



UAD İRAN/ABD DAVASI İHTİYATİ TEDBİRLER KARARININ PRIMA FACIE YETKİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(The Analysis of the ICJ's Order on Provisional Measures in Iran v.
USA Case in Terms of Prima Facie Jurisdiction)

Prof. Dr. Mehmet Emin ÇAĞIRAN¹

ÖZ

1979 Devriminden sonra ABD-İran ilişkilerine ihtilaf ve çatışmalar damga vurmuştur. ABD, siyasi ve askeri tedbirlerin yanında ambargo uygulayarak İran'ı nükleer programı ve Orta Doğu politikasından vazgeçmeye zorlamıştır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarına rağmen ABD'nin 2018 Mayıs'ında ambargo uygulamasını yeniden başlatması üzerine İran 1955 Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşmasına dayanarak Uluslararası Adalet Divanına başvurmuş ve Divandan esasla ilgili karar almadan önce Amerikan ambargosunun kaldırılmasına yönelik ihtiyati tedbirler almasını talep etmiştir. Divan 3 Ekim 2018'de verdiği kararda İran'ın ihtiyati tedbirler talebini büyük ölçüde haklı bularak ABD'den tıbbi malzemeler, yiyecek ve tarım ürünleri ve sivil uçakların bakımı ve yedek parçalarının satışı ve bunlarla ilgili mali muameleleri kısıtlayan veya yasaklayan tedbirleri kaldırmasını istemiştir. Divan ihtiyati tedbirler kararı alırken birtakım kıstasları dikkate almaktadır. Bunlar arasında öncelikli ve en önemlisi davanın esasıyla ilgili *prima facie* yetkisinin bulunmasıdır. Divanın bu davada verdiği *prima facie* yetki kararı önceki kararlarına nazaran daha fazla tartışmalı noktalar ihtiva etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası yargı, UAD, İhtiyati tedbirler, Prima facie yetki, İran/ABD 1955 Andlaşmasının İhlali Davası.

ABSTRACT

US-Iran relations after the 1979 Revolution have been tainted by disputes and conflicts. The US has enforced Iran to give up its nuclear program as well as its policy towards Middle East by imposing embargo along with political and military measures. Following the US decision in May 2018 to resume embargo, Iran brought the matter to the ICJ on the basis of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights and requested to indicate provisional measures before the judgment on the merits. The Court delivered its decision on 3 October 2018 mostly in favor of Iran's requests and required the US to remove the measures regarding

1 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, mehmet.cagiran@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4961-4436.

the export of medicines and medical devices, foodstuffs and agricultural commodities, and spare parts and associated services necessary for civil aviation and financial transactions thereof. The ICJ indicates provisional measures on the basis of some criteria the most important and primary of which is the *prima facie* jurisdiction to rule on the merits of the case. The Court's conclusion in this case that, *prima facie*, it has jurisdiction pursuant to the 1955 Treaty includes more controversial points as compared to its previous decisions on the same matter.

Keywords: International jurisdiction, ICJ, Provisional measures, Prima facie jurisdiction, Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. USA)

GİRİŞ VE MAKALENİN KONUSU

ABD-İnan ilişkileri 1979 İnan Devriminden sonra ihtilaf ve çatışmaların damga vurduğu bir seyir izlemeye devam etmektedir. İki devlet arasındaki sürekli kriz durumu siyasi, diplomatik hatta zaman zaman askeri çatışmalardan ibaret kalmamış, bunların çoğunlukla hukuki plana yansımaları da olmuştur. Uluslararası hukukta meselelerin yargı yoluyla çözümü ilgili tarafların rızasına bağlı olduğundan nadiren devreye girebilen bir usul olmasına rağmen İnan-ABD arasındaki ihtilaflar Cezayir Anlaşmasıyla (1981) kurulan Tazminat Mahkemesinde olduğu gibi başka türlü bir çözüm yolu bulunamadığından veya çoğunlukla da daha önce verilmiş taahhütlerin bir sonucu olarak Uluslararası Adalet Divanının (UAD) önüne götürülmüştür. 1979 Devriminden hemen sonra başlayan rehineler krizini ele alan Tahran'daki Amerikan Diplomatik ve Konsolosluk Personeli Davası, İnan yolcu uçağının Amerikan füzeleriyle düşürülmesiyle ilgili 3 Temmuz 1988 Hava Olayı Davası (1989), ABD'nin Basra Körfezindeki İnan petrol tesislerine yönelik hava saldırısının sonuçlarını konu edinen Petrol Platformları Davası (1992), Bazı İnan Varlıkları Davası (2016) ve son olarak 2018 yılında iki devlet arasında akdedilmiş olan 1955 Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşmasının (1955 Andlaşması)² ihlali iddiasının görüldüğü dava bunların başlıcalarıdır.

Ambargo³ teknik olarak bir devletin başka bir devlete veya devletlere mal satmaktan imtina etmesi veya kısıtlamalar getirmesidir. Geniş

2 İncelediğimiz davanın konusunu ve hukuki çerçevesini teşkil eden bu andlaşma yazının devamında 1955 Andlaşması şeklinde anılacaktır.

3 ABD'nin İnan'a (ve diğer ülkelere) karşı uyguladığı tek taraflı tedbirler yaygın olarak "yaptırım" (müeyyide/sanction) terimiyle ifade edilmektedir. Müeyyide teriminin Amerikan tedbirlerinin meşruluğunu ima etmesi, hukuken yerinde bir kullanım olmaması ve de bu tür tedbirleri daha iyi tanımlaması dolayısıyla "ambargo" terimini tercih ediyoruz.



anlamda ise alım-satım dâhil her türlü ticari ve mali ilişkiyi kesen veya kısıtlayan tedbirleri ifade etmektedir.⁴ Ambargo ve benzeri tedbirlerin dostça uygulamalar olmadıkları ve devletler arasındaki ilişkilerin müspet yönde gelişmesine zarar verdikleri açıktır. Fakat bu tür tedbirlerin mutlaka hukuka aykırı oldukları da söylenemez. Andlaşma veya başka bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan bir yükümlülük söz konusu değilse, bir devletin diğerleriyle siyasi, iktisadi, ticari veya diğer alanlarda ilişki kurmak veya sürdürmek zorunluluğu bulunmamaktadır.

Ambargo ABD'nin en önemli ve en fazla başvurduğu dış politika araçlarından birisidir. BM Genel Kurulunun 1997 yılında hazırlattığı bir rapora göre ABD 75 devlete karşı ambargo tedbirleri uygulamaktadır.⁵ Dolayısıyla, ABD'nin düşman devletler arasında ilk sırada saydığı İran'ın söz konusu tedbirlerin sürekli hedeflerinden birisi olması şaşırtıcı değildir.⁶ İran'a karşı ambargonun kapsamı ilişkilerin durumuna göre genişleyip daralmaktadır. ABD ambargo tedbirlerine çoğu zaman müttefiklerinin ve diğer bazı devletlerin katılımını da sağlayarak tek taraflı uygulamasına kolektif bir görünüm kazandırmaktadır. Kimi zaman ise, 2000'li yılların başında İran'ın nükleer enerji programıyla ilgili taahhütlerini aksatması sonucu alınan kararlarda olduğu gibi hukuku ve tabii ki dönemin siyasi şartlarını kullanarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyini (BMGK) devreye sokmakta, böylece her halükarda tek taraflı uygulayabilmekte olduğu tedbirleri hukuki planda daha sağlam temelli, pratik açıdan da bütün devletlerin zorunlu katılımıyla daha etkili hale getirmiş olmaktadır.

4 Uluslararası hukukta ambargo teriminin anlamı ve kapsamı üzerine bk. L. Dubouis, "L'embargo dans la pratique contemporaine, *Annuaire française de droit international*, 1967, s. 101; R.B. Lillich (Ed.), *Economic Coercition and the New International Economic Order*, Charlottesville, 1976; Actes du Colloque de 1984 de la Société Belge de Droit International, *Les moyens de pression économiques et le droit international*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985.

5 Bu devletlerde yaşayan insan sayısı dünya nüfusunun yaklaşık yarısını oluşturmaktadır. Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries, Report of the Secretary-General, A/54/486, 21 Ekim 1999. x Bu rapor Genel Kurulun 18 Aralık 1997 tarihli 52/181 sayılı kararına istinaden hazırlanmıştır. (A/RES/52/181, 4 Şubat 1998) Amerikan ambargosuna hedef olan ülkelerin sayısı dönemlere göre değişmekle birlikte 1997 rakamlarından büyük sapmalar söz konusu değildir.

6 İran ambargosunun kapsamı bilhassa 1984 yılından itibaren aşamalarla genişletilmiş ve 1995 yılındaki Başkanlık Kararnamesini (*Executive Order*) takiben 1996 yılında Kongrenin kabul ettiği kanunla uygulama esasları belirlenmiştir. (**Iran and Libya Sanctions Act of 1996**, Public Law 104-172 Aug. 5, 1996, 110 Stat. 1541-1551). 1996 Kanununda ambargo tedbirlerinin gerekçesi olarak İran'ın kitle imha silahları ve fırlatma araçlarına sahip olma çabalarının ve uluslararası terörizme verdiği desteğin Amerikan ulusal güvenliğine ve dış politika menfaatlerine aykırı olduğu belirtilmektedir.



Nitekim 1955 Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşmasının İhlali İddiaları Davasına (İnan/ABD)⁷ konu olan tedbirlerin başlangıcı da BMGK'nın 2006 yılından itibaren aldığı bir dizi karara dayanmaktadır.⁸ BMGK kararlarında İnan'ın nükleer programı uluslararası barış ve güvenlik için tehdit kabul edilmekte ve bu tehdidi ortadan kaldırmak için doğrudan veya dolaylı olarak İnan'ın nükleer kapasitesine ve savunma sanayiine katkıda bulunacak başta enerji sektörü olmak üzere mal ve hizmet ticaretini, teknoloji transferini, mali ilişkileri kısıtlayan tedbirler alınmaktadır. Bu şekilde BMGK ABD'nin tek taraflı uygulamakta olduğu ambargoyu birtakım insani konularda istisnalar getirerek teyit etmiş olmaktadır. Ambargo uygulaması 2015 yılına kadar devam etmiştir. Bu yılda BMGK daimi üyesi 5 devlet ve bunlara katılan Almanya ve AB temsilcisiyle İnan arasında yapılan görüşmeler sonuç vermiş ve kabul edilen Kapsamlı Ortak Eylem Planı (Plan) ile durumun normalleşmesi kararlaştırılmıştır. Plan bir yandan İnan'ın nükleer programının barışçı amaçlar taşıdığından tamamen emin olunmasını sağlayacak şekilde Uluslararası Atom Enerjisi Ajansının nezaretinde sıkı denetim tedbirleri öngörmekte, öte yandan İnan'ın denetim altına girme taahhüdü karşılığında BMGK'nin almış olduğu ve bunun yanında BMGK dışında da münferiden veya kolektif olarak uygulanan zorlama tedbirlerinin kaldırılacağını beyan etmektedir. İnan ile P5+2 arasındaki mutabakat BMGK tarafından zaman geçirmeden 2231 (2015) sayılı kararla teyit edilmiştir. Anılan karar önceki kararlardaki zorlama tedbirlerine şartlı olarak son verirken İnan'dan Planı tamamen ve zamanında uygulamasını talep etmektedir. Keza ABD 2016 başında 16 Ocak 2016 tarih ve 13716 sayılı Başkanlık Kararnamesiyle İnan'a nükleer programı dolayısıyla uygulanan tedbirleri büyük ölçüde kaldırmıştır.

Aradan iki yıl geçtikten sonra Başkan Trump 8 Mayıs 2018 tarihinde yaptığı açıklamayla İnan'ın taahhütlerini yerine getirmediğini gerekçe göstererek ABD'nin Plana katılmaktan vazgeçtiğini ve Plan çerçevesinde kaldırdığı ambargo tedbirlerini en geç 180 gün içerisinde tekrar yürürlüğe koyacağını belirtmiştir.⁹ OFAC¹⁰ Başkan Trump'ın talimatı doğrultusunda

7 Bu dava yazının devamında kolaylık sağlanması açısından İnan/ABD Davası olarak anılacaktır.

8 S/RES/1696 (2006), S/RES/1737 (2006), S/RES/1747 (2007), S/RES/1803 (2008), S/RES/1835 (2008), S/RES/1929 (2010).

9 İnan'ın iddiasına göre bazı tedbirler (mesela, yolcu uçakları ve yedek parçalarının İnan'a satışının yasaklanması) 6 Ağustostan önce uygulamaya konulmuştur. *Application instituting proceedings* (bundan sonra "Application" olarak anılacaktır), 16 July 2018, § 21-26. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20180716-APP-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 9 Kasım 2018).

10 *Office of Foreign Assets Control*. ABD Hazinesinde ambargo uygulamalarının idaresiyle görevli birimdir.



iki aşamalı bir uygulama planı yapmıştır. Buna göre 90 gün sonra (6 Ağustos 2018) mali ilişkiler başta olmak üzere yolcu uçağı, otomotiv sektörü, bunlarla ilgili yedek parçalar ve hizmetler dâhil olmak üzere İran'la yapılacak ticarete yasaklar getirilmektedir. 6 Kasım 2018'de biten 180 günlük mühletin sonunda ise tedbirler hemen her türlü ticari ilişkiyi kapsayacak şekilde genişletilmektedir. İkinci grup tedbirlerle birlikte sadece daha önceden Plan vesilesiyle kaldırılan tedbirlerin yeniden uygulamaya konulmasıyla yetinilmemiş, Amerikan yetkililerin beyanıyla tarihin en kapsamlı ambargosu devreye sokulmuştur.¹¹

ABD bu tedbirleri almaya hazırlanırken İran ABD ile aralarındaki 1955 Andlaşmasına dayanarak 16 Temmuz 2018'de UAD'ye başvurmuştur. İran başvurusunda ABD'nin kararlaştırdığı tedbirlerin 1955 Andlaşmasına aykırı olduğunun tespit edilmesini talep etmiştir.¹² İran aynı gün verdiği bir başka dilekçede Divandan ihtiyati tedbirler¹³ almasını istemiştir.¹⁴ Divan İç Tüzüğü gereği¹⁵ öncelikle ihtiyati tedbir talebini ele almış, tarafların yazılı ve sözlü mütalaasını değerlendirdikten sonra 3 Ekim

11 6 Ağustos ve 6 Kasım 2018 tarihlerinde iki aşamalı olarak yürürlüğe konulan ambargo tedbirlerinin hukuki çerçevesi ve kapsamı 6 Ağustos 2018 tarih ve 13846 sayılı Başkanlık Kararnamesinde düzenlenmektedir.

12 *Application*, § 50. İran'ın başvurusunda bunun yanında kararın geri alınması, gelecekte benzer ihlallerin tekrarlanmayacağına karşı garanti verilmesi ve tazminat talebi yer almaktadır.

13 "İhtiyati tedbirler" terimini Divan Statüsünde geçen "provisional measures" (İng.) ve "mesures conservatoires" (Fr.) karşılığı olarak kullanıyoruz. Türkçe literatürde aynı tedbirler için "Geçici tedbirler" ifadesi de kullanılmaktadır.

14 *Request for the indication of provisional measures*. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20180716-REQ-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 9 Kasım 2018). Divan İç Tüzüğüne göre ihtiyati tedbirler başvurusunda talebin sebepleri, tedbirlerin alınması halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar ve talep edilen tedbirler belirtilmelidir (Madde 73, § 2). İran Divandan dava sonuçlanana kadar şu tedbirlerin alınmasını talep etmiştir (Request for the indication of provisional measures, § 42): "a- ABD, ülke dışı müeyyideler de dâhil olmak üzere 8 Mayıs tarihli bütün müeyyidelerin uygulanmasının askıya alınmasını sağlamak amacıyla kendi tasarrufundaki bütün tedbirleri almalı ve Divana sunulan ihtilafın ağırlaşmasına veya uzamasına yol açabilecek daha sonra alacağını beyan ettiği müeyyide ve tedbirleri tatbik etmek veya tatbik etmek tehdidinden kaçınmalıdır; b- ABD, bilhassa yolcu uçağı, uçak yedek parçaları ve donanımlarının satışı veya kiralanması için hâlihazırda genel olarak veya özel lisans verilmiş muamelelerin tam olarak yerine getirilmesine derhal izin vermelidir; c- ABD, yukarıdaki a ve b paragrafları gereğince yaptıklarıyla ilgili Divana 3 ay içerisinde rapor vermelidir; d- ABD, Divanın ihtiyati tedbir kararına uyacağına dair İran, ABD ve ABD dışındaki diğer devlet vatandaşlarına ve şirketlerine garanti vermeli; İran'la ve İran vatandaşları veya şirketleriyle ekonomik ilişkileri bulunan Amerikalı veya Amerikalı olmayan şahıslar ve birimleri caydıracak her türlü beyan ve davranışı durdurmalıdır; e- ABD, Divanın esasla ilgili vereceği kararla bağlantılı olarak İran ve İran vatandaşları veya şirketlerinin 1955 andlaşmasından kaynaklanan haklarına zarar verebilecek herhangi başka tedbiri almaktan imtina etmelidir."

15 Madde 74, § 1: "İhtiyati tedbirler alınması talebinin diğer bütün davalara göre önceliği vardır".

2018’de bu husustaki kararını açıklamıştır.¹⁶ Kararda Divan oybirliğiyle İnan’ın talebini yerinde görerek 1955 Andlaşmasından kaynaklanan yükümlülükleri gereği ABD’nin 8 Mayıs kararıyla İnan’a ilaç ve tıbbi araçlar, yiyecek maddeleri ve tarım ürünleri, sivil havacılığın güvenliği için gerekli olan yedek parçalar, ekipman ve ilgili servisler sağlanması getirdiği kısıtlamaları kaldırmasını; ve bu sayılan mal ve hizmetlerle ilgili lisans ve izinlerin verilmesini, keza demeler ve diğer fon transferlerinin kısıtlanmamasını öngörmektedir. ABD Divanın kararına rağmen ambargo tedbirlerini önceden ilan ettiği Şekilde uygulamaya koymuştur. Öte yandan İnan-ABD Davasının esasıyla ilgili süreç başlamış ve devam etmektedir.

ABD’nin ambargo uygulaması İnan’la ikili ilişkilerinin ötesinde diğer devletler ve BM, Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı gibi değişik aktörler ile BMGK kararları, “soft law” enstrümanı (Plan)¹⁷, ikili ve çok taraflı taahhütler gibi çok farklı hukuki düzenlemenin işin içerisine girdiği karmaşık ve halen süregiden bir durumun parçasını oluşturmaktadır. Keza bu tür durumlarda sıklıkla olduğu gibi siyasetle hukuk i içe geçmiştir. Söz konusu durumu bütün unsurlarıyla ele alıp incelemek takdir edileceği üzere birden fazla geniş kapsamlı çalışmayı gerektirmektedir. Makalemizin konusu UAD’nin 3 Ekim 2018 tarihli ihtiyati tedbirler kararı (Karar) ile sınırlıdır. Kararın İnan-Amerikan ilişkilerinde belirleyici rol oynadığını söylemek abartılı bir değerlendirme olacaktır; fakat konusu itibariyle (tek taraflı ambargo tedbirleri ilk kez ihtiyati tedbir talebine konu olmuştur) ve Divanın tartışmaya açık yorumları bakımından dikkat çekicidir.

Divanın ihtiyati tedbirler alma yetkisi Statünün 41. maddesi ile İ Tüzüğünün 73-78. maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁸ Ancak, anılan

16 *Alleged Violations of the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, Order, ICJ Reports 2018*. Bundan sonra kısaca Karar olarak anılacaktır.

17 Divan önündeki duruşmalarda taraflar Planı “soft law” olarak nitelendirmiştir.

18 Aslında UAD (ve diğer uluslararası yargı organları) yargılama işlevlerinin bir parçası olarak Statü veya bir başka belgede belirtilmese de zımnen ihtiyati tedbirler alma yetkisine sahiptir. C. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003, s. 348; K. Oellers-Frahm, “Article 41”, *The Statute of International Court of Justice – A Commentary*, 2nd edition, (Eds) A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C.J. Tams, Oxford University Press, 2012, s. 1212. Collins de ihtiyati tedbir alma yetkisinin güncelleyerek belirtecek olursak, USAD döneminde 6 ayı davada ihtiyati tedbirler talebi olmuş ve bunlardan ikisinde Divan tedbir uygulamaya karar vermiştir. UAD döneminde ise ihtiyati tedbirler 38 davada gündeme gelmiş, bunlardan 14’nde talep reddedilmiştir. İhtiyati tedbir taleplerinin 2000’li yıllarda geçmişle kıyaslanmayacak Şekilde artış göstermesi dikkat çekicidir (Taleplerin yarısı – 19 adet – bu döneme aittir).

maddeler genel ifadelerle Divanın ihtiyatı tedbir alabileceğini söylemekle yetinmektedir: “Divan, durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların her birinin haklarını korumak için hangi ihtiyatı tedbirlerin alınması gerektiğini belirtme yetkisine sahiptir”. İhtiyatı tedbirlere hangi şartlarda veya hangi kıstaslara göre karar verileceği zaman içerisinde Divanın değişik vesilelerle aldığı kararlarla belirlenmiştir ve belirlenmeye de devam etmektedir. Devam eden bir süreç söz konusudur, zira Divanın bu hususta artık yerleşmiş kıstasların (mesela, *prima facie* yetki) yanında, bilhassa son yirmi yıldır sayısı önceki döneme nazaran bariz bir şekilde artan ihtiyatı tedbir kararlarıyla bazı yeni ölçülerin de (mesela, kabul edilebilirlik) ortaya çıkmaya başladığı görülmektedir. Keza pratiğin bolluğu ve çeşitliliği şimdiye dek ihtiyatı tedbirler kararlarına yön veren genel kabul görmüş kavramların da yeni durumlara göre sorgulanmasına ve yorumlanmasına yol açmıştır. Kısacası, ihtiyatı tedbirlere karar verirken Divanın dayandığı zemin görüldüğü kadar veya olması gerektiği kadar istikrar bulmuş değildir. Bu durumun en önemli sonuçlarından birisi incelediğimiz İran/ABD Kararında da görüleceği üzere ihtiyatı tedbir kararlarının Divanın yetki ve esasla ilgili kararlarına göre çok daha fazla tartışmaya açık nokta ihtiva etmesidir. Zeminin kayganlığına rağmen genel olarak şunu söyleyebiliriz ki bütün ihtiyatı tedbir taleplerinin incelenmesi esas itibarıyla şu 3 kıstas üzerinden yapılmaktadır: i – davayı esastan görme hususunda Divanın *prima facie* yetkili olması; ii – alınacak ihtiyatı tedbirlerin dava konusu haklarla bağlantılı olması; iii – telafisi imkânsız bir zarar riskinin bulunması ve acil bir durumun söz konusu olması.¹⁹

Bu üç kıstas sadece ihtiyatı tedbirler yargılamasını değil, aynı zamanda doktrinde ihtiyatı tedbirler analizini de yönetmektedir. Biz bu makalede anılan kıstaslardan ilki ve en belirleyici olan *prima facie* yetki kıstasının Divan tarafından İran/ABD Davasında nasıl uygulandığını ele alıp değerlendireceğiz. Birbirleriyle bağlantılı olmakla birlikte kıstasların olayın farklı yönleriyle ilgili olması ve Divanın ihtiyatı tedbirleri kararlarında her birini ayrı incelemesi içlerinden bir tanesinin münferit bir çalışma konusu olmasına imkân vermektedir.

19 Lando 5 şart saymakta ve bunların gerçekleşmesi halinde Divanın kendisine tanınan ihtiyatı tedbir alma yetkisini kullandığını belirtmektedir: i- *prima facie* yetki; ii- telafisi imkânsız bir zarar riski; iii- acil bir durum; iv- talep edilen tedbirlerle korunmak istenen haklar arasında bir bağlantının bulunması; v- korunması istenen hakların kabul edilebilir olması. (Son dönemlerde gündeme gelen kabul edilebilirlik şartı veya kıstasını biz tedbirlerle dava konusu haklar arasındaki ilişki bağlamında değerlendiriyoruz.) M. Lando, “Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice”, **Leiden Journal of International Law** (2018), 31, s. 641-2. Aynı zamanda bk. S. Oda, “Provisional measures – The Practice of International Court of Justice”, **Fifty years of the International Court of Justice – Essays in honor of Sir Robert Jennings**, Cambridge University Press 1996, s. 551.



I. DİVANIN PRIMA FACIE YETKİSİNİN TEMELLERİ

İhtiyati tedbirlerin sebebi tarafların dava konusu olan haklarının içeriğinin dava sonuçlanuncaya kadar çığnenip ortadan kalkmasına engel olarak Divanın vereceği nihai kararın boşa çıkmamasını sağlamaktır.²⁰ Önceki Divan Başkanlarından Hâkim Elias Divanın geçmiş kararlarından hareketle ihtiyati tedbirlerin konu ve kapsamını şu şekilde özetlemektedir:

“(a) Durumun kötüleşmesi veya uzamasını önlemek için *status quo ante*’in korunması – bu tedbirler ‘Divana sunulan ihtilafın konusunu oluşturan hakları korumaya yöneliktir’.²¹

(b) Divanın kararına kadar tarafların haklarını korumak.²²

(c) Tedbirler nihai kararın etkili olmasını sağlamada kesinlikle gerekli olmanın ötesinde başka bir şey ihtiva etmemelidir; bir başka ifadeyle geçici dönemde kararı hükümsüz kılabilecek hiçbir şey yapılmamalıdır.

(d) Şüphesiz ki Divan herhangi bir tarafın teklifinin dışında en uygun gördüğü kararı verebilir.”²³

Divan ihtiyati tedbirlere resen veya tarafların talebi üzerine başvurabilir. Her halükarda tedbirlerin alınıp alınmaması ve muhtevası Divanın takdirine bağlıdır. Ancak, bu hususta Divan oldukça hassas bir konumda bulunmaktadır. Zira incelemekte olduğumuz İnan/ABD Davasında olduğu gibi ihtiyati tedbir talebi genellikle davanın başlangıç aşamasında yapılmaktadır ve Divan davaya esastan bakmaya yetkili olduğuna henüz karar vermemiştir. *Anglo-Iranian Oil Company* Davasında alınan ihtiyati tedbir kararına muhalefet şerhi koyan hâkimlerin belirttiği gibi “Divan yetkisini tarafların rızasından almaktadır; Divan sadece tarafların kabul ettiği ölçüde yetkilidir. Madde 41’in Divana verdiği yetki şartsız değildir; davanın yürütülmesi amacıyla verilmiştir ve bununla sınırlıdır. Davanın esasıyla ilgili yetki yoksa, geçici koruma tedbirleri almak için de yetki olamaz.”²⁴ Divanın davaya bakmaya yetkili olup olmadığı henüz belli değildir, fakat öte yandan acil bir durum söz konusudur, dolayısıyla esasla ilgili aşamaya geçmeden öncelikle ihtiyati tedbirler talebinin

20 **Bosnia Genocide Convention**, Order, ICJ Reports 1993, § 34; **LaGrand**, Order, ICJ Reports 1999, § 22.

21 *The Polish Agrarian Reform and the German minority* (Application for the indication of interim measures of protection), Order, PCIJ Series A/B, No 58, 1933, s. 177.

22 *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*, Order, PCIJ Series A, No 8, 1927, s. 6.

23 T.O. Elias, **The International Court of Justice and some contemporary problems**, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, s. 70-71.

24 *Anglo-Iranian Oil Company*, Order (Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi Pasha), ICJ Reports 1951, s. 97.



değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda Divanın esasla ilgili yetki kararının ne olacağına bağlı olarak taraflardan birisinin (veya bazı durumlarda her ikisinin) alınan tedbirler sebebiyle mağdur olma riski vardır, çünkü daha sonra yetkisizlik kararı verilmesi halinde Divan ilgili tarafın veya tarafların rızası olmadan hareket etmiş ve onların egemenlik alanlarına müdahale etmiş olmaktadır.²⁵ Riski tamamen değilse bile, bir ölçüde ortadan kaldırmamanın yolu olarak Divan içtihadında *prima facie* yetki kıstası geliştirilmiştir. Buna göre, Divan bir davada ihtiyati tedbirler kararı almadan önce o davaya esastan bakmaya *prima facie* yetkili olduğunu ortaya koymalıdır.²⁶ Tersinden söyleyecek olursak, “yetkili olduğunu gösteren hiçbir temel yoksa veya dava açıkça kabul edilemez nitelikteyse, Divan geçici tedbirlerle ilgili yetkisini kullanamaz”.²⁷ Nitekim Divanın *prima facie* yetkili olmadığı gerekçesiyle ihtiyati tedbir talebini reddettiği örnekler bulunmaktadır.²⁸

Divan *prima facie* yetki kıstasını ilk kez İzlanda Balıkçılık Davası (1972) ve hemen ertesi yıl Nükleer Denemeler Davasında (1973) kullanmıştır. Bu davalarda verilen kararlarda *prima facie* yetki kıstası şöyle tanımlanmıştır:

“İhtiyati tedbirler almadan önce Divan davanın esasıyla ilgili yetkisi konusunda kesin kanaat getirmek zorunda değildir; fakat başvuruçunun ileri sürdüğü hükümlerin Divanın yetkisine *prima facie* temel teşkil edebileceği belli olmadan bu tedbirleri almamalıdır”.²⁹

Prima facie kıstası müteakip davalarda aynı veya benzer ifadelerle bir ön şart olarak tekrarlanmıştır. Son yıllardan birkaç örnekle hatırlatacak olursak, Divan Belirli Belge ve Verilere El Konulması ve Tutulmasına Dair Meseleler Davasında (Doğu Timor v. Avustralya) (2014), Muafiyetler ve Cezai Takibat Davasında (Ekvator Ginesi v. France) (2016), 2017 yılında

25 Institut de Droit International, *Provisional Measures – Preparatory Work*, Yearbook 2017, s. 297-298. Gerçi Divanın uygulamalarına bakıldığında ihtiyati tedbirlerin uygulanmasını istedikten sonra esasla ilgili yetkisizlik kararı verdiği tek örnek bulunmaktadır. Divan *Anglo-Iranian Oil Company* Davasında ihtiyati tedbir kararı almış (Order, ICJ Reports 1951, s. 93-94), fakat bir yıl sonra 1952’de davaya bakmaya yetkili olmadığına hükmetmiştir (Judgment, ICJ Reports 1952, s. 115).

26 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Order, ICJ Reports 1984, § 24; *Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data*, Order, ICJ Reports 2014, § 18.

27 C. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *op. cit.*, s. 352. Yazar, ihtiyati tedbirler için *prima facie* yetkinin gerekliliği konusunda diğer uluslararası yargı organlarının da aynı görüşte olduğundan hareketle bunun bir genel hukuk ilkesi olduğunu söylemektedir. *Ibid.*, s. 357.

28 *Legality of Use of Force*, ICJ Reports 1999, § 45; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*, Order, ICJ Reports 2002, §§ 89 ve 94.

29 *Icelandic Fisheries*, Jurisdiction, Order, ICJ Reports 1972, § 18; *Nuclear Tests*, Order, ICJ Reports 1973, § 13.



Jadhav Davasında (Hindistan v. Pakistan) ve bir yıl sonra İran-ABD Davasında ihtiyati tedbirlere karar verirken başlangıç noktası olarak artık klasikleşen bu formüle müracaat etmiştir:

“Divan ihtiyati tedbirlere yalnızca, başvuruçunun dayandığı hükümlerin yetkisine temel teşkil edebileceği *prima facie* belli olması halinde karar verebilir, fakat bunu yaparken davanın esasıyla ilgili yetkili olduğuna dair kesin bir şekilde kanaat getirmesi gerekmez.”³⁰

Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere *prima facie* kıstası başvuruçunun esasla ilgili yetkinin temeli olarak gösterdiği hukuki dayanakların genel olarak incelenmesini gerektirmektedir. İran başvurusuna dayanak olarak Statü madde 36 (1) ile 1955 Andlaşması madde XXI (2)’yi göstermiştir.³¹ Statünün anılan hükmü akdedilen bir andlaşmayla ilgili ihtilafların o andlaşmanın içinde yer alan özel hüküm (*compromissory clause*) gereği Divana sunulabileceğine dairdir. 1955 Andlaşması Divanı yetkilendiren böyle bir hüküm ihtiva ettiğinden Statü madde 36 (1)’in sağlam bir dayanak olduğu kolaylıkla söylenebilir. Bu sebeple Divan *prima facie* yetki incelemesini başvuruda yetkiye özel dayanak olarak gösterilen 1955 Andlaşması madde XXI (2) üzerinden yapmıştır. Söz konusu paragraf (2) şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Yüksek akit taraflar arasında işbu andlaşmanın yorumu veya uygulanmasına dair diplomasi yoluyla tatmin edici bir şekilde halledilmeyen herhangi bir ihtilaf, taraflar başka barışçı yollarla çözüm için anlaşmazlarsa, UAD’ye sunulacaktır”.

Buna göre tarafların Divan önüne gelebilmeleri için aralarında bir ihtilafın olması, bu ihtilafın 1955 Andlaşmasıyla ilgili olması ve diplomasi yoluyla tatmin edici şekilde halledilememiş olması gerekir. Nitekim anılan hükmün Divanın yargılama yetkisine temel oluşturup oluşturmadığı yazılı ve sözlü aşamalarda ve Kararda bu üç nokta üzerinden tartışılmıştır. İlk iki nokta tek bir soru altında birleştirilebilir: Taraflar arasında 1955 Andlaşmasının yorum veya uygulanmasına dair bir ihtilaf var mıdır? Dolayısıyla 1955 Andlaşması madde XXI (2)’nin Divana *prima facie* yetki verip vermediğiyle ilgili tarafların ve Divanın görüşlerini bu soru ve diplomatik çözüm şartı çerçevesinde iki başlık altında değerlendirebiliriz.

30 *Jadhav, Order, ICJ Reports 2017*, § 15; *İran-ABD Davası*, § 24. Buradaki ifadeler Divanın ihtiyati tedbirlere alma yetkisini davaya taraf olanların talebiyle irtibatlandırmakla birlikte, Statünün 41. maddesinde yer alan “durumun gerektirdiğine hükmederse” ibaresi ve İç Tüzüğü’nün bu husustaki ilgili hükmüne (madde 75, § 1) göre Divan tarafların talebi olmadan da herhangi bir zamanda kendiliğinden (*proprio motu*) karar verebilir. *LaGrand, Order, ICJ Reports 1999*, § 21.

31 *Application*, § 3.



II. İHTİLAFIN VARLIĞI VE KONUSU

UAD Statüsünün “Divanın Yetkisi” başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 38. madde Divanın görevini “kendisine sunulan ihtilafları” çözmek olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla bir ihtilafın varlığı yargılama yetkisinin ilk şartını oluşturmaktadır. Bu sebeple Divan verdiği ilk kararlarından birisinde ihtilaftan ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur. Sonraki kararlarda teyit edilen tanıma göre “ihtilaf iki şahıs arasında hukuki veya fiili (olaylarla ilgili) bir nokta üzerinde anlaşmazlık, hukuki görüşlere veya menfaatlere dair fikir ayrılığıdır”.³² Bir ihtilafın varlığı objektif olarak tespit edilebilir. Mesela bir andlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği üzerine iki taraf açıkça zıt fikirlere sahipse, böyle bir durumda Divan bir uluslararası ihtilafın ortaya çıkmış olduğu sonucuna varır.³³ İncelediğimiz davada taraflar aralarında bir ihtilafın bulunduğu hususunda hemfikirdir, fakat mevcut ihtilafın konusu üzerinde farklı görüşlere sahiptir.³⁴

UAD yargılamasında benzer bir durum Güç Kullanmanın Meşruiyeti Davasında söz konusu olmuştu. Yugoslavya Divana yaptığı başvuruda ve bunu müteakip ihtiyati tedbirler talebinde NATO üyesi 10 devletin 1999’da ülkesine yönelik hava bombardımanını halkını kısmen veya tamamen yok edecek kasıtlı bir saldırı olarak nitelendirerek Soykırım Sözleşmesi (1948) bağlamında anılan devletlerle arasında bir ihtilafın olduğunu ileri sürmüştü. Buna karşılık Divan, *prima facie* bir değerlendirmede bile, bir ihtilafın var olduğunu söylemek için bir tarafın 1948 Sözleşmesinin uygulanacağını, diğer tarafın ise bunun tersini iddia etmesinin yeterli olmadığını belirtmiş; karşılıklı iddiaların ötesinde var olduğu iddia edilen ihtilafın konusunu belirlemenin önemli olduğuna işaret ederek ihtilafın varlığına karar vermek için şu iki soruya cevap aramıştır: Yugoslavya’nın şikâyet ettiği ihlaller 1948 Sözleşmesinin kapsamına giriyor mu? İlk sorunun cevabına bağlı olarak, bu Sözleşmenin Divana yargı yetkisi veren IX. maddesi uyarınca Divan bu ihtilaf üzerinde *ratione materiae* yetkili mi?³⁵ Aynı sorular *mutatis mutandis* İran/ABD Davasında da sorulmuştur: ambargo tedbirleri 1955 Andlaşması kapsamına giriyor mu ve konu itibarıyla Divanın bu hususta yargı yetkisi var mı? İhtilafın konusuyla ilgili tartışmalar bu iki soru etrafında gelişmiştir.

Tartışmalara geçmeden yukarıda verilen bilgilerden hareketle “ihtilafın konusu” ifadesiyle ilgili kısa bir açıklama yapmak faydalı olacaktır.

32 *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment No. 2, 1924, PCIJ, Series A, No. 2, s. 11.

33 *Interpretation of Peace Treaties*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, s. 74.

34 Karar, § 29.

35 *Legality of Use of Force*, Order, ICJ Reports 1999, § 38.



İhtilaf bir tarafın tutum veya davranışlarının diğer tarafça hukuka aykırı, yani belirli yükümlülüklerin ihlali olarak nitelemesinden doğmaktadır. Dolayısıyla ihtilafın konusu denilince içine zincirleme olarak şikâyet edilen davranış, bu davranışın hukuka aykırılığını (veya uygunluğunu) belirleyen yükümlülükler, bu yükümlülüklerin kaynağını oluşturan akdi veya genel hukuk kuralları girmektedir. İhlalin varlığı ve bundan doğan sorumlulukların tespitinde hukuki çerçeveyi yükümlülüklerin kaynağını oluşturan akdi veya genel hukuk kuralları oluşturmaktadır. Davranışlar hangi hukuki çerçeveye göre ihlal olarak nitelendirilebiliyorsa o hukuki çerçeve temel ihtilafın konusunu ve kapsamını da belirler. O yüzden Güç Kullanmanın Meşruiyeti Davasında ihtilafın konusu ve kapsamını belirlemek için şikâyet edilen fiiller 1948 Sözleşmesine, İnan/ABDDavasında da 1955 Sözleşmesine göre değerlendirilmiştir. Güç Kullanmanın Meşruiyeti Davasında şikâyet konusu eylemler 1948 Sözleşmesine göre ihlal teşkil etmediğinden (soykırım suçu oluşturmadığından) Divan önüne getirilen ihtilafın konusu 1948 Sözleşmesi değildir. NATO üyesi devletlerin hava bombardımanı başka akdi veya genel uluslararası hukuk kurallarına aykırı olabilir; bu hususta taraflar arasındaki görüş ayrılığı da bir ihtilaftır, fakat bu, Divan önüne getirilenden başka bir ihtilaftır. Aynı şekilde, İnan/ABD Davasında taraflardan birisi diğerinin eylemlerini (ambargo uygulaması) 1955 Andlaşmasının ihlali olarak nitelendirmekte, diğeri ise aşağıda değerlendireceğimiz değişik gerekçelerle aksini savunmaktadır. Divanın yargı yetkisi 1955 Andlaşmasına dayandığından ihtilafın gerçek konusunun tespiti “Şikâyet edilen eylemler bu Andlaşmaya göre ihlal oluşturuyor mu?” sorusunun cevabına bağlıdır.

İnan, ABD'nin 8 Mayıs 2018 tarihli kararla önceden uygulamakta olduğu ve Planın kabulüyle askıya aldığı ambargo tedbirlerini kapsamını genişleterek yeniden yürürlüğe koymakla 1955 Andlaşmasının muhtelif hükümlerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İnan'a göre ABD 1955 Andlaşmasının şu hükümlerini ihlal etmektedir:

- diğer tarafın vatandaşlarına ve şirketlerine karşı adil muamelede bulunmak; İnan vatandaşlarının ve şirketlerinin kazanılmış hak ve menfaatlerine zarar verecek ayrımcı muamelelerin yasaklanması (madde IV, § 1);
- tarafların arasında ödemelere, para havalelerine ve diğer fon transferlerine kısıtlama getirilmesinin yasaklanması (madde VII, § 1);
- taraflar arasındaki ihracat ve ithalata konu olan mallarla ilgili gümrük vergisi ve diğer tür formaliteler bakımından üçüncü ülkelere aynı mallarla ilgili yapılan muameleden daha az elverişli muamele yapılmaması (madde VIII, §§ 1-2);



- tarafların karşılıklı olarak vatandaşları ve şirketlerine üçüncü ülkelerin vatandaşları ve şirketlerinden daha az elverişli muamele yapılmaması (madde IX, §§ 2-3);
- tarafların ülkeleri arasında ticaret ve seyrüsefer serbestliğinin garanti edilmesi (madde X, § 1).³⁶

Dolayısıyla, İran'a göre ihtilaf "1955 Andlaşmasının ihlalini oluşturan 8 Mayıs 2018 tarihli kararıyla İran'ı, İranlı şirketleri ve/veya İran vatandaşlarını doğrudan veya dolaylı hedef alan kapsamlı sözde 'müeyyidelerin' ve kısıtlayıcı tedbirlerin ABD tarafından yeniden konulması ve ağırlaştırılacağı ilan edilmesiyle ilgilidir".³⁷ İran ihtilafın konusunu bu şekilde tanımlarken Divan Statüsü madde 40 ve İç Tüzük madde 38'e atıfta bulunarak bir davada "ihtilafın konu ve kapsamının sadece başvuru dilekçesiyle belirlendiğini" ileri sürmektedir.³⁸ Bu hususta dilekçenin tek belirleyici olduğunu söylemesine rağmen, tartışmaya açık noktaların bulunması halinde ihtilafın sınırlarının çizilmesi ve konusunun tam olarak belirlenmesinde Divanın gerekli müdahalelerde bulunabileceğini de kabul etmektedir. Yine de İran'a göre Divan bunu yaparken, önceki kararlarında kabul ettiği üzere, dilekçedeki formülasyonu özellikle dikkate almalıdır. Fakat burada ihtilafın konusu net olarak tanımlandığından Divanın müdahalesine gerek yoktur.³⁹

Amerikan tarafı ise İran'la olan ihtilafını tamamen farklı bir zemine oturtmaktadır. ABD'ye göre, duruşmalar başlamadan Divana yetki itirazında bulunmak için gönderilen mektupta belirtildiği gibi, "İran'ın başvurusu ve ihtiyati tedbirler talebindeki bütün unsurlar Plandan kaynaklanmaktadır".⁴⁰ İran ihtiyati tedbir talebi dilekçesinde Divandan 8 Mayıs müeyyidelerinin uygulanmasının askıya alınmasına karar vermesini talep ederken⁴¹ amacı ABD'nin Plana taraf olduğu dönemdeki durumun yeniden tesis edilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla, İran'ın iddiaları münhasıran Planla ilgilidir ve iki devlet arasındaki ihtilaf da Planın uygulanması üzerinedir. Plan yargı yoluyla çözüm şartı

36 *Application*, §§ 40-49.

37 *Application*, § 1 (Subject of the dispute). İran başvuru dilekçesinin ikinci paragrafında ilk parafata tanımladığı ihtilafın konusuna açıklama getirmektedir: "Bu başvuru [İran'ın Divan'a başvurusu] münhasıran ABD'nin daha önce Planla bağlantılı olarak kaldırmaya karar verdiği 8 Mayıs müeyyidelerini tam olarak yeniden yürürlüğe koymasından ve ilave müeyyideler de koyacağını ilan etmesinden kaynaklanan uluslararası hukuka aykırı fiilleriyle ilgilidir."

38 Söz konusu maddelerin ilk paragraflarında kısaca başvuru dilekçesinde ihtilafın konusunun ve ihtilafın taraflarının gösterilmesinin gerektiği yer almaktadır.

39 CR 2018/16 (Verbatim Record), s. 30-32, §§ 5-10.

40 Karar, § 12.

41 *Request for the indication of provisional measures*, § 42, a.



öngörmediğinden İnan ihtilafı başka bir bağlama taşıyarak Divanın yargı yetkisi için temel oluşturmaya çalışmaktadır.⁴²

İhtilafın konusunun belirlenmesi tartışmasında İnan'ın iddiası Divanın yargı yetkisinin temeli ve sınırlarının ilgili tarafların rızasına bağlı olmasını öngören temel kural ve geçmiş kararlarda yapılan değerlendirmeler ışığında esas itibariyle yerinde görünmektedir. Ancak, kendi dilekçesindeki tanımlamanın netliğinden hareketle Divanın bu tanıma sadık kalması gerektiği görüşü eksiktir. Divan belirsizlikler veya görüş farklılıkları olması halinde dava konusunun belirlenmesine müdahale ederken İnan'ın ileri sürdüğünün ötesinde "ne sadece dilekçedeki şartlarla kendini sınırlandırmak ne de daha genel olarak başvuru konusunun iddialarıyla kendini bağlı görmek" durumunda değildir. "Tarafların ihtilafın nasıl tanımlanacağı üzerine anlaşamadıkları durumlarda, özel anlaşmayla açılan davalarda bile Divan bütün ilgili enstrümanları inceledikten sonra önüne getirilen uyuşmazlığın konusunu kendisi için belirlemiştir. [...] Daha önce verdiği kararlar göstermektedir ki Divan ihtilafın konusunu belirlerken kendisini başvuru konusunun formülasyonu ile sınırlamaz."⁴³ Yukarıda belirttiğimiz üzere taraflar ihtilafın konusu hakkında tamamen farklı düşünmektedir. Bu durumda Divanın Amerikan iddialarını bir tarafa bırakarak sadece İnan'ın tanımını dikkate alması kendi uygulamasına ters düşer. Zaten Divan da İnan'ın iddia ettiği ihlallerin, yani ambargo tedbirlerinin 1955 Andlaşmasının kapsamına girip girmediğini tespit ederken her iki tarafın iddialarını göz önünde tutarak değerlendirme yapmıştır.

Tarafların iddialarına bakıldığında ihtilafın konusunun belirlenmesi meselesi uygulanan (ve Ekim 2019'dan sonra uygulanacak⁴⁴ ilave) ambargo tedbirlerinin 1955 Andlaşmasına aykırı olup olmadığı sorusunda düğümlenmektedir. ABD'nin Planı ihtilafın konusu olarak göstermek istemesi Planın bağlayıcı bir belge olmaması ve yargı yoluyla çözümünü devre dışı bırakmasındandır. Fakat ABD'nin Plan argümanının ikna edici olabilmesi için İnan'ın şikâyet ettiği tedbirlerin *sadece ve sadece* Planla ilgili olduğunun ortaya konulması gerekir. Aksi takdirde, İnan'ın iddiaları ile Plan arasında doğrudan bir bağlantının varlığı kabul edilse dahi,⁴⁵

42 CR 2018/17, s. 13-14, §§ 14-18.

43 *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Judgment (Jurisdiction), ICJ Reports 1998, §§ 29-30.*

44 Divanda İnan'ın ihtiyati tedbirler talebi görüşüldüğü tarihte (Sözlü duruşmalar 27 Ağustos 2019'da başlamış ve Divan ihtiyati tedbirler kararını 3 Ekim 2019'da açıklamıştır.) ABD ikinci grup ambargo tedbirlerini henüz yürürlüğe sokmadığından gelecek zaman kipi kullanılmaktadır.

45 Ki İnan da böyle bir bağlantının bulunduğunu kabul etmektedir: "Bu olayla Planın ilgisiz olduğu söylenemez. Fakat bu ilgi ABD'nin ileri sürdüğü şekilde değildir: Plan sadece itiraz edilen müeyyidelerin alındığı bağlamdır; ABD'nin [Planın] çekilmesi [...] hiçbir şekilde



ambargo uygulamasının yeniden başlatılması Planda varılan mutabakat dışında aynı zamanda başka belgelerde yer alan yükümlülükleri de ihlal edebilir. Ambargonun Plan veya başka bir şekilde öngörülen yükümlülükleri ihlal etmesi ayrı, 1955 Andlaşmasını ihlal etmesi ayrı şeylerdir. Bu ihlallerin hepsi birlikte tek bir davaya konu olabileceği gibi, ayrı ayrı da değerlendirilebilir. Burada da İran ambargonun sebep olduğu diğer tür ihlalleri tamamen bir tarafa bırakarak yalnızca 1955 Andlaşmasından doğan haklarını korumak için hareket ettiğini hem dava dilekçesinde hem duruşmalarda açık bir şekilde belirtmektedir.⁴⁶ Nitekim Divan, Amerikan tarafının bu hususta yeterli açıklama getiremediğini de dikkate alarak şikâyet konusu ambargo tedbirlerinin Planla bağlantılı olmasının 1955 Andlaşmasının kapsamına girmesine engel teşkil etmediği tespitinde bulunmuştur.⁴⁷

A. Nükleer Maddeler İstisnası

Ancak, ihtilafın 1955 Andlaşmasının yorum ve uygulamasına dair olduğunu söyleyebilmek için Andlaşmada tarafların yükümlüklerini belirli durumlarda sınırlandıran veya tamamen ortadan kaldıran özel hükümler varsa onların da dikkate alınması gerekir. 1955 Andlaşması madde XX (1)'de bu tür hükümler vardır ve ABD birincisine nazaran daha sağlam görünen ikinci argümanını bu hükümlere dayandırmaktadır. ABD'ye göre İran'ın iddialarına konu olan ambargo tedbirleri 1955 Andlaşması madde XX (1) uyarınca Andlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. ABD paragraf (1)'in özellikle (b) ve (d) bentlerine atıfta bulunmaktadır. Söz konusu bentlere göre

“İşbu Andlaşma şu tedbirlerin uygulanmasını engellemez: (b) atomları bölünebilir maddeler (*fissionable materials*), bunların radyoaktif yan ürünleri veya kaynaklarıyla ilgili olanlar; (d) taraflardan birisinin

İran'ın size sunduğu ihtilafın konusu değildir”. CR 2018/16, s. 30, § 6. Yine İran başvuru dilekçesinde açıkça belirtmektedir ki “işbu başvuru münhasıran ABD'nin daha önce Planla bağlantılı olarak kaldırdığı 8 Mayıs müeyyidelerinin yeniden tam etkili bir şekilde yürürlüğe koyma kararının sonucu olan haksız fiillerle ilgilidir”. Application, § 2.

46 İran temsilcisi duruşmaların ikinci aşamasında bu hususu bir kez daha vurgulama ihtiyacı duymuştur: “Sayın hâkimler, rakibimiz ne pahasına olursa olsun sizi, bizim Divana Planın uygulanmasına (veya daha ziyade uygulanmamasına) dair bir ihtilaf sunduğumuz hususunda ikna etmek istemekte ve haklı olarak sizin [Planla ilgili ihtilafa] bakma yetkiniz olmadığını savunmaktadır. İstiyorlar ki biz size ABD'nin bu belgeden çekilmesinin meşruiyetiyle ilgili başvurmuş olalım. Oysa durum böyle değil; çekilmelerinin bu davayla bir ilgisi yok: davalı devletin 8 Mayıs'ta verdiği müeyyideleri tekrar uygulama kararını haklı göstermek için bu belgenin belirli hükümlerine dayanabilmesi veya dayanamaması ister meşru isterse gayrimeşru olsun bu durum önümüzdeki davanın görülmesi ve halli bakımından önemli değildir, zira bu davanın konusu yeniden uygulamaya konulan müeyyidelerin 1955 Andlaşmasıyla bağdaşıp bağdaşmadığıdır”. CR 2018/18, s. 10, § 1.

47 Karar, §§ 38-39.



uluslararası barış ve güvenliğin idamesi veya yeniden tesisleriyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmesi için gerekli olanlar veya güvenliğiyle ilgili temel menfaatlerini korumak için gerekli olanlar”.

Madde XX (1)'in bir istisna hükmü olduğu ve bazı tedbirleri 1955 Andlaşmasının uygulama alanından çıkardığı açıktır. Ancak, ABD'nin yaptığı gibi buradan hareketle ambargo tedbirlerinin Andlaşmanın dışında kaldığı ve dolayısıyla onun yorum ve uygulanmasıyla ilgili ihtilaflarda Divanı yetkilendiren madde XXI (2)'in devreye girmeyeceği sonucu çıkarmak için öncelikle ambargo tedbirlerinin (b) fıkrasında belirtilen tedbirlerden ibaret olup olmadığını tespit etmek gerekir. 8 Mayıs 2018 tarihli Başkanlık Kararıyla Ağustos 2018'den itibaren uygulamaya konulan ve Kasım 2018'de ağırlaştırılarak devam ettirilen ambargo tedbirleri daha önce zikrettiğimiz üzere nükleer faaliyetler dışında sivil havacılık, serbest ticaret ve fon transferleri gibi farklı alanları da hedeflemektedir. Dolayısıyla, kapsam itibarıyla ambargo tedbirleri en azından kısmen istisna sınırlarının dışında kalmaktadır, diğer deyişle 1955 Andlaşmasının uygulama alanına girmektedir.

B. Ulusal Güvenlik İstisnası (1955 Andlaşmasında)

Amerikan argümanı asıl gücünü (d) fıkrasından almaktadır. Bu fıkra öncekinden farklı olarak belirli tedbirleri istisna olarak sıralamak yerine taraflara takdir yetkisi tanımaktadır. Bilhassa takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde temel alınacak kıstaslardan “ulusal güvenlikle ilgili temel menfaatler” veya kısaca ulusal güvenlik kavramı potansiyel olarak her türlü tedbiri istisna kapsamına sokacak şekilde geniş tanımlanmaya müsaittir. ABD duruşmalarda Nikaragua kararını hatırlatarak Divanın da aynı görüşte olduğunu belirtmektedir. Gerçekten de Divan 1986'da esasla ilgili kararında ABD-Nikaragua arasında akdedilmiş olan 1956 Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Andlaşmasının 1955 Andlaşmasının (d) fıkrasıyla tamamen aynı şekilde kaleme alınmış olan istisna hükmünü yorumlarken şunları söylemektedir: “Bir silahlı saldırıya karşı meşru müdafaanın güvenlikle ilgili temel menfaatleri korumak için gerekli tedbirlerden olduğunu inkâr etmek güçtür. Fakat temel güvenlik menfaatleri kavramı kesinlikle silahlı saldırı kavramının ötesine uzanır ve geçmişte çok geniş yorumlanmıştır”.⁴⁸

Bu değerlendirmelere göre iki devlet arasındaki açık düşmanlık, sürekli kriz durumu ve Ortadoğu'daki siyasi ortam dikkate alındığında, ilk bakışta, statüko ve güç dengesi üzerinde etkisi olan hemen her olayın ABD gibi bir

48 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment, ICJ Reports 1986, § 224; CR 2018/17, s. 37, § 17.*



küresel gücün ulusal menfaatini doğrudan ilgilendirebileceğini söylemek abartılı bir tespit olmayacaktır. Fakat öte yandan bir tedbirin temel ulusal güvenlik menfaatlerini korumak için gerekli olup olmadığının tek taraflı sübjektif bir değerlendirmeye belirlenmeyeceği de açıktır. Aksi takdirde takdir yetkisi dileyen tarafa Andlaşma yükümlülüklerinden kurtulma fırsatı veren keyfiliğe dönüşmüş olacaktır. Bu sebeple Divan yukarıda alıntıladığımız Nikaragua Kararındaki – ABD’nin duruşmalarda sadece ilk kısmına atıfta bulunduğu – yorumunun devamında ulusal güvenlik istisnasının ileri sürülebilmesi için öncelikle ortada ulusal güvenliğe karşı bir riskin bulunması gerektiğini söylemektedir. Ayrıca, ulusal güvenliği koruma amaçlı olduğu iddia edilen tedbirlerin yalnızca faydalı değil, aynı zamanda zaruri olması gerekir. Bu hususlarda nihai tespiti yapacak merci ise Divandır.⁴⁹

ABD İran’ın davranışlarının ulusal güvenlik menfaatlerine zarar verme riski bulunduğunu göstermek amacıyla bir dizi iddiada bulunmakta ve bunlara karşılık aldığı tedbirlerin zaruri olduğunu söylemektedir. İran bilhassa Amerikan hedeflerine yönelik eylemler yapan terörist örgütleri desteklemektedir; bazı Amerikan vatandaşlarını İran’da zorla tutmaktadır; yeni füzeler geliştirmektedir; nükleer silahlar üretme kapasitesi devam etmektedir; bölgede istikrarı bozucu müdahalelerde bulunmaktadır.⁵⁰ ABD bu şekilde tedbirlerin güvenlik açısından gerekli olduğunu (kendi açısından) ortaya koyduktan sonra 1955 Andlaşmasındaki güvenlik istisnasına dayanarak Divanın yetkili olmadığını ileri sürmüştür. ABD’ye göre madde XX (1) ambargo tedbirlerini 1955 Andlaşmasının uygulama alanı dışında tutmakta, dolayısıyla 1955 Andlaşmasının yorum ve uygulanması konusunda Divana yargı yetkisi veren madde XXI (2) (*compromissory clause*) bu durumda işlerlik kazanmamaktadır:

“Sözlerime Madde XX (1)’nin giriş cümlesi ile başlıyorum: ‘işbu andlaşma’ listelenen hususlarla ilgili istisnalar dâhilinde olan ‘tedbirlerin uygulanmasını engellemez’. Madde XX (1) yoluyla taraflar bentlerde (a-d) öngörülen tedbirlerle ilgili olarak [Divanın] yetkisini kesin olarak hariç tutmuşlardır. Taraflar Divanın bu tedbirleri, Andlaşmanın asli yükümlülükleriyle bağlantılı olarak, ne geçici ne de nihai aşamada esastan yargılaması üzerine anlaşmamışlardır. Andlaşma metni bu konuda açıktır. Madde XX (1) Andlaşmanın sayılan tedbirlerin ‘uygulanmasını’ engellemediğini belirtmektedir. Sonuç olarak, Anlaşmanın ‘yorum ve uygulanmasına’ dair ihtilaflarda [Divana] yargı yetkisi veren madde XXI (2) hariç tutulan bu tedbirler bakımından uygulanmaz.”⁵¹

49 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment, ICJ Reports 1986, § 224.

50 CR 2018/17, s. 38-40, §§ 22-27.

51 CR 2018/17, s. 33, § 4.



Divan Amerikan iddialarının yerindeliğini tartışmamış, sadece daha sonra bir başka vesileyle (korunması istenen hakların kabul edilebilir olması) ambargo tedbirlerinin en azından bir kısmının güvenlik istisnası kapsamına girebileceğini dolaylı bir ifadeyle kabul etmiştir: "... İran'ın şikâyetçi olduğu tedbirler 'bölünebilir maddeler, bunların radyoaktif yan ürünleri veya kaynaklarıyla ilgili olanlar' veya ABD'nin 'güvenliğiyle ilgili temel menfaatlerini korumak için gerekli olanlar' ile bağlantılı olduğu ölçüde, madde XX (1) (b) ve (d)'nin uygulanması İran'ın 1955 Andlaşmasına dayanarak ileri sürdüğü hakların en azından bir kısmını etkileyebilir".⁵² İşin nükleer ürünlerle ilgili yönü bir tarafa, Divan burada (d) bendindeki güvenlik kaydının bazı Amerikan tedbirleri için hukuki gerekçe oluşturduğunu söylemektedir. Divan "bazı tedbirlerin" hangileri olduğunu açıklamasa da Kararın hüküm kısmından anlaşıldığı kadarıyla⁵³ burada sayılanlar dışında alınacak tedbirler güvenlik kaydı içerisine girmektedir. Bundan daha önemlisi, Divan bazı tedbirler ve diğerleri ayrımı yaparken güvenlik kaydını uygulamakta, fakat bunu nasıl yaptığını belirtmeden, Amerikan iddialarını mesela Nikaragua Davasında işaret ettiği gibi risk ve zaruret testlerine tabi tutmadan sadece sonucu belirtmekle yetinmektedir. Oysa bu incelemenin sonucu *prima facie* yetkinin varlığının belirlenmesine olmasa da, İran'ın korunmasını istediği haklarla 1955 Andlaşmasının bağlantısının tespitine yarayacak, dolayısıyla ihtiyati tedbirler kararına doğrudan tesir edecek mahiyettedir.

Öyle görünüyor ki söz konusu (d) bendindeki güvenlik kaydının değerlendirilmesinde Divan kendi koyduğu ölçülere gerektiği gibi uymamaktan dolayı verdiği kararı tartışmalı hale getirmekle kalmamakta, bu konuda tutarlı bir içtihat oluşmasına da engel olmaktadır. Zira aynı kayıt yine İran-ABD arasındaki Petrol Platformları Davasında da gündeme gelmiş⁵⁴ ve Divan ikna edici olmayan bir gerekçeyi kullanarak güvenlik kaydını hiç tartışmadan devre dışı bırakmış idi. Petrol Platformları Davasında ABD platformlara yaptığı silahlı müdahaleyi incelemekte olduğumuz davada olduğu gibi temel güvenlik menfaatleriyle ilgili tedbir olarak savunmuştur. İran ise Amerikan gemileri ve mürettebatın güvenliğinin ve Basra Körfezinde deniz ticaretinin kesintisiz devam etmesinin bu devletin makul güvenlik menfaatleri arasında sayılabileceğini kabul etmiş, fakat platformlara yapılan saldırının zaruri bir tedbir şeklinde nitelendirilmesine karşı çıkmıştır. Buna

52 Karar, § 68.

53 Karar, § 102. Divan burada ABD'nin tıbbi malzemeler, yiyecek ve tarım ürünleri ve sivil uçakların bakım ve yedek parçaların satışı ve bunlarla ilgili mali muameleleri kısıtlayan veya yasaklayan tedbirler almamasına hükmetmiştir.

54 Bu davada da İran'ın başvurusunun temeli 1955 Andlaşmasıdır.



karşılık Divan (d) bendine dair ABD'nin yaptığı yorumun doğru olup olmadığına karar vermesi gerekmediğini, çünkü alınan tedbirlerin meşru müdafaa kapsamında olduğundan onları meşru müdafaa düzenleyen uluslararası hukuk kurallarına göre gereklilik ve orantılılık kıstasları açısından değerlendireceğini belirlemiştir.⁵⁵ Tarafların 1955 Andlaşmasının yorum ve uygulanmasıyla ilgili ihtilaflar çerçevesinde yargı yetkisi tanıdıkları Divanın yetkisine temel teşkil eden ve ihtilafın konusunu oluşturan Andlaşmayı bir tarafa bırakıp yetkilendirilmediği bir konuda karar vermesi doktrinde sert tenkitlere hedef olmuştur.⁵⁶ Her halükarda, bizi ilgilendiren yönü itibariyle, güvenlik kaydı değerlendirilmeden adeta yok sayılmıştır. İncelediğimiz davada da Divan benzer tutum içerisinde olmuştur.

Önceki paragraflarda ele aldığımız üzere ABD'nin güvenlik istisnası argümanı Divan tarafından bütün yönleriyle değerlendirilmemiş, yine de Divan bu istisnanın kısmen de olsa uygulanabileceğini kabul etmiştir. İstisnanın kısmen uygulanabileceğini söylemek ambargo tedbirlerinin bazılarının 1955 Andlaşmasını ihlal etmediği anlamına gelmektedir; fakat aynı zamanda bunların dışında kalan diğer bazı ambargo tedbirlerinin ise Andlaşmanın kapsamına girdiğini ve dolayısıyla Divanın ihtilafa bakmaya *ratione materia* yetkili olduğunu kabul etmek demektir.

Bu hususta belirtmek gerekir ki güvenlik istisnasıyla ilgili Divan ne kadar üstünkörü hareket etmiş olursa olsun, ABD'nin bu istisna ile Divanın davaya bakma yetkisi arasında doğrudan bir bağlantı kurması hatalıdır. Çünkü Divanın davayı esastan görme hususundaki yargı yetkisi istisna hükmünün kapsamının belirlenmesinden bağımsızdır; yani 1955 Andlaşması madde XXI (2)'nin devreye girmesi madde XX (1)'in yorumuna bağlı değildir. Dolayısıyla ABD'nin güvenlik istisnası bağlamındaki iddiası/yorumu tamamen geçerli kabul edilse dahi buradan Divanın yetkisiz olduğu sonucu çıkmaz. Zira Divanın Nikaragua ve Petrol Platformları Davalarında belirttiği gibi, "madde XX (1) tarafların Andlaşma hükümlerine rağmen belirli tedbirler uygulayabileceği sınırlı sayıdaki durumu tanımlamaktadır. Hâlihazırdaki davada davalının haklı olarak bu istisnalara dayanıp dayanamayacağı veya ne ölçüde dayanacağı kazai incelemenin konusudur ve bu cihetle madde XXI (2)'ye göre maddi olarak Divanın Andlaşmayı 'yorumlama ve uygulama' yetki alanına girer".⁵⁷ Zaten her halükarda ambargo tedbirlerinin istisna kapsamına

55 *Oil Platforms, Judgment, ICJ Reports 2003*, § 73.

56 P. Weil, D. Richemond, "The Oil Platforms Case before the International Court of Justice: A Non-case of International Responsibility", *International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 329-340.

57 Karar, § 42.



girip girmediği üzerine taraflar arasındaki görüş farklılıkları Andlaşmanın yorum ve uygulanmasına dair bir ihtilaf oluşturacağından madde XXI (2) gereği bu ihtilafın ele alınmasında Divan yetkili olacaktır. Aslında bu husus iki devlet arasındaki Petrol Platformları Davasında da tartışılmış ve kararda son nokta konulmuş idi. Divan aynı değerlendirmeyi 2018’de de yapmıştır: 1955 Andlaşması belirli konuları Divanın yetkisinden çıkararak hiçbir hüküm ihtiva etmemektedir. Madde XX (1) (d)’nin işlevi Divanın yargı yetkisini sınırlandırmak değildir; söz konusu bent (b) davanın esasıyla ilgili (Divanın yargı yetkisiyle ilgili değil) tarafların iddialarında dayanacakları temellerden birisini oluşturmaktadır.⁵⁸ Bu sebeple de 1955 Andlaşmasında düzenlendiği haliyle güvenlik istisnası ihtiyati tedbirler aşamasında Divanın prima facie yetkisine itiraz gerekçesi olarak değil de alınacak ihtiyati tedbirlerin kapsamının belirleneceği tedbirler-esasla ilgili haklar ilişkisi tartışmasında kullanılmaya daha fazla elverişlidir.

C. Ulusal Güvenlik İstisnası (Genel Olarak)

Kazai çözüm şartı içeren ikili ve çok taraflı andlaşmalarda güvenlik istisnasına sıklıkla rastlanmaktadır ve yine bu istisna bu davada olduğu gibi diğer davalarda da istisnanın kapsamıyla ilgili belirsizlikler dolayısıyla tartışmalara yol açmaktadır. Divan meseleyi yargı yetkisiyle değil de esasla ilişkilendirerek en azından yetki aşamasında pratik bir çözüm üretmiştir. Ancak, bu durum davalar bağlamında yapılan tartışmaların teorik planda devam etmesini engellemiştir. Görev yaptığı son 10 yıllık dönemde verilen ihtiyati tedbir kararlarının çoğuna şahsi veya muhalif mütalaalarla şerh düşen Hâkim Trindade bu davada da “geleneği” sürdürmüş ve Divan kararına şahsi mütalaasını (*separate opinion*) eklemiştir. Divandaki görevinden önce ihtiyati tedbirler konusu üzerine önemli çalışmalar yapmış olan Trindade’in Divan hâkimi olarak sistematize ettiği ve belirli bir uluslararası hukuk anlayışına göre yaptığı değerlendirmeler konunun ve dolayısıyla Divanın ihtiyati tedbirler kararlarının daha iyi anlaşılması bakımından önemlidir. Bu sebeple Trindade’in şahsi mütalaasında ortaya attığı bilhassa güvenlik istisnası ile ilgili görüşlere yakından bakmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Trindade’in şahsi mütalaasında belirttiği görüşlerinde iki nokta dikkat çekmektedir. Birinci nokta spesifik bir tespit olarak görülebilir. Trindade, bizim yukarıda belirttiğimiz aksine Divanın önceki kararlarında (ve bu Kararında da) ulusal güvenlik defisine itibar etmediğini ileri sürmektedir. Birincinin devamı olan ikinci nokta ise ulusal güvenlik istisnasının bir uluslararası mahkeme tarafından dikkate alınmaması gerektiğine

58 Karar, § 41.



dairdir. Hâkim bu gerekliliği uluslararası hukukla ilgili genel bir görüş çerçevesinde temellendirmeye çalışmaktadır. Bu iki noktayı sırasıyla ele alacağız.

İlk olarak, Trindade'in tespitine göre Divan kararlarında ulusal güvenlik istisnası dikkate alınmamaktadır. Hâkim bu iddiasıyla ilgili olarak şahsi mütalaasında son dönemde ihtiyati tedbir talebi görülen üç davayı örnek olarak göstermektedir: “Şu gözden kaçırılmamalıdır ki *Seizure and Detention of Certain Documents and Data* Davasında UAD davalı devletin ‘ulusal güvenlik’ mülahazalarını dikkate almadan ihtiyati tedbirlere karar vermiştir (ŞŞ 45-46 ve 55). Akabinde bir başka davada, *Application of the ICSFT Convention and of the CERD Convention* Davasında aynı şeyi yapmıştır (ŞŞ 93 ve 106). Bundan kısa süre sonra *Jadhav* Davasında da ‘ulusal güvenlik’ itirazını hesaba katmadan bir kez daha aynı şekilde karar vermiştir (ŞŞ 23 ve 61). Görüldüğü üzere UAD'nin bu davadaki [İran/ABD Davası] ihtiyati tedbir kararı ihtiyati tedbirlerle ilgili istikrarlı içtihadıyla uyum içerisindedir: bu tedbirlerin sağladığı geçici koruma zorunluluğu ulusal menfaat veya güvenlik iddiaları veya stratejilerine baskın çıkmaktadır”.⁵⁹

Aşağıda değineceğimiz üzere Trindade ilke olarak ihtiyati tedbir kararlarında ulusal güvenlik istisnasının kullanılmasına karşı çıktığından bu davada Divanın ABD'nin ulusal güvenlik itirazını reddetmesini yerinde görmüştür. Fakat Divanın bu davada yaptığı değerlendirme verilen örneklerle şeklen uyumlu görünmekle birlikte, ulusal güvenlik istisnasının dikkate alınmadığı yönünde bir içtihat oluştuğunu söylemek doğru değildir. Zira her şeyden önce ulusal güvenlik gerekçesi incelediğimiz İran/ABD Davasını da katarsak anılan davalarda farklı bağlamlarda kullanılmıştır. Yazarın andığı ilk dava olan Belirli Belge ve Verilere El Konulması ve Tutulmasına Dair Meseleler Davasında (ihtiyati tedbirler) Avustralya, gizli servis görevlilerinin el koyduğu Doğu Timor'a ait belgeleri iade etmeyip tutmaya devam etmesinin gerekçesi olarak ulusal güvenlik amaçlarını göstermiştir. Divan kararında teyit edildiği üzere belgeler iki devlet arasındaki Timor Denizi Andlaşması Hakemlik Davasının ve deniz alanları konusunda gelecekte yapılacak görüşmelerin gidişatını Doğu Timor aleyhine etkileyecek çok önemli bilgiler ihtiva etmektedir. Bu bilgilerden anılan hakemlik davasına veya deniz alanlarıyla ilgili görüşmelere Avustralya adına katılacak olan şahısların haberdar olması Doğu Timor'a telafi edilemez zararlar açabilecektir. Bu hususta, belgelerdeki bilgilerin ulusal güvenlik dışında başka bir

59 Karar, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, ŞŞ 17-18.



amaçla kullanılmayacağına Avustralya Başsavcısı⁶⁰ tarafından yazılı taahhüt verilmesini Divan bilgilerin ifşa olma riskini tamamen ortadan kaldırmadığından kabul etmemiştir.⁶¹ Divan bu davada ulusal güvenlik gerekçesini reddederken iki devlet arasında hâlihazırda devam etmekte olan hakemlik sürecini ve görüşmelerde taraflardan birisinin uğrayacağı telafi edilmez (Divanın ifadesiyle “önceki statüye dönüşü imkânsız kılabilecek”) zararları dikkate almıştır. Yani Divan ulusal güvenlik gerekçesini ilke olarak bir tarafa bırakmamıştır; tersine, bilgilerin ifşa riski ve bunun geri döndürülemez muhtemel sonuçları üzerine teferruatlı değerlendirmeler yapması ulusal güvenliğin belirli şartlarda gerekçe olarak kullanılabilceğini kabul etmek demektir.

Yazarın verdiği ikinci örnek *Application of the CERD*⁶² Davasında (ihtiyati tedbirler) Rusya, Kırım Yüksek Mahkemesinin Kırım Meclisini yasaklama kararını ve bu kararı teyit eden Rus Yüksek Mahkemesinin kararının kamu düzeni ve güvenlik gerekçelerine dayandığını ileri sürmüştür. Rusya’ya göre kararlarla Meclisi oluşturan üyelerin etnik kökenleri arasında bir bağlantı bulunmamaktadır.⁶³ Divan ihtiyati tedbirler kararında Rusya’nın Kırım’da CERD’den doğan yükümlülüklerine uygun olarak Kırım Tatarlarının temsili kurumlarını muhafaza etmelerine kısıtlamalar getirmekten kaçınmasını ve Ukrayna dilinde eğitim yapılmasına imkân tanınmasını istemiştir.⁶⁴ Divan bu sonuca varırken kararının hiçbir yerinde Rusya’nın güvenlik gerekçesini tartışmamıştır. Esasen davanın konusu Rusya’nın Kırım’da Rus olmayanlara karşı izlediği politikanın CERD’nin muhtelif hükümlerini ihlal eden ayrımcı uygulamalar olduğu iddiasıdır.⁶⁵ Rusya bu iddialara cevap verirken yukarıda belirttiğimiz üzere Meclisi yasaklayan ilgili mahkeme kararlarında güvenlik endişesinin de rol oynadığını belirtmiştir. Güvenlik Rusya’nın savunmalarında ayrımcılığı mazur gösteren bir gerekçe olarak kullanılmamıştır. Zaten Rusya savunmasını Kırım’da uyguladığı politikaların ayrımcılık olmadığı görüşü üzerine kurmuştur. Ezcümle bu davada güvenlik tali bir unsur olarak zikredilmiş, asıl konu olan ayrımcılık tartışmasında Divan karar verirken

60 Avustralya istihbarat servisi Başsavcılığa bağlı bir birimdir.

61 *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data*, Order, ICJ Reports 2014, §§ 39-48. Bilgilerin mühürlü zarfta saklanacağına dair taahhüt Divanın ihtiyati tedbirler kararı almasına kadarki süreyi kapsamaktadır. Divanın ifşa riski kararında bu hususun da etkisi olmuştur.

62 Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Her Türlü Irk Ayrımının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi). Sözleşme UAD önündeki bir başka davanın Gürcistan/Rusya ihtilafının konusu olmuştur.

63 *Application of the CERD*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2017, §§ 36, 93.

64 *Ibid*, § 106.

65 *Application instituting proceedings, Terrorism Financing and Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, 16 January 2017, §§ 131-133.



haklı olarak bu tali unsur üzerinde durmamıştır. Şunu da ilave etmek gerekir ki ayrımcılık tartışmalarının temeli olan CERD ulusal güvenlik dâhil hiçbir gerekçeyle Sözleşmedeki hakların – diğer deyişle taraf devletlerin yükümlülüklerinin sınırlandırılması veya askıya alınmasını kabul etmemektedir. Yazarın ilk iki örneğinde güvenlik veya ulusal güvenlik davaya temel teşkil eden hukuki belgelerde yükümlülükleri sınırlayabilecek istisna olarak yer almamaktadır; savunmacı devletler dayandıkları asıl gerekçeler yanında bunu da kullanmışlardır. Son örnek olan *Jadhav Davasında* (ihtiyati tedbirler) ise İran/ABD Davasına şekli benzerlik öncelikle nazaran daha fazladır. *Jadhav Davasında prima facie* yetki tartışmasında Pakistan Divan Statüsünün madde 36, § 2'ye göre yaptığı tek taraflı bildirim⁶⁶ koyduğu ihtirazi kaydı hatırlatmaktadır: “Pakistan İslam Cumhuriyetinin ulusal güvenliğiyle ilgili bütün meseleler” Divanın zorunlu yargı yetkisinin dışındadır.⁶⁷ Buna karşılık Divan söz konusu bildirim bu davada yargı yetkisinin temellerinden olmadığı gerekçesiyle Pakistan’ın ulusal güvenlik itirazını tartışmayı reddetmiştir: “Divan, başvuru devlet [Hindistan] Divanın yargı yetkisini tarafların Statü madde 36, § 2'ye göre yaptığı bildirimlere değil, Statü madde 36, § 1 ve İhtiyari Protokol, madde I’e dayandırmak istediğini hatırlatır. Divanın yetkisi Statü madde 36, § 1 uyarınca yürürlükteki özel anlaşmalar ve sözleşmelere dayandığı zaman, ‘yargı yetkisinin diğer muhtemel temellerine yapılan itirazı değerlendirmek konu dışı olmaktadır’. [...] Bu sebeple, tarafların Statü madde 36, § 2 çerçevesinde yaptığı bildirimlerde yer alan herhangi bir ihtirazi kayıt İhtiyari Protokolde özel olarak öngörülmuş Divanın yetkisini engelleyemez. Dolayısıyla Divanın bu ihtirazi kayıtlar üzerinde daha fazla durması gerekmez”.⁶⁸ İfadelerden anlaşılacağı üzere Divanın yargı yetkisinin temelleri arasında tek taraflı kabul bildirimi olsaydı, bildirimdeki kayıtları, böylece ulusal güvenlik istisnasını incelemek durumunda olduğunu belirtmektedir. Örnek olarak verilen üç kararın hiçbirisinde Divan ulusal güvenlik itirazını esastan ele alarak reddetmiş değildir. Buna göre Trindade’in “*Jadhav Davasında* da ‘ulusal güvenlik’ itirazını hesaba katmadan bir kez daha aynı şekilde karar vermiştir” ifadesi – ki burada Divan ulusal güvenlik istisnasını kendisinden dolayı değil de bu istisnanın yer aldığı hukuki işlemin yetki tartışmasıyla ilgisinin bulunmaması sebebiyle “hesaba katılmadığını” açıkça beyan etmektedir – ve buradan hareketle Divanın bu hususta

66 Anılan hükme göre “İşbu Statüye taraf olan devletler, herhangi bir zaman, aynı yükümlülüğü kabul eden bir başka devlete karşı [...] Divanın yargı yetkisini *ipso facto* ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını beyan edebilir. Devletler bu beyanlara Divanın yargı yetkisini sınırlayan kayıtlar koyabilir (§ 3).

67 *Jadhav, Order, ICJ Reports 2017*, § 23.

68 *Ibid*, § 26.



“istikrarlı bir içtihadının” olduğu sonucuna varması temelsizdir. Yazarın örnek aldığı kararlar ve ilgili diğer kararlar incelendiğinde sonuç iddia edildiğinin tam tersidir.

Genel bir görüş olarak, Trindade bir uluslararası mahkemenin güvenlik istisnasını ilke olarak dikkate almaması gerektiğini ileri sürmektedir. Trindade şahsi mütalaasında “Adaletin gerçekleşmesi zorunluluğunun ulusal güvenlik menfaatleri itirazına üstünlüğü” başlıklı bir bölümü bu konuya ayırmıştır.⁶⁹ Yazar burada Divanda görev aldığı 2009 yılından bu yana ihtiyati tedbir kararlarında verdiği şahsi veya muhalif mütalaalarda savunduğu genel görüşü tekrarlayarak bu görüş temelinde güvenlik istisnasına karşı çıkmaktadır. Yazarın değerlendirmelerini şöyle özetleyebiliriz: Objektif adalet ve insani değerler olayların üzerindedir. Adalet hissi ve adaletin gerçekleştirilmesi zorunluluğu bir devletin irade açıklamalarının üstündedir. “Divan yetkisini kendisi belirler. İhtiyati tedbirlerin otonom hukuki rejimi içerisinde ve devletlerin kazai eşitliği ilkesinin ışığında Divan böylece bu tedbirlerin hukuki mahiyeti ve sonuçlarına dikkat ederek daha proaktif bir tutum takınabilir (İç Tüzüğü’nün madde 75 (1) ve (2)’sine göre). [...] Bu alandaki ilerlemeler genel olarak uluslararası hukukun, özel olarak uluslararası hukuki prosedürün iradeci (*voluntarist*) anlayışını izleyerek başarılabilir. Ve Divan çekişen taraf devletin ‘rızasını’ göstermesini beklemeden ihtiyati tedbirler kararı almaya tamamen yetkilidir. Uluslararası hukukun tedrici gelişmesini sağlayan şey iradenin üstünde olan insan vicdanıdır”.⁷⁰ Keza BM Antlaşması madde 2, § 1’de ifade edilen devletlerin eşitliği aynı zamanda devletlerin kazai haklar bakımından eşit olmasıdır. Bu da silahların eşitliği, usulüne uygun yargılanmayı, kısaca adalet düşüncesini içine alır. Ulusal güvenlik iddialarıyla bunların altının oyulmaması gerekir.⁷¹ Dolayısıyla Divan önünde uluslararası hukukun genel ilkeleri dururken ulusal güvenlik iddiasıyla ilgilenmemeli ve bununla kafasını karıştırmamalıdır; her halükarda “ taraflardan birisinin duruşmalarda gündeme getirdiği ‘ulusal güvenlik’ iddialarını destekler görüntüsü vermemelidir”.⁷² Trindade iradeci görüşün tenkidinden ve insanı ön plana çıkaran uluslararası hukuk anlayışından ulusal güvenlik iddialarının Divan önünde ileri sürülemez sonucuna nasıl geldiğini açıklamamaktadır. Yazarın uluslararası hukuka bakışı konumuzu doğrudan ilgilendirmemektedir. Fakat ihtiyati tedbirler ve güvenlik istisnası hususunda vardığı sonuçlar ikna edicilikten uzaktır. Zira her şeyden önce, yargı yetkisinin temelinde ve sınırlarının çizilmesinde

69 Karar, Separate opinion of Judge Cañado Trindade, §§ 21-27.

70 *Ibid*, §§ 26-27.

71 *Ibid*, § 25.

72 *Ibid*, §§ 23-24.



taraf devletlerin rızası bulunan ve birçok davada ilk aşama olarak yetki itirazlarını halletmek için söz konusu rızanın varlığını araştırmakla işe başlayan Divan yargılama sürecinin sonraki aşamalarında tarafların rızasını bir tarafa bırakarak hareket etmemektedir. Yazarın “Divan çekişen taraf devletin ‘rızasını’ göstermesini beklemeden ihtiyati tedbirler kararı almaya tamamen yetkilidir” ifadesi ihtiyati tedbirler prosedürüyle ilgili olup hiçbir şekilde Divanın karar verirken taraf devletlerin rızasından bağımsız hareket etme şeklinde yorumlanamaz. Yazar bu cümlesiyle İç Tüzükte Divana tanınan *proprio motu* hareket etme yetkisini doğru olmayan bir şekilde iradecilik tartışmalarıyla ilişkilendirerek kendi anlayışı lehine sonuç çıkarmaya çalışmaktadır. İç Tüzüğe göre “Divan taraflardan herhangi birisi veya tamamınca uygulanması veya uyulması gereken ihtiyati tedbirlerin alınmasına davanın şartlarına göre gerek olup olmadığını incelemeye herhangi bir zamanda kendiliğinden (*proprio motu*) karar verebilir”.⁷³ Divan İç Tüzüğü’nün bu hükmünü şimdiye kadar sadece bir kez kullanmıştır.⁷⁴ Bu da göstermektedir ki Divan bu hususta kendisine tanınan yetkiyi “*non ultra petita* (tarafların talebinin ötesine geçmeme) kuralından sapmayı haklı kılan oldukça istisnai durumlarda esasla ilgili kararın etkililiği hatırına kullanmaktadır”.⁷⁵

Trindade’in değerlendirmelerinde bir diğer tartışmalı nokta ulusal güvenlik istisnası ile ilgili düşünceleridir. Ulusal güvenlikle adalet, insani mülhazalar ve hukukun genel ilkeleri arasında zorunlu bir çatışma varsayımının ne kadar tutarlı olduğunu bir tarafa bırakarak belirtelim ki ulusal güvenlik veya başka bir menfaat bir hukuk kuralının konusu olduğu takdirde hukukun koruması altındadır ve hukuku uygulamakla görevli organlar görevlerine uygun davrandığı yani yetkilerini aşıp hukuku çiğneyerek kural koyucu gibi hareket etmediği sürece insani ve sair açılardan ne kadar yerinde olursa olsun hukukun öngörmediği gerekçelerle o menfaati yok sayamaz. Kaldı ki ulusal güvenlik ulus devletlerin asli sükeleri olduğu uluslararası hukukun en temel kavramlarından birisidir. Zaten bu yüzden devletler hakemlik veya UAD’ye gitmeyi öngören andlaşma hükümlerine çoğunlukla ulusal güvenlikle ilgili kayıtlar koymaktadır. İran/ABD Davasında olduğu gibi bir andlaşmanın yorum

73 UAD İç Tüzüğü, madde 75, § 1.

74 *LaGrand, Order, ICJ Reports 1999*, §§ 19-21. Aslında bu davada Almanya ihtiyati tedbir talebinde bulunmuş olduğundan Divanın *proprio motu* karar verdiği söylenemez. Fakat çok acil bir durum söz konusu olduğundan Divan sözlü duruşma aşamasını geçiştirmek için biraz da tartışmalı bir şekilde kendisine sözlü duruşmalar yapılmadan ihtiyati tedbir alma imkânı veren İç Tüzük madde 75, § 1’e dayanmıştır. Kararın usul yönünden tenkiti için Divan Başkanı Schwebel’in Şahsi Mütalaasına bakılabilir (Separate Opinion of President Schwebel, *ICJ Reports 1999*, s. 21-22)

75 K. Oellers-Frahm, “**Article 41**”, *loc. cit.*, s. 1229.



ve uygulamasıyla ilgili ihtilaflarda yetkili kılınan Divanın ihtilaf konusu andlaşmayı yorumlarken yerleşmiş yorum kuralları ve ilkelerine aykırı hareket etmesi düşünülemez. Yorumla ilgili kurallar ve ilkelerin tamamı tarafların niyetini (iradesini) tam olarak anlamayı ve ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, tarafların iradesini dikkate almamak veya geri plana atmak uluslararası yargının sadece varlık sebebine (*raison d'être*) değil, aynı zamanda işleyiş mantığına da aykırıdır.

III. HÜKÜMSÜZLÜK ARGÜMANI

A. Andlaşmalar Hukuku Çerçevesinde

İhtilafın hukuki çerçevesi olarak 1955 Andlaşmasıyla ilgili tartışmalarda üzerinde durulmadan Amerikan tarafının şöyle bir değindiği – fakat herhangi bir hukuki sonuç çıkarmadığı bir husus kanaatimizce tarafların (bilhassa ABD'nin) dile getirdikleri diğer argümanlar kadar önem arz etmektedir.⁷⁶ ABD temsilcisi 1955 Andlaşması-Plan tartışmaları bağlamında diğer şeyler arasında şunları ifade etmiştir: “İran temel amacı ABD ile dostluk olan bir andlaşmayı kendine dayanak yapmaktadır; oysa 1979'dan beri Amerikan vatandaşlarına ve menfaatlerine karşı terörizmi ve diğer habis faaliyetleri destekleyerek sözleriyle ve eylemleriyle [bu temel amacı] açıkça ve defaatle inkâr etmiştir. Diğer deyişle, tarafların bugün içinde buldukları durum Andlaşma 1955'de yapıldığı zaman düşünülenenden oldukça uzaktır. Buna rağmen, İran ABD'yi tamamen ayrı ve bağlayıcı olmayan bir düzenlemeyi – Plan – uygulamaya zorlamak için Andlaşmadan medet ummaktadır. Planın kendisiyle ilgili ihtilafları çözme mekanizması vardır ve Divana başvurmayı kasıtlı olarak dışlamaktadır. Bu ihtiyati tedbirler için uygun bir rol değildir.”⁷⁷

ABD'nin İran'ı terörizm ve diğer zararlı fiillerle ithamı ne ölçüde doğru (veya yalan) olursa olsun, şurası açıktır ki iki devlet kırk yıldan beri siyasi, askeri, iktisadi kısaca hemen her alanda çatışma halindedir. Günümüzde düşmanca ikili ilişkiler için verilecek ilk örneklerden birisi herhalde ABD-İran ilişkileridir. Bu ilişkilerin İran'ın Şahlık rejiminde ABD'nin “stratejik dostu” olduğu bir dönemde yapılan Dostluk Andlaşmasıyla düzenlenmeye devam etmesi tuhaftır. Elbette devletler akdi taahhütlerine sadık kalmakla mükelleftir, ancak taahhütlerin de her hal ve kârda geçerliliğini sürdürmesi beklenemez. İki devletin içinde bulunduğu durum ve aralarındaki ilişkilerin seyri ABD'nin ima ettiği ve her nedense

76 Biz burada Divanın ihtiyati tedbirler kararını incelerken duruşmalarda veya karar metninde yer alan hususların yanında ihtilafın bütün yönleriyle anlaşılıp değerlendirilmesi açısından davanın konusu itibarıyla söz konusu olabilecek diğer noktaları da ele alıp tartışmayı gerekli görüyoruz.

77 CR 2018/17, s. 12, § 8.



üzerinde durmadığı şöyle bir soruyu haklı olarak akla getirmektedir: 1979'dan beri yaşanan gelişmeler sonucu 1955 Andlaşmasının zımnen değiştiği veya hükümsüz kaldığı ileri sürülebilir mi?

Andlaşmaların tamamen veya öngördüğü bazı yükümlülüklerin hükümsüz kalmasını veya yürürlükten kalkmasını ifade etmek için uluslararası hukuk doktrinde “desuetude”, “obsolescence” ve “caducity” terimleri kullanılmaktadır. Çoğu kez birbirinin yerine kullanılan bu terimlerden “caducity” daha ziyade iç hukukta kanun tasarılarının aynı dönem içinde kabul edilmemesinden dolayı hükümsüz kalmasını ifade etmekle birlikte aynı zamanda andlaşmaların ve diğer tür uluslararası kuralların çeşitli sebeplerle hükümsüz kalmasını da anlatmaktadır. “Desuetude” andlaşma kurallarını uygulamama veya onlara uygun davranmamak suretiyle reddetmek demektir. Öncekine nazaran daha spesifik anlamı olan “obsolescence” ise andlaşma yapıldıktan sonra meydana gelen olayların uygulamayı haksız, zararlı veya anlamsız hale getirmesidir.⁷⁸ 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin hazırlanması sürecinde Uluslararası Hukuk Komisyonunda bu kavramlar gündeme gelmiş, fakat Komisyon andlaşmaların değiştirilmesi, sona ermesi veya askıya alınmasında taraf devletlerin açık veya zımni rızasını esas alan uygulamayı esnetebileceği ve akdi teminatlara güveni sarsabileceği düşünceleriyle nihai taslakta bu kavramlara yer vermemiştir. Teamül hukukunu büyük ölçüde yansıttığı düşünülen 1969 Sözleşmesi bir andlaşmanın değişme veya sona ermesini o andlaşmadaki özel hüküm dışında tamamıyla Sözleşmede öngörülen şartlara bağlamıştır. Dolayısıyla, Divanın *Gabcikovo-Nagymaros* kararındaki ifadeleriyle belirtecek olursak “1977 Andlaşmasında [Macaristan-Çekoslovakya] sona ermesine dair bir hüküm veya tarafların fesih veya çekilmeyi kabul etme niyeti taşıdığını gösteren bir emare bulunmamaktadır. Tersine, Andlaşma uzun süreli ve kalıcı bir [işbirliği] rejimi kurmaktadır. Sonuç olarak, taraflar başka türlü anlaşmadıkça, Andlaşma yalnızca Viyana Sözleşmesinde sayılan sınırlı gerekçelere dayanarak sona erdirilebilir”.⁷⁹ Aşağıda değineceğimiz üzere 1955 Andlaşması sona ermesine dair açık bir hüküm ihtiva etmektedir, fakat tarafların bu hükümde kendilerine tanınan hakkı hiç kullanmamaları ve Andlaşmanın karşılıklı ilişkileri düzenleyen başlıca hukuki temellerden birisi olarak devamına itiraz etmemelerini dikkate aldığımızda Divanın 1977 Andlaşmasıyla ilgili değerlendirmesinin burada da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla 1955 Andlaşmasının hükümsüz kaldığı

78 J. Wouters, S. Verhoeven, “Desuetudo”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2011; F. Capotorti, “L’extinction et la suspension des traités”, *Hague Recueil* (1971), s. 517 vd.

79 *Gabcikovo-Nagymaros Project*, Judgment, *ICJ Reports* 1997, § 100.

iddiasına dayanak olabilecek gerekçeler 1969 Viyana Sözleşmesinde sayıldığı şekliyle şartların esaslı şekilde değişmiş olması (*clausula rebus sic stantibus*), uygulanmama sonucu andlaşma hükümlerinin kısmen veya tamamen yürürlükten kalkması ve diğer tarafın andlaşmayı esaslı bir şekilde ihlal etmesidir. Bu gerekçeler yukarıda anılan terimlere tam olarak tekabül etmese de aralarında yakın ilişki bulunmaktadır.

Söz konusu gerekçelerden *rebus sic stantibus* şartı⁸⁰ – ki özel bir “*obsolescence*” durumu olarak nitelendirilebilir – uygulamada istisnai durumlarda kabul görmüştür. Divan *Gabcikovo-Nagyymaros Davasında* bu konuda değerlendirmeler yapma fırsatı bulmuştur. Bu davada Macaristan 1977 yılında Çekoslovakya ile imzaladığı Tuna Nehrinde baraj ve sulama kompleksi yapılmasını öngören andlaşmanın, içinde birlikte yer aldıkları sosyalist Doğu Blokunun yıkılması ve çevreyle ilgili yeni uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıkması üzerine *rebus sic stantibus* şartı gereği hükümsüz olduğunu ileri sürmüştür. Divan bu iddiayı kabul etmemiştir. Zira Divana göre tarafların rızasının temelini söz konusu andlaşmanın konu ve amacı oluşturur; dönemin siyasi ve iktisadi şartları Andlaşmanın konu ve amacıyla çok yakından bağlantılı değildir ve bu şartların değişmeleri tarafların yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerin kapsamını radikal bir şekilde değiştirmemiştir. Keza çevreyle ilgili bilgilerde ve çevre hukukundaki değişiklikler de öngörülemez nitelikte değildir. Ezcümle “şartların esaslı şekilde değişmesi öngörülemez nitelikte değildir. Andlaşmanın yapıldığı zamanın şartları tarafların Andlaşmayla bağlanma rızasının asli temelini oluşturmalıdır. Üstelik Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 62’nin olumsuz ve şartlı ifadesi açıkça göstermektedir ki andlaşma ilişkilerinin istikrarı şartlarda esaslı değişiklik iddiasının sadece istisnai durumlarda geçerli olmasını gerektirmektedir.”⁸¹ Divanın kararında andlaşmanın konu ve amacı ile yükümlülüklerin kapsamı şartların esaslı şekilde değişmesinin belirleyici unsurları olarak öne çıkmaktadır.

1955 Andlaşmasını bu unsurlardan hareketle değerlendirdiğimizde, Andlaşmanın konusu ve amacı Giriş kısmında şöyle ifade edilmektedir: “ABD ve İnan, halkları arasında uzun süredir devam eden dostça ilişkileri vurgulamak, insani ilişkilerin düzenlenmesinde bağlı oldukları yüksek

80 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 62.

81 *Gabcikovo-Nagyymaros Project*, § 104. Divan burada 1969 Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 62, § 1’de öngörülen beş kümülatif şartı hatırlatmaktadır: i- şartlarda değişiklik meydana gelmesi; ii- değişikliğin temel nitelikte olması; iii- taraflarca öngörülmemiş olması; iv- şartların varlığının tarafların rızasının temel dayanağı olması; v- yükümlülüklerin kapsamında radikal değişim olması. Bu hususta bk. T. Giegerich, “Article 62 – Fundamental Change of Circumstances”, O. Dörr, K. Schmalenbach (Editors), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Springer, 2012, s. 1077 vd.



ilkeleri yeniden teyit etmek, genel olarak halkları arasında karşılıklı faydalı ticaret ve yatırımları ve daha yakın iktisadi ilişkileri teşvik etmek arzusuyla karşılıklı eşit muameleye dayalı bir Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşması yapmaya karar vermişlerdir". Keza Andlaşmanın 1. maddesi işbirliğinin detaylarına girilmeden önce taraflar "aralarında sağlam ve kalıcı barış ve samimi dostluk olacağını" beyan etmektedir. Bu ifadenin Andlaşmanın Giriş kısmında değil de ilk maddesinde yer alması sadece bir temenni veya amaç olarak düşünülmediğini, bunun ötesinde Andlaşmada öngörülen sıkı işbirliğinin çerçevesini oluşturan siyasi şartları tanımladığını göstermektedir. İran'daki rejim değişikliği sonucu siyasi şartlarda meydana gelen değişimlerin 1955 Andlaşmasının yapıldığı dönemde öngörülmesinin mümkün olmadığı açıktır. Tarafların rızasının temeli, Divanın açıkladığı üzere, andlaşmanın konu ve amacı ile yapıldığı dönemin şartlarına göre belirleniyorsa, andlaşma metninin altına atılan imza dışında tarafların 1979 sonrası ilişkilerinde Andlaşmada ifade edilen dostluk ve işbirliği içinde olma rızasını gösteren hiçbir emare bulunmamaktadır. Andlaşmanın konusu ve amacıyla ilgili bu tespitten hareketle tarafların yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin kapsamının da radikal bir şekilde değiştiğini kolaylıkla söyleyebiliriz.⁸² Zira 1955 Andlaşması esas itibarıyla "teknik" bir konuda işbirliği öngören Macaristan-Çekoslovakya 1977 Andlaşmasından farklı olarak genel nitelikli bir andlaşmadır. İşbirliğinin konu ve amacını belirleyen genel şartların değişmesine rağmen bu husustaki özel yükümlülüklerin muhtevasında değişiklikler olmadan devam etmesi mümkün değildir. Divanın *Gabcikovo-Nagyymaros* kararı da bu sonucu desteklemektedir. Nitekim *Gabcikovo-Nagyymaros* kararının 104. paragrafında Divan 1977 Andlaşmasının yapıldığı dönemde "hüküm süren siyasi şartlarla Andlaşmanın konu ve amacı arasındaki bağlantı tarafların rızasının başlıca temelini oluşturacak ölçüde yakın değildi" demektedir. Bir başka ifadeyle, "bir andlaşmanın yapıldığı zamandaki siyasi şartlar [...] andlaşmanın konu ve amacıyla o kadar yakından bağlantılı olabilir ki 'bu durumda tarafların rızasının başlıca temelini oluşturur ve [bu şartların] değişmesi halen icra edilmesi gereken yükümlülüklerin kapsamını radikal bir şekilde değiştirir'".⁸³ 1955 Andlaşmasında söz konusu olan da budur.

82 Yükümlülüklerin kapsamında radikal değişiklik ifadesini Divan *Balkçılık Davasında* (Almanya v. İzlanda) şöyle tanımlamıştır: "Değişiklik yerine getirilecek yükümlülüklerin performansını başlangıçta üstlenilenden esası şekilde farklılaştıracak ölçüde artırmış olmalıdır". Judgment (Jurisdiction), *ICJ Reports 1973*, § 43. Öyle ki değişiklikten etkilenen tarafın onları uygulaması makul olarak beklenemez. Değişiklik Divanın belirttiği gibi doğrudan olabileceği gibi dolaylı da, yani sonraki uygulamadan elde edilecek faydanın azalması şeklinde de olabilir. T. Giegerich, "Article 62 – Fundamental Change of Circumstances", *loc. cit.*, s. 1089.

83 *Ibid*, s. 1082.



Hatta 1955 Andlaşmasında yükümlülüklerin kapsamında değişiklikten öte bazı yükümlülüklerin kısmen veya tamamen uygulanamaz hale geldiği görülmektedir. Buradan 1969 Sözleşmesinde sayılan değişiklik veya sona erdirme gerekçelerinden ikincisine geçiyoruz. 1955 Andlaşmasının kimi hükümleri yaklaşık kırk yıldır uygulanmamaktadır. Diğer deyişle, *de jure* olmasa da *de facto* yürürlükten kalkmış durumdadır. Mesela, madde XII'de "Her bir akit tarafın diğerine konsolosluk temsilcileri gönderme hakkı vardır. Bu temsilcilere, itimatnamelerini sunduktan ve konsolosluk ehliyetleri tanındıktan sonra konsolosluk beratı ve diğer ruhsatlar bedelsiz sağlanacaktır." denmektedir. İki tarafın diplomatik nota teatisini dahi üçüncü devletler aracılığıyla gerçekleştirdiği dikkate alındığında madde XII'nin yürürlük imkânının bulunmadığı aşikârdır. Burada bir tür *obsolescence* söz konusudur. Benzer değerlendirmeyi Andlaşmada öngörülen diğer yükümlülükler açısından da yapabiliriz. İran'da rejim değişikliğinden sonra gelinen noktada 1955 Andlaşmasının bir *instrumentum* olarak devam ettiği, fakat *negotium* olarak anlamsız hale geldiği görülmektedir.

Buradan hangi hukuki sonuçların çıkabileceği sorusuna cevap vermek için öncelikle andlaşmalar hukukunun ilgili kurallarına bakmak gerekir. 1969 Sözleşmesi 54-59. maddelerinde andlaşmaların sona ermesi veya askıya alınmasını düzenlerken tarafların rızasını temel belirleyici olarak almaktadır. Ayrıca 4. bölümünde (madde 65-68) çekilme, sona erme, askıya alma işlemleri için belirli bir prosedür öngörülmesi bu sonuçların kendiliğinden ortaya çıkmayacağına veya tek taraflı bir tasarrufla gerçekleşmeyeceğine işaret etmektedir. Genel kabul gören bu kurallara göre, ABD'nin (aynı zamanda İran'ın da) 1955 Andlaşmasındaki yükümlülüklerle bağlı olmadığını, dolayısıyla 1955 Andlaşmasının Divanın *ratione materiae* yargı yetkisine temel oluşturmadığını ileri sürebilmesi için uzun süreli uygulamamanın sonucu olarak yükümlülüklerin sona erdiğine dair bir tür zımni anlaşma meydana geldiğini şüpheden uzak bir kesinlikte ortaya koyması gerekir. Bunu yapmak genellikle zor bir iş olmakla birlikte,⁸⁴ burada tarafların 1955 Andlaşmasına karşı tutumlarından bazı sonuçlar çıkarmak mümkün görünmektedir. Mesela, yukarıda geçen ve konsolosluk ilişkilerinin kurulması ve konsolosluk açılmasını öngören madde bu hususta tipik bir örnektir. Keza İran'ın ambargo kararıyla ihlal edildiğini öne sürdüğü karşılıklı ticari ve mali ilişkilerde en fazla gözetilen ulus kaydının artık hiçbir hüküm ifade etmediği veya en azından iki ülke arasındaki ilişkiler normalleşene

84 T. Giegerich, "Article 54 – Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties", *loc. cit.*, s. 958.



kadar askıya alındığına dair tarafların aynı niyeti taşıdıklarını ve bu uyuşan niyetlerini (zımni anlaşmayı) pratiğe geçirdiklerini söyleyebiliriz. *Obsolescence* lehine ileri sürülebilecek bütün bu iddiaları zayıflatan, hatta bertaraf eden şey bir zımni anlaşmanın varlığını göstermenin zorluğundan ziyade 1955 Andlaşmasının son maddesinde (madde XXIII) yer alan sona erdirmeye kayıdır. Anılan maddenin 3. paragrafında taraf devletlere ilk on yıllık dönemden sonra istedikleri takdirde bir yıl önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla Andlaşmayı münferiden sonlandırma yetkisi tanınmaktadır. Bu kayıt karşısında Andlaşmanın uygulanmaması ve birçok hükmünün anlamsız hale gelmesinden hareketle ortaya atılacak hükümsüzlük iddiaları askıda kalmaktadır. Zira bir devlet tamamen tek taraflı bir tasarrufla son verebileceği akdi yükümlülükleri uygulamaktan *obsolescence* gerekçesiyle imtina edemez.

Bir andlaşmanın askıya alınması veya sona erdirilmesi gerekçelerinden üçüncüsü diğer tarafın andlaşmayı esaslı bir şekilde ihlal etmesidir.⁸⁵ ABD İran'ın davranışlarının diğer uluslararası hukuk kuralları yanında 1955 Andlaşmasının konu ve amacına tamamen aykırı olduğunu iddia etmektedir. Divan da Rehineler Davasında verdiği kararda İran'ın uluslararası hukukun en temel kurallarından olan diplomatik temsilciliklerin ve temsilcilerin dokunulmazlığını ihlal ettiğini belirtmiştir: "İran İslam Cumhuriyeti Divanın bu kararda ortaya koyduğu davranışıyla iki ülke arasındaki sözleşmeler ve genel uluslararası hukukun yerleşmiş kuralları uyarınca ABD'ye karşı olan yükümlülüklerini birçok bakımlardan ihlal etmiştir ve etmeye devam etmektedir".⁸⁶ Anılan kararın birçok yerinde işaret edildiği üzere İran'ın ihlal ettiği akdi taahhütleri arasında 1961 ve 1963 Sözleşmeleri⁸⁷ yanında 1955 Andlaşması da bulunmaktadır.⁸⁸ Öte yandan İran da ABD'nin davranışlarıyla ve en son olarak da 8 Mayıs ambargo kararıyla diğer uluslararası hukuk kuralları yanında 1955 Andlaşmasını defalarca ihlal ettiğini ileri sürmektedir.⁸⁹ Tarafların karşılıklı

85 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 60.

86 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, ICJ Reports 1980, § 95.

87 1961 Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi ve 1963 Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi.

88 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, §§ 50-54, 77, 80, 90.

89 İran'ın ihlal iddiaları sadece 1979 sonrası döneme ait değildir. İran'a göre Devrim öncesinde de ABD sürekli bir ihlal içerisinde olmuştur: "Bu mesele [rehineler meselesi] genel bir problemin marjinal ve ikincil yönünü gösterdiğinden bağımsız olarak ele alınamaz. Genel problem *inter alia* ABD'nin bütün uluslararası ve insancıl normlara aykırı olarak 25 yıldan daha fazla İran'ın iç işlerine sürekli müdahalesini, ülkemizin hayasızca sömürülmesini ve İranlılara karşı işlenmiş çok sayıda suçu kapsamaktadır. Dolayısıyla İran ve ABD arasındaki çekişmenin konusu olan problem Amerikan [Divan] müracaatının dayandığı andlaşmaların yorum ve uygulanması değildir, fakat çok daha fazla temel ve karmaşık unsurları ihtiva eden genel bir durumdan kaynaklanan bir problemdir." *United States*



ithamlarına konu olan davranışlar 1969 Sözleşmesi madde 60'daki bütün unsurları karşılayan nerdeyse "örnek" ihlal oluşturmasına rağmen hiçbir bu durumu 1955 Andlaşmasını askıya alma veya sona erdirmeye gerekçesi olarak söz konusu etmemiştir. Yine, önceki paragrafta değindiğimiz tek taraflı fesih hakkını hiçbir taraf kullanmamıştır. Buradan tarafların adeta 1955 Andlaşmasını her halükarda ilişkilerinin hukuki temellerinden birisi olarak muhafaza etmekte ısrarlı oldukları sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Nitekim 1980'den beri Divan önündeki davalarda da –ki 1955 Andlaşmasını her iki taraf da başvurularında dayanak olarak kullanmıştır – ne İnan ne de ABD Andlaşmanın yürürlüğünü sorgulamıştır.

Andlaşmalar hukuku çerçevesinde yapılan bu değerdirmelerde görüldüğü üzere 1955 Andlaşmasının hükümsüzlüğü (*obsolescence*) iddiasına temel olabilecek tek gerekçe ilk sırada ele aldığımız şartların esaslı bir şekilde değışmesi şartıdır. Ancak, Andlaşmayı devre dışı bırakmak için ikna edicilikten uzak Plan argümanına sığınan ABD bu gerekçeyi kullanmamıştır. Gerçi kullanmış olsaydı bile hemen sonuç doğurmayacaktı, çünkü *rebus sic stantibus* ve diğer şartların varlığı ispatlansa bile değışiklik, askıya alma veya sona erme sonuçları otomatik olarak ortaya çıkmamakta, sadece andlaşmanın taraflarına bu sonuçlar için talepte bulunma gerekçesi oluşturmaktadır. Kanaatimizce ABD'nin bu tartışmalara girmekten kaçınmasının en önemli sebebi budur. Bu konuda ileri sürülecek iddiaların ne kadar sağlam olursa olsun Divanın yetkisi ve karşılıklı ilişkilerin hukuki çerçevesini hemen değıştirici etkide bulunmayacağı doğrudur, fakat iddiaların ikna edici şekilde ortaya konulmaları halinde en azından prima facie yetki tartışmalarında Amerikan tarafının elini güçlendireceği muhakkaktır.

B. Tek Taraflı İşlemler Hukuku Çerçevesinde

1955 Andlaşmasının hukuki etkileriyle (dolayısıyla Divanın prima facie yetkisiyle) ilgili tartışmanın andlaşmalar hukuku dışında başka bir zeminde yapılabilirliği ve bunun sonuçları üzerine birkaç söz söylemek yukarıda ifade edilen görüşleri tamamlayıcı olacaktır. İlk olarak, tek taraflı işlemler hukuku bu konuyu tartışmak için gerekli normatif temeller sağlıyor mu? Tartışma konusunun bir andlaşma olması tabii olarak andlaşmalar hukukunu ilk başvurulacak kaynak yapmaktadır, fakat bu durum konunun başka kurallar açısından değerdendirilmesini engellemez. Nihayetinde söz konusu olan devletlerin uluslararası taahhütleri/ yükümlülükleridir. Kaldı ki andlaşmadan doğan kuralların değışmesi veya sona ermesi için mutlaka aynı nitelikte bir işlem, yani açık veya zımni

Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, § 10 (İnan'ın Divana gönderdiği 16 Mart 1980 tarihli mektubu).



bir anlaşma gerekmez.⁹⁰ Mesela, bir devlet taraf olduğu bir andlaşmadan dolayı sahip olduğu haktan feragat edebilir. Bunun en sık rastlanan şekli andlaşmaya koyduğu ihtirazi kaydı geri çekmesidir. Böylece devlet yükümlülüklerinin kapsamını genişletmekte, yani andlaşmanın hukuki tesirlerini değiştirmektedir.⁹¹ Devletlerin bir andlaşmadan veya başka bir kaynaktan doğan haklarından tek taraflı olarak, yani bir anlaşma olmadan vazgeçmeleri mümkün olduğuna ve bu vazgeçme yazılı veya sözlü beyan, davranış ve sair şekillerde yapılabileceğine göre, İran ve ABD'nin 1955 Andlaşmasıyla ilgili uygulama ve tutumlarından Andlaşmanın bütünü veya haklarının bazılarında feragat ettikleri sonucu çıkarılabilir mi?

Soruya İran'ın başvurusunda ve ihtiyati tedbirler talebinde çığnendiğini iddia ettiği haklar açısından cevap aradığımızda, öncelikle belirtmek gerekir ki ihlal olarak nitelendirilen eylemler, yani ABD'nin 8 Mayıs 20018 sonrası ambargo uygulaması ilk defa gerçekleşen fiiller değildir, bilakis 2015 öncesi uygulanan tedbirlerin yeniden başlatılmasıdır. Esasen ABD bu ülkeye karşı 1980'den itibaren ambargo uygulamaktadır. Tedbirlerin kapsamı 1995 ve 1996 yıllarında başkanlık kararnameleriyle ikili ticari ilişkileri ve enerji sektörünü tamamen içine alacak şekilde genişletilmiştir. Bunun yanında üçüncü ülkelerin ve onların vatandaşlarının da ambargoya katılmasını sağlamaya yönelik tedbirler alınmıştır. 2000'li yıllara gelindiğinde terörizme destek olma gerekçesi yanında kitle imha silahları üretecek şekilde nükleer kapasitesini artırma iddiası ön plana çıkarılarak ambargo uygulaması devam etmiştir. Uluslararası hukuk

90 Uluslararası Hukuk Komisyonu anlaşmalar hukukuyla ilgili nihai taslakta 51. maddenin (1969 Sözleşmesinde 54. madde olarak kabul edilen hüküm) yorumunda "bir andlaşmayı sona erdiren anlaşmanın sona erdirecek andlaşmayla aynı şekilde olması veya en azından onunla aynı ağırlıkta bir andlaşma şeklinde olması" yönündeki görüşün ("acte contraire" teorisi) uluslararası hukukta kabul görmediğini belirtmektedir. Komisyona göre devletler andlaşmayı sonlandırmak için yapacakları mutabakatın şeklini istedikleri gibi seçebilir; önemli olan, andlaşma kendi hükümlerinde öngörülenden farklı şekilde sona erdirildiğinde bütün tarafların rızasının bulunmasıdır. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, **Yearbook of the International Law Commission**, 1966, vol. II, s. 249.

91 Bir diğer misal alacakların silinmesidir. Uygulamada zaman zaman gelişmiş ülkelerin az gelişmiş ülkelere verdikleri borcun bir kısmından veya tamamından feragat ettiği görülmektedir. Devletlerarasında borç-alacak ilişkilerinin genellikle bir anlaşmayla kurulduğunu göz önüne aldığımızda, burada taraflardan birisi beyan veya başka türlü bir ifadeyle kendisine ait bir hakkı ve karşı tarafın yükümlülüğünü kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu tür işlemler çoğunlukla yeni bir anlaşmayla yapılmakla birlikte tamamen tek taraflı da olabilir. Mesela, İspanya 1999 yılında yakın ilişkiler içinde olduğu Orta Amerika ülkelerinin bölgede gelen Mitch kasırgasından dolayı önemli zararlara uğraması üzerine bu ülkelerin kendisine olan borçları sildiğini beyan etmiştir. Keza İtalya 2000 yılında 62 gelişmekte olan ülkenin kendisine olan 6 milyar dolarlık borcunu sileceğini açıklamıştır. (Örnekler M.E. Çağiran, **Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri** kitabından (s. 247-248) alınmıştır.)



genel olarak devletlerin bir olay, durum veya iddia karşısındaki tavırlarını dikkate almakta ve buna çeşitli hukuki sonuçlar atfetmektedir. Bu yüzden devletler sahip olduğu haklar veya menfaatlara hanel getirebileceğini düşündükleri bir davranışı protesto etmektedir. Protesto “devletin bir durumu tanıma, kabul etme veya hakkından vazgeçme yönünde bir karine oluşmasını engellemektedir”.⁹² Diğer deyişle, resmi bir itiraz olan protesto ile devlet “protestosunun yöneldiği işlemlerin hukukiliğini tanımadığını ve ifadesinde belirttiği kendi haklarını terk etme niyeti bulunmadığını bildirir”.⁹³ Böylece hak sahibi devlet kendisine yönelik bir davranışın doğurabileceği fiili değişikliğin hukuki planda geçerlilik kazanmasının veya en azından hakkının tartışmalı hale gelmesinin önüne geçmiş olmaktadır.

Buradan şöyle bir sonuç çıkmaktadır: 2018’de Divana yaptığı başvuruda ambargo tedbirlerinin hukuka (1955 Andlaşmasına) aykırı olduğunu ileri süren İnan’ın aynı ihlaller (ambargo uygulaması) on yıllarca devam ederken tepkide bulunmaması ve sessiz kalması hakkın kaybedilmesine (1955 Andlaşmasının ilgili maddelerinin hükümsüzlüğüne) kadar gidebilecek birtakım hukuki sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilecekken, tepkide bulunması ise bunu engelleyici rol oynayacaktır. Bu hususta yapılacak değerlendirme İnan’ın uzun yıllardır devam eden Amerikan ambargosu karşısındaki tutumuna bağlıdır. ABD’nin duruşmalardaki ifadesine göre İnan 1996’dan 2018 yılına kadar İsviçre kanalıyla yüzlerce diplomatik nota göndermiştir, fakat bunların hiçbirisinde ambargo uygulamasının 1955 Andlaşmasını ihlal ettiğine dair bir ibare yoktur.⁹⁴ İnan duruşmalarda cevap hakkını kullanırken bu konuya değinmemiş, dolayısıyla Amerikan iddiasını yalanlamamıştır. Gerçi nihayetinde İnan’ın Divana başvurusu ambargo uygulamasına karşı bir tepkidir, fakat aradan bu kadar zaman geçtikten sonra bunun gecikmiş bir tepki olduğunu kabul etmek gerekir. Divan 1992 yılında Kara, Ada ve Deniz Sınırı Anlaşmazlığı Davasında verdiği kararda aidiyeti üzerinde ihtilaf olan Meanguera Adasında El Salvador’un uzun süreden beri egemenlik yetkileri kullanmasına karşı Honduras’ın çok geç protestoda bulunmasını zımnî mutabakat (*acquiescence*) olarak yorumlamıştır. Divana göre Honduras’ın daha

92 M.E. Çağırın, **Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri**, Platin, 2005, s. 224. Zaten protesto “bir uluslararası hukuk kişinin belirli bir durumu, bir davranışı ya da bir iddiayı yasal bulmadığını belirten ve bu yolla kendi çiğnenen ve tehdit edilen haklarını saklı tutmayı amaçlayan bir işlem” olarak tanımlanmaktadır (İtalikler bize ait). H. Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, 3. baskı, Turhan Kitabevi, 1992, s. 270.

93 I.C. McGibbon, “Some Observation on the Part of Protest in International Law”, **BYIL**, 1953, s. 298.

94 CR 2018/17, s. 30, § 25.



önce gerçekleşen olaylar karşısındaki davranışı mevcut durumla ilgili “kabul, tanıma, zımni mutabakat veya diğer tür zımni rızanın varlığını göstermektedir”.⁹⁵

Tek taraflı işlemler hukuku temelinde ABD tarafı lehine çıkarılabilecek bu sonuçlara mukabil İran lehine her şeyden önce şu söylenebilir ki uluslararası hukukta protesto işlemi için belirli bir şekil şartı yoktur. Uygulamada protestolar genellikle yazılı bir nota veya sözlü bir deklarasyonla yapılmaktadır, fakat bunun yanında devlet yetkililerinden gelen ve ihlale tepkiyi gösteren diğer her türlü irade açıklaması da aynı işlevi yerine getirmektedir. Dolayısıyla İran’ın mutlaka diplomatik kanalları kullanarak ambargoyu protesto etmesi gerekli değildir. Temsilcilerinin uluslararası alanda, hatta ülke içerisinde, mesela mecliste yaptığı bir konuşmada, basın toplantısında veya halka hitap ederken ambargonun haklarını çiğnediğinden şikâyet etmesi yeterlidir. Hal böyle olunca protesto veya karşı çıkma yokluğundan dolayı kabul, zımni mutabakat veya zımni vazgeçme gibi sonuçların çıkarılması mümkün değildir.⁹⁶

C. Sorumluluk Hukuku Çerçevesinde

Tek taraflı işlemler hukuku dışında konunun tartışılabileceği bir başka zemin sorumluluk hukukudur. “Günümüz uluslararası hukuk kuralları uyarınca ve belirli andlaşmalardan – özellikle uluslararası örgütler çerçevesinde oluşturulan mekanizmalardan doğan özel yükümlülükler bunun tersini öngörmüyorsa, her devlet diğer devletler karşısındaki hukuki durumunu kendisi belirler. Devletin kanaatine göre bir diğer devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesinden dolayı bir durum ortaya çıkmışsa, devlet uluslararası hukukun genel kurallarının silahlı kuvvet kullanmakla ilgili koyduğu sınırlar içerisinde haklarını ‘karşı tedbirler’ yoluyla teyit etmek yetkisine sahiptir.”⁹⁷ Karşı tedbirler kavramı ve hukuki mahiyeti hakkında başlıca referanslardan birisi olan Hava Hizmetleri Davasında hakemlik mahkemesinin yaptığı bu tespitten yola çıkarak Amerikan ambargo tedbirleri, İran’ın ABD’ye karşı terörist faaliyetleri desteklemek, nükleer taahhütlere aykırı davranmak, Amerikan temsilcilikleri ve vatandaşlarına karşı düşmanca faaliyetlerde bulunmak gibi bir kısmı 1955 Andlaşmasının kapsamına da giren uluslararası

95 *Land, Island and Maritime Frontier Dispute, Judgment, ICJ Reports 1992, § 364.*

96 Dolayısıyla, ambargonun daha önce uzun süre Divan önüne getirilmemiş olmasının bir tür *estoppel* etkisi doğurarak İran’ın Divana artık müracaat edemeyeceği gibi bir sonuç çıkarmak mümkün görünmemektedir.

97 *Case concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, Decision of 9 December 1978, Reports of International Arbitral Awards, vol. XVIII, s. 443, § 81.*



yükümlülüklerini ihlal etmesine cevap olarak alınmış karşı tedbirlerdir denilebilir mi? Soruya müspet cevap verilmesi halinde, karşı tedbirler tanımı gereği ambargo 1955 Andlaşmasına aykırı olsa bile, mevcut bir hukuk ihlaline karşı yapıldığından hukuka uygun bir uygulama olarak kabul edilecektir. Böyle bir sonuç İran'ın Divana yaptığı başvuruyu temelsiz bırakacağından yargı yetkisi üzerine alınacak kararı doğrudan etkileyecektir.

ABD ambargosunun karşı tedbir niteliğine sahip olması için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Divanın *Gabcikovo-Nagymaros* kararında belirttiğine göre karşı tedbirler daha önce meydana gelmiş bir haksız fiile cevap olarak fail devlete karşı, haksız fiile son verme veya sonuçlandıysa onarımda bulunma çağrısının akim kalması üzerine faili yükümlülüklerine uymaya zorlama amacıyla alınan orantılı ve tersinir (*reversible*) tedbirlerdir.⁹⁸ Buna UHK'nun devletlerin sorumluluğuna dair hazırladığı andlaşma taslağında yer alan karşı tedbirlerin kuvvet kullanma veya kullanma tehdidi içermemesi, temel insan haklarını ve insancıl hukuk kurallarını ihlal etmemesi ve uluslararası amir hükümlere (*jus cogens*) aykırı olmaması şartlarını da eklemek gerekir.⁹⁹ Amerikan ambargosunu bu şartlara göre değerlendirdiğimizde, öncelikle belirtmeliyiz ki ambargo tedbirlerinin tepki gösterdiği ihlallerle kapsam itibarıyla örtüşmemesi karşı tedbirler olma niteliğini belirleyen bir unsur değildir. Orantılılık ilkesine uygun olması kaydıyla karşı tedbirlere başvuran bir devlet ihlaline tepki gösterdiği yükümlülüklerin aynı veya benzeriyle mukabele etmek zorunda değildir. Diğer deyişle, ambargo tedbirleri çiğnendiği ileri sürülen andlaşma hükümleri ve diğer uluslararası kurallardan kapsam olarak farklı olabilir.¹⁰⁰ Ancak, karşı tedbirlerin kapsamı sınırsız değildir; insan hakları ve insancıl hukukun koruma alanına müdahale edemez. Bu sınırlama açısından bakıldığında ambargonun uygulamada temel ihtiyaç maddeleri ve tıbbi ürünleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi, yolcu uçaklarının bakımı ve yedek parça teminini zora sokması, bunlara ilaveten İran'ın ABD ve bir ölçüde diğer ülkelerle mali muamelelerinin kesilmesiyle dışarıdan her türlü mal ve hizmet tedarikinin imkânsız olmasa bile oldukça zor ve pahalı hale gelmesi insani açıdan zararlı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu sonuçların aynı zamanda geri döndürülemez, daha sonra telafi edilemez etkiler doğurma riski yüksektir. Bütün bunlar ambargo

98 *Gabcikovo-Nagymaros Project*, §§ 83-87.

99 Article, 50, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two), s. 128 vd.

100 J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, s. 282.



tedbirlerinin meşruiyetini tartışmalı hale getirmektedir. Dolayısıyla ABD'nin İran'la ilgili iddialarının doğru olduğu– yani ambargonun bir dizi ihlale cevap olarak uygulandığı – varsayımında bile karşı tedbirler argümanının en azından bazı ambargo tedbirleri bakımından sağlam bir dayanak olmadığı söylenebilir.

Karşı tedbirler ve Divanın yargı yetkisi ilişkisi yine İran-ABD arasında Rehineler Davası vesilesiyle ele alınmıştır. O davada İran kendisine yönelik karşı tedbirler uygulayan ABD'nin 1955 Andlaşmasına dayanarak Divana müracaat etmesini tenkit etmişti. Divan İran'ın bu husustaki itirazını reddetmiştir. Divana göre “ABD söz konusu olan bütün tedbirleri [ABD karşı tedbirleri] Büyükelçiliğin silahlı bir grup tarafından ele geçirilip diplomatik ve konsolosluk görevlilerinin rehin tutulmasından sonra almıştır. ABD bu tedbirleri İran'ın 1955 Andlaşması da içinde olmak üzere uluslararası hukukun ağır ve açık ihlallerine cevap olarak aldığını düşünmektedir. Her halükarda bir tarafın [iddiaya göre 1955] Andlaşmasını ihlal etmiş olması onun Andlaşmanın ihtilafların barışçı yollarla çözümünüyle ilgili hükümlerine başvurmasını engellemez.”¹⁰¹

Divanın bu değerlendirmelerinden hareketle, karşı tedbirler uygulayan devlet eş zamanlı olarak kazai çözüm yolunu da kullanabiliyorsa, aynı çözüm yolunun yani ihtilafı Divana götürme hakkının karşı tedbirlerin hedefi olan devlete haydi haydi açık olması gerekir. Sonuç itibarıyla, ABD ambargo tedbirleri tam manasıyla karşı tedbirler kabul edilse bile, 1955 Andlaşmasının yorumu ve uygulanmasıyla ilgili Divanı yetkili kılan hükmü işlerliğini korumaya devam etmektedir. Dolayısıyla, karşı tedbirler argümanı daha önce ele aldığımız ulusal menfaatler istisnasında olduğu gibi, belki de ondan daha fazla Divanın davaya bakma yetkisinden çok esasla ilgili tartışmalarda kullanılmaya uygundur.

IV. DİPLOMATİK ÇÖZÜM YOLLARI ŞARTI

İran-ABD Davasında Divanın yargı yetkisinin temelini oluşturan madde XXI (2)'nin işlerlik kazanması için Andlaşmanın yorum ve uygulanmasına dair bir ihtilafın varlığına ilaveten gereken bir diğer şart “bu ihtilafın diplomasi yoluyla tatmin edici bir şekilde halledilememesi ve “başka barışçı yollarla çözülmesi hususunda tarafların anlaşamamış

101 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, § 53. Zaten UHK sorumluluk hukukunu kodifiye ettiği taslakta devletin kendisi ile sorumlu tuttuğu devlet arasında uygulanabilecek çözüm prosedürlerinin karşı tedbirlerin konusu olamayacağını belirtmiştir. Article, 50, § 2, a, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *loc. cit.* Yani bir andlaşmadaki yükümlülükler karşı tedbirler olarak kısmen veya tamamen askıya alınabilir, fakat o andlaşmanın içinde ihtilaf halinde çözüm için mesela Divana gitmeyi öngören bir hüküm bulunuyorsa, her halükarda bu hüküm etki doğurmaya devam edecektir.



olmasıdır". Andlaşmalarda Divan veya hakemlik mahkemesine gidilmesi kaydını düzenleyen hükümlerde sıkça rastlanan bu şart yargı mekanizmalarını harekete geçirmeden önce tarafların kendilerinin belirleyeceği başta görüşme olmak üzere diplomatik çözüm yollarını kullanmasını öngörmektedir. İhtilaf diplomasiyle halledilmediği takdirde yargı yolu devreye girecektir.

Yargıdan önce diplomasiye başvuru şartı 1955 Andlaşmasında düzenlendiği haliyle oldukça geniş yorumlanmaya müsait gibi görünmektedir. Zira bu hususta referans hüküm olan BM Antlaşmasının 33. maddesinde sayıldığı üzere görüşme, arabuluculuk, uzlaşma, soruşturma veya ilgili tarafların kendilerinin belirleyeceği diğer usuller gibi birden fazla diplomatik çözüm yolu bulunmaktadır. Tarafların bunlardan hangisi veya hangilerini kullanacakları, bu hususta anlaşamamaları durumunda diplomatik çözüm şartının ortadan kalkıp kalkmayacağı tartışmaya açıktır. Keza bir tarafın herhangi bir yolu tercih etme zorunluluğu bulunmadığını da dikkate aldığımızda, o taraf mutlaka meseleyi Divana götürmek istiyorsa diğer tarafın teklif ettiği diplomatik yolu kabul etmemek veya gerektiği gibi işlemlerine engel olmak suretiyle diplomatik çözümü bertaraf edebilir. Divanın bu davada diplomasi şartıyla ilgili değerlendirmesi ve kararı daha ziyade taraflara serbestlik tanıyan geniş yorum paralelindedir. Ancak, diplomasi şartı Andlaşmada ne kadar da geniş yoruma müsait olarak ifade edilmiş olursa olsun, bir andlaşma hükmünün hukuki tesirlerini tamamen ortadan kaldıracak şekilde yorumlanması genel kabul gören ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde (1969) genel olarak kodifiye edilen ilkelerle ters düşmektedir.¹⁰² Dolayısıyla taraflar iyi niyetle diplomatik çözümleri tatbik etmeye gayret etme yükümlülüğü altındadır; iyi niyet ilkesinin ihlal edilmesi durumunda diplomatik çözüm arayışı ön şartı gerçekleşmediğinden Divanın yargı yetkisi tartışmalı hale gelmektedir.

Tarafların bu husustaki iddialarına geçmeden önce Divanın incelediğimiz davayla mukayese yapabileceğimiz geçmiş kararlarına göz atmakta fayda vardır. Gürcistan-Rusya Davasında ihtilafın konusunu teşkil eden CERD benzer şekilde kaleme alınmış bir kayıt ihtiva etmektedir. Anılan Sözleşmenin 22. maddesinde yer alan kayda göre

102 "Bir ihtilafı Divana götürmeyi öngören özel anlaşmanın hükümleri, eğer böyle bir yaklaşım anlaşmanın terimlerinin manasını bozmuyorsa, hükümlerin uygun etkiler doğurmasını mümkün kılacak şekilde yorumlanmalıdır". *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, PCIJ, Series A, No. 22, s. 13. Etki doğurma ilkesi Divanın sonraki kararlarında da teyit edilmektedir: "Özel bir anlaşmada yer alan bu şekilde bir hükmün anlam veya etkiden mahrum olmasını kabul etmek genel kabul gören yorum kurallarıyla gerçekten bağdaşmaz olacaktır". *Corfu Channel, Merits, Judgment, ICJ Reports 1949*, s. 24.



“görüşmelerle (*negotiation*) veya Sözleşmede açıkça öngörülen usullerle çözümlenemeyen” ihtilaflar Divana sunulacaktır. Gürcistan Abhazya ve Güney Osetya meselesinin her iki tarafın temsilcilerinin de katıldığı BM, AGİT, Bağımsız Devletler Topluluğu gibi uluslararası forumların özel toplantılarında ele alındığını, ikili çerçevede de üst seviyede görüşmeler yapıldığını, daha sonra Rusya’nın tutumu yüzünden ikili görüşmelerin kesildiğini hatırlattıktan sonra, Rusya’nın etnik temizlik kampanyasını yürütürken görüşme talebini reddetmesiyle de diplomatik çözüm şartının yerine gelmiş olduğunu ileri sürmüştür. Buna mukabil Rusya tarafı ne çok taraflı forumlarda ne de ikili görüşmelerde Gürcistan’ın Abhazya ve Güney Osetya kaynaklı olaylarda ırk ayrımcılığına maruz kaldığına dair bir iddiada bulunmadığını, dolayısıyla Gürcü tarafının CERD’nin uygulanmasına dair var olduğunu iddia ettiği ihtilafı konu alan bir görüşme yapılmadığını belirtmiştir.

Divan öncelikle tarafların BM Güvenlik Konseyinde veya basın toplantılarında birbirini suçlayıcı beyanlarını bir ihtilafın varlığının göstergesi olarak kabul etmiştir. Fakat, devamla, hakiki (*genuine*) görüşme teşebbüsü yoksa görüşme ön şartının gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir. Hakiki görüşme teşebbüsünden bahsedebilmek için, Divanın geçmiş kararlarında birçok kez vurguladığı üzere görüşmelerin başarısız olması, faydasız veya akim hale geldiğinin ortaya çıkması gerekir.¹⁰³ Divan buradan hareketle Gürcistan’ın Rusya ile CERD’den doğan yükümlülükler dair ihtilafını çözmeye amacıyla hakikaten görüşme teşebbüsünde bulunup bulunmadığını,¹⁰⁴ bulundu ise görüşmelere mümkün olduğu ölçüde devam edip etmediğini ve Gürcistan meseleyi Divana sunmadan önce görüşmelerin başarısız, faydasız veya çıkmaza girdiğini gösteren delillerin olup olmadığını sorgulamıştır.¹⁰⁵ Sonuç olarak, Divan tarafların 9 Ağustos 2008’de olaylar başladıktan sonra Gürcistan’ın çağrısıyla toplanan

103 *Application of the CERD, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011*, § 159. Divan referans olarak şu geçmiş kararlarını anmaktadır: *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2*, s. 13; *South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1962*, s. 345-346; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980*, § 51; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, ICJ Reports 1988*, § 55; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1998*, § 20.

104 Burada işaret etmek gerekir ki eski Sovyetler Birliğine mensup iki devlet arasında Abhazya ve Güney Osetya bölgeleriyle bağlantılı meseleler Sovyetler Birliğinin dağılmasından itibaren süregelmektedir. Bu davanın konusu olan CERD’le ilgili ihtilaf ise Rusya’nın anılan bölgelerde 9 Ağustos 2008’de başlattığı ve Gürcistan’ın Divana müracaat ettiği 12 Ağustos 2008 tarihine kadar süren üç günlük dönemdeki operasyonları kapsamaktadır. Dolayısıyla Divan görüşmelerin varlığı ve niteliği üzerine değerlendirme yaparken sadece bu birkaç günlük kısa dönemdeki teşebbüsleri dikkate almaktadır.

105 *Application of the CERD, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011*, § 162.



Güvenlik Konseyinde karşılıklı suçlamaları ve yaptığı değerlendirmeleri, Rusya'nın "bundan sonra iki devlet arasında temas kurulmasının imkânsız olduğu", "Gürcistan Devlet Başkanına güvenilemeyeceği ve görevden gitmediği sürece karşılıklı görüşmelerin çok zor olduğu" şeklindeki açıklamaları gerçek görüşme teşebbüsü veya görüşmelerin akim kalması olarak kabul etmemiş ve CERD madde 22'deki şartın gerçekleşmediğine karar vermiştir.¹⁰⁶

Yargıdan önce diplomatik yolla çözüm aranması şartıyla ilgili bir diğer örnek Petrol Platformları Davasıdır. Bu davada İnan ABD'nin karşı iddialarının Divan tarafından değerlendirilmeye alınmasına itiraz ederken gerekçe olarak karşı iddiaların taraflar arasında bu hususta görüşme yapılmadan Divana sunulduğunu, dolayısıyla 1955 Andlaşması madde XXI (2)'de öngörülen diplomasi yoluyla çözüm şartının yerine gelmediğini ileri sürmüştür. Divan İnan'ın itirazını reddederken Gürcistan-Rusya Davasında olduğu gibi teferruatlı inceleme yapmadan kısaca ihtilafın önüne gelmeden önce diplomatik yollarla halledilememesini tespit etmesinin yeterli olduğunu, bu bakımdan görüşmelerin devam etmemesinde hangi tarafın sorumluluğu bulunduğunu araştırmasının gerekmediğini belirtmiştir.¹⁰⁷

Hâlihazırdaki İnan-ABD Davasında bu kez madde XXI (2)'yi kullanan taraf ABD olmuştur. ABD'ye göre yargıya gitmeden önce diplomatik çözümün denenmesi sadece bir formaliten ibaret değildir; ihtilafın konusunu ilgilendiren çözüm amaçlı hakiki bir müzakere teşebbüsünün yapılması gerekir.¹⁰⁸ Öte yandan İnan ise Divanın daha önce baktığı davalarda değişik andlaşmalarda öngörülen diplomatik çözüm ön şartının tam olarak yerine getirilmemesinden dolayı yargı yolunun işletemeyeceği yönünde kararlar verdiğini, fakat burada durumun farklı olduğu görüşünü savunmaktadır. İnan'a göre madde XXI (2) diğerlerinden, mesela CERD'in 22. maddesinden farklı kaleme alınmıştır. Madde XXI (2) ön şartın yerine gelmesini tamamen objektif bir sonuca yani ihtilafın diplomatik yollarla çözülmemiş olmasına bağlamaktadır ki bu sonuç da gerçekleşmiştir.¹⁰⁹ Buna ilaveten İnan ön şart engelini her halükarda ortadan kaldırdığını göstermek için Divana müracaat etmeden önce diplomatik çözüm yollarını kullandığına delil olarak ambargo kararının alınmasından sonra 11 ve 19 Haziran 2018 tarihlerinde Tahran'daki İsviçre Büyükelçiliği kanalıyla ABD'ye gönderdiği ve cevap alamadığı iki notayı sunmaktadır. Notaların ilkinde 8 Mayıs ambargo kararını protesto etmekte ve ihtilafın diplomatik

106 *Ibid*, §§ 167-184.

107 *Oil Platforms, Judgment, ICJ Reports 2003*, §§ 106-107.

108 CR 2018/17, s. 28, § 19.

109 CR 2018/18, s. 13, § 6.



yollarla çözülmemesi halinde aralarındaki andlaşmalara uygun olarak diğer çözüm yollarını kullanma hakkını saklı tuttuğunu belirtmektedir. İkinci notada ise ambargo kararıyla ABD'nin 1955 Andlaşmasından doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürmektedir.¹¹⁰ Buna karşılık ABD bu notaların diplomatik çözüm teşebbüsü sayılamayacağını, zira herhangi bir şekilde görüşme teklifi içermediklerini, üstelik ikinci notanın İran tarafından Divana başvuru yapıldıktan sonra ellerine geçtiğini söylemektedir. Ayrıca, aralarındaki meseleleri ele almak amacıyla İran tarafından gerçek bir teşebbüs gelirse kendilerinin en üst seviyede görüşmeye hazır olduklarını beyan etmektedir.¹¹¹

Bu hususta Divan İran'ın tezini haklı bulmuş ve ihtilafın diplomatik yollarla halledilememiş olması ön şartının gerçekleştiğine karar vermiştir. Karar şöyle bir değerlendirmenin sonucu ortaya çıkmıştır: 1955 Andlaşması madde XXI (2)'nin formülasyonu önceki kararlarda ele alınan tahkim şartlarından farklıdır. Anılan paragrafta mesela CERD'in yargıya gitme şartını düzenleyen hükmündekinden farklı terimler kullanılmıştır. CERD "Divana müracaattan önce görüşmeler yapılmasını bir hukuki yükümlülük olarak empoze etmektedir. Buna karşılık madde XXI (2) tasviri niteliktedir ve ihtilafın diplomasi yoluyla tatmin edici bir şekilde çözülmemiş olması üzerine odaklanmaktadır. Bu sebeple Divan resmi görüşmelere girilip girilmediğini veya diplomatik çözümsüzlüğün taraflardan hangisinin davranışından kaynaklandığını incelemek zorunda değildir. Divanın tatmin olması için yeterli olan şey ihtilafın kendisine sunulmadan önce diplomasi yoluyla tatmin edici şekilde halledilmemiş olmasıdır". Devamla, İran'ın gönderdiği notalar cevapsız kalmıştır. Dava dosyasında taraflar arasında doğrudan görüş alışverişi yapıldığını gösteren başka bir belge de bulunmamaktadır. Sonuç itibarıyla, ihtilaf diplomasi yoluyla çözülmemiştir.¹¹²

Divanın yorumu ve buradan çıkardığı sonuçlar tartışmaya açıktır. Geçmiş kararlara baktığımızda Divan Petrol Platformları Davasında Amerikan tarafının itirazını reddederken de aynı sonuca varmış, fakat gerekçesini açıklamamıştı. Burada Gürcistan-Rusya Davasına atıfta bulunarak CERD madde 22 ile mukayese yapmıştır. Divana göre CERD madde 22 taraflara görüşme yükümlülüğü getirmektedir, oysa 1955 Andlaşması madde XXI (2) herhangi bir yükümlülük öngörmemektedir. Divan iki yargıya başvuru maddesinin hukuki tesirlerinin farklı olmasını kullanılan terimlerin farklılığına bağlamaktadır. Ancak, iki madde arasındaki

110 CR 2018/16, s. 28-29, § 2.

111 CR 2018/17, s. 31, § 27.

112 Karar, §§ 50-51.



terim farklılığı sadece muhtevayla ilgilidir. CERD’de “görüşme yoluyla çözümlenmeyen” (*not settled by negotiation*) geçerken, 1955 Andlaşmasında “diplomasi yoluyla tatmin edici şekilde halledilmeyen” (*not satisfactorily adjusted by diplomacy*) ibaresi vardır. Diğer deyişle, birincisinde diplomatik çözüm yollarından birisi olan görüşme özel olarak anılırken, ikincisinde diplomatik çözüm yollarına – ki görüşme bunların başta geleni ve en sık başvurusudur – genel olarak gönderme yapılmaktadır. Buradan ilki için “görüşme yükümlülüğü vardır” sonucuna, ikincisi için ise hukuken ne anlama geldiği belli olmayan “tasviri” nitelmesi yaparak “ tarafların diplomatik yolları kullanma yükümlülüğü yoktur” sonucuna varmanın hiçbir şekilde izah edilir yanı bulunmamaktadır. Bir andlaşma maddesinin hükmünü “tasviri” gerekçesiyle ortadan kaldıran bu sonuç her şeyden önce yukarıda değindiğimiz Divanın kendisinin teyit ettiği yerleşmiş yorum kurallarına aykırıdır. Divanın vardığı sonuca göre 1955 Andlaşmasını yapan devletler ihtilaf halinde diplomatik ve kazai çözüm yollarını öngörmüşler, fakat diplomatik çözüm yolunu kullanmak bir yükümlülük oluşturmadığından kazai çözümün ön şartını oluşturmadığı gibi, isteyen tarafın tamamen devre dışı bırakacağı gereksiz bir fazlalık olmaktadır. Oysa bu sonuç bizzat Andlaşmanın taraflarınca reddedilmektedir. Zira iki devlet arasındaki Petrol Platformları Davasında ve bu davada her ikisi de farklı vesilelerle karşı tarafın madde XXI (2)’deki diplomatik çözüm ön şartını yerine getirmeden Divana başvurduğunu iddia etmişlerdir. Yani Andlaşmayı yapan ve yorumlama yetkisine sahip olanlar madde XXI (2)’deki ibareyi tasviri olarak görmemekte, tam tersine bir yükümlülük olarak anlamaktadır. Bu sebeptendir ki bu davanın sözlü duruşmalarında taraflar iddia ve savunmaları arasında diplomatik görüşme ön şartına özel önem vermişlerdir. Mesela, İran tarafı “madde XXI (2)’deki ön şart objektif bir sonuca yani ihtilafın diplomatik yollarla çözülmemiş olmasına bağlıdır” iddiasında bulunurken paragraf (2)’nin taraflara davranış yükümlülüğü getirdiğini, tarafların belirli bir sonucu gerçekleştirmek (ihtilafa diplomatik yollarla çözüm bulmak) zorunda olmadıklarını, fakat diplomasi yolunu işletmeleri gerektiğini kabul etmektedir. Aslında Divan da kararında “tatmin olması için yeterli olan şey ihtilafın kendisine sunulmadan önce diplomasi yoluyla tatmin edici şekilde halledilmemiş olmasıdır”¹¹³ derken İran’ın ifadesinde savunduğu görüşü teyit etmiş olmaktadır. Zira diplomatik çözüm arayışı aşamasını kat edilmesi gereken bir aşama olarak görmek hemen bir cümle önce yokluğunu ima ettiği yükümlülüğün varlığını zımnen onaylamaktır.¹¹⁴ Öyle görülüyor

113 Karar, § 50.

114 Bu değerlendirmemiz dışında, herhangi bir açıklama yapmamakla birlikte “Divan diplomatik çözüm şartıyla ilgili ibarenin terim farklılığından dolayı CERD’de bağlayıcı,



ki Divan paragraf (2)'yi yorumlarken hükmün açık ifadesine rağmen kullanılan terimlerin normal anlamlarını ve tarafların önünde beyan ettiği ortak iradesini bir tarafa bırakmakla kalmamakta, aynı zamanda kendi içerisinde çelişkili bir karar vermektedir.

Divan diplomatik çözüm konusunda madde XXI (2) yükümlülük öngörmez dedikten sonra tabiatıyla diplomatik yolların denenip denenmediğini inceleme dışı bırakmaktadır: "Divan *resmi* görüşmelere girilip girilmediğini veya diplomatik çözümsüzlüğün taraflardan hangisinin davranışından kaynaklandığını incelemek zorunda değildir".¹¹⁵ Ortada bir yükümlülük bulunmuyorsa tarafların tutumunu incelemek ve ondan sonuç çıkarmak elbette gerekli değildir. Şunu da ilave edebiliriz ki bir yükümlülük mevcut olsaydı bile, *prima facie* yetki kararı aşamasında *teferruatlı* bir inceleme gerekli olmazdı. Ancak, Divanın kendi tespitine uygun olarak vardığı bu sonuçta kullandığı "resmi" nitelemesi diplomatik çözüm şartı konusundaki kurgusundan emin olmadığını göstermektedir. Ne madde XXI (2)'nin ne de CERD madde 22'nin hiçbir yerinde "resmi" kelimesi geçmektedir. Dolayısıyla Divan kararının tamamını alıntıladığımız 50. paragrafında yükümlülük vardır/yoktur tespitlerini resmi-gayri resmi bütün diplomatik çözüm teşebbüsleri için yapmaktadır. Bunu yaptıktan sonra (madde XXI (2)'de bu hususta yükümlülük bulunmadığını dikkate alarak) tarafların diplomatik çözümle ilgili davranışlarını bir tarafa bırakması yukarıda işaret ettiğimiz üzere gayet normaldir. Ancak, Divan tarafların diplomatik çözümle ilgili bütün davranışlarının değil, *resmi görüşmelerin* incelenmesine gerek olmadığını belirtmektedir. Resmi olmayan görüşmeler ve diğer resmi-gayri resmi diplomatik yollarla ilgili teşebbüslerin ne olacağını ise belirsiz bırakmaktadır.

Divanın diploması şartı konusundaki değerlendirmelerindeki belirsizliklere yeni bir tanesini ekleyen bu ayrımın kökeni 2008 yılında Gürcistan-Rusya Davasının ihtiyati tedbirler aşamasında verdiği karara dayanmaktadır. Orada Divan "'Görüşmeler yoluyla veya bu Sözleşmede [CERD] açıkça belirtilen usulle halledilmeyen her ihtilaf' ifadesinin açık anlamından Sözleşme çerçevesinde resmi görüşmeler veya madde 22'de anılan usule müracaat, Divana gitmeden önce yerine getirilmesi gerekli ön şarttır sonucu çıkmaz"¹¹⁶ demektedir. Bununla birlikte Divan aynı

1955 Andlaşmasında ise "tasviri" olduğu kanaatini ibarelerde çözümü ifade etmek için kullanılan "*settled*" ve "*adjusted*" terimlerine yüklediği farklı anlamlara mı dayandırıyor?" sorusu akla gelebilir. Divanın geçmiş kararlarında bu terimlerden hareketle değerlendirme yaptığı örnek bulunmamaktadır.

115 Karar, § 50. İtalikler bize ait.

116 *Application of the CERD, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2008, § 114.*



verde hemen Şu cümleyi de ilave etmektedir: “Fakat madde 22 Şikâyetçi tarafın davalıyla CERD’le ilgili konularda görüşmeler baŐlatmak için birtakım teŐebbüslerde bulunması gerektiğini de ima eder”. Divan İnan-ABD kararında ilk alıntıladiğımız cümledeki düşünceyi farklı kelimelerle tekrarlamakta, fakat belirsizlik pahasına bunu takip eden alıntıladiğımız cümleyi anmamaktadır.¹¹⁷ Çünkü aksi takdirde 8 Mayıs ambargo kararından sonra taraflar arasında diplomatik çözüm bulmak için en azından *gerçek* bir teŐebbüste bulunulup bulunmadığını sorgulaması gerekecekti. Divan böylece işin kolayına kaçmıŐ, İnan’ın gönderdiği notaların cevapsız kaldığını ve dava dosyasında taraflar arasında doğrudan görüş aliŐveriŐi yapıldığını gösteren başka bir belge de bulunmadığını belirterek ihtilafın diplomasi yoluyla çözülmemiş olduğuna karar vermiştir.¹¹⁸

SONUÇ

Bir davada Divanın yetkileriyle ilgili görüş ayrılığı çıkması halinde nihai karar verme yetkisi ilke olarak Divana aittir (*Kompetenz-Kompetenz*).¹¹⁹ Ancak, her halükarda Divanın “yetkisi tarafların rızasına dayalıdır ve tarafların kabul ettiğiyle sınırlıdır. Bu rıza bir uluslararası anlaşmanın tahkim maddesinde ifade edilmiŐse, tabi olduğu bütün Şartlar onun sınırlarını oluşturuyor olarak görülmelidir”.¹²⁰ O halde madde XXI (2) ve madde XX (1)’deki Şartların her birisinin *prima facie* bir incelemede dahi titizlikle ele alınması Divanın bu davadaki genel ve *ratione materiae* yetkisinin sınırlarının belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Tersinden söyleyecek olursak, tarafların egemenlik haklarının korunması ve rızaları hilafına bir iŐleme tabi tutulmamaları ancak bu Şekilde sağlanmış olur. Bu sebeple Divanın verdiği kararlarda muğlak noktalar bırakmaması hem adaletin selameti hem de uluslararası ilişkilerde hukukun ve yargının istikrar sağlayıcı rolünü bihakkın oynayabilmesi açısından büyük önem taŐımaktadır.

117 Gürcistan da davanın esasla ilgili aşamasında CERD madde 22 üzerine yaptığı yoruma destek olarak Divanın ihtiyatı tedbir aşamasında yaptığı bu tespitin ilk cümlesini kullanmıştır. Divan karar verirken bu hususta bir açıklama yaparak aynı yerde onun devamı olarak kullandığı ikinci cümleyi hatırlatmaktadır. *Application of the CERD, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011, Ő 129.*

118 Karar, Ő 51.

119 UAD Statüsü, madde 36, Ő 6. C. Tomuschat, “Article 36”, *The Statute of International Court of Justice – A Commentary*, 2nd edition, (several editors), s. 867.

120 *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *ICJ Reports 2006, Ő 88.*



KAYNAKLAR

Actes du Colloque de 1984 de la Société Belge de Droit International, **Les moyens de pression économiques et le droit international**, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985.

C. Amerasinghe, **Jurisdiction of International Tribunals**, Kluwer Law International, 2003, s. 348;

C. Tomuschat, "Article 36", **The Statute of International Court of Justice – A Commentary**, 2nd edition

Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, **Yearbook of the International Law Commission**, 1966, vol. II, s. 249.

Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, **Yearbook of the International Law Commission**, 2001, vol. II (Part Two), s. 128 vd.

F. Capotorti, "L'extinction et la suspension des traités", **Hague Recueil** (1971), s. 517 vd.

H. Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, 3. baskı, Turhan Kitabevi, 1992, s. 270.

I.C. McGibbon, "Some Observation on the Part of Protest in International Law", **BYIL**, 1953, s. 298.

Institut de Droit International, **Provisional Measures – Preparatory Work**, Yearbook 2017, s. 297-298.

J. Crawford, **The International Law Commission's Articles on State Responsibility**, Cambridge University Press, 2002, s. 282.

J. Wouters, S. Verhoeven, "Desuetudo", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Heidelberg and Oxford University Press, 2011;

K. Oellers-Frahm, "Article 41", **The Statute of International Court of Justice – A Commentary**, 2nd edition, (Eds) A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C.J. Tams, Oxford University Press, 2012, s. 1212.

L. Collins, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", **Hague Recueil** (1992)

L. Dubouis, "L'embargo dans la pratique contemporaine", **Annuaire française de droit international**, 1967

M. Lando, "Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice", **Leiden Journal of International Law** (2018), 31, s. 641-2.



M.E. Çağırın, **Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri**, Platin, 2005, s. 224.

P. Weil, D. Richemond, “The Oil Platforms Case before the International Court of Justice: A Non-case of International Responsibility”, **International responsibility today : essays in memory of Oscar Schachter**, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 329-340.

R.B. Lillich (Ed.), **Economic Coercition and the New International Economic Order**, Charlotesville, 1976;

S. Oda, “Provisional measures – The Practice of International Court of Justice”, **Fifty years of the International Court of Justice – Essays in honor of Sir Robert Jennings**, Cambridge University Press 1996, s. 551.

T. Giegerich, “Article 54 – Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties”, *loc. cit.*, s. 958.

T. Giegerich, “Article 62 – Fundamental Change of Circumstances”, O. Dörr, K. Schmalenbach (Editors), **Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary**, Springer, 2012, s. 1077 vd.

T.O. Elias, **The International Court of Justice and some contemporary problems**, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, s. 70-71.