiştir<sup>166</sup>. Genel anlamda bu, Roma hukuku altındaki kuralların kapsamı ve uygulamasını sınırlamış olan belirli teknik ayrıntıların bir kenara atıldığı ve konseptlerin genel prensipler olarak yeniden yapılandırıldığı anlamına gelmektedir. 18. yüzyıla kadar devletler hukuku yazarları Roma hukukundan saptıkları noktaları meşrulaştırmakla yükümlü hissetmişlerdi. Doğal hukukun entelektüel yapısı burada önemli bir amaca hizmet etmiştir. Bir ideal ve genel bir hukuk bütünü olarak pozitif hukukun tüm sistemlerini kapsamıştır. *Ius commune*'nin ortaçağ geleneğinden ve hümanist hukuk bilimi etkisi altında klasik ve Justinian dönemi Roma hukukundan alınmış kurallar ve konseptler ile doluydu ve bunlar daha soyut ve genel prensiplere dönüştürülmüştü. Bu-

<sup>164</sup> Brownlie, yukarıda dn. 51, s. 154. Brownlie bu kavramın herhangi bir Pratik kullanımını kabul etmez, s. 159 (bkz. n. 17 bu sayfada yazarla aynı düşünceyi paylaşanlar yer alır).

<sup>165</sup> www.icj-cij.org, para. 90. Bkz. also Castellino ve Allen, yukarıda dn. 3, s. 145-146.

<sup>166</sup> Uti possidetis ile ilgili benzer durum için: bkz. Castellino ve Allen, yukarıda dn. 3, s. 13-20, 24-27, ve 229-238.

radan yola çıkarak modern devletler hukukundaki, yerlerini bulabilirlerdi. Böylelikle doğal hukuk, *ius gentium*'un Romalılar için ifade ettiği şeye dönüşmeye başladı<sup>167</sup>. Bu da devletler hukukunun, Batının hukuk geleneğinden genel anlamda hukuk ile ne denli iç içe geçmiş olduğunun bir göstergesidir. Lauterpacht'ın modern dönemin başlarında Özel Hukuk Kaynakları ve *Analojileri*'nde doğal hukukun rolü ve bunun Roma hukukuyla ilişkileri hakkındaki ifadeleri de aynı sonuca varmaktadır<sup>168</sup>. Bununla birlikte Lauterpacht birçok defa doğal hukukun çatısı altında gerçekleştirilmiş olan genelleme ve soyutlama sürecinin Geç Dönem Ortaçağında kilise hukukunun çatısı altında başlamış ve devam etmiş bir süreç olduğu gerçeğini göz ardı etmiştir.

Dolayısıyla, 16. yüzyıldan 20. yüzyılın başlarına kadar Roma hukuku uluslararası hukukun özel hukuk analogilerini beslemeye devam etmiştir. Etkileri çoğunlukla dolaylıydı. Roma hukuku doğal hukuka ilham verme ve –kilise hukuku ile birlikte- Batının önde gelen özel hukuk sistemleri için ortak payda olarak işlev gördü. Roma hukukundan alınan konseptler ve kuralların hepsinin devletlerin amaçları doğrultusunda uyarlanmış olması nedeniyle klasik, Justinian ve ortaçağ Roma hukuku fazla fark göz edilmeksizin kullanılmış veya hatalı kullanılmıştır. 18. yüzyıla geldiğinde Roma hukuku gücünü yitirmiş ancak genel anlamda hukukun tüm büyük prensiplerinin bulunabileceği Batının özel hukuk geleneğini bir gölge gibi izlemeye devam etmiştir.

Üçüncüsü, ICJ'nin kararlarında yaygın olarak ya da genel hukuk prensipleri olarak kabul gören şeyin kanıtı olarak Roma hukukuna doğrudan başvurulmamıştır. Roma hukuku tarihsel olarak özel hukuk analogilerine ilham vermiştir ancak bu da zamanla son bulmuştur. Roma hukuku artık *ratio scripta* olarak görülmemeye başlanmıştır.

Günümüzde Roma hukuku sadece tarihsel açıdan uluslararası hukukta bir yere sahiptir. Öncelikle modern devletler hukukunun ilk döneminde, prensler ve toplumlar ve kişiler arasındaki ilişkilerde yüzyıllarca kullanılmış olan *ius commune*'ye ait olmaları nedeniyle Roma hukukundan kaideler alınmıştır. İkinci olarak, devletler hukuku ayrı bir hukuk bütünü haline geldiği zaman Roma hukuku bunu beslemeye devam etmiştir. Devletler hukukunun temelini oluşturduğu söylenen doğal hukukun birçok genel kuralı tümevarım yoluyla Roma hukukundan alınmıştır. Bu, Lauterpacht'ın 'insanoğlunun hukuk deneyiminin genellemesi' olarak adlandırdığı şeye bir örnektir. Bu sonuçlar Lauterpacht'ın Roma hukukunun oynadığı rol ile ilgili olarak söyledikleri ile paralellikler göstermektedir.

Roma ve uluslararası hukuk arasındaki etkileşimin bu analizi Lauterpacht'ın uluslararası hukukun tamamen otonom bir hukuk bütünü olmadığı iddiasını doğrulamaktadır. Uluslararası hukuk, Roma hukuku yoluyla tarihinin büyük bölümünü iç özel hukuk sistemleri ile paylaşmaktadır. Roma içeriğinin uluslararası hukukun ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde tamamen şekillendirilmiş olduğu gerçeği, ne devletin ahlaki ve tüzel bir şahıs olarak bireyden *mutlak bir şekilde* ayrıldığı ne de uluslararası hukukun erken dönem 20. yüzyıl pozitivistlerinin isteyeceği gibi mutlak bir şekilde gönüllü bir sistem olduğunu doğrulamak için bir anlam taşımamaktadır. Bu değişiklikler aynı kuralların şehir hukuku sistemlerinde içinden geçtiği uyarlamalar ile aynıdır. Birçoğunda, kuralın orijinalde Roma hukukunda uygulandığı bağlamdan farklı bir bağlam için geçerli olması için bir dereceye kadar soyutlama gerekli olmuştur.

Modern uluslararası hukukun özel hukuktan aldığı kuralları engin bir kapsama uyarlaması gerekmiş olması nedeniyle bu tarihsel ilişkileri araştırmak birçok durumda kişinin kendi tarihini bilme isteğinden daha fazlasına hizmet etmeyecektir. Ama aynı zamanda tarih bizlere insanlar arasındaki ve politik bütünler arasındaki ilişkileri düzenleyen kanunların aynı kaynaktan geldiğini ve aynı temel konseptler ve kuralları paylaştığını da hatırlatmaktadır.

<sup>167</sup> Daha önce belirtildiği gibi, Venezuelan Preferential Claim (1903), yukarıda dn. 30; bkz. H. Lauterpacht, yukarıda dn. 2, s. 251.

<sup>168</sup> Ibid., s. 8-17.