

MİLLETLERARASI ADALET DİVANININ *FORUM PROROGATUM*
İLKESİNE GÖRE YETKİ KAZANMASI

Prof. Dr. Rauf VERSAN*

Prof. Dr. Sevin Toluner için çıkarılacak olan bu Armağan'a katkıda bulunabilmek benim için hem onur hem de ayrıcalıktır.

Prof. Toluner ile ilk karşılaşmam 1973-74 ders yılının ikinci yarısında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki öğrenciliğim zamanında oldu. Kendisi o sırada Devletler Hukuku Doçentiydi ve sınıfımıza da o sıralarda ilk basımı yapılmış olan kitabındaki konuları anlatmak üzere geliyordu.

Hocamın derslerindeki ve kitabındaki yaklaşımı kendisinin artık Milletlerarası Hukuk diye anılan bilim dalına olan genel yaklaşımının bir ifadesidir. Bu yaklaşım, daha çok Anglo-Saxon ülkelerinde olduğu gibi, hukukun yaşayan ve uygulanan bir alan olma özelliğini öne çıkarır. Milletlerarası Hukuk gibi, günümüzde bile varlığının hâlâ sorgulanabildiği bir alanda, bu yaklaşımın ne kadar önemli olduğu âşikârdır.

Hocamla öğrenciliğimi izleyen yıllarda da temasımın artarak aynı Üniversitede meslekdaşlık ve sevgi ve saygıya dayanan bir yakınlık düzeyinde devam etmiş olması benim için bir iftihar vesilesidir.

Üniversitemizden yaş haddi sebebiyle ayrılmış olmasını bir mazeret olarak kabul etmiyor, kendisinden bize vaatmiş olduğu "Kaynaklar" kitabını biran önce kaleme almasını istiyoruz.

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Devletler Hukuku Profesörü

Devletlerarası ilişkilerde hak dağılımının yargı kararı ile tespit edilebilmesi için ilgili devletlerin rızalarının gerektiği kuralı milletlerarası hukukun temel bir kuralıdır.¹ Söz konusu yargılama gerek kurumsal nitelikli milletlerarası bir mahkemenin gerekse geçici nitelikli (*ad-hoc*) milletlerarası bir mahkemenin yargılaması olsun bu kural değişmez. Günümüzde milletlerarası toplumun ve bu toplumu oluşturan kişilerin, yani devletlerin, siyasi ve hukukî niteliğine ilişkin ve hâlâ geçerliliklerini sürdüren geleneksel görüşler karşısında bu kural varlığını zorunlu olarak korur.²

Devletlerarası bir uyuşmazlık, Milletlerarası Adalet Divanına, uyuşmazlığa taraf olan devletlerin aralarında yapmış oldukları özel anlaşma uyarınca müracaatta bulunmalarıyla havale edilebilir. Diğer bir yol, uyuşmazlığa taraf devletlerden birinin Divana müracaatta bulunmasıdır. Bu durumda Divanın yetki kazanabilmesi için diğer devletin Divanın yargı yetkisine ilişkin rızasını daha önceden veya bu esnada Divana vermiş olması gerekir. Aksi takdirde Divan, söz konusu uyuşmazlığın çözümü için yargı yetkisine sahip olamaz.

Divana havale edilmek istenilen bir uyuşmazlıkta uyuşmazlığa taraf devletlerden sadece birinin Divanın yetkisini geçerli bir biçimde tanıdığı, diğerinin ise yetkiyi bu aşamada değil fakat müteakip aşamada tanıdığı durumlarda Divan yargı yetkisini *forum prorogatum* ilkesine göre kazanmış olur. Bu ilkeye göre Divanın yargı yetkisine sahip olması, Divan Statüsünde öngörülen yollarla Divana yetki kazandırılmadan, bir devletin Divana tek taraflı müracaatı ile gerçekleşmiştir. Böyle bir müracaatın amacı, uyuşmazlığa taraf diğer devletin o uyuşmazlıkla ilgili olarak muhakeme başladıktan sonra Divanın yetkisini tanımaya zemin hazırlamak, bir bakıma bu devleti buna zorlamaktır.

Milletlerarası hukukta bir milletlerarası mahkemeye *forum prorogatum* ilkesi uyarınca yetki kazandırılması, veya böyle bir mahkemenin kendisini yetkili addetmesi, değişik şartlara göre değişik yollarla gerçekleşebilir.

En olağan yol, aleyhine dava ikame edilen devletin Divanın bu davayı görme yetkisine itirazda bulunmamasıdır. Milletlerarası Daimî Adalet Divanının da ifade ettiği gibi, “cevap lâyihasında meselenin esasına ilişkin görüşlerin belirtilmesi, yetki konusuna ilişkin bir itirazın yapılmamış olması halinde, davalı devletin meselenin esası hakkındaki kararın beklentisi içinde olduğunun bariz bir işareti sayılmalıdır”.³ Şüphesiz ki, yetki itirazının yapıl-

¹ Bkz. N. Singh, *The Role and Record of the International Court of Justice*, 1989, sh. 175-179.

² Bkz. E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, 1991, sh. 23-25.

³ Azınlık Okulları Davası, PCIJ Ser. A, No. 15, sh. 24.

mamış olması Divana yetki kazandıran tek yol değildir. Milletlerarası Daimî Adalet Divanına göre, “Devletin, uyuşmazlığın Divana sunulması için rızasını mutlaka açık bir beyan ile vermiş olması gerekmez; rıza, devletin bu yöndeki niyetini kesin olarak ortaya koyan hareketlerle de belirtilmiş olabilir”.⁴

Eğer bir devlet başka bir devlete karşı Divanın yetkisini sadece belirli uyuşmazlıklar bakımından tanımışsa, öteki devletin başka bir uyuşmazlığı Divan önüne getirmesi halinde ilk devletin Divanın yetkisine itiraz etmesi gerekecektir. Zira bu durumda Divanın kişiler itibariyle(*ratione personae*) yetkisi bulunmasına rağmen görev itibariyle(*ratione materiae*) yetkisi bulunmamaktadır; meğer ki, davalı devlet yetki itirazında bulunmaksızın cevap lâyihasını Divana sunmuş olsun. Eğer Divanın kişiler itibariyle yetkisi yoksa, yani, aleyhinde dava ikame edilmek istenen devlet Divanın yetkisini hiç tanımamış ise, bu devletin yetki itirazı hususunda herhangi bir girişimde bulunmasına ihtiyaç duyulmamak gerekir.

Divanın ne kişiler itibariyle ve ne de görev itibariyle yetkili olduğu bir uyuşmazlıkta yargı yetkisini kullanabilmesi için davanın ikame edilmesi ve karşı tarafın da buna itirazda bulunmaması yeterli değildir. Divanın *forum prorogatum* esasına göre yetki kazanabilmesi için, davanın ikamesini müteakip karşı tarafın Divan önünde bazı olumlu hareketlerde bulunması gerekir.⁵

Korfu Boğazı Davasında⁶ Birleşik Krallık, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin uyuşmazlığın Milletlerarası Adalet Divanına havale edilmesi yolundaki tavsiye kararı üzerine Divana dilekçe ile müracaat ettikten sonra, Arnavutluk Hükümeti, Divana gönderdiği cevabında, Birleşik Krallığın tek taraflı müracaatının Divanın yetki kazanması için yeterli olmayacağını belirterek, “buna rağmen”, “milletlerarası ilişkilerin barışçı yollarla yürütülmesi ve uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümlenmesi ilkelerine bağlı olan Arnavutluğun”, bu gerekçe ile, Divana taraf olmayı kabul ettiğini bildirmişti. Divan bu cevabın, Arnavutluğun Divanın yetkisini “tartışmaya yer verdirmeyecek şekilde, rızasıyla” tanımış olduğunun ispatı olarak değerlendirmişti. Divana göre, Divanın yetki kazanabilmesi için uyuşmazlığa taraf devletlerin rızası gerekmektedir. Ancak, ne Statüde ve ne de Divanın İç Tüzüğünde rı-

⁴ ibid.

⁵ Nitekim, A.B.D. Uçağının ve Mürettebatının Macaristan'da Uğradığı Muamele Davalarında, A.B.D.'nin Macaristan ve Sovyetler Birliği'ne karşı Divana ayrı ayrı yaptığı müracaatlar, davalı devletlerin hiçbirinin olumlu hareketlerde bulunmamaları sebebiyle Divanın dava listesinden çıkarılmıştı. Bkz. ICJ Rep. 1954, sh. 99 ve 103. Keza bkz. Hava Olayı Davaları, ICJ Rep. 1956, sh. 6 ve 9; ibid. 1959, sh. 276; Antarktika Davaları, ICJ Rep. 1956, sh. 12-15.

⁶ (İptidaî İtiraz), ICJ Rep. 1947-8, sh. 15.

zanın verilmesi zorunlu bir şekilde tâbi olduğu için, “yetkinin, bu davada olduğu gibi, önceden yapılmış bir tahkimname yerine, iki devletin birbirinden ayrı fakat birbirini izleyen hareketleri sonucu kazandırılmış olmasını engelleyen hiçbir hususun bulunmadığını kabul etmek gerekir”.⁷

Forum prorogatum ilkesine göre devletin rızasını zımnen açıklamış olduğu iddia edilen durumlarda, bu rızanın, devletin hangi hareketi ile açıklanmış sayılabileceği önem kazanmaktadır. Başka bir deyişle, davanın tek taraflı olarak ikame edildiği bir uyuşmazlıkta karşı tarafın Divanın yetkisini tanımış olduğu sonucuna varabilmek için bu devletin hangi tutum ve davranışlarını tespit etmek gerekir?

Milletlerarası Adalet Divanı, Anglo-İran Petrol Şirketi Davasında⁸ bu soruya değinirken, tespit edilmesi gerekenin davalı devletin münferit tutum ve davranışları değil, fakat bu devletin uyuşmazlıkla ilgili olarak başından beri ve tutarlı olarak devam ettirdiği tutum ve davranışların tümü olması gerektiğini vurgulamıştır. Divana göre:

“*Forum prorogatum* ilkesinin eğer bu davada uygulanması mümkün olacaksa, bunun, İran Hükümetinin Divanın yetkisini kabul ettiğini tazammun eden bir davranışına veya açıklamasına dayanması gerekir. Fakat bu Hükümet ısrarla Divanın yetkisini reddetmektedir. Bu yetkiyi kabul etmediğini belirtmek amacıyla iptidaî itirazda bulunmuş, bu itirazını muhakemenin bütün aşamalarında sürdürmüştür. İran’ın Divanın yetkisi konusu dışındaki konularda da itirazlarda bulunduğu bir gerçektir. Ancak bunlar, İran’ın yetki itirazı reddedildiği taktirde kendisini savunmak bakımından geçerli olmayı hedefleyen itirazlardır. Bu tutumdan İran’ın rızasını gösteren herhangi bir unsuru çıkarmak mümkün değildir. Bu itibarla Birleşik Krallığın bu husustaki müracaatı kabul edilemez”.⁹

Milletlerarası Adalet Divanı bu yaklaşımını Nottebohm Davasında da¹⁰ sürdürmüştür. 17 Aralık 1951 tarihinde Liechtenstein Hükümetinin Divana Guatemala aleyhine “Guatemala’nın Liechtenstein vatandaşı Bay Nottebohm’a yönelik olarak milletlerarası hukuka aykırı şekilde şahsına ve mallarına karşı harekette bulunduğu” gerekçesiyle dava açmak için müracaat etmesi üzerine Guatemala iptidaî itiraz olarak Divanın yetkisizliğini ileri sürdüğü zaman Divan bu itirazı *forum prorogatum* ilkesine dayanarak red-

⁷ ibid. sh. 27-28.

⁸ (İptidaî İtiraz), ICJ Rep. 1952, sh. 93.

⁹ ibid. sh. 114.

¹⁰ (İkinci Aşama) ICJ Rep. 1955, sh. 4.

detmişti.¹¹ Divana göre, Guatemala'nın uyuşmazlığın yargısal çözüm yerine müzakerelerle veya Birleşmiş Milletler Andlaşmasınının 33. maddesinde zikredilen diğer barışçı yöntemlerle çözümünü önermiş olması, bu yollardan birine rıza göstermesi veya bilfiil tevessül etmesi, onun, Divanın yargı yetkisinin mevcudiyetine ilişkin olarak ileri sürmeye sahip bulunduğu itiraz hakkından feragat ettiği sonucunu doğurmaz; meğer ki bu feragat açıkça yapılmış olsun veya Divanın yetkisi açıkça kabul edilmiş bulunsun.¹²

Davalı devletin bir uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak görüşlerini Divanda beyan etmek suretiyle Divanın sözkonusu uyuşmazlıktaki yetkisini zımnen tanımış olması, dava konusunun farklı bir konuyu kapsayacak şekilde genişletilmesi halinde, Divanın yetkisinin bu farklı konu bakımından da tanınmış olduğu sonucunu doğurmaz. Milletlerarası Daimi Adalet Divanının Azınlık Okulları Davasında ifade ettiği gibi, “aslî dava için verilmiş olan rıza, farklı konuyu da kapsayacak şekilde verilmiş sayılamaz.”¹³ Davalı devletin bu farklı konuyu da kapsayacak şekilde Divanın yetkisini tanıdığı durumlarda dahi, bu, Divanın yeni konu bakımından da zorunlu olarak muhakemeye başlayacağı sonucunu doğurmaz.¹⁴ Zira artık burada kapsamı hangi ölçüde olursa olsun değişmiş bir dava değil, fakat yeni bir dava sözkonusudur.¹⁵

Divanın yetkisinin önceden kabul edilmediği bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığa taraf olan devletlerden sadece birisinin müracaatıyla davanın ikame edilebilmesi, Divan İç Tüzüğünde öngörülmüş bir ihtimaldir. 1978 tarihli İç Tüzüğün 38/2 maddesine göre:

“Müracaat, Divanın yetkisinin kaynağı olarak telâkki edilen hukukî gerekçeleri mümkün olduğu kadar tasrih etmelidir.”

Bu hüküm, Divanın 1972 tarihli İç Tüzüğünün 35/2 maddesindeki hükme tekabül etmekte, o madde ise, Milletlerarası Daimi Adalet Divanının 1936 tarihli İç Tüzüğünün 32/2 maddesine tekabül etmektedir. Bu eski maddelere göre “Müracaat, mümkün olduğu kadar, müracaat eden devletin Divanın yetkisini dayandırdığı hükmü de tasrih etmelidir.”

Divanın çeşitli tarihlerdeki iç tüzüklerinde mevcut bu hükümlerin, davanın ikame edilmesini müteakip davacı ve davalı devletlerin muhakeme esnasında karşılıklı hareketleriyle Divana yetki kazandırmaları ihtimalini göz önü-

¹¹ ibid. sh. 4, 19.

¹² ibid. sh. 19.

¹³ Bkz. PCIJ Ser. A, No. 15, sh. 25.

¹⁴ Bkz. Soci t  Commerciale de Belgique Davası, PCIJ A/B 78, sh. 173.

¹⁵ Bkz. S. Rosenne, The Law and Practice of the International Court, 2nd rev. ed. 1985, sh. 358.

ne aldığı şüphesizdir. Gerçekten, tek taraflı olarak ikame edilen bir davada, Divanın yetkisinin dayanağı ilk bakışta belli olmasa bile, iki tarafın Divan önündeki hareketlerine bakılmak sureti ile, Divana yapılmış olan müracaatın *forum prorogatum* esası uyarınca kabul edilmiş olduğu sonucuna varmak, şartlara göre, mümkün görünmektedir.¹⁶

Divanın halen yürürlükte olan İç Tüzüğü'nün 38/5 maddesi, daha önceki iç tüzüklerde hiç rastlanmayan bir hükmü içermektedir. Bu maddeye göre:

“Müracaat eden devlet, Divanın yetkisini, aleyhinde müracaat edilen devletin o ana kadar vermemiş veya vermiş görünmediği rızasına dayandırmaya teşebbüs etmesi halinde, müracaat bu devlete tebliğ edilecektir. Bununla beraber, aleyhinde müracaatta bulunulan devlet, müracaat konusu uyuşmazlık hakkında Divanın yetkisini tanımadıkça, müracaat Dava Listesine geçirilmeyecek ve muhakeme sürdürülmeyecektir.”

Divan İç Tüzüğü'nün 38/5 maddesindeki bu hükmün, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanmasını olumsuz şekilde etkilediği açıktır. Zira, Divan, yetkisinin bulunup bulunmadığının şüpheli olduğu durumlarda (müracaat yetkinin mevcut olduğuna karine teşkil etse dahi) muhakemenin lâyhalar teatisi aşamasının öncelikle yetki tespiti konusuna ayrılmasını isteyebilecek ve bu konu olumsuz bir sonuca bağlanmışsa davayı reddedebilecektir.

Beşinci fıkranın bu hükmünün, hükmün İç Tüzüğe dahil edildiği 1978 yılına kadarki Divan uygulamasını bundan böyle değiştireceği şüphesizdir. Bu değişiklik, Nükleer Denemeler Davasında Fransa'nın; Ege Kıta Sahaneliği Davasında da Türkiye'nin sürekli olarak ileri sürdüğü davanın reddedilmesi gereğine ilişkin görüşlerini teyid eder nitelikte olacaktır. Hatırlanacağı üzere bu iki davada da davalı devletlerin yetki itirazlarına rağmen Divan, o zamanki İç Tüzük kuralları uyarınca, davaları, tek taraflı olarak ikame edilmelerine rağmen, Dava listesine dahil etmeye mecbur kalmıştı.¹⁷ Beşinci fıkranın hükmü karşısında bunun yapılması artık mümkün olamayacak, davanın karşı tarafın Divanın yetkisini açıkça tanımadığı bir uyuşmazlıkta ikame edilmiş olması durumunda Divan, dava lâyihasını karşı tarafa tebliğ etmekle yetinecek, bunun dışında herhangi bir işleme girişmeyecektir. Bu hususun davanın keyfi olarak açılmak istendiği veya dava açmakla elde edilmek istenilenin hukukî bir menfaatin korunmasından çok karşı tarafın müşkül duruma düşürülmesi olduğu durumlarda, aleyhine dava açılmak istenilen devlet için önemli bir himaye sağladığı şüphesizdir.

¹⁶ Bkz. Rosenne, Procedure in the International Court, A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice, 1983, sh. 92.

¹⁷ Keza bkz. Balıkçılık Yetkisi Davası, ICJ Rep. 1972, sh. 181, 188; Pakistan Savaş Esirleri Davası, ICJ Rep. 1973, sh. 328.