T.C.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ULUSLARARASI TEAMÜL KURALLARININ GELİŞİMİNDE ULUSLARARASI YARGI KARARLARININ ROLÜ

DOKTORA TEZİ

SAADET KÖK DEĞERLİ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Tez Danışmanı

PROF. DR. YÜCEL ACER

ANKARA 2020

ONAY SAYFASI

Saadet Kök Değerli tarafından hazırlanan ‘‘Uluslararası Teamül Kurallarının Gelişiminde Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü’’ adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oy birliği/oy çokluğu ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvan Adı Soyadı	Kurumu	İmza
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	AHBVÜ	
Prof. Dr. İbrahim KAYA	İÜ	
Prof. Dr. Yücel ACER	AYBÜ	
Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE	AYBÜ	
Dr. Öğr. Üyesi Yasin POYRAZ	AYBÜ	

Tez Savunma Tarihi: 19.08.2020

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda doktora tezi olması için şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü Unvan Adı Soyadı

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezde kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim. 19.08.2020.

Saadet KÖK DEĞERLİ
İmza:

TEŞEKKÜR

Tez konumun belirlenmesinden tezimin son şeklini almasına dek desteğini bir an olsun esirgemeyen, bu zorlu süreçte hep cesaretlendirici ve yol gösterici bir rol oynayan saygıdeğer danışman Hocam Prof. Dr. Yücel ACER'e ve her zaman desteğini gördüğümüz Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı saygıdeğer Hocam Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a teşekkürü bir borç bilirim.

Tez savunmasında, eleştiri ve önerileriyle tezime önemli katkılar sunan saygıdeğer jüri üyeleri Prof. Dr. İlyas DOĞAN, Prof. Dr. İbrahim KAYA, Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE ve Dr. Öğretim Üyesi Yasin POYRAZ'a ayrı ayrı teşekkür etmek isterim.

Tez araştırmalarım için Albert-Ludwigs-Universität Freiburg'ta bizi misafir eden ve üniversitenin her türlü imkanından yararlanmamızı sağlayan Prof. Dr. Matthias JESTAEDT ile çalışmam hakkında fikir alışverişinde bulunduğum, tavsiyeleri ve yardımları ile araştırma sürecimi kolaylaştıran Dr. Jörg KAMMERHOFER'e şükran borçluyum.

Bu zorlu süreçte yanımda olup her türlü halime katlanan, varlıklarıyla beni mutlu eden sevgili arkadaşlarım Arş. Gör. Neslihan ÖZELER SEZİCİ, Dr. Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI'ya ve Arş. Gör. E. Feyza TİRYAKİOĞLU'na;

Tezime sundukları katkılardan dolayı başta Dr. Rabia İlay PEERZADA olmak üzere değerli kürsü arkadaşlarıma;

sonsuz teşekkürler.

Hayatımın hemen her evresinde beni destekleyip beni motive eden, her şeyin en iyisini hak eden canımın içi anneme, beni bu günlere getiren babama, her zaman yanımda olan kardeşlerime ve maddi manevi desteğini daima hissettiğim kayınvalideme ne kadar teşekkür etsem az kalır.

Tez yazım süreci boyunca benden desteğini bir an bile olsun esirgemeyen, tezimi çok detaylı ve titiz bir şekilde okuyup öneri ve eleştirileriyle bu çalışmaya katkı sunan; akademisyenliğin hakkını verdiğine inandığım, insanlığına ve merak duygusuna hayran olduğum, çok yönlülüğüyle bana yeni bakış açıları kazandıran, her anımı anlamlı kılan hayat ortağım Yavuz'a varlığı için minnettarım.

ÖZET

Uluslararası Teamül Kurallarının Gelişiminde Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü

KÖK DEĞERLİ, Saadet

Doktora, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Yücel ACER

Ağustos 2020, XV+357 Sayfa

Uluslararası hukuk, uluslararası toplumda süreklilik arz eden değişim ve dönüşümden yoğun biçimde etkilenen ve bu nedenle gelişmekte olan bir hukuk dalıdır. Klasik devlet merkezli uluslararası topluma yeni aktörlerin katılımı, uluslararası hukukun konu bakımından genişlemesine sebep olmuş ve bu durum özellikle var olan hukuk kaynakları ile bu yeni aktörler arasındaki ilişkiye dikkat çekmeyi gerektirmiştir. Bu kapsamda yer alan yeni aktörlerden biri olarak kabul edilen uluslararası yargı kuruluşları ile uluslararası hukukun en tartışmalı ve en belirsiz kaynaklarından biri olan uluslararası teamül kuralları arasındaki ilişki ise üzerinde özellikle durulması gereken bir konudur.

Birbirinden farklı niteliklere sahip uluslararası yargı kuruluşlarının teamül kurallarından ne anladıkları, teamülün belirsiz niteliği karşısında ne şekilde pozisyon aldıkları, iki unsurlu teorik teamül yaklaşımını ne ölçüde uygulayabildikleri, teamülün belirsizliği ve iki unsurun ispatının güçlüğü karşısında farklı yaklaşım ve yöntemler benimseyip benimsemedikleri ve nihayet tüm bunların uluslararası teamülü etkileyip etkilemediği gibi sorular bu çalışmanın cevap aradığı sorulardır. Çalışmada bu noktalara odaklanılmasındaki amaç ise uluslararası teamülün gelişiminde uluslararası yargı kararlarının rolünün kuşatıcı biçimde ortaya konulmasıdır. Bu doğrultuda uluslararası yargı kuruluşlarının hem teamül kuralının varlığına (unsurlarına) yönelik tespit faaliyetleri üzerinde durulmuş hem de teamül kurallarının içeriğine yönelik etkileri irdelenmiştir. Uluslararası yargı kararlarının teamül üzerindeki bu iki yönlü etkisi bağlamında uluslararası teamüle ilişkin klasik kabullerin uygulamada ne denli geçerli oldukları ortaya konulmuş olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Devlet uygulaması, opinio juris, uluslararası teamül, uluslararası yargı kuruluşları, uluslararası yargı kararları, yargı yetkisi.

ABSTRACT

The Role of International Judicial Decisions in the Development of Customary International Law

KÖK DEĞERLİ, Saadet

Ph.D., Department of Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Yücel ACER

August 2020, XV+357 Pages

International law is considerably affected by the continuous change and development in the international community and therefore it is a developing branch of law. The participation of new actors to the classical state centric international community causes the enlargement of the international law in terms of its subject matter and this situation particularly necessitates to draw attention to the relationship between existing sources of law and these new actors. The relationship between the international judicial institutions accepted as one of the new actors of international law and customary international law as one of the most controversial and ambiguous sources of international law is a topic to be considered in particular.

The questions of what the international judicial institutions with different characteristics understand about customary law, in what way these judicial institutions have positions towards the uncertain characteristic of customary law, to what extent they can apply two element theoretical customary approach, whether they adopt different approaches and methods for the uncertainty of customary law and the difficulty of proving two elements and finally whether all these affect customary law or not are some of the questions that this study seeks an answer. The purpose of focusing on these points in this study is to comprehensively put forward the role of international judicial institutions in the development of customary international law. Accordingly, the activities of international judicial institutions with regard to the determination of the existence of customary international law are touched upon and the effect of international judicial institutions on

the content of customary rules is examined. To what extent classical acceptances regarding customary international law within the context of this bidirectional effect of international judicial decisions on customary law are valid in practice will be set forth.

Key words: State practice, opinio juris, customary international law, international judicial instiutitons, international judicial decisions, jurisdiction.

İÇİNDEKİLER

BEYAN i
TEŞEKKÜR ii
ÖZET iii
ABSTRACT v
İÇİNDEKİLER vii
KISALTMALAR xiii
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

A. ULUSLARARASI HUKUK 6
1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE 6
2. "ULUSLARARASI HUKUK"UN HUKUK NİTELİĞİ 12
3. GENEL OLARAK ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI 20
4. ULUSLARARASI HUKUKUN OLUŞUMU VE AÇIKLANMASINDA AKTÖRLER 25
4.1. Uluslararası Toplum Kavramı 25
4.2. Uluslararası Hukukun Oluşumunda Aktörler 28
4.2.1. Devletler 28
4.2.2. Uluslararası Örgütler 30
4.2.3. Diğer Aktörler 35
4.3. Uluslararası Hukukun Açıklanmasında Aktörler 42
B. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI 44
1. BAĞLAYICI KAYNAKLAR 45

1.1. Uluslararası Antlaşmalar 45
1.2. Uluslararası Teamül Kuralları 48
1.3. Hukukun Genel Prensipleri 55
2. YARDIMCI KAYNAKLAR 58
2.1. Yargı Kararları 59
2.2. Öğreti 60
2.3. Diğer Kaynaklar: Yumuşak Hukuk (*Soft Law*)-Hakkaniyet ve Nısfet 63
2.3.1. Yumuşak Hukuk (*Soft Law*) 63
2.3.2 Hakkaniyet ve Nısfet 64

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU

A. ULUSLARARASI TEAMÜL KAVRAMI 68
B. ULUSLARARASI TEAMÜLÜN OLUŞUMUNA DAİR TEORİK YAKLAŞIMLAR 72
1. İRADECİ YAKLAŞIM 74
2. DİĞER TEORİK YAKLAŞIMLAR 81
C. ULUSLARARASI TEAMÜL KURALLARININ KURUCU UNSURLARI 83
1. ULUSLARARASI TEAMÜL KURALLARININ OBJEKTİF UNSURU (*CONSUETUDO, USUS, REPETITO FACTI*): MADDİ UNSUR 86
2. ULUSLARARASI TEAMÜL KURALLARININ SÜBJEKTİF UNSURU (*OPINIO JURIS, OPINIO JURIS SIVE NECESSITATIS*): İNANÇ UNSURU 90
D. TEAMÜLİ NİTELİĞİN ÖNEMİ 95

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARI VE ULUSLARARASI HUKUKA ETKİLERİ

A. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARI 99
1. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARI: ORTAYA ÇIKIŞ VE YARGI YETKİSİNİN DÖNÜŞÜMÜ 99
1.1. Uluslararası Yargı Kuruluşlarının Ortaya Çıkışı 100
1.2. Uluslararası Yargı Yetkisinin Dönüşümü: Yetkinin Genişlemesi 103
2. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ TÜRLERİ 105
2.1. Uluslararası Hakemlik 106
2.2. Uluslararası Mahkemeler 110
2.2.1. Uluslararası Adalet Divanı 110
2.2.2. Ad Hoc Mahkemeler 116
2.2.2.1. Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi 116
2.2.2.2. Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi 120
2.2.2.3. Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 121
2.2.2.4. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi 123
2.2.3. Uluslararası Ceza Mahkemesi 124
2.2.4. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi 129
2.2.5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 131
3. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ BİÇİMSEL ROLÜ 136
3.1. Uluslararası Yargı Kuruluşlarının Yargı Yetkisi 136
3.2. Zorunlu Yargı Yetkisi Sorunu 142
B. ULUSLARARASI HUKUK-ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARI ETKİLEŞİMİ 144
1. ULUSLARARASI HUKUKUN ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARINA ETKİSİ 145

1.1. Uluslararası Hukukun Hukuki Niteliğinin Uluslararası Yargı Kuruluşları Üzerindeki Etkisi 147
1.2. Uluslararası Hukukun Gelişiminin Yargı Kuruluşları Üzerindeki Etkisi 150
1.2.1. Kodifikasyonun Uluslararası Yargı Kuruluşları Üzerindeki Etkisi: Tespitten Koruyuculuğa Uzanan Gelişim 150
1.2.2. Uluslararası Hukuktaki Etkin Aktör Değişimlerinin Uluslararası Yargı Kuruluşları Üzerindeki Etkisi 154
2. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ ULUSLARARASI HUKUKA ETKİSİ 158

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDE ULUSLARARASI YARGI KARARLARININ ROLÜ

A. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARININ TESPİTİ 173
1. TESPİTİN GEREKLİLİĞİ VE TESPİT SORUNU 173
2. TESPİTİN KAPSAMI 175
3. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ TESPİTTEKİ ROLÜ 178
4. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ TEAMÜLÜ TESPİTİNİN KAPSAMI 179
B. ULUSLARARASI YARGI KARARLARINDA TEAMÜL KURALLARININ YORUMU 180
1. ULUSLARARASI HUKUKTA YORUM 180
2. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNDA YORUM YÖNTEMLERİ 189
2.1. Metinsel/Lafzi Yorum 190
2.2. Amaçsal Yorum 192
2.3. Sistematik Yorum 196
3. YORUMUN SINIRI PROBLEMİ 200

C. BAZI ULUSLARARASI YARGI KARARLARININ TEAMÜL KURALLARININ GELİŞİMİ EKSENİNDE İNCELENMESİ 203
1. KARARLARI IŞIĞINDA ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDEKİ ROLÜ 207
1.1. Bozkurt-Lotus Kararı 208
1.2. Sığınma Hakkı Kararı 209
1.3. Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı 210
1.4. Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Kararı 213
1.5. Libya/Malta Kıta Sahanlığı Kararı 215
1.6. Nükleer Silahlar Danışma Görüşü 216
1.7. Korfu Boğazı Kararı 218
1.8. Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Yasaklanması Hakkında BM Sözleşmesi'ne Çekinceler ile İlgili Danışma Görüşü 221
1.9. Güney Batı Afrika Davası 223
1.10. Maine Körfezi Kararı 226
1.11. Nikaragua Kararı 227
2. KARARLARI IŞIĞINDA ULUSLARARASI *AD HOC* MAHKEMELERİN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDEKİ ROLÜ 235
3. KARARLARI IŞIĞINDA BM DENİZ HUKUKU MAHKEMESİ'NİN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDEKİ ROLÜ 241
4. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU 245
4.1. Uluslararası Ceza Hukukunda Uluslararası Teamülün Rolü 245
4.2. Kararları Işığında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Teamül Hukukunun Gelişimindeki Rolü 252
5. KARARLARI IŞIĞINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDEKİ ROLÜ 256
6. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ AKTİVİST KARARLARI 261

6.1. Yargısal Aktivizm Kavramı 261
6.2. Bazı Uluslararası Yargı Kararlarının Yargısal Aktivizm Açısından Değerlendirilmesi 265

BEŞİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ TESPİT VE DEĞERLENDİRMESİNE KONU OLMUŞ BAZI TEAMÜLİ KURAL VE PRENSİPLER

A. İÇ ÇATIŞMALARDA SİVİLLERİN KORUNMASI PRENSİBİ 269
B. İŞKENCE YASAĞI 273
C. İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ 280
D. KUVVET KULLANMA VE KUVVET KULLANMA TEHDİDİ YASAĞI 281
E. ZARARSIZ GEÇİŞ HAKKI 286
F. SAVAŞ GEMİLERİNİN DOKUNULMAZLIĞI 287
G. HAKÇA PRENSİPLER (*EQUITABLE PRINCIPLES*) 290
H. SEYRÜSEFERDE ULUSLARARASI BOĞAZLARIN SERBEST KULLANIMI 299
I. İHTİYAT PRENSİBİ (*PRECAUTIONARY PRINCIPLE*) 302
İ. GENEL YORUM KURALI OLARAK ANTLAŞMALARIN YORUMU 307
SONUÇ 309
KAYNAKÇA 320
ÖZGEÇMİŞ 356

KISALTMALAR

AB : Avrupa Birliği

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

A.Ş. : Anonim Şirket

Bkz. : Bakınız

BM : Birleşmiş Milletler

BMDHS : Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi

DHM : Daimi Hakemlik Mahkemesi

DTÖ : Dünya Ticaret Örgütü

FKÖ : Filistin Kurtuluş Örgütü

GTÖ : Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü

I. : Issue

ICAO : International Civil Aviation Organization

ICSID : International Center for Settlement of Investment Disputes

K.T. : Karar Tarihi

m. : madde

N. : Number

NATO : North Atlantic Treaty Organization

No. : Numara

NUACM : Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi

OSPAR : Convention for the Protecting of the Marine Environment of the North-East Atlantic

p. : paragraf

RUCM : Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

S. : Sayı

s. : sayfa

s.e.t. : son erişim tarihi

ss. : sayfa sayısı

TDK : Türk Dil Kurumu

TUACM : Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi

UAD : Uluslararası Adalet Divanı

UCM : Uluslararası Ceza Mahkemesi

UDHM : Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi

UHK : Uluslararası Hukuk Komisyonu

UHM : Uluslararası Hakemlik Mahkemesi

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

USAD : Uluslararası Sürekli Adalet Divanı

V. : Volume

VAHS : Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

YUCM : Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

yy. : yüzyıl

GİRİŞ

"Uluslararası teamül kurallarının gelişiminde uluslararası yargı kararlarının rolü" ifadesi, kendi içerisinde birbiriyle bağlantılı birden fazla uluslararası hukuk konusunu barındırmaktadır. Bahsi geçen konuların ilişkili olduğu iki temel husus ise uluslararası hukukun bağlayıcı kaynaklarından biri olan uluslararası teamül hukuku ve uluslararası yargı kuruluşlarıdır.

Bu doğrultuda, uluslararası teamül hukukunun uluslararası hukuktaki yeri ve önemi konusunu incelemeye geçmeden evvel, genel anlamda uluslararası hukuk kavramına, uluslararası hukukun kaynaklarına ve uluslararası hukukun aktörlerine değinmek gerekmektedir. Böyle bir başlangıç yapmamızın temel gerekçelerinden ilki, gelişmekte olan bir hukuk dalı olarak kabul edilen uluslararası hukuktaki bu gelişmenin sürdürülmesini sağlayan eski ve yeni etmenlerin ele alınmasının gerekli olmasıdır. Diğer bir temel gerekçe ise çok boyutlu ve dinamik bir yapı sergileyen teamül hukukunun, uluslararası hukuk içindeki genel pozisyonunun fotoğrafını çekmektir.

Bu hedefler doğrultusunda ilk bölümde öncelikle klasik anlamda uluslararası hukukun tanımı yapılmaya ve sonra uluslararası hukuktaki aktör değişimi ile birlikte bu klasik tanımda bir değişim yaşanıp yaşanmadığı ele alınmaya çalışılacaktır. Sonrasında Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü m.38 bağlamında uluslararası hukukun kaynakları, özellikle uluslararası teamül hukuku odaklı ve diğer kaynakların teamülle ilişkisi bağlamında ele alınmaya çalışılacaktır. Uluslararası antlaşmalar, uluslararası teamül kuralları, hukukun genel prensipleri olmak üzere üç bağlayıcı kaynağın yanı sıra; yardımcı kaynaklar başlığı altında yargı kararları, öğreti ve son olarak da bu iki yardımcı kaynak yanında yumuşak hukuk olarak isimlendirilen uluslararası belgeler ve hakkaniyet ve nısfet ele alınacaktır.

Çalışmamızda ele alacağımız yapının iki temel konusundan ilki olan uluslararası teamül hukuku esasen, ikinci bölümün konusu olmakla birlikte, uluslararası hukukun bağlayıcı kaynaklarından birisi olarak uluslararası hukuk ve uluslararası hukukun kaynakları başlıklı ilk bölümde genel olarak ele alınmaktadır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde uluslararası teamül hukuku çeşitli boyutlarıyla

incelenecektir. Bu minvalde, öncelikle teamül kavramı ele alınacak ve sonrasında uluslararası hukukun hem oluşum sürecini hem de kaynağını oluşturan teamül kurallarına ilişkin teorik tartışmalar ile teamül kurallarının kurucu unsurları incelenecektir. Nihayet ikinci bölümün sonunda, uluslararası hukukun herhangi bir kuralının teamüli niteliğe sahip olmasının ne gibi sonuçları olduğu üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın diğer temel konusunu uluslararası yargı kuruluşlarının oluşturması nedeniyle üçüncü bölümde, ilk olarak genel hatlarıyla uluslararası yargı kuruluşlarına ve bunların ortaya çıkış süreçleri ile bu kuruluşların yetkilerindeki gelişim (dönüşümü, değişimi) ele alınacaktır. Sonrasında uluslararası hukuku dönüştürdükleri ve geliştirdikleri iddia edilen uluslararası yargı kuruluşlarının önde gelenleri "uluslararası hakemlik" ve "uluslararası mahkeme" ayrımı altında incelenecektir.

Konu ile ilgili genel bir çerçeve çizebilmek adına, genelde uluslararası hukuk kurallarının ve özelde uluslararası teamül kurallarının tespitinde, açıklanmasında ve gelişiminde rolü olduğu düşünülen mahkemelere yer verilmiştir. Bu doğrultuda, uluslararası mahkemeler ile ilgili inceleme özel bir ya da birkaç konu ile sınırlandırılmamıştır. Aslen devletler arasında ortaya çıkan uluslararası uyuşmazlıkları çözmek için kurulmuş ve konu bakımından en geniş yargı yetkisine sahip devletler arası uyuşmazlık çözüm mercii olan UAD'nin, uluslararası teamül hukukuna ilişkin yaklaşım ve uygulamalarının incelenmesi kaçınılmazdır. Uluslararası teamül hukukunun gelişim seyrinin uluslararası bir yargı kuruluşu kararlarında izlenebilmesine en elverişli örneğinin UAD olduğu açıktır. Bu nedenlerle, incelemelere UAD ile başlanmasının yerinde olacağı düşünülmüştür.

UAD'nin dışında, uluslararası hukukun ve daha özelde uluslararası teamül hukukunun gelişiminde büyük katkısı olduğu düşünülen ve bu sebeple inceleme konusu edeceğimiz uluslararası yargı kuruluşları ise *ad hoc* nitelikteki Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (NUACM), Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (TUACM), Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM) ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM)'dir. Oluşumları, oluşumlarına dönük meşruiyet tartışmalarıyla birlikte ele alınacak olan bu mahkemelerin seçilmesindeki amaç, uluslararası teamül kurallarının gelişiminde uluslararası yargı kararlarının rolünün farklı tür mahkeme uygulamalarındaki durumunu ortaya koymaktır.

Yine aynı amaçla seçilen bir diğer uluslararası yargı kuruluşu ise Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM)'dir. Sürekli nitelikte bir uluslararası ceza mahkemesi olan ve bireylerin uluslararası hukukta sorumlulukları üzerine faaliyet gösteren UCM'nin kuruluşu ve yapısal özellikleri, genel inceleme tercihimize uygun olarak ele alınacaktır.

Nihayet, münhasıran uluslararası deniz hukuku ile ilgili uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM) ile bölgesel nitelikli bir uluslararası yargı kuruluşu olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kuruluş ve yapısal özellikleri yönünden inceleme konusu edilecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıca, uluslararası hukuk ile uluslararası yargı kuruluşları arasındaki etkileşim ve bu etkileşimin sonuçları ele alınacaktır. Uluslararası hukuk ve uluslararası yargı kuruluşları arasındaki etkileşim doğası gereği her iki kurumun birbiri üzerindeki etkilerinin ortaya konmasını gerekli kılmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle uluslararası hukukun uluslararası yargı kuruluşları üzerindeki etkisi ele alınacak, sonrasında uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası hukuk üzerindeki etkisi incelenecektir.

Uluslararası hukukun, uluslararası yargı kuruluşları üzerindeki etkisi iki başlık altında incelenecektir. Bu başlıklardan ilkini uluslararası hukukun hukuki yapısının uluslararası yargı kuruluşları üzerindeki etkisi oluşturmaktadır. Bu başlık altında, uluslararası toplumun hukuku olan uluslararası hukukun, bahsi geçen uluslararası yargı kuruluşlarının üye sayısı, üye yapısı ve kararlarının bağlayıcılıkları gibi hususlarda ne gibi etkilere sahip olduğu irdelenecektir. İkinci başlık ise uluslararası hukukun gelişiminin uluslararası yargı kuruluşları üzerindeki etkisini hedef almaktadır. Bu konu ise kendi içinde, kodifikasyonun uluslararası yargı kuruluşları üzerindeki etkisi ve uluslararası hukuktaki etkin aktör değişimlerinin yargı kuruluşları üzerindeki etkisi şeklinde ikili bir ayrım altında incelenecektir.

Etkileşimin ikinci ayağını oluşturan uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası hukuk üzerindeki etkisi başlığı altında ise, çalışmamızın özünü, esasını oluşturan dördüncü ve beşinci bölümlere bir temel hazırlamak amaçlanmaktadır.

Dördüncü bölüm, çalışmamızın ana ekseni olan, uluslararası teamül hukuku kurallarının gelişiminde uluslararası yargı kuruluşlarının rolünü ortaya koymayı

hedeflemektedir. Bu doğrultuda öncelikle uluslararası uyuşmazlıkları çözmekle görevli uluslararası yargı kuruluşlarının uyuşmazlık çözüm yolunun uygulamasına (çoğunlukla uluslararası teamül hukuku odaklı) dönük iki görevi üzerinde durulacaktır. Bu minvalde ilk olarak uluslararası teamül kurallarının yargı kuruluşları tarafından tespiti konusu ile uluslararası teamül kurallarının yargı kuruluşları tarafından yorumu konuları incelenecektir. Bu iki konunun öncelikle incelenmesindeki amaç, uluslararası yargı kuruluşlarının tespit ve yorum noktasında olağan yargısal faaliyetlerinin sınırları içerisinde kalıp kalmadıklarını ve bu sınırları ne kadar aştıklarını ortaya koymaktır. Zira, uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumu ve gelişimindeki etkisi, özellikle hukuk kurallarının tespiti ve yorumlanması sırasında kendisini göstermektedir.

Bahse konu yaklaşım ekseninde dördüncü bölümün ilk başlığı "uluslararası teamül kurallarının tespiti" adını taşımaktadır. Bu başlık kendi içerisinde, tespitin gerekliliği ve tespit sorunu, tespitin kapsamı, uluslararası yargı kuruluşlarının tespitteki rolü, uluslararası yargı kuruluşlarının tespitinin kapsamı olmak üzere dört alt başlık altında incelenecektir.

Dördüncü bölümün diğer konusu olan yorum hususu "uluslararası yargı kuruluşları kararlarında teamül hukuku kurallarının yorumu" adlı ikinci ana başlık altında incelenecek ve bu başlık altında uluslararası teamül kurallarının yorum yöntemleri ve yorumun sınırı problemi ele alınacaktır.

Dördüncü bölümün üçüncü ve son ana başlığı ise "teamül kurallarının oluşumu-gelişimi ve uluslararası yargı kararları" başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında çalışmanın üçüncü bölümünde incelenen sınırlı sayıdaki uluslararası yargı kuruluşunun kararlarındaki uluslararası teamül hukuku ile ilgili değerlendirmeler ele alınmaya çalışılacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak UAD'nin uluslararası teamül hukukunun gelişimine ilişkin özellik arz eden bazı kararları irdelenecektir. Daha sonra ise sırasıyla; uluslararası teamül hukuku kurallarının değerlendirilmesine yönelen bazı uluslararası *ad hoc* mahkemelerin kararları, UDHM'nin bazı kararları ile uluslararası teamül hukuku ile UCM'nin ilişkisi; AİHM perspektifinde uluslararası teamül hukuku ve nihayet bazı uluslararası yargı kuruluşlarının aktivist kararları inceleme konusu yapılacaktır. Vurgulamak gerekir ki diğer konulardan farklılaşan aktivist kararlara eğilmemizin temel sebebi, olaya uygulanacak kuralın mahkemelerin yorum faaliyetiyle genişlemesi ve ortaya çıkan sonucun konumuzla

yakından bağlantılı görülmesidir.

Beşinci ve son bölümde, yine çalışmamız kapsamında inceleyeceğimiz uluslararası yargı kuruluşlarının, uluslararası teamül hukuku kuralı olduklarını tespit ve ilan ettikleri kurallar ve prensipler ele alınacaktır. Teamüli kural ve prensipler belirlenirken hukukun farklı alanlarının yansıtılması hedeflenmiştir. Bu hedef doğrultusunda sırasıyla; iç çatışmalarda sivillerin korunması prensibi, işkence yasağı, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi yasağı, zararsız geçiş hakkı, savaş gemilerinin dokunulmazlığı, hakça prensipler, seyrüseferde uluslararası boğazların serbest kullanımı, ihtiyat prensibi ve nihayet genel yorum kuralı olarak antlaşmaların yorumu olmak üzere on farklı teamüli kural/prensip ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

Uluslararası teamül kuralları ve uluslararası yargı kararları uluslararası hukukun iki farklı kaynağını oluşturmaktadır. Biri bağlayıcı diğeri yardımcı kaynak olan bu iki kaynak arasındaki ilişkiyi ortaya koymadan önce genel hatlarıyla uluslararası hukuka ve özelde uluslararası hukukun kaynaklarına değinip bu iki kurumun uluslararası hukuk kaynakları içindeki konumunu ortaya koymak gerekir. Bu doğrultuda bu bölümde genel hatlarıyla uluslararası hukuka ve uluslararası hukukun kaynaklarına değinilecektir.

A. ULUSLARARASI HUKUK

Bu başlık altında uluslararası hukuka ilişkin kavramsal çerçeveye genel hatlarıyla değinilmeye çalışılacaktır. Kavramsal bir çerçeve oluşturulduktan sonra, uluslararası hukukun hukuki niteliği konusuna yer verilecektir. Çünkü bu nitelik tartışması aslında uluslararası hukukun bütününü, her parçasını etkileyen bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sonrasında sırasıyla genel anlamda uluslararası hukukun kaynaklarının ve uluslararası hukukun oluşumunda ve açıklanmasındaki aktörlerin ortaya konulması gereklilik arz etmektedir. Çünkü özellikle aktörlerin ele alınması, uluslararası toplum kavramında yaşanan aktör değişimlerinin, tezimizin iki ana konusunun etkileşimi üzerinde etkili olması bakımından önemlidir. Bu şekilde uluslararası toplumun ne olduğu ortaya konmaya çalışılacaktır. Uluslararası hukukun oluşumunda hangi aktörlerin etkili olduğunu ortaya koymak, esasen halen etkisini sürdüren devlet merkezli uluslararası hukuk yaklaşımında nasıl bir değişim yaşandığını da ortaya çıkaracaktır.

1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Uluslararası toplumun üyeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü olarak tanımlanan uluslararası hukuk, geçmişten günümüze uluslararası sahada rol oynayan hukuk kişilerindeki değişimle birlikte farklı tanımlamalara konu olmuştur. Roma Hukuku'nda yurttaşlar hukuku (*jus civile*), kavimler hukuku (*jus gentium*) ayrımından hareketle, uluslar

hukuku (*jus inter gentes*) olarak isimlendirilen bu kuralların, uluslararası hukuk (*international law*) ismine ilk defa J. Bentham (1748-1831) ile kavuştuğu ileri sürülmektedir[1]. J. Bentham'dan önceki süreçte, 1648 Vestfalya Barışı ile ortaya çıkan ulus devlet kavramının da etkisiyle, uluslararası hukukta tek hukuk kişisi olan devlet, bu durumunu II. Dünya Savaşı'na kadar sürdürmüştür[2]. Bu sebebin de ağırlığıyla bu alanın, uzun yıllar ve hala da devam eden şekliyle, devletler hukuku olarak isimlendirilmesi ise Franciscus de Vitoria (1480-1546) ile başlamıştır. Gerçekten de Vitoria, Roma Hukuku'ndaki kavimler hukukundan (*jus gentium*) yola çıkarak bu alanı devletler hukuku olarak isimlendiren ilk kişidir[3].

Çalışmamızda da tercih edilen uluslararası hukuk kavramı ise, her ne kadar halen baskın aktör olsa da artık tek aktör olmayan devletlerin yanı sıra, diğer aktörlerin uluslararası alanda nispeten daha fazla aktif olmasının ve uluslararası hayatta kabul görmesinin bir sonucudur.

Uluslararası hukukta devlet dışında bir aktörün hak ve yükümlülük sahibi olabileceği fikri halen tam anlamıyla kabul edilmiş bir fikir değildir. Ancak gerek Prof. Brierly gibi hukukçuların uluslararası hukuk kavramının genişletilmesi gerektiği yönündeki görüşleri[4] gerekse de II. Dünya Savaşı sonrası devletler yanında uluslararası örgütlere de uluslararası

---

1 Acer, Yücel/ Kaya, İbrahim (2019) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 33; Pazarcı, Hüseyin (2011) Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap, 11. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 3; Shaw, Malcolm N. (2017) International Law, 8. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, Çevirenler: Kaya, İbrahim, Acer, Yücel, Demirtepe, Turgut, Şimşek, Engin (2018) Uluslararası Hukuk, 1. Baskı, Ankara, TÜBA Yayınları, s.1; Wheaton, Henry/ Lawrence, William Beach (1863) Elements of International Law, Second Annotated edition, https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.beal/zakn0001&div=8&start_page=1&collection=beal&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults, s. 44, s.e.t. 11.12.2019. Roma Hukukunda *jus gentium* kavramı kapsamında sayılan uluslararası teamül hukukunun, Roma İmparatorluğu'nun yabancı devletler ile ilişkilerini düzenlediğini, bu sayede devletlerin birbirlerine dönük karşılıklı ve meşru beklentiler içinde oldukları vurgulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Banteka, Nadia (2018) "A Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification", Michigan Journal of International Law, V. 39, N. 3, s. 305.

2 Malanczuk, Peter (1997) Akehurt's Modern Introduction to International Law, Seventh Edition, New York, Routledge, s. 1.

3 Doğan, İlyas (2016) Devletler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, s. 37. Başka bir iddiaya göre ise, devletler hukuku ismini 1650 yılında Jus Inter Gentes isimli eseriyle ilk olarak kullanan Richard Zouch'tur. De Bustamante Sirven, Droit International Public, C. 1, S. 23'ten aktaran: Alsan, Zeki Mesud (1950) Yeni Devletler Hukuku, Birinci Cilt, Ankara, Güneş Matbaacılık ve Gazetecilik, s. 7; Ahmet Reşit (1992) Hukuku Umumiyei Düvel, İstanbul, s. 10.

4 Bishop, William W. (1954) International Law, New York, Prentice-Hall, s. 2.

hukuk kişiliğinin tanınması[5] ile birlikte, hak ve yükümlülük sahibi uluslararası hukuk kişisi kavramı, yoğun tartışma konularından biri olmaya devam etmiştir. Her ne kadar uluslararası örgütlerin uluslararası arenada uluslararası bir kişilik olarak yeri olduğundan bahsedilse de bu kişiliğin devletlerin uluslararası hukuk kişiliğinden ne ölçüde ayrıştırılabileceği tartışılmaktadır. Zira uluslararası örgütlerin faaliyetleri büyük ölçüde devlet veya hükümetlerin rızasıyla gerçekleşebilmektedir.

Birleşmiş Milletler (BM) Örgütüne sadece devletlerin üye olabilmeleri; BM Güvenlik Konseyi'ne çağrı yapma hakkının devletlerde olması; UAD[6] nezdindeki ihtilaflı yargılamalarda sadece devletlerin bulunabilmesi; bireyin vatandaşı olduğu devlet dışındaki başka bir devletten zarara uğramış olması halinde, uluslararası alanda birey adına vatandaşı bulunduğu devletin hak iddia edebiliyor olması gibi örnekler, uluslararası hukuk sisteminde devlet odaklı bir işleyişe kanıt oluşturmaktadır[7]. Bu sebeple, uluslararası hukuk da esasen nüfus, toprak parçası ve doğal kaynaklar bakımından eşit olmayan devletler arası ilişkinin (yeni aktörlerin katılımıyla onların da dahil olduğu bir ilişki) yönetilebilmesi için gerekli kurallar toplamıdır[8].

Uluslararası hukuk kişisi eksenli tartışmalardan hareketle, "toplumun ortak çıkarlarını belirleyen, kuralların yapılmasını ve uygulanmasını organize eden, sosyal bir sürecin ürünü olarak kabul edilen hukuk"[9], uluslararası düzeyde, "devletler ve uluslararası örgütlerin yanında şirketlerin, uluslararası kuruluşların, devlet dışı kuruluşların ve gerçek kişilerin dahil olduğu bir sistemdeki ortak kural ve prensiplerle, bunların denetiminin belirlenmesi"[10], şeklinde de tanımlanabilmektedir.

Dil bilimi açısından birbirinden farklı tanımlamaları yapılabilecek olan uluslararası hukuk kavramı, formüle edildiği dönemin şartlarından etkilenmektedir. Hukukun, sosyal

---

5 Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğinin tanınması, Arap İsrail Savaşı'nda BM arabulucusu sıfatıyla İsveç vatandaşı Kont Folke Bernadotte'un 1948 yılında Kudüs'te öldürülmesi olayı üzerine Uluslararası Adalet Divanı'ndan istenen danışma görüşünde Divan'ın, BM'nin uluslararası hukuk kişiliği olduğuna hükmetmesi ile olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Davası, Danışma Görüşü, UAD Kararı, s. 185, K.T. 11.04.1949.

6 Uluslararası Adalet Divanı için bazen kısaltması olan UAD, bazen de Divan kelimesi kullanılacaktır.

7 Malanczuk, s. 2.

8 Başlar, Kemal (2014) Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlanmamış Ders Notları.

9 Allott, Philip (1999) "The Concept of International Law", European Journal of International Law, C. 10, s. 31.

10 Başlar, Yayınlanmamış Ders Notları.

gerçekliğin bir parçası olmasından hareketle[11], uluslararası hukukta, devlet dışında hukuk kişisi olabileceği fikrinin olmadığı zamanlardan gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliğinin tartışıldığı günümüze değin, uluslararası hukuk kavramı, aynı anda daha dar ya da daha geniş tanım kalıplarına sahip olabilmiştir. Bunlardan biri, uluslararası hukukun sadece mahkemelerin uyguladığı kurallar bütünü olarak algılanamayacağı, uluslararası barış ve düzen temelinde, uluslararası alanda yer alan tüm yasal kurumları kapsayacak bir hukuk düzenini ifade ettiği yönündeki görüştür[12]. Görüldüğü üzere, esasında uluslararası hukuk uyulması zorunlu kurallar bütününü ifade etmektedir.

Bozkurt Lotus Kararı'nda Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) tarafından, "bağımsız devletler arasındaki münasebetleri tanzim eder"[13] şeklinde ifade edilen ve şimdiye kadar çoğunlukla devletler arası ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü olarak tanımlanan uluslararası hukukun; gün geçtikçe uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü[14] şeklinde genişlemesinin başlıca sebebi, Vestfalya Antlaşması'nın getirmiş olduğu ulus devlet merkezli uluslararası hukuk düzeninde yaşanan değişimlerdir. Uluslararası hukuk kurallarının en fazla gelişim gösterdiği dönem[15] olarak kabul edilen söz konusu değişimler döneminin yanı sıra, Osmanlı Devleti, Kuzey Amerika ve Güney Amerika'daki birçok devletin ilk defa 1856 Paris Konferansı ile birlikte söz konusu düzende yer almasıyla bu değişimler hız kazanmıştır[16].

O güne kadar Avrupalı devletlerden müteşekkil uluslararası hukuk düzeninin sınırlarının, Avrupa dışına veya Hıristiyan olmayan devletlere açılmasının en belirgin sebebi ise devletlerin birbirine olan bağımlılıklarının gittikçe artmış olmasıdır. Bu durumun sebeplerinden biri olan uluslararası ticaret, birçok antlaşmanın yapılmasında esaslı etken olmuş; bunları konsolosluk ilişkileri, suçluların iadesi, ulaştırma, telgraf,

---

11 Pellet, Alain (1988- 1989) "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making", Australian Year Book of International Law, V. 12, s. 25.

12 Bishop, s. 2.

13 Bozkurt- Lotus Davası, USAD Kararı, Series A. No. 10, s. 18, K.T. 07.09.1927.

14 Çelik, Edip F. (1965) Milletlerarası Hukuk, Birinci Cilt, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 4; Engle, Eric Allen (2004) "The Transformation of the International Legal System: The Post-Westphalian Legal Order", Quinnipiac Law Review, V. 23, N. 23, s. 23.

15 Çelik (1965) s. 7.

16 Meray, Seha L. (1968) Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 48; Shaw, s. 941.

demiryolu antlaşmaları gibi antlaşmalar izlemiştir[17]. Uluslararası ticaret, teknolojik gelişmeler, savaş, göç gibi unsurların uluslararası ilişkilerde hızlandırıcı ve bağımlılığı artırıcı etkisi, yeni aktörlerin ve yeni kuralların doğmasında da etkili olmuştur. Başta, devletler arası olan uluslararası hukuk, zamanla uluslararası örgütler ve diğer uluslararası hukuk aktörlerini de kapsar duruma gelmiştir.

Hans Kelsen ve George Scelle'in, uluslararası hukuk kişileri ve bunlar arasındaki ilişki odaklı tanımdan vazgeçip, uluslararası hukuku "sadece devletler tarafından yaratılmayan uluslararası antlaşmalar ve uluslararası teamül hukuku kurallarının toplamı" olarak tanımlaması da bize yeni bir anlam sunmaktadır[18]. Devlet haricinde uluslararası hukuk kişilerinin varlığını kabul eden söz konusu tanım, bizi uluslararası hukuk kaynağı oluşturma yeteneği olan diğer kişilere yönlendirmektedir. Özellikle Scelle'in de savunduğu uluslararası toplum gerçek kişilerden oluşursa ideal bir hukuk düzeni olacaktır görüşü, "çeşitli siyasal toplumlara bağlı bireylerin tek veya topluca giriştikleri ilişkileri" dayanak olarak almaktadır[19]. Soyut bir yapı arz eden devletin unsurlarından biri olarak insan topluluğu ya da insan unsuru, uluslararası hukukta devleti oluşturan bir unsur kimliğinden ayrı bir varlık kazanmakta mıdır? Gerçek kişilerin uluslararası hukukta belli hak ve yükümlülüklere sahip olması ile uluslararası hukuk kişiliğini kazanıp kazanamayacakları ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacak olup, burada artık uluslararası hukukun sadece devletlerden oluşan bir toplumun değil daha geniş bir toplumun hukuku olduğu gerçeği vurgulanmak istenmektedir.

Modern hukuk düzenlerinde olduğu gibi, uluslararası hukuka dair söz konusu tanımların kapsadığı kuralların uygulayıcısı olan kişiler tarafından yapılmasında bir beis

---

17 Meray (1968) s. 50; Dixon, Martin (2005) International Law, Fifth Edition, New York, Oxford University Press, s. 3.

18 von Verdros, Alfred (1949) "On The Concept of International Law", The American Journal of International Law, V. 43, N. 3, s. 435; Alsan, s. 19. Bu çalışmada uluslararası teamül kavramı yerine, kimi yerlerde sadece teamül ifadesi kullanılmıştır.

19 Bozkurt, Enver/ Poyraz, Yasin/ Erdal, Selcen (2018) Devletler Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, s. 7. Gerçek kişilerden müteşekkil bir uluslararası toplum idealini savunmakla birlikte Scelle, devlet olgusunun varlığını yadsımamaktadır. Sağlanmaya çalışılan düzene ancak devlet eliyle ulaşılabileceğinin de farkındadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güneysu, Gökhan (2014) "Uluslararası Hukuka Sosyolojik Bakış: Georges Scelle ve Uluslararası Hukuk Kuramı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. 16, s. 4123. Benzer tartışmalar için bkz. Cassese, Antonio (1990) "Remarks on Scelle's Theory of Role Splitting (dedoublement fonctionnel) in International Law", European Journal of International Law, V. 1, s. 216.

görülmemektedir. Bahsi geçen kişilerin kanun koyucu olmaları ise şart değildir[20]. Bu durum, özellikle uluslararası teamüllerin oluşumunda açık bir şekilde kendini göstermektedir. Her ne kadar yazılı hukuk kurallarının oluşumunda bir kanun koyucu zorunlu olsa da her uluslararası hukuk kuralı için aynı durum söz konusu değildir[21]. Yazısız kurallar olan teamüller, daha sonra da inceleneceği üzere, hukuk kişileri arasında kendiliğinden oluşmakta, belli ve özel bir kanun koyucu elinden çıkmamaktadırlar. Böylece yazılı-yazısız hukuk kurallarının toplamı olan uluslararası hukukun, özellikle günümüz koşullarındaki geniş uluslararası hukuk kişisi yelpazesiyle birlikte değerlendirildiğinde, kabul edilen tek bir tanımını bulmak mümkün gözükmemektedir.

Uluslararası hukukun hukuk kişilerinin kim olduğu, uluslararası hukukun kimlere uygulanabileceği gibi sorulardan hareket eden çalışmalar bağlamında genel uluslararası hukuk-bölgesel uluslararası hukuk ayrımının yapıldığı da görülmektedir[22]. Genel uluslararası hukuk tabiriyle, özellikle teamül hukuku özelinde, "çok sayıda devlete uygulanabilir uluslararası teamül hukuku veya çok taraflı antlaşmalar temelindeki kural ve prensipler" anlatılmak istenirken; bölgesel uluslararası hukuk ifadesiyle, sadece belli devlet gruplarına uygulanan uluslararası hukuk kuralları (Avrupa Birliği Hukuku gibi) ifade edilmektedir[23]. Genel-bölgesel uluslararası hukuk ayrımındaki tanımlara bakıldığında yine devlet merkezli bir tanım yapıldığı açıkça görülmektedir.

Genel bölgesel uluslararası hukuk ayrımının, antlaşma-teamül ilişkisine dair bir boyutu da mevcuttur. Bilindiği üzere devletler, aynı konuyla ilgili aynı zaman diliminde geçerli olacak şekilde, genel ve bölgesel antlaşmalar yapabilmektedirler. Bu ihtimalin gerçekleşmesi durumunda bu iki uygulama gerek bölgesel gerekse genel düzeyde teamülün "devlet uygulaması" unsuruna dayanak oluşturacaktır[24]. Bir başka deyişle, aynı konuyu

---

20 Meray (1968) s. 73.

21 Meray (1968) s. 73.

22 Malanczuk, s. 2. Genel-bölgesel uluslararası hukuk ayrımı, uluslararası teamül kurallarının ayrımında sıkça kullanılan bir kriterdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. [MacGibbon, I.C. (1957) "Customary International Law and Acquiescence", British Year Book of International Law, V. 33, I. 115, s. 117, 144].

23 Malanczuk, s. 2. Tezimizin V. bölümünde de ayrıntılarıyla incelenecek olan, UAD'nin 1950 Peru/ Kolombiya Sığınma Davası'nda, diplomatik sığınma hakkının bölgesel bir teamül olup olmadığı değerlendirmesi yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cassese, Antonio (2005) International Law, Second Edition, New York, Oxford University Press, s. 163-164; Topal, Ahmet Hamdi (2014) "Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, s. 54.

24 Cunningham, Andrew J. (1994) "The European Convention on Human Rights, Customary International Law and the Constitution", The International and Comparative Law Quarterly, V. 43, N. 3, s. 540.

düzenleyen iki tip uluslararası antlaşma, yine aynı konuda oluşmuş ya da oluşmakta olan uluslararası teamül hukuku için maddi unsur teşkil etmektedir.

2. "ULUSLARARASI HUKUK"UN HUKUK NİTELİĞİ

Uluslararası hukuk kavramından önce hukuk kavramı ele alındığında karşılaşılan temel unsur, hukukun toplumsal ilişkileri düzenliyor olmasıdır. Bu veri bizi, Aristoteles'in "*ubi societas ibi ius*" yani "nerde toplum varsa orada hukuk vardır" tespitine götürmektedir[25]. Bu tespit uluslararası hukuk bakımından ele alındığında, bizi devletler ve diğer uluslararası hukuk kişileri tarafından oluşturulduğu kabul edilen uluslararası toplumun hukukuna götürmektedir. Ulusal bir toplumdan birçok temel noktada farklılık gösteren uluslararası toplumda da ulusal toplumlarda olan karşılıklı ilişkiler ağı söz konusudur. Sonuçta ulusal ve uluslararası toplum her ne kadar ayrı ve farklı olsa da hukuk dendiğinde zihinde canlanan şey belirli bir yapıdır.

Söz konusu yapıya ilişkin farklılaşan kabuller olsa da hukukun tanımını oluşturan unsurlar aşağı yukarı benzerdir. Her görüşü tatmin edecek bütünüyle kuşatıcı bir tanım vermenin ve bütün tanımları sıralamanın imkansızlığı göz önüne alındığında, konumuzla oldukça örtüşür olan şu tanımı vermenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu doğrultuda hukuk

> "(b)*elirli bir toplumda, o toplumda meşru sayılan, bireyler, gruplar ve sınıflar arası ilişkiler ve davranışlar üzerinde fiziksel veya psikolojik yaptırımlarla yol gösterici veya cezalandırıcı niteliklere sahip olan ve belirli kişiler tarafından toplum adına uygulanan ve asgari bir örgütlenmeye dayalı ve o toplumun temel değerlerini savunan toplumsal baskı kuralları kümesidir*"[26].

Görüleceği üzere bu tanım, uluslararası hukuk ile tam bağdaştıramayacağımız bazı noktalara sahip olsa da tüm toplumlar için ortak olan hususları içermektedir. Örneğin bu tanımdaki "toplumsal değerler" vurgusu üzerinden yola çıkıldığında, temel insan haklarının ulusal ve uluslararası hukuk bakımından koruma altında olması, her iki toplumda ortak değerlerden biri olarak değerlendirilebilir.

---

25 Çelik (1965) s. 6; Ünsal, Artun (1974) "Hukuk ve Toplumsal Yaşam (Hukuksal İlişkilerin Kaynakları Üzerine Bir Deneme)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, s. 144.

26 Ünsal, s. 144.

Ulusal ve uluslararası toplum arasındaki farklılıkların ulusal ve uluslararası hukuk tanımları üzerinde çok boyutlu bir ayrışmaya sebebiyet vermediğini kabul edebiliriz. Ancak hukuktan kavramsal olarak esas beklenen işlev, kuralların ihdası ve bu kuralların ihlali halinde zorlayıcı yaptırımların uygulanmasını sağlamasıdır. Bu noktada uluslararası hukuk, özellikle zorlayıcı yaptırımların uygulanmasını sağlaması ile ilgili ciddi zafiyetlere sahiptir. Bu nedenle uluslararası hukukun hukuk olarak kabul edilemeyeceği şeklinde eleştirilerle dahi sıkça karşılaşılmaktadır[27].

Uluslararası hukuk tanımlanırken ulusal hukukun ölçüt alınıyor olması, bu eleştirilerin kaynağını oluşturuyor denebilir[28]. Ulusal hukuk düzenlerinde olanın aksine, kuralların merkezi bir otorite tarafından belirlenmemesi, bu kuralların ihlali halinde kişilerin bir kolluk gücüyle ve zorunlu yargı yetkisiyle karşılaşmamaları, uluslararası hukukun bu açılardan bakıldığında ciddi farklılıklar ve zafiyetleri göstermesi anlaşılır bir şekilde eleştirilere yol açmaktadır. Ancak, bu unsurların tam olarak oluşması, hukuk niteliğinin kazanılması açısından zorunlu değildir. Bu zaafların, hukukun doğası ve amacından doğan gereklilikler hatırlandığında, uluslararası hukukun uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkilere uygulanan hukuk kuralları bütünü olarak kabulünü engelleyecek hususlar olmadığı görülecektir[29].

Ulusal hukuktaki yasama organı kadar organize olmasa da çoğunluğu devletlerin ve bir kısmını diğer uluslararası hukuk kişilerinin oluşturduğu uluslararası toplumun ortaya koyduğu uluslararası hukuk kuralları mevcuttur. Pazarcı'nın da belirttiği gibi esas sorun, yasama organı yokluğundan ziyade bir örgütlenme sorunudur ya da farklılığıdır[30]. Aynı bakış açısıyla Shany de esas tartışılması gerekenin, uluslararası hukukun hukuk olup olmadığı meselesi değil, uluslararası hukukun hukuki bir sistem kabul edilip edilmeyeceği meselesi olduğunu iddia etmektedir[31]. Her iki yazarın görüşünde de dikkat edilmesi gereken nokta organizasyon eksikliği vurgusudur. Özellikle Shany, uluslararası hukukun tanımı üzerine yaptığı incelemede, uluslararası alandaki kurallar ve kurumların çeşitliliğini

---

27 Pazarcı (2011) s. 6; Shany, Yuval (2003) The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, First Edition, Oxford, Oxford Press, s. 86- 87.

28 Uzun, Ertuğrul (2012) Uluslararası Hukuk I (1. Ünite): Tütüncü, Ayşe Nur/ Uzun, Elif (Editörler) Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayını, s. 5.

29 Green, Maryan, N. A. (1987) International Law, Third Edition, London, Pitman Publishing, s. 1; Pazarcı (2011) s. 7.

30 Pazarcı (2011) s. 6.

31 Shany, s. 87.

diğer kural ve kurumların çeşitliliğinden ayırt etmeye yarayan bir sistem üzerinde durmuştur[32]. Tüm bu kural ve kurumlar arasındaki bağ her ne kadar zayıf olsa da söz konusu kural ve kurumların çeşitliliği ile bunlar arasındaki etkileşim, hukuki bir sistemden bahsetmeye yetecek asgari düzeyi sağlamaktadır[33]. Lauterpacht'e göre ise, çok sayıda eksiği bünyesinde barındıran uluslararası hukuk sisteminde bu durum hukuk yapım sürecinden kaynaklanmaktadır[34].

Uluslararası hukuk kurallarının hala büyük ölçüde devletler eliyle oluşturuluyor olmaları, egemen eşit devletler üzerinde bir otorite bulunmamasının ve dolayısıyla, uluslararası hukuk kurallarının devletlerin rızalarının sonucu olmalarının, uluslararası hukuk için zayıflık olduğu iddia edilse de[35], bu durum uluslararası hukukun hukuk olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Esasen zorlayıcı bir mekanizma bulunmadığından devletler eliyle oluşturulan kurallara uymayı zorlayacak bir sistem işleyememektedir. Ancak bu demek değildir ki, devletler kendi koymuş oldukları kurallara uymamaktadırlar. Aksine devletler kendilerini uluslararası ilişkiler ve siyasetin temel birtakım gerekliliklerine uyma zorunluluğu içerisinde hissederler. Dolayısıyla, devletler ve diğer uluslararası hukuk kişileri birbirlerinden kurallara uyma konusunda beklentiye girmektedirler. Karşılıklı bu beklenti uluslararası toplumsal düzenin sağlanması amacıyla oluşturulmuş kurallara çoğu kez uyma yönünde bir etki doğurmaktayken, bazen de bu beklentiden daha ağır basan ulusal gerekçeler tam tersi tutumlara yol açabilmektedirler. Ancak bu durum sadece uluslararası hukuka özgü değildir. Bütün hukuk düzenleri, kuralların ihlalini de öngörmekte ve buna karşı önlemler almaktadırlar. Elbette tüm bunlar, ulusal hukuk ya da uluslararası hukukun tam anlamıyla uygulanabildiği, adaletin her bakımdan tecelli ettiği anlamını taşıyan bir dünya resmi vermez[36]. Buna karşın kuralın belirlilik sağlama işlevi, onların vazgeçilmezliğinin bir başka sebebidir[37]. Aynı şeyi

---

32 Shany, s. 88.

33 Shany, s. 94;

34 Uluslararası hukuk sistemindeki bu eksiklikler nedeniyle, uluslararası yargı kuruluşları geniş hareket alanına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lauterpacht, Hersch (1933) The Function of Law in the International Law Community, New York, Oxford University Press, s. 75'ten aktaran: Higgins, Rosalyn (1968) "Policy Considerations and the International Judicial Process", International and Comparative Law Quarterly, V. 17, N. 1, s. 68.

35 Henkin, Louis (1995) International Law: Politics and Values, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, s. 26.

36 Çakmak, Cenap (2014) Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 22- 23.

37 Çakmak, s. 26.

uluslararası hukuk kuralları için söylemek de yanlış olmayacaktır.

Ulusal hukuklardaki yasama organları tarafından usulüne uygun yürürlüğe koyulan kurallara uyma eğilimi ile karşılaştırıldığında, uluslararası hukuka uyma eğilimi nispeten zayıf addedilebilir. Bu durum, ulusal toplumların dikey örgütlenme niteliği ile uluslararası toplumun yatay örgütlenme niteliği arasındaki derin farklılıktan kaynaklanıyor denebilir. Eşitler arası hukuk olan uluslararası hukuka nispetle, ulusal toplumlarda daha güçlü bir "kural koyma" ve "kural uygulama" düzeni mevcuttur. Ulusal hukukta, önceden belirlenmiş temsilciler aracılığıyla oluşturulan kurallara uyma mecburiyeti söz konusuyken; uluslararası hukukta, devletler kendi uyacakları ve uygulayacakları kuralları kendileri oluşturmaktadırlar[38]. Yani ulusal hukuklarda temsilcilerin yapmış olduğu her kural için, kuralın uygulanacağı her kişinin tek tek rızası aranmazken; uluslararası hukukta kural olarak ve buyruk kural hariç olmak üzere her hukuk kişisi uyacağı kuralı kendi iradesiyle kabul etmektedir.

Ancak köken itibarıyla teamüli karakterde olan uluslararası hukukta, yasama organı olması hususunda diretmek gereksiz olabilir. Zira uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkiler, ulusal hukuklardaki gibi ayrıntılı olarak düzenlenmemektedir[39] ve belki de işin doğası gereği böyle bir düzenleme şekli, gerekli de değildir. Bu görüş bağlamında uluslararası hukukun gittikçe yazılı hukuk karakterine büründüğü ve teamüli karakterinin azaldığı yönündeki iddialar da tam anlamıyla gerçeği yansıtmamaktadır. Böyle bir savın doğruluğu kabul edilse bile, uluslararası hukuk kurallarının yazılı ya da yazısız olması arasında bağlayıcılık açısından bir fark bulunmamaktadır.

Uluslararası hukuka itirazlar bağlamında (yasama organı yokluğu, kuralların niteliği gibi) değinmemiz gereken bir diğer husus, uluslararası alanda karşılıklı hak ve yükümlülükleri düzenleyen bir kanunun bulunmadığı gerekçesiyle uluslararası hukukun hukuki niteliğinin sorgulanmasıdır. Bu görüşün temel çıkış noktası, kanunun ve hukukun bir tutulmasıdır. Ancak hukuk, kanunlardan[40] bağımsız bir varlığa sahiptir. Bu konuda verilen en temel örnek teamül hukukudur. Gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuk

---

38 Gündüz, Aslan/ Günel, Reşat Volkan (Editör) (2018) Milletlerarası Hukuk, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 8.

39 Ünal, Şeref (2005) Uluslararası Hukuk, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 25.

40 Burada geçen "kanun" kavramı ile ulusal hukuklardaki parlamento iradesi ürünü olan kurallar kastedilmek istenmiştir.

kurallarının temelinin ve çıkış noktasının teamüli olduğu genel olarak kabul edilmektedir[41]. Uluslararası hukukta, iç hukuklarda olduğu şekilde kanunun bulunmamasını; uluslararası hukukun yokluğuna dayanak tutmak yerine, bu durumun uluslararası hukukun belirsizliğine yol açtığını savunmak daha yerindedir. Zira bahsedilen kanun yokluğu eleştirisi, uluslararası antlaşmaların varlığı yoluyla zaten büyük ölçüde aşılmaktadır[42].

Söz konusu antlaşmaların bağlayıcılığının dayanak noktası ve uluslararası hukukun hukuki niteliğinin kanıtı, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) prensibidir. Ahde vefa prensibi, uluslararası hukukun, tüm eksik ve aksaklıklarına rağmen, bir hukuk olarak kabulünün ve işleyebilmesinin temel sebebidir. Dolayısıyla ahde vefa prensibi bu konu başlığının bel kemiği olarak görülebilir. Her toplumda olduğu gibi uluslararası toplumda da bir düzene ve bu düzenin işlemesine ihtiyaç vardır. Söz konusu düzen, uluslararası hukuk kurallarının iyiniyetle, başkasının hak ve çıkarlarına halel getirilmeksizin uygulanmasını gerektirmektedir[43].

Tüm bunların yanı sıra, gelişmekte olan bir hukuk sistemi olan uluslararası hukukun oluşumunda ve gelişiminde esas rol devletlerin olmasına karşın; uluslararası örgütler, devlet benzeri oluşumlar, uluslararası yargı kuruluşları, çok uluslu şirketler, çok uluslu finansal yapılanmalar, gerçek kişiler, dernekler ile medya ağlarının da içerisinde olduğu uluslararası toplum, ulusal sınırların ötesinde daha girift bir yapı ve güç oluşturmaktadır[44]. Söz konusu yapının ihtiyaç ve arzularının sonucunda oluşan kuralların ihlal edilebilir olması uluslararası hukuku reddine imkan vermemektedir. Öyle ki hukuk kurallarının ihlali, sadece uluslararası hukukta değil, ulusal hukuk sistemlerinde de sıklıkla rastlanılan bir durumdur.

Uluslararası hukukun, kuralın ihlali durumunda kural olarak zorlayıcı bir yargı yetkisine ve yaptırıma sahip olmaması, uluslararası yargı mekanizmalarının olmadığı ve bu alanda adaletin tecelli edemeyeceği anlamına gelmemektedir. Belirtmek gerekir ki her ne kadar uluslararası hukukta yargı yetkisinin kabulü isteğe bağlı olsa da bugün UAD, UCM, UDHM, Uluslararası Hakemlik Mahkemesi (UHM), AİHM gibi uluslararası yargı

41 Lütem, İlhan (1956) Devletler Hukuku Dersleri I, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık, s. 5; Alsan, s. 44-45.

42 Lütem (1956) s. 5.

43 Lukashuk, I. I. (1989) "The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation Under International Law", The American Journal of International Law, V. 83, N. 3, s. 513.

44 Cassese (2005) s. 5; Ünal, s. 26.

kuruluşlarının mevcudiyeti ve kararları bu iddianın delili niteliğindedir.

Uluslararası hukuk kurallarının ihlali durumunda; sorumluların belirlenmesi, uluslararası sorumluluk atfı gibi diğer bazı durumlarda, kuralın tespit ve yorumu için bahsi geçen kuruluşlara sıkça başvurulduğu bilinmektedir[45]. İlgili uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için kendi yargı yetkisine başvurulmasını emreden bir uluslararası yargı kuruluşu ya da böyle bir içeriğe sahip uluslararası hukuk kuralı yoktur. Devletler uluslararası yargı kuruluşlarının yargı yetkisini tanıyıp tanımamakta serbesttirler. Bununla birlikte devletler açısından, uluslararası anlamda yargı yetkisinin çeşitli uluslararası mahkemelerce paylaşılması durumu, uluslararası hukukun hukuki niteliğini pekiştiren bir durum olarak da yorumlanmaktadır[46]. Zorunlu bir yargı mekanizmasının öngörülmediği uluslararası sistemde uluslararası bir gelişme olarak kabul edilebilecek olan bu durum, zorunlu yargı mekanizmalarına sahip ulusal sistemlerle karşılaştırıldığında sınırlı kalmaktadır. Zira özellikle devletlerin, uluslararası yargı ile karşı karşıya gelmeleri yine kendi rızaları ile mümkün olmaktadır.

Kural olarak zorunlu bir yargısal düzene sahip olmayan uluslararası hukukta bu konuyla bağlantılı olup belki de uluslararası hukukun bir hukuk olmadığını savunanları en rahatsız eden yön, uluslararası hukukun etkili bir yaptırımlar düzenine sahip olmamasıdır. Ancak bu yöndeki eleştirilerin sebebi, büyük oranda hukuk kurallarının yaptırımdan ayrı bir varlığının olabileceğinin kabullenilememesidir. Ancak yaptırım hukukun asli şartı olarak görülmemektedir[47]. Bu konuda İlhan Lütem'in ulusal hukuktan verdiği anayasa örneği çarpıcıdır. Yazara göre anayasalar da yaptırımdan yoksun hükümler içermektedir[48].

Bu bağlamda uluslararası hukuk kurallarının uygulanabilirliklerinin kaynağının yaptırım değil; devletler tarafından tanınma, devletlerin rıza göstermeleri olduğu iddia edilmiştir[49]. Bu şekilde bir kabul, uluslararası hukukta yaptırım olmadığı ya da uluslararası hukuka riayetin, eskiden olduğu gibi sadece devletlerin rızasına bağlı olduğu anlamına gelmemektedir[50]. Devletlerin ve diğer uluslararası hukuk kişilerinin, uluslararası hukuk

45 Lütem (1956) s. 6.

46 Toluner, Sevin (1973) Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 3.

47 Alsan, s. 46.

48 Lütem (1956) s. 6.

49 Lütem (1956) s. 6.

50 Alsan, s. 46- 47.

kurallarına uymasını sağlayan birtakım hususlar (ulusal çıkarlar, güdülen siyaset, küresel ekonomi ve bunlar bağlamında kuralı onaylama, kuralı gerekli görme) mevcuttur.

Büyük ölçüde bu hususların şekillendirdiği devletlerin davranış tarzları, her toplumda olduğu gibi uluslararası toplumda da bir düzen arayışının mevcudiyetini göstermektedir[51]. Bu arayışın varlığı her koşulda olumlu anlamda olmasa bile, uluslararası hukukun düzen saikiyle hareket eden aktörlere sahip olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır. Zira uluslararası ilişki kaçınılmazdır ve her devletin mutlaka bir politika belirlemiş olması gerekmektedir ki özellikle küreselleşme gibi hususlar bunu zorunlu kılmaktadır. Ayrıca vurgulamak gerekir ki uluslararası alanda bir devletin uluslararası hukuku ihlalinin sosyal, siyasal ve ekonomik birtakım sonuçları olabilmektedir. Bu türden sonuçlar herhangi hukuki bir yaptırımın etkisiyle eş değer etkiye sahip olabilmektedir. Belirtmek gerekir ki uluslararası hukukun varlığının yaptırıma indirgenmesinin kabulü halinde, etkili yaptırım düzenlemelerinin bulunmadığı Milletler Cemiyeti öncesi dönemde, uluslararası hukukun cari olduğunun kabulü ve savunusu hayli güç olacaktır[52].

Yaptırım hususunda diğer önemli bir nokta, yaptırımları tespit edip uygulayacak bir organa duyulan ihtiyaçtır. Bölgesel ya da konu bazlı olarak var olan uluslararası yargı kuruluşları, uluslararası yargı işlevini kısmi olarak yerine getiriyorsa da uluslararası sistemde yaptırımların uygulanması büyük bir tartışma konusudur. BM sisteminin öngördüğü yaptırımlar düzeni, bir bakıma bu ihtiyacı karşılamaya yönelik bir girişim olsa da tatmin edici bulunmamaktadır[53].

Uluslararası hukuk kurallarının ve yaptırımlarının sadece uluslararası yargı kuruluşları tarafından tespit edileceğini söylemek mümkün olmadığı gibi bu yolda herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Halihazırda uluslararası hukuk kurallarının büyük çoğunluğunun ulusal mahkemeler tarafından uygulandığı kabulü de bu durumu destekler mahiyettedir[54].

Tüm bu ifade edilenlere ek olarak, başta devletler olmak üzere, uluslararası hukukun

---

51 Çakmak, s. 18.

52 Alsan, s. 46.

53 Meray (1968) s. 72.

54 Alsan, s. 5; Nollkaemper, André (2003) "Decisions of National Courts as Sources of International Law: An Analysis of the Practice of the ICTY": Boas, Gideon/ Schabas, William A. (Editörler), International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, s. 295.

kişileri, uluslararası eylem ve işlemlerini, uluslararası hukuka uygun yapma eğiliminde veya en azından uluslararası hukuka uydurma çabası içerisindedirler. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nin, Afganistan'a ve Irak'a gerçekleştirdiği operasyonlarda meşru müdafaa (kapsamını çıkarlarına göre değiştirse de) gibi bir uluslararası hukuk hükmüne dayandığı görülmüştür[55]. Aynı şekilde, iki devletin aralarında var olan bir uluslararası antlaşmanın sona erdirilmesi için 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) hükümlerini esas almaları, yetkili organlar tarafından UAD'den danışma görüşü istenmesi, AİHM'nin yargı yetkisinin devletlerce kabul edilmesi, bir uluslararası yargı kuruluşu tarafından hükmedilen kararın yerine getirilmesi, uluslararası hukuka duyulan ihtiyacı ve uluslararası hukuk kurallarına uyma eğilimini gösteren diğer örneklerdir. Tek başına bu sonuç bile uluslararası hukukun; bir hukuk sistemi olarak var olduğu, uluslararası toplumun ihtiyaçları ve müşterek menfaatleri doğrultusunda gelişim kaydettiği gerçeğine götürmektedir[56].

Gelişen bir hukuk dalı olan uluslararası hukukun, gerçek anlamda hukuk olup olmadığı tartışmalarından daha önemlisi, "uluslararası hukuk kurallarının etkililiği" meselesidir. Öyle ki, hukuk kurallarının etkililiği ile geçerliliğinin birbiriyle olan ilişkisinden söz eden Kelsen'e göre bir kuralın etkililiği, kişilerin bu kurala kendiliğinden uymalarından, uymadıkları takdirde de müeyyideyle karşılaşmalarından anlaşılmaktadır. Hukuk kuralları geçerliliklerini belli oranda bahsi geçen kuralın etkililiğinden almaktadır[57].

Bu bağlamda Kelsen'e göre;

> *"...kural, sadece tümüyle etkili bir hukuk sistemine aitse geçerlidir. Böylece etkililik geçerliliğin bir koşuludur; yani geçerliliğin sebebi değil bir koşuludur. Bir kural etkili olduğu için geçerli değildir, tümüyle etkili bir hukuk düzenine ait olduğu için geçerlidir"*[58].

Dolayısıyla, uluslararası hukukun herhangi bir kuralının ihlal edilebilir olması yani etkili olmaması, uluslararası hukuk düzeninin tümüyle geçersiz olduğu anlamına

---

55 Aksar, Yusuf (2017) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 4.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 43.

56 Meray (1968) s. 73.

57 Gözler, Kemal (1999) Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 95.

58 Kelsen, Hans (Translated by Anders Wedberg) (1945) General Theory of Law and State, Cambridge, Harward University of Press, s. 41- 42.

gelmeyecektir. Zira geçerlilik, kuralın etkili olmasıyla alakalı olmayıp, kuralın etkili bir hukuk düzenine ait olup olmaması ile alakalıdır.

Uluslararası hukuk kurallarının ihlal edilebilir olması konusunda belirtilmesi gereken bir diğer husus, olan ve olması gereken hukuk ayrımının uluslararası hukuk açısından da geçerli olduğudur. Her hukuk dalında olduğu gibi olması gereken yani ideal olan, uluslararası hukuk için de geçerlidir ve mevcut kurallarla olması gerekene ulaşmak hedeflenir. Ancak olması gerekene yönelen söz konusu kurallar ihlal edilemez değildir. Ve yine söz konusu kuralların ihlal edilebilir olmaları, tabi oldukları düzenin bir hukuk düzeni olmadığını göstermez.

Son olarak, uluslararası ilişkiler literatüründe kullanılan, uluslararası toplum ve orman benzetmesi uluslararası hukukun hukuki niteliğini anlatmak açısından oldukça ilgi çekicidir. Orman kanunlarına göre "güçlü olan her zaman haklı" olsa da yine de orada bir topluluğun ve geçerli bir kanunun (hukukun) var olduğu kabul edilmektedir[59]. İlginç bir yaklaşımla ifade edilen bu benzetme hem uluslararası toplum hem de uluslararası hukuk için geçerlidir. Kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gereken bir topluluk olan uluslararası topluluğun hukuku için de aynı durum söz konusudur.

3. GENEL OLARAK ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

Uluslararası teamüle ilişkin hususların gereği gibi irdelenebilmesi ve yapılacak değerlendirmelere temel oluşturabilmesi adına, teamülün uluslararası hukuktaki pozisyonunun, en azından genel hatlarıyla, ortaya konulması gerekir. Bu doğrultuda, teamülün, uluslararası hukuktaki pozisyonunu ortaya koyacak şekilde, konuya uluslararası hukukun kaynakları ile başlamanın yerinde bir tercih olacağını düşünmekteyiz. Bu değinme aynı zamanda, teamülün diğer kaynaklarla olan ilişkisini, farklılık ve ortaklıklarını ortaya koymak gibi bir fonksiyonu da haiz olacaktır.

Hukuki anlamda kaynağın ne anlama geldiğinin tespiti ve bu anlamın uluslararası hukuk zaviyesinden değeri önemli bir konudur. Hukuki anlamda bir kaynağın varlığına ulaşmak, ona sahip olmak "bir sistemin hukukiliğinin ve kökeninin belirlenmesinin

[59] Çakmak, s. 13.

gerekçelendirilmesi"[60] anlamına gelirken; kaynağın bizatihi kendisi ise "yetkili bir otoritenin gücünden türeyen hukuk kurallarını da ifade etmektedir"[61]. Uluslararası hukukta hukuk kurallarını koyan yetkili tek bir otoritenin olmayışı, söz konusu tanımın uluslararası hukuk açısından geçersizliğine yol açmayacaktır. Aksine, uluslararası hukuk, uluslararası hukuk kurallarının oluşumuna etkisi olan yeni aktörlerin varlığıyla, farklı otoritelerden türeyen yeni kaynaklara sahip olmaktadır. Halihazırda uluslararası hukukun kaynaklarının sadece UAD Statüsü m.38'de sayılanlardan ibaret olmadığı da kabul edilmektedir[62]. Zaten söz konusu bu düzenlemede UAD'nin kendi yargılamalarında esas alacağı kaynaklar belirtilmiştir. Bu sıralamanın herhangi başka bir yargı organı ya da uluslararası hukuk kişisi için bağlayıcılığı yoktur.

Öğretide konuya çoğunlukla, uluslararası hukukun kaynakları başlığı altında UAD'nin söz konusu maddesi ile başlanmaktadır. Bu çalışmada, bu klasik yaklaşıma riayet edilecektir. Dolayısıyla, öncelikle uluslararası hukukun kaynaklarından bahsedilecektir. Sonrasında mümkün olduğu nispette uluslararası hukuk oluşumundaki ve gelişimindeki etkili aktör sayısındaki artışın, uluslararası hukukun kaynakları üzerinde ne gibi etkiler bıraktığı irdelenmeye çalışılacaktır. Klasik yaklaşımın doğası gereği, kaçınılmaz olarak başlangıç, uluslararası hukukun kaynakları açısından en yetkin tanım olarak kabul edilen, UAD Statüsü m.38 ile yapılacaktır.

UAD Statüsü m.38'in ilk fıkrasına göre,

> *"UAD önüne getirilen uluslararası bir uyuşmazlıkta, uluslararası hukuka uygun bir karar verebilmek için: a) Uyuşmazlığın taraflarınca da açıkça kabul edilen kurallar koyan, gerek genel gerek özel uluslararası antlaşmaları; b) Hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamülü; c) Medeni milletler tarafından kabul edilen hukukun genel prensiplerini; d) 59. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak yargı kararlarını ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular"*[63].

---

60 Abass, Ademola (2012) International Law Text, Cases and Material, New York, Oxford University Press, s. 26.

61 Abass, s. 26.

62 Çakmak, s. 28.

63 Statü metni için bkz. http://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II, s.e.t. 26.12.2017.

İlgili hükmün ikinci fıkrası ise, "*ilk madde hükümleri, tarafların da mutabık kalmalarıyla, Divan'ın hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisine halel getirmeyecektir*" şeklinde kaleme alınmıştır[64].

İlgili hüküm, doğrudan uluslararası hukukun kaynaklarını gösterme iddiasından ziyade, UAD'nin uluslararası uyuşmazlığı çözüme bağlamasına yöneliktir[65]. Uluslararası hukukun kaynaklarını açıkça düzenleyen ve bu konuda kılavuz tutulabilecek herhangi başka bir kaynak sıralaması ya da listesi de bulunmamaktadır.

Hükmün içeriğiyle ilgili olarak, uluslararası antlaşmaların, uluslararası teamüllerin ve hukukun genel prensiplerinin, münhasıran hukuk oluşum süreçlerinin kendisi oldukları; yargı kararları ve öğretinin ise söz konusu hukuk kurallarının belirlenmesine yardımcı kaynaklar oldukları yönünde yapılan ayrımın her zaman kesin sonuçlar vermeyeceği söylenebilir. Zira bazı durumlarda, uluslararası antlaşmalar sadece var olan uluslararası teamülleri yazılı hale getirirken; örneğin UAD hakimlerinin hukukun yorumlanması yoluyla yeni bir hukuk kuralı oluşturabildikleri gittikçe daha çok kabul görmektedir[66]. Doğal olarak, böyle bir durum da bahsi geçen bağlayıcı kaynak, yardımcı kaynak ayrımının varlığını sorgulatacaktır.

Bağlayıcı-yardımcı kaynak ayrımına geçmeden evvel bir hususa dikkat çekmek gerekir: Uluslararası hukukun yazılı-yazısız kaynakları ayrımında, yazısız kaynaklar denilince ilk akla gelen teamül kurallarının yanı sıra esasında hukukun genel prensiplerinin de yazısız kaynaklar arasında yer aldığının kabul edildiği vurgulanmalıdır[67]. Özellikle antlaşmalar ile yazılı hale getirilen teamül kurallarının yazısız kaynak olmaktan çıkmayacakları, yani bir antlaşma hükmünde yer alsalar bile, teamüli özelliklerinin, değerlerinin ve bağlayıcılıklarının değişmeyeceği düşünüldüğünde, hukukun genel prensipleri için de aynı şeyi söylemek mümkün olacaktır. UAD Statüsü m.38/2'de yer verilen "hakkaniyet ve nısfet" ibaresinin ise, tam anlamıyla bir kaynak olmadığı, aksine, tarafların rızası mukabilinde hakime pozitif hukuk dışına çıkarak karar verme imkanı

64 Statü metni için bkz. http://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II, s.e.t. 26.12.2017.
65 Shaw, s. 50; Gündüz/ Günel, s. 14.
66 Shaw, s. 50.
67 Çelik (1965) s. 69.

sağladığı ve ancak yazısız kaynaklar bölümünde incelenebileceğinin de belirtilmesi gerekmektedir[68].

Bağlayıcı kaynaklardan ilki olan uluslararası antlaşmalar, daha sonra detaylı incelenecek olmakla birlikte esasen, devletler arasında gerçekleşen hak ve yükümlülük doğurucu yazılı irade uyuşmalarıdırlar[69]. Ancak uluslararası antlaşma yapmak sadece devletlerin sahip olduğu bir imkan olmayıp, uluslararası örgütler ile uluslararası hukukun diğer bazı aktörleri de uluslararası antlaşmanın tarafı olabilirler. Yine ileride daha detaylı değinileceği üzere, UCM'nin Hollanda'yla yaptığı antlaşma ile uluslararası antlaşma yapma yetkisini haiz olan Montreal Protokolü Çok Taraflı Fonu, devlet dışındaki "diğer aktörlerin" de uluslararası antlaşma yapabildiklerinin tipik örnekleridir[70].

Uluslararası teamülün, uluslararası hukukun kaynağı olduğuna UAD Statüsü m.38'de işaret edilmektedir. Söz konusu bu madde ile uluslararası hukuk açısından kendisine kaynak değeri atfedilen teamül kuralları[71], tıpkı uluslararası hukukta olduğu gibi ulusal hukukta da kaynak statüsüne sahiptirler. Ancak kaynak olarak teamül, her iki hukukta farklı unsurlara sahiptir ve uygulanmaları itibarıyla farklı sonuçlara götürebilmektedir. Ulusal-uluslararası hukukun doğalarından kaynaklanan farklılıkların, bu hukuklarda benimsenen kaynaklara yansıması da son derece doğaldır. Söz konusu farklılığın en bariz göstergelerinden biri de teamül kurallarının uluslararası hukukta, ulusal hukukta olduğundan daha ön planda olmasıdır[72]. Uluslararası hukukun teamül kökenli bir hukuk olması bunda büyük etkendir.

Uluslararası bir teamül kuralının oluşumu ve şartları ulusal teamül kurallarının oluşumu ve şartlarından ayrılırken, esasen bu durum "merkezi otorite" noktasında kendini göstermektedir. Ulusal hukukta teamül kuralları merkezi otorite tarafından yaptırımla desteklenip, hukuk olarak kabul edilirken; uluslararası hukukta durum merkezi otoritenin olmamasının da bir sonucu olarak, bu şekilde işlememektedir.

Teamül kuralları, bağlanmayı kabul eden devlet ya da diğer uluslararası hukuk

---

68 Çelik (1965) s. 69, 90.

69 Pazarcı (2011) s. 109.

70 Hollis, s. 162.

71 Bu başlık altında, uluslararası teamül kurallarının kaynak niteliğine, kısaca değinilmekle yetinilecektir. Teamüle ilişkin detaylı değerlendirmeler, çalışmamızın ikinci kısmında verilecektir.

72 Sur, Melda (2019) Uluslararası Hukukun Esasları, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 83.

aktörleri için de bağlayıcı olacaktır[73]. Zira bağlayıcılık noktasında, ulusal hukuktaki tam bağlayıcılık, "uluslararası hukukta devletin rıza göstermesiyle bağlayıcılık" olarak kendini göstermektedir. Ancak buyruk kurallar bu kapsamın dışındadır. Tüm uluslararası hukuk kişileri için bağlayıcı olan buyruk kurallarının bağlayıcılığından ısrarlı itiraz yoluyla dahi istisna tutulmak söz konusu değildir. Bu minvalde, bir uluslararası hukuk kişisinin, köle ticaretinin yasak olduğu kuralıyla[74] bağlı olmadığını veyahut BM prensiplerinin sınırları dışında, kuvvet kullanabileceğini ileri sürebilmesi mümkün değildir. Aksine özellikle devletler, bir şekilde bu tür yasaklara uyduklarını ispatlama çabası içerisine girmektedirler.

Uluslararası hukukun kaynakları açısından, UAD m.38 baz alındığında, uluslararası hukuk oluşumunda esas aktör olarak devletlerin ön planda tutulduğu görülecektir. Vestfalya Antlaşması ile başlayan ulus-devlet modelinin etkisiyle ve bu etkinin bir sonucu olarak ortaya çıkan UAD'nin, sadece devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için tasarlanmış olması (danışma görüşü istisnası dışında) bu durumu açıklayan bir sebeptir[75]. Belirtmek gerekir ki, çağın değişen koşullarının getirdiği yeni uluslararası aktörlerin varlığına karşın, devletlerin esas aktör olma durumunun tamamen değiştiğini iddia etmek doğru olmayacaktır. Dolayısıyla bugün hala devletler, hukuk yapımında kendi egemenliklerini korumak ve kutsamak amacıyla hareket etmektedirler. Ancak günümüz koşullarında devletlerin, kendi esaslı konumlarını dengeleyici, devlet egemenliğini yumuşatıcı düzenlemelerden kaçınmadıkları ya da kaçınamadıkları söylenebilir.

Katı devlet egemenliği anlayışında yaşanan değişimde rolü olan aktörlerden birinin uluslararası yargı kuruluşları olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde, uluslararası hukukun kaynaklarına başvuran uluslararası yargı kuruluşları, ilgili kaynakları ele alış şekilleriyle, uluslararası hukukta yeni tartışmalara ve gelişmelere kapı aralayabilmektedirler. Söz konusu tartışmalardan biri, uluslararası yargı kuruluşları tarafından yeni bir hukuk kuralı oluşturulup oluşturulamayacağı üzerinde cereyan etmektedir.

Uluslararası yargı kuruluşları eliyle, hukuk kuralları oluşturulabileceğini kabul edenlere göre, buna en uygun iki uluslararası hukuk kaynağı uluslararası teamül kuralları

---

73 Çakmak, s. 33- 34.

74 Sur, s. 55.

75 Çakmak, s. 28- 29.

ile hukukun genel prensipleridir[76]. Uluslararası hukukun yazılı olmayan bu iki kaynağı hakkında yapılan böyle bir yorum, bahsi geçen kaynakların (yazılı olmayan) nitelikleri göz önüne alındığında, pek de yanlış bir yorum olarak değerlendirilemez. Zira, daha sonraki bölümlerde daha ayrıntılı ele alınacağı üzere, yazılı olmayan kuralların uygulanması ve yorumlanması sırasında (söz konusu kuralların barındırdıkları belirsizlik sebebiyle) hakimler oldukça geniş bir takdir alanına sahiptirler.

4. ULUSLARARASI HUKUKUN OLUŞUMU VE AÇIKLANMASINDA AKTÖRLER

Çalışmamızın yoğunlaştığı uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarının uluslararası teamül hukuku kurallarının gelişimindeki etkisinin kapsamını ortaya koyabilmek adına, genel olarak uluslararası hukukun oluşumu ve açıklanmasında etkisi olan aktörlere değinmekte fayda vardır. Bu doğrultuda, öncelikle uluslararası toplum kavramı üzerinde durulacaktır. Zira, uluslararası toplum söz konusu aktörlerin birlikte oluşturdukları ve karşılıklı etkileşimlerinin tezahürü olan bir bütünü ifade etmektedir. Bir arka plan resmi olarak ortaya koyacağımız uluslararası toplum kavramından sonra, öncelikle uluslararası hukukun oluşumunda rol oynayan aktörlere, devamında uluslararası hukukun uygulanmasında etkili olan aktörlere değinilecektir. Böyle bir inceleme planının, uluslararası hukukun oluşumu ve uygulanması arasındaki ilişkiyi de ortaya koymak açısından faydalı olacağı düşünülmektedir.

4.1. Uluslararası Toplum Kavramı

Görece en ilkel olandan en gelişmişine tüm insan topluluklarının kendi hukuk sistemlerine sahip olduğu bilinmektedir. Nitelikleri ne şekilde olursa olsun her toplum, kendi gelişimi içerisinde, ortak değer ve standartlardan hareketle bazı kurallar belirlemiştir[77]. İnsan doğasının bir sonucu olan bu durum, farklı isim ve örgütlenmeler altında birden fazla hukuk sistemi ortaya çıkarmıştır.

Kendine özgü gelişim seyri içerisinde, uluslararası hukuk sistemini oluşturan uluslararası toplumun, sadece devletler ve uluslararası örgütlerden oluştuğunu söylemek, uluslararası hukuk kurallarının oluşumunda rol oynayan diğer uluslararası aktörlerin göz

---

76 Swart, Mia (2006) "Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda" (Doktora), Faculty of Law, Leiden University, s. 73.

77 Shaw, s. 1.

ardı edilmesi anlamına gelecektir. Öyle ki, uluslararası toplum kavramı, "eylem ve işlemleriyle uluslararası hukuk kuralı gelişimini etkileyen tüm aktörleri kapsar"[78] şeklindeki tanım da bu konuyu desteklemektedir. Bununla birlikte, eylem ve işlemleri uluslararası hukuku etkileyen esas aktörlerin devletler olduğu görüşü bugüne değin varlığını sürdürmüş ve sürdürmektedir. Söz konusu görüş, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.53'te, "…devletlerin oluşturduğu uluslararası toplum"[79] ifadesinde karşılık bulmaktadır. Buna karşın UCM Statüsü m.5'te uluslararası toplum kavramı, "…bir bütün olarak uluslararası toplum"[80] şeklinde daha geniş bir kapsamdaki kullanımıyla da vurgulanmaya değerdir[81].

UAD'nin bazı karar ve danışma görüşlerinde, uluslararası toplum kavramına yer verildiği bilinmektedir. Barselona Traction Davası Kararı'nda, "…bir devletin bir bütün olarak uluslararası toplumun tümüne karşı yükümlülükleri…"[82], olduğundan bahsedilirken, uluslararası toplum kavramının devletler dışında başka aktörleri de kapsayacak şekilde geniş anlaşıldığı görülmektedir.

YUCM kararlarında da uluslararası toplum kavramının çokça kullanıldığı görülmektedir. Bu kullanımlardan biri, 1998 tarihli Furundzija Kararı'nda karşımıza çıkmaktadır. Kararda mahkeme, işkence yasağının devletler için uluslararası toplumun bütün diğer üyelerine karşı, *erga omnes* etkili bir yükümlülük olduğunu ve bu yükümlülüğün ihlali halinde, uluslararası toplumun bütün üyelerinin karşılıklı haklarının da ihlal edilmiş olacağını ifade etmektedir[83]. Görüldüğü üzere, her ne kadar doğrudan ifade edilmese de devletler dışında hak ve yükümlülük sahibi uluslararası aktörlerin de var olduğu kararlardan anlaşılabilmektedir.

Sadece devletlerden müteşekkil olmayan bir uluslararası toplum fikrinin savunulmasının yanında, gerçek kişilerin uluslararası topluluğun ana ve birincil unsuru

---

78 Kwakwa, Edward (2007) "Uluslararası Topluluk, Uluslararası Hukuk ve ABD: Üçü Bir Arada, İkisi Birine Karşı, ya da Hepsi de Bir Mi?": Byers, Michael/ Nolte, Georg (Editörler), Denk, Erdem (Çeviri Editörü), ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri, 1. Baskı, Ankara, Phoenix, s. 31.

79 Antlaşma metni için bkz. https://treaties.un.org, s.e.t. 16.11.2017.

80 Roma Statüsü için bkz. https://www.icc-cpi.int, s.e.t. 16.11.2017.

81 Kwakwa, s. 33.

82 Barselona Traction Davası, UAD Kararı, Başvuru 1962, s. 32, K.T. 05.02.1970. UAD'nın uluslararası toplum kavramından bahsettiği diğer bir karar, 2016 yılı Marshall Adaları- Hindistan Kararı'dır.

83 Furundzija Davası, ICTY Kararı, Dava No. IT-95-17/1-T, K.T. 10.12.1998. Uluslararası toplum kavramı ifadesi yer alan diğer kararlar da Delacic and Others ve Kunarac Kararları'dır.

olduğu, devletlerin de insanlığı oluşturan gerçek kişilerin toplamından oluşan ikincil unsurlar olduğu ileri sürülmektedir[84]. "Bütün devlet ve dolayısıyla tüm insanlığın ortak çıkarlarının somutlaştığı evrensel bir uluslararası toplum"[85] şeklindeki tanım da bu iddiayı yansıtmaktadır. İnsanlığın ortak çıkarlarının yanı sıra ortak değerler, birlikte hareket etmeyi gerektirmekte, bu da doğal olarak ortak bir hukuka götürmektedir.

Uluslararası hukukun oluşumunda, devletler dışında; farklı nitelik ve büyüklükteki toplulukların ve gerçek kişilerin katkısı azımsanamayacak düzeydedir. Söz konusu topluluklar; yorum ve eleştiri faaliyeti yapan gruplar, dernekler, sivil toplum kuruluşları, hükümet dışı kuruluşlar şeklinde çeşitlenmektedir[86]. Devlet odaklı uluslararası toplum düzeni, uluslararası hukuktaki karar verme sürecine önemli etkileri olduğu bilinen diğer aktörlerin varlığıyla, yeni boyutlar kazanmıştır. Söz konusu aktörler, bir yandan uluslararası karar alma süreçlerini etkileyip kural oluşumunda rol oynarken, diğer yandan da denetim faaliyeti yoluyla demokratik bir süreci yürütmektedirler[87]. Uluslararası Kızılhaç Teşkilatı'nın insancıl hukuk kurallarının oluşumundaki katkısı verilebilecek örneklerden belki de en bilinenidir[88]. Bunun yanında, bir BM kuruluşu olan Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (*International Civil Aviation Organization*-ICAO), havacılık konusunda yapılacak herhangi bir düzenlemede devletlerden ayrı bir otorite teşkil etmektedir[89]. Çalışmaları BM'nin Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission On International Trade Law*-UNCITRAL) kapsamında 25 Haziran 2018 yılında kabul edilip imzaya açılan ve kısaca "Singapur Sözleşmesi" olarak isimlendirilecek olan arabuluculuk konulu uluslararası sözleşmenin yapım aşamasında, 85 devletin yanı sıra 35 hükümet dışı kuruluşun katılmış olması da güncel bir örnek teşkil etmektedir[90].

---

84 Scott, James Brown (1930) "The Individual, The State, The International Community", Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting, V. 24, s. 15.

85 Tomuschat, Christian (1993) "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", 241 Recueil des Cours 197, 227'den aktaran: Hakimi, Monica (2017) "Constructing an International Community", American Journal of International Law, V. 111, I. 2, s. 318.

86 Hakimi, s. 318- 319.

87 Başlar, Kemal (2005) Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar, 1. Baskı, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, s. 254- 255.

88 Başlar, s. 254- 255.

89 Lindberg, Tod (2014) "Making Sense of The International Community", CFR Working Papers, http://www.css.ethz.ch/en/services/digital-library/publications/publication.html/177688, s. 6, s.e.t. 05.12.2017.

90 https://www.globalpound.org/2018/10/24/the-singapore-convention-a-first-look/, s.e.t. 07.12.2018. Uluslararası hukuk oluşum sürecinde yeni aktörlerin rolü hakkında bkz. van Schaack, Beth (2008)

Devlet dışındaki aktörlerin, uluslararası hukukun oluşum ve denetimi bakımından önemleri ve giderek artan katkıları, birçok bilimsel çalışmanın konusu olmuştur. Söz konusu çalışmalarda çoğunlukla, devlet dışındaki diğer aktörlerin uluslararası hukuk kişiliği konusu tartışılmaktadır. Bu konuda devletlerin ve uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği tam kabul edilirken, kalan aktörlerin tam anlamıyla bir hukuk kişisi kabul edilmedikleri de bilinmektedir[91].

Uluslararası hukuk kişilikleri tartışılan yeni aktörlerin varlığı, ayrıca uluslararası toplum kavramındaki genişlemenin en bariz göstergesidir. Bu minvalde özellikle, bireylerin korunması hususu, ulus devletlerin yetki alanının kapsamını aşıp, uluslararası yargı kuruluşları, uluslararası sivil toplum kuruluşları, uluslararası basın ve yayın kuruluşları gibi aktörlerin yetki ve ilgi alanına dahil olmuş ve uluslararası toplum mefhumunu dönüştürmüştür. Uluslararası toplum kavramının genişlemesinde bireyin korunması örneğinin yanı sıra, uluslararası ticaretin kapsamının genişlemesi, teknolojideki hızlı ilerleme, egemenlik kavramında yaşanan değişim gibi çok sayıda etkeni daha saymak mümkündür. Ayrıca terörizm, siyasi baskılar, ekonomik çöküş, kıtlık, iç savaşlar, çevresel faktörler gibi birçok farklı etken de uluslararası toplum kapsamının genişlemesinde rol oynamıştır.

Belirtmek gerekir ki uluslararası alanda yaşanan bu gibi gelişmeler, sadece devletlerin asli rol üstlendiği klasik uluslararası hukuk düzeninden; sivil toplum kuruluşları, çok uluslu şirketler, uluslararası yargı kuruluşları gibi uluslararası hukukun oluşumu ve gelişiminde rolü tartışılmaya başlanan yeni aktörlerin uluslararası toplum kavramı içerisinde değerlendirildiği yeni bir düzene geçişe neden olmuştur.

4.2. Uluslararası Hukukun Oluşumunda Aktörler

4.2.1. Devletler

Uluslararası hukuk kişisi olarak devlet ve onu var eden unsurlara değinmeden evvel, bugün anlaşıldığı şekliyle devlet kavramının Vestfalya'nın getirmiş olduğu ulus devlet anlayışından kaynaklandığı yönündeki yaygın kabulü ifade etmek gerekir[92].

"Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals", Georgetown Law Journal, V. 97, N. 1, s. 165.

91 Sur, s. 1.

92 Çakmak, s. 14; Czapliński, Władysław (2018) "Customary International Law on the Use of Force", Wroclaw Review of Law, Administration & Economics, V. 8, I. 2, s. 102.

Uluslararası hukukun baş aktörü olan devletlerin oluşumu konusuna bakıldığında, 1933 tarihli Devletlerin Hakları ve Yükümlülüklerine İlişkin Montevideo Sözleşmesi m.1'de; sürekli insan topluluğu, sınırları belirli toprak parçası, hükümet (etkin siyasi otorite olarak da isimlendirilmektedir) ve diğer devletlerle ilişkiye girebilme yeteneği olmak üzere dört unsur arandığı görülecektir[93]. Unsur niteliği tartışmalı olan "diğer devletlerle ilişkiye girebilme yeteneği", uluslararası aktör olarak sadece devletleri esas alması itibarıyla, uluslararası toplum başlığı altında tartışmış olduğumuz gibi, dar bir uluslararası toplum tanımına işaret etmektedir. II. Dünya Savaşı öncesinin, tek aktörlü uluslararası toplum dönemi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra devletlerin yanında yeni aktörlerin ortaya çıkmasıyla değişmiştir.

Bugün için uluslararası toplumda bir aktör olmak, devlet olmak için gereken unsurlara sahip olmak anlamına gelmemektedir. Yani uluslararası hukukun oluşumunda hala en etkili aktör devletler olsa da uluslararası örgütlerin, hükümet dışı kuruluşların, gerçek kişilerin ve yeri geldiğinde uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası hukukun oluşumunda, uygulanmasında, denetiminde, etkili birer aktör oldukları ve olabilecekleri kabul edilmelidir. Devlet dışındaki aktörlerin, sınırları belirli bir toprak parçasına ya da belli yoğunlukta insan topluluğuna sahip olmadan da bir antlaşmanın yapılmasında rol oynayabilecekleri ilerleyen bölümlerde örnekleriyle açıklanacaktır.

Uluslararası hukuk gereği hak ve yükümlülük sahibi olabilme yeteneği[94], şeklindeki tanım gereği uluslararası hukuk kişiliği, farklı unsurları barındırmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası bir antlaşma yapabilme, yargısal ve yarı-yargısal süreçlere katılma, dokunulmazlık ve ayrıcalık sahibi olma, uluslararası sorumluluk sahibi olabilme[95] olmak üzere dört unsur, uluslararası hukuk kişiliği belirlenmesi bakımından devletlere, en geniş uluslararası hukuk kimliği kazandırmaktadır. Bu özellik devletleri, uluslararası hukukun diğer aktörlerinden ayırmaktadır. Zira uluslararası örgütlerin ve kısmi olarak da gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliği, devletlerin onlar hakkında yaptıkları antlaşmalarla kurulmaktadır. Bunun yanı sıra, sosyal düzenin kişilik kazandırdığı hukuki bir varlık olan devlet, hem kendi yaptığı uluslararası hukuk düzenlemeleriyle devlet kimliğini

---

93 Sözleşme metni için bkz. https://www.ilsa.org/jessup/jessup15/Montevideo%20Convention.pdf, s.e.t. 09.12.2017; https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/01/1-02/rights-duties-states.xml, s.e.t. 08.02.2020.

94 Schwarzenberger, George (1976) A Manual of International Law, Sixth Edition, London, Professional Books Limited, s. 53.

95 Başlar, s. 206- 226.

kaybetmeksizin bağlı olmakta hem de yetkili bir otorite olarak zorlayıcı bir gücü (kendisine tabi olanlar üzerinde) içerisinde barındırmaktadır[96]. Ancak söz konusu uluslararası düzenlemeler, modern uluslararası hukukun bir gereği olarak, devletler tekelinde değildir.

4.2.2. Uluslararası Örgütler

Uluslararası hukukun ikinci en etkin ve önemli aktörü olan uluslararası örgütlerin oluşturulmasındaki amaç, devletlerin müşterek amaçlarını yerine getirmektir. Söz konusu düşünce, 19. yy. sonu 20. yy. başında hayata geçmiştir. Bugün bakıldığında devlet sayısından fazla, farklı nitelik ve kapsamda uluslararası örgütlerin olduğu görülecektir[97]. Ancak 19. yy. sonu ve 20. yy. başında ortaya çıkan uluslararası örgütlerin ilk örneklerinden olan Uluslararası Posta Teşkilatı (1875) gibi daha birçok örgüt tamamen teknik amaçlarla kurulmuştur[98].

Uluslararası örgütler, devletler tarafından oluşturulan ve sadece kurucu antlaşmalarındaki amaçlarla sınırlı bir kişiliğe sahip uluslararası kurumlardır[99]. Uluslararası örgütlerin uluslararası kişiliği hakkında UAD tarafından verilmiş 1949 BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini danışma görüşü ve 1996 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği danışma görüşünde, bu ve diğer kriterler yer bulmuştur. 1949 yılındaki danışma görüşünde söz konusu uluslararası örgütlerin kişiliğine ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmiştir:

> "*...uluslararası örgütler uluslararası hukuk kişisidirler. Bu ifade, onlar devlettir demekle aynı şey değildir veya onların hukuk kişilikleri, hakları ve yükümlülükleri kesinlikle bir devletle aynı değildir... Uluslararası örgütler, uluslararası hak ve yükümlülüklere sahip olabilme ve*

---

96 Kelsen, Hans (Revised and Edited by Robert W. Tucker) (1967) Principles of International Law, Second Edition, New York, Holt, Rinehart and Winston, Incorporated, s. 183-190; Arajärvi, Noora (2014) The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals, New York, Routledge, s. 70; Pellet, s. 24.

97 Çakmak, s. 15.

98 Cassese (2005) s. 135-136. Aynı kaynakta verilen diğer örnekler: Endüstriyel Mülkiyeti Koruma Birliği (1883), Uluslararası Tarım Teşkilatı (1905).

99 Odermatt, Jed (2017) "The Development of Customary International Law by International Organizations", International and Comparative Law Quarterly, V. 66, N. 2, s. 497.

haklarını korumak için uluslararası iddialarda bulunabilme yeteneğine sahip uluslararası hukukun birer süjesidirler"[100].

UAD'nin 1996 tarihli danışma görüşünde ise;

> *"...uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmaları özel tip antlaşmalardır ve bu antlaşmaların amacı, tarafların ortak amaçları gerçekleştirme görevi tevdi edilen, belli bir özerklik verilmiş hukukun yeni süjelerini yaratmaktır"*[101]

denmektedir.

Söz konusu son kararda UAD, uluslararası örgütlerin devletlerle aynı yeteneğe sahip birer uluslararası hukuk kişisi olmadıklarını, örgütlerin ihtisas prensibi "*principle of speciality*" ile yönetildiklerini, devletler tarafından verilen sınırlı yeteneklere sahip olduklarını da ifade etmiştir[102]. Söz konusu kararlar ışığında, uluslararası örgütlerin (olayda BM ve Dünya Sağlık Örgütü) devletlerden ve onu oluşturan üyelerden ayrı, özerk hukuk kişiliğine sahip oldukları, ancak devletlerle eş değer hak ve yükümlülüklere sahip olmadıkları vurgulanmıştır. Bununla birlikte, UAD tarafından verilen danışma görüşünün taraflar açısından bağlayıcı olmaması, tavsiye niteliğinde olması, söz konusu tespitlerin uluslararası hukuk açısından bir değer ifade etmediği anlamına gelmez. Zira danışma görüşü, uluslararası hukukun gelişiminde etkisi olan ikincil kaynak niteliğindedir.

Tüm bunların yanı sıra uluslararası örgütler tarafından yapılan uluslararası antlaşmalar ile devletler tarafından yapılan uluslararası antlaşmalar arasında bağlayıcılık ve etki bakımından herhangi bir farkın olmadığı, uluslararası örgütlerin ulusal mahkemelere karşı yargı bağışıklığına sahip oldukları, uluslararası memurlarını koruma haklarının olduğu, uluslararası arenada haklarını korumak için dava açabildikleri ve nihayet mülkiyet sahibi olabildikleri altı özellikle çizilmesi gereken husustur[103]. Bu doğrultuda, uluslararası

---

100 BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Davası, UAD Danışma Görüşü, s. 9, K.T. 11.04.1949.

101 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü, s. 13, K.T. 08.07.1996.

102 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü, s. 16, p. 25, K.T. 08.07.1996.

103 Cassese (2005) s. 138- 139; Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 218- 219.

örgütlerin eylemleri aracılığıyla klasik egemenlik anlayışının öneminin zayıfladığı ileri sürülmektedir[104].

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği ele alındıktan sonra, bu kişiliğin elverdiği ölçüde, uluslararası hukuk oluşumunda ne gibi rollerinin olduğu konusuna değinmek gerekirse ilk husus, aslında uluslararası hukukun büyük ölçüde uluslararası örgütler eliyle oluşturulduğudur. Sistematik bir yasama sürecine ve belli bir yasama organına sahip olmayan uluslararası hukukta kural oluşumu, birbirinden farklı şekillerde ve mecralarda meydana gelmektedir. Bu mecralardan biri de geniş müzakere olanaklarına sahip olan uluslararası örgütlerdir. Örneğin BM; Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, uzmanlık kurumları, çalışma grupları ve çeşitli programlar aracılığıyla hukuk oluşum sürecini başlatır, katılım sağlar ve müzakereleri düzenleyip hukuk oluşumunu onaylayabilir[105]. BM Deniz Hukuku Sözleşmelerinin yapılması (1973-1982); BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin, 1992 yılında Rio Çevre ve Kalkınma Konferansı ile imzaya açılması, sonrasında kabul edilip uluslararası antlaşma halini alması, BM ve ilgili organlarının söz konusu süreçlerdeki rolünü ortaya koymaktadır.

Dünya Ticaret Örgütü, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, Gıda ve Tarım Örgütü, Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Denizcilik Örgütü, Uluslararası Radyasyondan Korunma Örgütü gibi daha pek çok uluslararası örgütün; kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili konularda, uluslararası hukukun geliştirilmesi, uygulanması, yorumlanması, gerektiğinde tavsiyeler yayınlayıp, yönergeler çıkartmaları uluslararası hukukun oluşumu ve gelişiminde uluslararası örgütlerin rolünü açıkça ortaya koymaktadır[106]. Ayrıca bir uluslararası hukuk kişisi olarak uluslararası örgüt uygulamalarının, teamüle kanıt oluşturduğu ve hatta uluslararası teamül kuralının gelişiminde büyük bir paya sahip oldukları ileri sürülmektedir[107]. Örneğin AB'nin, kuruluş antlaşması ile, diğer uluslararası örgütlere üyeliği ile, ABAD (Avrupa Birliği Adalet Divanı) ve diğer uluslararası uyuşmazlık çözüm organları nezdindeki uygulaması ile uluslararası teamül hukukunun geliştirilmesi ve tanımlanmasına katkıda bulunduğu ileri sürülmektedir[108].

---

104 Mosler, Hermann (1980) The International Society As a Legal Community, Alphen aan den Rijn, Sijthoff &Noordhoff International Publishers, s. 13.

105 Boyle, Alan/ Chinkin, Christine (2007) The Making of International Law (Ebook), United Kingdom, Lightning Source UK Ltd., s. 125.

106 Boyle/ Chinkin, s. 145- 151.

107 Arajärvi (2014) s. 12; Odermatt, s. 496.

108 Odermatt, s. 503;

Öte yandan, BM Genel Kurul kararlarının teamülün unsurlarından birini oluşturup oluşturmadıkları, ilgili olaylar bazında sık sık tartışılmaktadır. Belli alanlarla sınırlı olarak ve titiz bir şekilde değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği vurgusunu ekleyerek, bağlayıcı olmayan bu tür kararlarla, uluslararası teamül hukuku kuralının psikolojik unsuru olan *opinio juris* unsurunun açıklandığı ve hatta bu halde anlık (*instant*) teamül hukuku kuralı olarak adlandırılan teamül hukuku kuralının oluştuğu ileri sürülmektedir[109]. Özellikle oybirliği ile kabul edilen Genel Kurul kararlarının ani-anlık teamül hukuku kurallarını oluşturabileceği yönündeki devlet iddialarının mümkün olup olmadığını tartışan bu görüşe göre, teorik uluslararası teamül hukuku oluşumu yaklaşımının sorgulanması gerekmektedir. Anlık (*instant*) teamül kuralı teorisinin kabulünde; ne daha fazla devlet uygulamasıyla desteklenme ne de yeni kuralın oluşumuna dair yeni bir kanıt aranma şartı zorlaması olmaksızın, sadece bağlayıcı olmayan kararlar aracılığıyla *opinio juris* unsurunun açıkça ortaya konması yeterli görülmektedir. Bu sayede BM ya da herhangi bir uluslararası örgüte, hukuk oluşturucu bir vasıf da yüklenmiş olmaktadır. Ancak Cheng'in ileri sürdüğü anlık (*instant*) teamül kuralı oluşumu yine Cheng tarafından sadece sayılan şartlarla sınırlanmış olduğu için, ilgili teorinin sürdürülemez olduğu savunulmaktadır[110].

Uluslararası örgütler başlığı altında vurgulanması gereken bir diğer husus, uluslararası bir örgüt vasfına sahip BM'nin, ana organlarından biri olan Güvenlik Konseyi kararlarıyla, uluslararası ceza mahkemesi oluşturabilmesidir. Bu husus önemlidir, zira uluslararası bir örgütün kendi yetkisinin sınırlarını aşarak oluşturduğu iddia edilen uluslararası yargı kuruluşlarının meşruluğu tartışmaları bir yana, söz konusu mahkemelerin kararlarıyla yeni bir teamül kuralının oluşup oluşmadığı tartışmaları çalışmamız açısından incelenmesi gereken ciddi bir husustur.

BM Güvenlik Konseyi'ne kendisine tanınan görev ve yetkiler arasında uluslararası bir yargı kuruluşu oluşturmanın yer almadığı açıktır. Ancak uygulamada bu gerçeklikten farklı işlemektedir. Özellikle "*ad hoc*" nitelikte uluslararası ceza mahkemelerinin kuruluşlarında, "barışın tehdidi, bozulması ve saldırı halinde yapılacak fiil" başlıklı BM Antlaşması Bölüm VII'ye dayanıldığı görülmüştür. Ancak, belirtmek gerekir ki 39-51. maddeleri kapsayan ilgili bölümde, uluslararası bir mahkeme kurulmasını salık veren bir

---

109 Cheng, Bin (1965) "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' Customary Law?", The Indian Journal of International Law, V. 5, s. 23– 47.

110 Boyle/ Chinkin, s. 229.

ifade yer almamaktadır[111]. Sonraki bölümlerde daha ayrıntılı bir şekilde değinilecek olan bu hususun, tekrar tekrar vurgulanması gereken yönü ise, her ne kadar meşru bir yol olmasa da uluslararası örgütler aracılığıyla oluşturulan uluslararası yargı kuruluşlarının varlığıdır.

BM tarafından uluslararası hukukun gelişiminin sağlanması ve kodifikasyonuyla görevlendirilen Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) bu başlık altında incelenmesi gereken önemli bir uluslararası hukuk aktörüdür[112]. Komisyon, her yıl yapmış olduğu toplantılarda, uluslararası hukukun herhangi bir alanıyla ilgili taslaklar hazırlamakta ve bu taslakların antlaşma olarak kabulü için devletlerin oluruna sunabilmektedir[113]. Örneğin UHK, 2018 yılındaki 70. oturumunda, uluslararası teamül hukukunun belirlenmesi ile ilgili bir rapor hazırlamış ve bu rapor, birçok çalışmanın çıkış noktasını oluşturmuştur. Söz konusu rapor hazırlanırken kapsamlı bir devlet uygulaması araştırmasının yapılmış olması ve önemli itirazlarla karşılaşmamış olmasının raporu güvenilir kıldığı söylenebilir. BM'nin yetkili bir organı olan UHK tarafından, uluslararası hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili yayınlanmış olan bu raporlar sayesinde, uluslararası hukukun herhangi bir konusunun en güncel haline ulaşılabilmektedir[114].

Söz konusu UHK raporları, uluslararası ceza hukukunun gelişimi ve UCM'nin kurulmasına kadar geçen süreçte uluslararası bir ceza mahkemesine duyulan ihtiyacı dile getirmede önemli bir role de sahip olmuştur. Özellikle ilk raporlardan birinin "İnsanlığın Barışı ve Güvenliğine Karşı Suçlar Kanun Tasarısı" olması bu rolün ilk ve önemli adımlarından biridir[115]. İşin bu yönüyle UHK, kendi kuruluş felsefesine uygun hareket

---

111 Odman, Tevfik (1996) "Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, s. 145. Yazarın belirttiği üzere, bir uluslararası yargı kuruluşunun oluşumu uluslararası bir antlaşma ile mümkündür. Ancak YUCM hakkkında BM Genel Sekreteri Raporu, böyle bir antlaşma yapmanın zorluğunu ortaya koymaktadır. Uluslararası yargı kuruluşu oluşumu için tarafları biraraya getirmek neredeyse imkansız iken, böyle bir süreci yürütecek yeterli zamanın olmadığı da ifade edilmiştir.

112 Uluslararası Hukuk Komisyonu Statü metni için bkz. http://legal.un.org/docs/?path =../ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf&lang=EF, s.e.t. 19.12.2017.

113 Murphy, Sean D. (2006) Principles of International Law, United States of America, Thomson/ West, s. 49.

114 Ammann, Odile (2019) "The Interpretative Methods of International Law: What Are They, and Why Use Them?" : Domestic Courts and the Interpretation of International Law, Developments in International Law, V. 72, s. 192; https://legal.un.org/ilc/sessions/70/, s.e.t. 15.12.2019.

115 Saldırı suçunun tanımlanması konusunda, BM Genel Kurulu tarafından kurulan Özel Komite bu görevini 20 yıllık bir çalışmanın ardından tamamlayamasa da, Komitenin bu süreçteki çalışmaları bugün UCM Statüsü'nde yer alan saldırı suçunun tanımlanmasına esas oluşturmuştur. Aynı şekilde UHK Taslaklarında (1954, 1991) gerek soykırım suçu gerekse insanlığa karşı suçlar isim olarak değilse de unsurları bakımından tanımlanmıştır. Bassiouni, M. Cherif (2017) "Codification of International

etmiş, uluslararası hukuk oluşumunda ve gelişiminde faal aktörlerden biri olarak sahnede yerini almıştır.

4.2.3. Diğer Aktörler

Uluslararası hukukta devletler ve uluslararası örgütler dışında, sınırlı da olsa hak ve yükümlülük sahibi olma potansiyeli taşıyan ve gerek uluslararası hukukun oluşumunda gerekse de gelişiminde etkili olabilen çeşitli aktörler bulunmaktadır. Egemenlik kavramında yaşanan dönüşüm, uluslararası hukuk alanında kişiler arasındaki etkileşimin artması, bu sayede sadece ulusal hukukun konusu diyebileceğimiz yeni konuların uluslararası hukuka dahil olması, uluslararası hak arama mekanizmalarındaki artış, ortak güvenlik anlayışı gibi birçok sebep söz konusu çeşitliliğin kaynağı olarak gösterilebilir.

Diğer aktörler kategorisi olarak tasarlanmış bu başlıkta, devlet niteliği taşımayan insan toplulukları, gerçek kişiler, küresel sivil toplum kuruluşları ile çokuluslu şirketlere kısaca değinilerek, bunların uluslararası hukuk oluşumundaki etkileri örnekleriyle açıklanmaya çalışılacaktır. Bugün farklı kaynaklara bakıldığında devlet ve uluslararası örgütler dışındaki "diğer aktörlere" sayılanların dışında farklı aktörlerin de dahil edildiği görülecektir. Ancak belirtmek gerekir ki burada, çalışmamızla ilgili olan aktörlere değinilecektir (Bütün aktörler inceleme konusu edinilmeyecek olup, yalnızca çalışmamızla ilgili olduğunu düşündüğümüz aktörlere değinilecektir).

İlk olarak devlet niteliği taşımayan insan topluluklarından, diğer bir ifadeyle ulusal özgürlük hareketlerinden bahsedilecektir. Ulusal özgürlük hareketleri, ilk çıktığı yer olan Afrika'dan sonra, Asya, Latin Amerika ve Avrupa'da yayılmaya başlayan; ırkçı rejimlere, sömürgeci yönetimlere, yabancı egemenliğine karşı mücadele amacıyla ortaya çıkmış bir hareketi anlatmaktadır[116]. Uluslararası hukuk tarafından bu tür topluluklara bazı hak ve yükümlülükler tanınmıştır. Bunlar, self determinasyon hakkı, silahlı çatışmalar sırasında

---

Criminal Law", Denver Journal of International Law and Policy, V. 45, N. 3, s. 341- 342, 353, 358. UHK'nin özellikle 1950 yılı ikinci oturumu raporunda, uluslararası ceza yargılaması sorunu başlıklı IV. bölümü ve İnsanlığın Barışı ve Güvenliğine Karşı Suçlar Kanun Tasarısı başlıklı V. bölümü doğrudan bahsi geçen konuya ilişkindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english /reports/a_cn4_34.pdf&lang=E, s.e.t. 29.12.2019.

116 Cassese (2005) s. 140.

sahip olunan hak ve yükümlülükler, kendi yaptıkları uluslararası antlaşmalardan kaynaklı hak ve yükümlülükler şeklinde sıralanabilir[117].

Ulusal özgürlük hareketlerinin günümüzde en bilinen örneği olan Filistin Kurtuluş Örgütü (FKÖ)'nün, devleti oluşturan unsurlar üzerinden değerlendirildiğinde, niteliği itibarıyla kendine özgü (*sui generis*) bir yapı olduğu ileri sürülmektedir[118]. BM tarafından kendisine 2012 yılında "üye olmayan gözlemci devlet statüsü" verilen FKÖ, İsveç tarafından da 2014 yılında Filistin Devleti olarak tanınmıştır. FKÖ, devlet niteliği tanınmadan önce de eylemleriyle uluslararası hukuku etkileyebilen bir aktör olmuştur.

Uluslararası hukukta hak ve yükümlülük sahibi olup olmadığı, yani uluslararası hukuk kişiliği tartışılan bir diğer aktör, gerçek kişilerdir. Tartışmalı olmasına rağmen, Brownlie'nin de ifade ettiği üzere, gerçek kişilerin uluslararası hukuk süjesi olmasını engelleyen genel bir kural yoktur[119].

Gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliğinin teorik temeli, bunların vatandaşı oldukları devletlerden korunmaları düşüncesine dayanmaktadır[120]. Uluslararası hukukta, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası, hukuk yapımında insani değerlerin ön plana çıkması, insan hakları ve ceza hukuku alanlarında gerçek kişiler hakkında çok sayıda uluslararası

---

117 Cassese (2005) s. 141- 142; Başlar, s. 197- 198; Panagalangan, Raul C. / Augiling, Elizabeth H. (1983) "The Privileged Status of National Liberation Movements under International Law", Philippine Law Journal, V. 58, N. 1, s. 46.

118 Thomas, Katherine Reece (2000) "Non-Recognition, Personality and Capacity: The Palestine Liberation Organization and the Palestinian Authority in English Law", Anglo-American Law Review, V. 29, N. 2, s. 236. Brownlie'nin Vatikan için belirtmiş olduğu *sui generis* yapı kabulü, FKÖ için de geçerli kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brownlie, Ian (1998) Principles of Public International Law, Fifth Edition, Oxford, Clarendon Press, s. 62- 66.

119 Crawford, James (2012) Brownlie's Principles of Public International Law (Ebook), Eighth Edition, Oxford University Press, s. 335; Clapham, Andrew (2010) "The Role of the Individual in International Law", The European Journal of International Law, V. 21, N. 1, s. 26.

120 Remec, Peter Pavel (1960) The Position of the Individual in International Law According to Grotious and Vattel, The Hague, Martinus Nijhoff, s. 202; Brownlie, Ian (1964) "The Place of the Individual in International Law", Virginia Law Review, V. 50, N. 3, s. 436. Bireyin vatandaşı olduğu devletten korunması yaklaşımıyla birlikte, bireyin işlemiş olduğu uluslararası bir suçtan dolayı en etkili yargılamanın yine ulusal mahkemeler tarafından yapılabileceği, zira olay yerinin bulunduğu, olayın tanıklarının bulunduğu yer ulusal mahkemelerinin erişimi ve değerlendirmesi açısından daha etkin olabilecekleri gerçeği karşısında bireyin işlediği suçlar bakımından neden uluslararası yargılamaya ihtiyaç duyulduğu sorusuna yanıt aramak gerekir. Ulusal çapta devlet yetkililerince gerçekleştirilen işkence, zulüm gibi insan hakları ihlalleri, eylemler devletlerin uluslararası itibarı uğruna görmezden gelinebilmekte ve bu bağlamda suçluların yargılanıp adaletin teslim edilmesi geciktirilebilmekte ya da tamamen göz ardı edilebilmektedir. Bir diğer nedeninin "ulusal mahkemeler tarafından takip edilen milliyetçi ve kısa vadeli amaçlar" olduğu da ileri sürülmektedir [Cassese, Antonio (2004) "The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality": Romano, Cesare/ Nollkaemper, André/ Kleffner, Jann K. (Editörler), Internationalized Criminal Courts and Tribunals Sierra Leone, East Timor, Kosova and Combodia, First Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 4].

sözleşme yapılmasına; yanı sıra kişilerin haklarıyla ilgili uluslararası teamüller ve ayrıca buyruk kuralların ortaya çıkmasına vesile olmuştur[121]. Zira söz konusu uluslararası düzenlemelerde, bunları kabul eden devletlerin çıkarları ve hakları değil; gerçek kişilerin çıkarları ve hakları koruma altına alınmıştır. Örneğin, uluslararası insan hakları hukuku bünyesinde koruma altına alınan azınlık hakları, söz konusu durumun tipik bir yansımasıdır[122].

Gerçek kişilerin uluslararası sorumluluğunun en bariz şekilde ortaya çıktığı alanlardan biri uluslararası ceza hukukudur. Savaş suçları, saldırı suçları, insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası suçlar sebebiyle gerçek kişiler, uluslararası ceza sorumluluğu altındadırlar. NUACM, TUACM, YUCM, RUCM ve UCM gibi mahkemelerce gerçek kişiler hakkında yargılama yapılabilmekte ve gerçek kişilere uluslararası sorumluluk atfedilebilmektedir[123]. Sorumluluğun ya da yükümlülüğün hak ile birlikteliğinden hareketle, söz konusu mahkemeler, gerçek kişilerin sadece fail sıfatıyla değil, mağdur sıfatıyla sahip oldukları hakların korunmasının sağlanması gibi beklentilerle kurulmuşlardır.

Uluslararası sorumluluk atfı yapabilecek ilgili mahkemelerin yanı sıra, gerçek kişilere AİHM'e temel hak ve özgürlüklerinin ihlali nedeniyle bireysel başvuru hakkı tanınmıştır[124]. UAD gibi sadece devlet başvurusunun kabul edildiği uluslararası yargı kuruluşlarının yanı sıra, gerçek kişilerin davacı-davalı olabileceği bu tür mahkemelerin de faaliyet göstermesi uluslararası alanda gerçek kişilerin daha aktif olmalarını beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda, gerçek kişilerin uluslararası hukukta sahip oldukları haklar ve uluslararası yükümlülükler, onları tam anlamıyla uluslararası hukuk kişisi yapmasa da onlara uluslararası gündem oluşturabilecek yetkinliğe sahip bir uluslararası aktör sıfatı kazandırmaktadır.

Uluslararası hukukun önemli aktörlerinden bir diğeri, uluslararası hukukun oluşumunu daha demokratik bir zemine taşımak amacıyla ortaya çıkan uluslararası sivil toplum kuruluşlarıdır. "Uluslararası sivil toplum kuruluşları" kavramı, hükümet dışı kuruluşları kuşatacak biçimde anlamlandırıldığında yerinde bir ifade olarak göze

---

121 Orakhelashvili, Alexander (2001) "The Position of the Individual in International Law", California Western International Law Journal: V. 31, N. 2, s. 241- 242; Çelik (1965) s. 381 vd.

122 Çelik (1965) s. 381.

123 Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 232; Çelik (1965) s. 380- 381.

124 Harris, D.J./ O'Boyle, M./ Warbrick, C. (2009) Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, Çevirenler: Bingöllü Kılcı, Mehveş/ Karan, Ulaş (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, s. 846- 848.

çarpmaktadır. Hükümet dışı kuruluşların, hak ve sorumluluklara sahiplik potansiyeli taşıyan sivil toplum kuruluşları olarak tanımlanmaları[125], bu yerindelik kanısını destekler niteliktedir.

Uluslararası sivil toplum kuruluşları, klasik devlet merkezli uluslararası hukuk içerisinde vazedilmiş kurallar kapsamında, bağımsız olarak faaliyet gösterebildikleri kabul edilen organize topluluk[126], olarak tanımlanabilir. Esas itibarıyla 1990'lı yıllarda ortaya çıkan uluslararası sivil toplum kavramı, Vestfalya etkisinin kırılma noktası olmuştur. Vestfalya Antlaşması'nın ve onun öncesi egemen otorite odaklı anlayışın, bireyin ön plana çıktığı ve uluslararası alanda kendini devletten ayrı temsil edebileceği anlayışına dönüştüğü gözlemlenmiştir[127].

Devlet odaklı uluslararası hukuk yapım süreçlerinin çoğu zaman hantal ve sonuçsuz kalması gerekçesiyle ve daha demokratik bir hukuk oluşum süreci hedefiyle hareket eden uluslararası sivil toplum kuruluşlarının, bu söylemlerinin reel karşılıklarına; küreselleşmenin de etkisiyle, hızlı ve kolay ulaşılmıştır. Gerçekten de günümüz mülteci krizinde de görüldüğü üzere, devletlerin tek başlarına ya da devletler arası siyasi politikalarla çözemedikleri küresel sorunlar, devlet dışı ve daha etkin politikalar üretebilen yeni aktörlerle çözüme ulaşabilme potansiyeline kavuşmuştur. Örneğin Uluslararası Af Örgütü'nün insan haklarına ilişkin pek çok alanda olduğu gibi mülteciler konusunda da lobi faaliyetleri yürüttüğü, raporlar yayınladığı, ulusal çapta eğitimler verdiği ve bu şekilde devletleri etkilediği, pek çok konuda onları ikna ettiği bilinmektedir[128]. Dolayısıyla devletlerin ilgili konularda düzenlemeler ve iyileştirmeler yapmasına vesile olunmaktadır. Uluslararası Af Örgütü'nün bu tür faaliyetleri neticesinde BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin kurulmasındaki çabaları da önemli bir örnek niteliğindedir[129].

Durum böyle olmakla birlikte, özellikle kimi uluslararası şirketlerin faaliyetlerinin sınırlanması ya da kontrol altına alınması hususlarında çekincelere sahip olan bazı sivil toplum kuruluşları, özellikle küresel ilişkilerde, devletlerin tekrar aktif olmasını

---

125 Keyman, E. Fuat (2005) "Sivil Toplum Demokratikleşme için Önemli bir Aktör Olacak", Forum Diplomatik, s. 15'ten aktaran: Başlar, s. 33- 34; panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/a/v/Avrupa daveturkiyedesiviltoplum.doc, s.e.t. 01.08.2019.

126 Randy, Hill, "The Role of NGOs and Civil Society in the Global Community" den aktaran: Başlar, s. 65.

127 Başlar, s. 69.

128 https://amnesty.org.tr/public/icerik/multeci-haklari, s.e.t.03.09.2020.

129 Başlar, s. 101. Aynı kaynakta farklı sivil toplum kuruluşları tarafından pek çok uluslararası düzenlemeye önemli katkılar sağlandığına ilişkin çeşitli örnekler verilmiştir.

istemektedir[130]. Zira 1960'lı yıllardan itibaren ekonomik anlamda bazı devletlerden bile daha güçlü olan ve bu nedenle gerek ulusal gerekse de uluslararası anlamda söz sahibi olmaya başlayan bazı uluslararası şirketlerin faaliyetleri sivil toplum kuruluşlarını rahatsız etmeye başlamıştır. Bu sebeple bazı sivil toplum kuruluşları küreselleşme olgusunu, bu boyutuyla olumsuz karşılamaktadır. Ancak tüm bu itiraz ve beklentiler uluslararası hukukun oluşum süreçlerinde, devlet dışındaki aktörlerin katılımını azaltmamaktadır[131].

Uluslararası hukukun uygulanmasında son derece etkin olan sivil toplum kuruluşları, hukukun oluşumunda ve yorumlanmasında da bir o kadar etkindir. Sivil toplum kuruluşları, çok taraflı uluslararası antlaşma görüşmelerine katılmak ya da antlaşma taslaklarını yorumlamak suretiyle taraf devletlerin antlaşmaya ilişkin fikirlerini etkileyebilmektedirler. Bunun dışında sivil toplum kuruluşları, YUCM, UAD gibi mahkemelere uzman raporları da sunabilmektedirler[132]. Sivil toplum kuruluşlarınca sunulan bu raporlarla gerçekleşen mahkeme bilgilendirme faaliyetleri, bunların yargısal süreçlere katılımlarını sağlamaktadır. Bu durum literatürde ve uygulamada *amicus curiae*[133] kavramıyla ifade edilmektedir. UAD, AİHM, ABAD, UCM, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası yargı kuruluşları, davaya katılmakta menfaati olduğunu kanıtlayan sivil toplum kuruluşlarının, *amicus curiae* sıfatıyla mahkemeye bilgi sunmalarına, lobi faaliyetleri yürütmelerine, bu şekilde uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamalarına izin verebilmektedirler[134].

Uluslararası hukukun oluşumu ve gelişiminde rol sahibi olduğu düşünülen bir diğer aktör, çokuluslu şirketlerdir. Çokuluslu (ulusötesi) şirketlerin gerçekleştirmiş oldukları faaliyet için "çağımız toplumlarının temel yönlendiricisi ve 21. yy. uygarlığının ana ögesi"[135] gibi ifadeler kullanılırken; söz konusu şirketler BM'nin Çokuluslu Şirketlerin ve Diğer İş Girişimlerinin İnsan Hakları Konusunda Sorumlulukları Üzerine Normlar isimli Taslak Metninde,

---

130 Çakmak, s. 11.

131 Çakmak, s. 11- 12.

132 Murphy, s. 59.

133 Mahkemenin dostu, dava arkadaşı olarak Türkçe'ye çevrilebilecek olan Roma Hukuku menşeili ilgili ifade, literatüre common law hukuk sisteminden aktarılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlar, s. 106.

134 Başlar, s. 106- 107; Shelton, Dinah (1994) "The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings", The American Journal of International Law, V. 88, N. 4, s. 611.

135 Perlmutter, Hovard V. (1972) "The Multinational Firm and the Future", The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, V. 403, I. 1, s. 139–152'den aktaran: Çam, Esat (1987) "Çok Uluslu Şirketler ve Gelişen Ülkeler", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, V. 45, S. 1- 4, s. 93.

"*…birden fazla ülkede faaliyet gösteren bir ekonomik işletmeyi veya yasal biçimleri ne olursa olsun, kendi ülkelerinde veya faaliyet ülkesinde olsun ister bireysel olarak ister kolektif, iki veya daha fazla ülkede faaliyet gösteren bir ekonomik kuruluş kümesini ifade eder*"[136]

şeklinde tanımlanmıştır. BM tarafından da haklarında düzenleme yapma ihtiyacı doğan ilgili şirketlerin bu durumu, yani uluslararası hukuk konusu edilmesi çok sağlam gerekçelere dayanmaktadır. İlk örnekleri daha eskilere dayansa da esas olarak 19.yy. sonlarında ortaya çıkıp sayıları hızla artan[137] ve uluslararası hukukun asli aktörler olan devletlerden bile daha güçlü ekonomilere sahip olabilen söz konusu şirketler[138], uluslararası alanda güçlü ekonomik bağlar oluşturmuşlardır. Ekonomik anlamda güç sahibi olmanın, birçok alanda söz sahibi olmakla birlikte var olduğu[139] gerçekleri dolayısıyla (gerek ulusal gerekse de uluslararası bazda) çokuluslu şirketleri görmezden gelmek mümkün değildir.

Vestfalya Antlaşması ile temelleri atılan devlet merkezli uluslararası hukuk düzeninin yaşandığı dönüşümde önemli etken olan çokuluslu şirketlerin faaliyetlerine bakıldığında, bu faaliyetlerin uluslararası hukuk kişilerinin uluslararası alanda gerçekleştirdikleri birçok faaliyetle aynı ya da benzer oldukları görülecektir. Muafiyet ve istisnalar elde etme, uluslararası hukuk kişileriyle ilişki kurma ve bunları sürdürme (antlaşmalar yapma vb. yollarla), silahlı çatışmalarda gerçekleştirmiş oldukları ihlallerden

---

136 Çokuluslu Şirketlerin ve Diğer İş Girişimlerinin İnsan Hakları Konusunda Sorumlulukları Üzerine Normlar için bkz. https://digitallibrary.un.org/record/498842, p. 20, s.e.t. 02.08.2019; Başlar, s. 191-192. Çokuluslu şirketlerin, insan haklarını korunması hususunda, BM İnsan Hakları Konseyi tarafından 6 Temmuz 2011'de hazırlanan, "İş ve İnsan Hakları: Birleşmiş Milletler 'Koruma, Saygı ve Çözüm' Çerçevesi" hakkındaki prensipler, özellikle devletlerin söz konusu grupların insan haklarını koruma sorumluluğu vurgusu yapmaktadır. Bahsi geçen kılavuz kurallar bu konudaki ilk girişimdir. Sonradan İnsan Hakları Komisyonu tarafından ele alınan bu prensipler, bağlayıcılık açısndan tıpkı önceki prensipler gibi, yumuşak hukuk (*soft law)* teşkil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf, s.e.t. 05.08.2019; Shaw, s. 191.

137 https://www.gale.com/binaries/content/assets/gale-us-en/primary-sources/newsvault/gpsnewsvault_19thcentury_usnewspapers_corporations_essay.pdf, s.e.t. 03.08.2019; Başlar, s. 193.

138 Uluslararası alanda en güçlü yüz ekonomiden elli birinin çokuluslu şirket kırk dokuzunun devlet olması bu anlamda vurgulanması gereken bir husustur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlar, s.192; https://mondediplo.com/1998/06/01leader, s.e.t. 03.08.2019; Engle, Eric Allen (2004) "The Transformation of the International Legal System: The Post-Westphalian Legal Order", Quinnipiac Law Review, V. 23, N. 23, s. 25.

139 Engle, s. 25.

dolayı sorumlu tutulma (özellikle insan hakları ihlalleri), Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) gibi uluslararası yargı kuruluşlarında dava açabilme, ABD gibi güçlü ekonomilerin dış politikalarını önemli derecede etkileme, söz konusu faaliyet ve davranışlara örnek olarak gösterilebilir[140].

Uluslararası hukukun getirdiği sınırlamaların çoğunlukla çokuluslu şirketler veya bireylerden ziyade devletleri kapsaması, bu geniş faaliyet yelpazesini bir nebze olsun açıklayabilmektedir[141]. Dolayısıyla, devletlerin çoğu sınır ötesi faaliyetlerinin yürütücüsü olan çokuluslu şirketlerin, uluslararası hukukta devletlerden daha az sınırlandırmaya tabi tutulduğu söylenebilir.

Çokuluslu şirketlerin, uluslararası boyutta bu denli aktif olmaları, onların hak ve yükümlülüklerinin sınırlarının tespit edilmesini ve bu da hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesini gerektirmektedir. Hukukta hak ve yükümlülük sahibi olan varlıkların, kişiler olması gerçeği de doğal olarak, bu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliği sahibi olmalarını gündeme getirmektedir. Bu manada uluslararası şirketler, uluslararası hukukta kişilik kazanmaya önemli bir aday olarak görülmektedir[142]. Uluslararası hukuk oluşum sürecinde tek söz sahibinin devletler olmadığı ve çokuluslu şirketlerin de hukuk oluşum sürecine katıldığı örnekler neticesinde, onların hukuk kişiliği üzerine düşünülmesini kaçınılmaz kılmaktadır[143].

Devlet dışı uluslararası aktörlerin uluslararası hukuk oluşumuna ve gelişimine olan katkıları gittikçe artan yoğunluklarda devam etse de genel olarak bu katkının varlığı için uluslararası hukuk işleyişinde devlet rızasının varlığı bir koşul olmaya devam etmektedir[144]. Bu minvalde devletler dışındaki aktörlerin devletler eliyle oluşturulduğu düşünüldüğünde, devletlerin, kendi rızalarıyla, bu tür aktörlere uluslararası hukuku oluşturma, geliştirme ve yorumlama yetkisi verdiği kabul edilmelidir[145]. Diğer bir anlatımla bir bakıma devletler, uluslararası hukuk otoritesi sıfatını, iradi olarak bu tür aktörler meydana getirmek suretiyle paylaşmaktadırlar.

---

140 Başlar, s. 194; Breed, Logan Michael (2002) "Regulating Our 21 st-Century Ambassadors: A New Approach to Corporate Liability for Human Rights Violations Abroad", Virginia Journal of International Law, V. 42, N. 4, s. 1009, 1011; Engle, s. 42.

141 Breed, s. 1017. Yazar, ABD çokuluslu şirketleri için "*de facto* büyükelçiler" ifadesini kullanmıştır.

142 Shaw, s. 190.

143 Noortmann, Math (2002) "Globalisation, Global Governance and Non-State Actors: Researching beyond the State", International Law FORUM Du Droit International, V. 4, N. 1, s. 39; Başlar, s. 195.

144 Hollis, Duncan, B. (2005) "Why State Consent Still Matters Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law", Berkeley Journal of International Law, V. 23, I. 1, s. 140.

145 Hollis, s. 173.

Devlet dışı aktörlerin uluslararası teamül hukukuna katkısının tespiti, daha ziyade hukuk kurallarının oluşum süreçleri boyunca yapılabilecek analizlerle mümkün olabilecektir. Doğrudan olmasa da dolaylı olarak süreci etkileyebilecek olan Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Hukuk Derneği gibi devlet dışı uluslararası örgütler, çok uluslu şirketler ve bireyler (söz konusu bu kategori altında ele alınabilecek bu sayılanlar ve bunlar gibi diğer aktörler) çoğu zaman uluslararası hukukun asli aktörlerinden daha etkin bir pozisyonda bulunmaktadırlar. Ancak bu gerçeklik, resmi anlamda kabul edilen bir durum değildir. İlgili devlet dışı aktörlerin uygulamalarının, resmi anlamda uluslararası teamül kuralının objektif unsurunu oluşturduğu kabul edilmemektedir[146]. Bu konudaki en iyimser yaklaşım, ilgili aktörlerin uygulamalarının teamül hukukunun objektif unsurunu oluşturmasının devletlerin rızası ile mümkün olabileceği şeklindedir[147].

Son olarak özellikle uluslararası insancıl hukuk kurallarının oluşum ve gelişiminde büyük pay sahibi, 1864 yılında İsviçre medeni kanununa göre kurulmuş bir dernek olan Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nden bahsetmek gerekmektedir. Zira Kızılhaç Komitesi, insancıl hukuk sözleşmelerinin hazırlanmasında, ilgili insancıl hukuk sözleşmelerinin yorum yoluyla geliştirilmesinde ve böylece uluslararası hukuk yapımının asli aktörlerini etkilemede önemli bir işlevi yerine getirmektedir[148]. Özellikle 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinin Kızılhaç Komitesi tarafından yorumlanması, uluslararası insancıl teamül kurallarının oluşum sürecinde gerek devlet uygulamaları üzerinde gerekse de ilgili kuralın hukuk kuralı olduğu inancının oluşumunda (*opinio juris* unsuru) önemli bir kazanım ve gelişmedir[149].

4.3. Uluslararası Hukukun Açıklanmasında Aktörler

Uluslararası hukukun açıklanmasında etkili aktörlerden biri olarak görülen uluslararası yargı kuruluşları, ilerleyen bölümlerde daha ayrıntılı ele alınacağı için bu

---

146 Mendelson, Maurice H. (1998) "The Formation of Customary International Law": Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, tome 272, V. 272, s. 203.

147 Dinh, Nguyen Quoc/ Daillier, Patrick/ Pellet, Alain, s.327'den aktaran: Pazarcı (2011) s. 231.

148 Meron, Theodor (1996) "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", The American Journal of International Law, V. 90, N. 2, s. 245. Uluslararası Kızılhaç Statüsü m. 5/2 (g)'de bu fonksiyonuna dönük bir hüküm kaleme alınmıştır. İlgili maddeye göre Kızılhaç Komitesi, "Uluslararası Komitenin Statüsüne uygun olarak rolü, özellikle silahlı çatışmalarda geçerli olan uluslararası insancıl hukuk bilgisinin anlaşılması ve yaygınlaştırılması için çalışmak ve bunların geliştirilmesine hazırlık yapmakla" yükümlüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://casebook.icrc.org/case-study/statutes-international-red-cross-and-red-crescent-movement, s.e.t. 20.12.2019.

149 Meron (1996) s. 245.

başlık altında uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası hukukun açıklanmasına ve gelişimine olan etkilerinden kısaca bahsedilecektir.

Uluslararası hukukun açıklanması, sadece bir mesele ile ilgili kuralların belirlenmesi ve kuralın ne anlam ifade ettiğinin tespiti değildir. Zira bu açıklama faaliyeti gerçekleştirilirken, ilgili yargı kuruluşlarının, kuralın yorumuna başvurmak durumunda kaldıkları ve bu yorum esnasında yeni kavramların ortaya çıktığı bilinmektedir. Uluslararası yargı kuruluşlarının faaliyetleri sırasında ne kadar politik ne kadar tartışmalı ve ne kadar yanlı olursa olsun bahsi geçen kavramlardan biri "her devletin varlığını sürdürme temel hakkı" prensibidir. Bu prensip UAD'nin Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği hakkındaki danışma görüşünde ifade edilmiştir.

Bu prensibin politik ya da yanlı olarak değerlendirilmesinin sebebi ise, nükleer silahların kullanımı ya da tehdidinin yasaklanmasını istemeyen devletler lehine olabilecek şekilde, nükleer silahlara başvurabilmeyi meşrulaştırıyor olmasıdır. Öyle ki, nükleer silah sahibi olan devletler[150] lehine yorumlanabilecek bu nitelendirme, bu haktan yararlanamayacak olan devletlerin aleyhine olabilecektir. Zira, Nükleer Silahların Yaygınlaşmasının Önlenmesi Antlaşması'na taraf olup nükleer silah sahibi olmayan devletlerin güvenlik çıkarlarına ters düşerken, nükleer silah sahibi devletlerin durumlarını bir nevi meşrulaştırmaktadır[151]. Böylelikle UAD'nin hak olarak nitelendirdiği kavramın aslında bir ayrıcalık olduğu ortaya çıkmaktadır[152]. UAD'nin ilgili olayda gerçekleştirmiş olduğu açıklama ya da yorum faaliyeti neticesinde varmış olduğu sonuç, hukuk yapma olarak da değerlendirilebilmektedir[153].

Buna karşın, bilindiği üzere klasik görüşe göre uluslararası yargı kararları şu hususları karşılamaktadır:

> "*Hukukun somut olaylarda nasıl uygulandığını gösteren, onu somutlaştırıp berraklaşmasına yardım eden, devletler arasında ortaya çıkması muhtemel anlama ve yorumlama farklarını gideren önemli*

---

150 Nükleer Silahların Yaygınlaşmasının Önlenmesi Antlaşması (İngilizce kısaltması NPT)'na taraf olup nükleer silah sahibi olan devletler: ABD, İngiltere, Fransa, Rusya ve Çin'dir. NPT'ye taraf olmayıp nükleer silah sahibi olan devletler ise Kuzey Kore, Hindistan, Pakistan ve İsrail'dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://worldpopulationreview.com/countries/countries-with-nuclear-weapons/, s.e.t. 10.02.2020.

151 Alpkaya, Gökçen (1997) "Nükleer Silahlar ve Uluslararası Adalet Divanı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 1, s. 113.

152 Alpkaya, s. 113.

153 Alpkaya, s. 113.

araçlardır; tali kaynaktır. Hukuku yaratmaz ama onun tespit ve tayininde yardımcı olurlar. Özellikle teamüli hukukun billurlaşıp yerleşmesine katkıda bulunurlar. Milletlerarası alanda merkezi bir kanun koyucunun olmadığı hatırlanırsa, bu işlevin küçümsenemeyecek bir işlev olduğu rahatlıkla söylenebilir"[154].

Görüldüğü üzere klasik görüş kapsamında uluslararası yargı kararlarının şu fonksiyonları bulunmaktadır. Bunlardan biri, hukuk kurallarının tespit edilmesi iken, diğeri hukuk kurallarının berraklaştırılıp somut olaya uygulanmasıdır. Yargı kararları, özellikle teamül hukuku gibi belirsiz hukuk kurallarının somutlaştırılıp, hukuk kişileri arasında yaygınlaşmasında ve yerleşmesinde önemli bir role sahiptirler. Ayrıca taraflar arasında kuralın anlamı konusunda çıkacak uyuşmazlıkları çözme fonksiyonunu da bunlara eklemek gerekmektedir.

B. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

Uluslararası hukukun kaynakları konusuna, bir hukuk kaynağı tanımı ile başlamak önem arz etmektedir. Zira hukuk kaynağının neyi ifade ettiği, nasıl ortaya çıktığı, uluslararası hukukun kaynakları için de belirleyici bir başlangıç olacaktır. "Bir kaynağa sahip olmak demek, bir sistemin hukukiliğinin ve kökeninin belirlenmesinin gerekçelendirilmesi demektir. Ayrıca, yetkili bir otoritenin gücünden türeyen hukuk kurallarını da ifade etmektedir"[155]. Uluslararası hukukta hukuk kurallarını koyan yetkili tek bir otoritenin olmayışı, söz konusu tanımların uluslararası hukuk bağlamında geçersizliğine yol açmayacaktır. Aksine, uluslararası hukuk, devletler dışında uluslararası hukuk kurallarının oluşumuna etkisi olan yeni aktörlerin varlığıyla, farklı otoritelerden türeyen yeni kaynaklara sahip olacaktır.

Bu bağlamda öncelikle uluslararası hukukun kaynaklarından bahsedilecek, mümkün olduğunca uluslararası hukuk oluşumunda ve gelişiminde etkili aktör sayısındaki artışın, uluslararası hukukun kaynakları üzerinde ne gibi etkiler bıraktığı üzerinde durulmaya

154 Gündüz/ Günel (Editör), s. 25.
155 Abass, s. 26.

çalışılacaktır. Kaçınılmaz olarak başlangıç, uluslararası hukukun kaynakları denilince en yetkin tanım (sayım) olarak kabul edilen UAD Statüsü m.38[156] ile yapılacaktır.

İlgili düzenleme, doğrudan uluslararası hukukun kaynaklarını gösterme iddiasından ziyade, UAD'nin uluslararası uyuşmazlığı çözüme bağlaması üzerinedir[157].

Daha evvel bahsi edildiği ve tekrarlamakta fayda görüldüğü üzere, m.38'de yer alan ilk üç kaynağın bağlayıcı kaynak oldukları ve bunların da münhasıran hukuk oluşum süreçlerinin kendisini oluşturdukları kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, aynı hükmün devamında yargı kararları ve öğretinin yardımcı kaynaklar olduğu şeklinde bir ayrımdan bahsedilmektedir. Ancak bu şekildeki ayrımların her zaman kesin sonuçlar vermediği ve vermeyeceği de bir kez daha vurgulanmalıdır.

1. BAĞLAYICI KAYNAKLAR

Bağlayıcı kaynaklar başlığı altında ele alınacak olan uluslararası hukuk kaynakları, UAD Statüsü m.38'in ilk fıkrasında yer alıp UAD'nin uyuşmazlık çözerken dikkate alması gereken uluslararası antlaşmalar, uluslararası teamül kuralları ve hukukun genel prensipleridir. Sırasıyla UAD Statüsü m.38/1'in (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan ilgili kaynakların bağlayıcı kaynaklar olarak nitelendirilme sebebine bakıldığında, yine aynı fıkranın (d) bendinde yer alan öğreti ve yargı kararları ile karşılaştırılmasının da bir sonucu olduğu görülecektir. Zira bağlayıcı kaynaklar olarak ifade edilen ilk üç kaynak, doğrudan uluslararası hukuk kurallarını yaratan kaynaklar olarak kabul edilmektedir.

1.1. Uluslararası Antlaşmalar

Uluslararası antlaşmalar, bir uluslararası hukuk kaynağı olarak "devletlerin doğrudan ve en resmi hak ve yükümlülük yaratma şekli"[158] olarak ifade edilebilir. Günümüzde

---

156 UAD Statüsü m.38'in ilk maddesine göre, "UAD önüne getirilen uluslararası bir uyuşmazlıkta, uluslararası hukuka uygun bir karar verebilmek için: a) Uyuşmazlığın taraflarınca da açıkça kabul edilen kurallar koyan, gerek genel gerek özel uluslararası antlaşmaları; b) Hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamülü; c) Medeni milletler tarafından kabul edilen hukukun genel prensiplerini; d) 59. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak yargı kararlarını ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular".
İlgili hükmün ikinci maddesi ise, ilk madde hükümlerinin, tarafların da mutabık kalmalarıyla, Divan'ın hakkaniyet ve nısfetle karar verme yetkisine halel getirmeyeceğini hüküm altına almıştır
(İngilizce Statü metni için bknz. http://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II, s.e.t. 26.12.2017).

157 Shaw, s. 50.

158 Henriksen, Anders (2017) International Law, Oxford, Oxford University Press, s. 23- 24.

çoğunluk tarafından da kabul edildiği üzere, birçok hak ve yükümlülüğün kaynağı iki ya da çok taraflı uluslararası antlaşmalardır. Bunun sebeplerinden biri, uluslararası hukuk kişileri tarafından en çok kullanılan bağlayıcı kaynak olan uluslararası antlaşmalarda, devletin ya da diğer uluslararası hukuk kişisinin rızasını tespit etmenin daha kolay olmasıdır.

Uluslararası antlaşmalarda devlet (ya da antlaşma tarafı olan diğer uluslararası hukuk kişisinin) rızası kesindir[159]. Uluslararası antlaşmaların hukuki etkilerinin temel dayanağı ise ahde vefa prensibidir. Bir başka deyişle, taraf rızaları ile vücut verilen uluslararası bir antlaşmanın bağlayıcılığı ahde vefa prensibine dayanmaktadır. Esasen bu prensip uluslararası hukukun hukuk niteliğinin de bir kanıtıdır[160]. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.26'da da yer alan antlaşmalar hukukunun bu temel prensibine göre, uluslararası antlaşmaya taraf olanlar, bu antlaşmayı iyiniyetle yerine getirmekle mükelleftirler.

Kelsen'in normlar hiyerarşisinde, uluslararası hukukun en üst temel normu olan ahde vefa prensibi, egemen devletlerin bir hukuk kuralıyla kendilerini veya bir başkasını bağlı kılmalarının temel dayanağıdır. Bununla birlikte, bir prensibin gerekliliğine duyulan ihtiyaç ne kadar fazla olursa olsun devlet rızası olmadan o prensibin bağlayıcı hale gelmeyeceği iddia edilmektedir. Aynı durumun ahde vefa prensibi için de geçerli olduğu düşünüldüğünde, akla bu prensibin kökeninin açıklanamadığı iddiası gelmektedir[161]. Ancak bu sonuç uluslararası hukuka yüksek oranda bir katılımın ve uymanın olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Yine de bu yüksek oranın, uluslararası hukukun yeterince güvenilir olmaması sorununu ortadan kaldırmadığı bilinmektedir[162].

Tüm bunlarla birlikte, genel olarak bağlayıcı kaynaklardan ilki olarak ele alınan uluslararası antlaşmalar, "uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde, hak ve yükümlülük doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazılı irade uyuşması"[163] olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu tanımda da yer alan uluslararası antlaşma yapmaya ehil kişiler; devletler, uluslararası örgütler ve devlet dışı kimi uluslararası hukuk aktörleridir.

159 Henriksen, s. 24.
160 Lukashuk, s. 513.
161 Sur, s. 14.
162 Lukashuk, s. 513.
163 Pazarcı (2011) s. 109.

Devletler ya da uluslararası örgütler dışında, uluslararası antlaşma yapabilen diğer aktörlere Montreal Protokolü Çok Taraflı Fonu örnek olarak verilebilir. Söz konusu Fon, ozon tabakasını incelten maddelerin kullanımıyla ilgili Montreal Protokolü'nün uygulanması amacıyla, antlaşma temelinde kurulan ve uluslararası örgüt niteliği taşımayan bir rejim olarak kabul edilmektedir[164]. Söz konusu Fon'un ev sahibi devletle yapmış olduğu merkez antlaşması uluslararası antlaşma niteliği taşımaktadır[165].

Uluslararası antlaşma yapmaya ehil kişiler denilince klasik anlamda sadece devletlerin ve uluslararası örgütlerin anlaşıldığı dönemin etkisiyle, uluslararası antlaşma yapma yöntemlerinin de sadece bu iki hukuk kişisine özgülendiği ve etkisinin sürdüğü bilinmektedir. İki taraflı-çok taraflı uluslararası antlaşma ayrımında, özellikle çok taraflı antlaşma yapımı, uluslararası konferanslar ya da uluslararası örgütler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir[166]. Konferans yöntemiyle uluslararası hukuk yapımı, uluslararası hukukun diğer aktörlerinin uluslararası hukuk yapımına katılımı için büyük önem taşımaktadır. Zira günümüzde söz konusu konferanslar, uluslararası bir sivil toplum kuruluşu tarafından oluşturulan bir taslak ile başlayabilmektedir.

Bu şekilde, taraf devlet yetkililerince uluslararası örgüt organlarının tekelinden çıkmaya başlayan hazırlık süreçleri, uluslararası antlaşma oluşum süreçlerine dahildir. Bu durum esasen uluslararası hukuk oluşumunun karmaşık ve dinamik yapısından kaynaklanmaktadır. İki veya daha fazla uluslararası hukuk kişisi arasındaki irade uyuşması sonucu ortaya çıkan uluslararası bir antlaşma, ulusal hukuka göre yapılan ve tek bir yasama organı elinden çıkan antlaşmaların oluşumu kadar kolay anlaşılır değildir.

Uluslararası antlaşmalar konusunda bahsedilmesi gereken bir diğer konu, uluslararası antlaşmaların bağlayıcılığı meselesidir. Uluslararası antlaşmalar istisnai durumlar dışında, sadece taraflarını bağlamaktadır. Yani, bir antlaşmanın içermiş olduğu hak ve yükümlülükler o antlaşma ile bağlanma iradesi gösteren uluslararası hukuk kişisi için geçerlidir.

Bahsi geçen istisnalar ise, sınır antlaşmaları, 1959 Antarktika Sözleşmesi, akarsular ve silahsızlandırmayla ilgili antlaşmalarda olduğu gibi objektif bir rejim yaratması, var olan

164 http://www.multilateralfund.org/aboutMLF/default.aspx, s.e.t. 27.12.2017.
165 Hollis, s. 162.
166 Pazarcı (2011) s. 122.

teamül kurallarının antlaşma hükümleriyle yazılı hale gelmeleri ya da bir antlaşmanın sonradan uluslararası teamül halini alması durumudur. Bu tür durumlarda antlaşma, dolaylı olarak antlaşmaya taraf olmayan hukuk kişileri için de bağlayıcı hale gelecektir[167]. Uluslararası antlaşmaların bağlayıcılığının ve etkisinin kaynağı ise ahde vefa prensibidir.

1.2. Uluslararası Teamül Kuralları

Uluslararası teamül hukuku konusu, sonraki bölümlerde daha ayrıntılı ele alınacağından, bu bölümde derinlemesine bir inceleme konusu yapılmayacaktır. Uluslararası hukukun bağlayıcı kaynaklarından biri olması hasebiyle bu bölümde de yer almıştır.

Oluşum sürecinde toplumsal kurallar, neredeyse bilinçsiz bir şekilde ortaya çıkarlar ve ilgili toplumun üyeleri tarafından korunup sürdürülmekle süreklilik, istikrar ve nihayet geçerlilik kazanırlar. Söz konusu süreç, ilgili toplumun gelişimiyle birlikte, yasama organı ve yargı kuruluşları gibi mekanizmaların ortaya çıkmasına ve bu ortaya çıkış da ilgili kuralların gelişimine sebep olur[168].

Teamülün, toplumsal değer ve gereklerinin gerçek karşılığı olarak tanımlanması da ilgili toplumun değerlerinin ve ihtiyaçlarının en gerçek ifadesi olarak tanımlanması da bu durumun bir sonucudur[169]. Bu durum, yapısal olarak ulusal toplumlardan farklı olan uluslararası toplum için de geçerlidir. Temel oluşum mantığı bakımından her iki toplum için de ortak özellikler taşıyabilen teamülün, günümüzdeki popülerliğinin her iki toplum ve hukuk (ulusal, uluslararası) için aynı olduğunu söylemek ise mümkün görünmemektedir. Merkezi bir yasama organına sahip ulusal toplumlar ağırlık olarak yazılı kuralları tercih ederlerken, merkezi bir yasama organına sahip olmayan uluslararası toplumda yazılı kuralların yanı sıra yazılı olmayan kurallar da önem taşır. Bunun yanı sıra, ulusal hukuklarda kural olarak teamülün geçerli olabilmesi için yazılı kuralların teamüle atıf yapması gerekirken[170], uluslararası hukukta teamülün hukuk olarak geçerliliği için böyle bir gereklilik yoktur.

---

167 Aksar, Uluslararsı Hukuk I, s. 62. Aynı kuralın hem uluslararası bir antlaşma hükmü olarak ve hem de teamül kuralı olarak varlığı halinde, kuralın bağlayıcılığı konusunda bkz. Shaw, m. 67- 68. Üçüncü taraflar için hak ve yükümlülükler doğuran antlaşmalar için bkz. Acer/ Kaya, s. 99.

168 Shaw, s. 51- 52.

169 Shaw, s. 52; Charlesworth, H.C.M. (1983-1987) "Customary International Law and the Nicaragua Case", Australian Year Book of International Law, V. 11, s. 2.

170 Devlet desteği olarak da ifade edilen bu husus için bkz. Gözler, Kemal (2019) Hukuka Giriş, 16. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 192- 195.

Uluslararası hukukun en eski kuralı olan teamülün, uluslararası hukuk bakımından önemi konusunda farklı görüşler vardır. Uluslararası teamüllerin hukuk oluşumundaki etkisi ve öneminin eskiye nazaran azaldığını ileri süren Friedmann, bu iddiasına rağmen, uluslararası hukuk kurallarının ve prensiplerinin çoğunun kaynağının uluslararası teamüller olduğu gerçeğini yadsımamaktadır[171].

Teamülün önemini yitirdiğine gerekçe olarak, uluslararası hukukun asli kişisi olan devlet sayısındaki artışa ve bu artışın bir sonucu olarak uluslararası ilişkilerdeki gelişmeye, teamül hukuku aracılığıyla ayak uydurulmasının mümkün olmadığı gösterilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, diğer tüm hukuk kaynaklarında olduğu gibi, uluslararası teamül kuralları da güncel gelişmelere ve günümüz koşullarına göre değişim geçirebilmektedirler. Örneğin, kodifikasyon sözleşmeleri, akademik yorumlar, UAD ve sair uluslararası mahkemelerin içtihatları, teamüllerin değişen koşullara göre yenilenmesini sağlamaktadır[172]. Üstelik anlık (*instant*) teamül kurallarının varlığının dahi savunulduğu günümüz koşulları da bu iddiayı destekler görünmektedir.

Diğer yandan antlaşmaların uluslararası teamüllerden daha hızlı oluştuğu kanısının aksi yönünde örnekler vermek mümkündür. 1973 yılında müzakerelerine başlanan Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 1982 yılında sonuçlandırılması ve öngörülen onay sayısına ulaştığı yıl olan 1994 yılında yürürlüğe girmesi; aynı şekilde 1949 yılında görüşmelerine başlanılan ancak 1980 yılında yürürlüğe giren Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve nihayet elli üç yıllık bir sürecin sonunda yürürlüğe giren UCM Statüsü bu örneklerden bazılarıdır[173]. Uluslararası antlaşmalar hukukunda her zaman hızlı bir sürecin işlemediğinin kanıtı olan bu örneklerin yanı sıra, uluslararası teamül kurallarının sanılanın aksine çok uzun süreçler sonunda oluşmadığı; aksine kimi zaman bir antlaşmadan daha kısa sürede ortaya çıkabildiği bilinmektedir[174].

Teamülün önemini kaybettiğini ifade eden bir başka görüşe göre ise, teamülün spontane davranışlarla aktive olabilen yapısı ve uluslararası toplumun güncel kaygılarını

---

171 Friedmann, Wolfgang (1964) The Changing Structure of International Law, London, Stevens & Sons, s. 121- 122.

172 Roberts, Anthea Elizabeth (2001) "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", American Journal of International Law, V. 95, N. 4, s. 757.

173 Scharf, Michael P. (2014) "Accelerated Formation of Customary International Law", ILSA Journal of International & Comparative Law, V. 20, I. 2, s. 309- 310.

174 Cheng, s. 23- 47.

yansıtıyor olması (onay, kabul gibi resmi bir sürece girmeden kendiliğinden oluştuğu kabul edildiğinde), uluslararası ilişkilerin bu denli yoğun olmadığı zamanlar için geçerli ve değerlidir. Devlet faaliyetlerinin türünde ve faaliyet hızında yaşanan artış, uluslararası teamülün ihtiyaçlara karşılık vermesine engel olmaktadır[175]. Bunun yanı sıra uluslararası hukukta ekonomik, sosyal, kültürel ve idari alanlardan yapılacak düzenlemelerin yazılı kurallar gerektirdiği ileri sürülmektedir[176].

Teamülün uluslararası hukuktaki öneminin azalmadığı; aksine teamülün, dinamik bir hukuk oluşum süreci olması ve neredeyse evrensel bir uygulamaya sahip bulunması nedeniyle uluslararası antlaşmalardan daha büyük bir öneme sahip olduğu iddia edilmektedir[177]. Gerçekten de, uluslararası teamül hukuku oluşumunun, herhangi bir uluslararası antlaşmanın bürokratik oluşum aşamalarını gerektirmeyen özelliği, çok sayıda devletin teamül oluşumuna katılabilmesi dolayısıyla daha demokratik bir süreç olarak görülmesi (bazı devletlerin diğerlerinden daha eşit olduğu gerçeği göz ardı edilmeden); teamülün çoğunluk tarafından kabul edilmesinin onun bağlayıcılığını arttırması veya uluslararası hukuk kişilerini söz konusu kuralla bağlı olmaya teşvik etmesi ve ulusal hukuk sistemleri gibi merkezi olmayan uluslararası hukuk sistemini en iyi yansıtan kaynak olarak kabul edilmesi, teamülün hala oldukça önemli bir kaynak olduğunu kanıtlayan hususlardır[178].

Tüm bu özellikler, elbette teamülü uluslararası hukukun en mükemmel kaynağı haline getirmemektedir. Zira karmaşık uluslararası ilişkiler ağında, herhangi bir teamül kuralının oluşumunu tespit etmek oldukça zordur. Yine de bu tip sorunlar teamülün işlevselliğini koruduğu, hatta belli alanlarda arttırdığı gerçeğini, ortadan kaldırmaz.

Özetle, uluslararası hukukun kaynağı olarak teamül kurallarına atfedilen önem, uluslararası bir yasama organının olmayışı sebebiyle daha fazladır. Zira uluslararası hukuk bir yasama organı elinden çıkmış kurallardan ziyade teamül kurallarına dayanmaktadır. Hatta uluslararası hukukun köken itibarıyla teamüli bir hukuk olduğu bile söylenebilir[179].

---

175 C. De Visscher (1960) Theory and Reality in Public International Law, Third Edition, Princeton, ss. 161– 2'den aktaran: Shaw, s. 52.

176 Friedmann, s. 123.

177 D'Amato, s. 12; Wofke, Karol (1964) Custom in Present International Law, Wroclaw: Zaklad Narodowy im. Ossolińskich, s. 10- 11; Shaw, s. 52.

178 Shaw, s. 52.

179 Henriksen, s. 24.

Bu noktada uluslararası antlaşmalar ile uluslararası teamül kurallarının oluşumunun karşılaştırılması söz konusu olmaktadır. Öyle ki, uluslararası bir antlaşmanın oluşumu ile iki unsurlu uluslararası teamül hukukunun oluşumu bir arada düşünüldüğünde, teamülün neden köken itibarıyla daha uygun bir kaynak olduğu da ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası teamül kuralları, uluslararası hukuk kişilerinin (büyük ölçüde devletlerin) günlük etkileşimlerine dayanmakta ve değişen durumlara kolaylıkla uyum sağlayıp, cevap verebilmektedir[180]. Bununla paralel olarak, her ne kadar teamülün oluşumu ve bir uluslararası hukuk kaynağı olarak değeri tartışmalı olsa da çoğu zaman daha bürokratik süreçler gerektiren uluslararası antlaşmalara göre daha tercih edilebilir göründüklerini söylemek mümkündür[181].

Uluslararası teamül kurallarının bir kaynak olarak incelenmesi bizi, UAD Statüsü m.38/1-b'deki "hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül" ifadesine götürmektedir. İlgili ifade, günümüz sorunlarına tam olarak cevap veremeyecek kadar dar kapsamlı olduğu ve sadece pozitivist yaklaşımla ele alındığı gerekçesiyle yoğun eleştirilere tabi tutulsa da uluslararası teamül hukuku konusuna başlamak için vazgeçilmezdir[182]. Zira bu maddede teamül, uluslararası antlaşmalar ve hukukun genel prensipleri ile birlikte, uluslararası hukukun bağlayıcı kaynakları arasında sayılmıştır.

Her ne kadar bu belirleme uyuşmazlık çözümünde UAD'ye yol gösterici olarak ortaya konulmuş olsa da UAD dışındaki yargı organları ile birçok akademisyen de ilgili maddeyi esas almaktadır. İlgili madde içerik açısından incelendiğinde, uluslararası hukukun kaynaklarından biri olan teamülün unsurlarının neler olduğu ortaya çıkmaktadır.

---

180 Henriksen, s. 24.

181 Herhangi bir kuralın bir antlaşma hükmü olması için aşılması gereken bazı bürokratik süreçler varken ve bazen bu süreçlerden başarılı olarak geçilemezken, uluslararası teamül hukukunda böyle bir durum söz konusu değildir. Kendiliğinden gelişen bir sürece sahip olan uluslararası teamül hukukunda söz konusu süreçlerden bahsedilmeyecektir. YUCM tarafından teamül olarak ilan edilen kimi savaş suçlarının buna rağmen Roma Statüsü'ne dahil edilememesi bunun en güzel örneğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akande, Dapo (2018) "Customary International Law and the Addition of New War Crimes to the Statute of the ICC", Blog of the European Journal of International Law, https://www.ejiltalk.org/customary-international-law-and-the-addition-of-new-war-crimes-to-the-statute-of-the-icc/, s. 3, s.e.t. 04.01.2020.

182 Schlütter, Birgit (2010) Developments in Customary International Law Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, s. 10.

Bu bağlamda belli bir davranış şeklinin, uluslararası hukuk kişileri arasında genel bir uygulama olarak takip edilmesi ve yine bunlar tarafından hukuki bir yükümlülük olarak benimsenmesiyle bir uluslararası teamül kuralının ortaya çıktığı kabul edilir[183].

Bunlardan ayrı olarak, uluslararası teamül hukuku kurallarının, kendisine itiraz edenler dışındaki uluslararası hukuk kişileri için bağlayıcı olduğu ve hatta bu boyutuyla evrensel bir bağlayıcılığa sahip oldukları ileri sürülebilir. Zira özelde, teamüli ceza hukuku olmak üzere uluslararası teamül hukukunun "evrensel uluslararası hukuk" olarak nitelendirilen yüksek ahlaki ve normatif değere sahip kuralları haiz oldukları kabul edilmektedir[184]. Bu genelleme tüm uluslararası teamül hukuku kuralları için mutlak geçerli olmadığı gibi, gerekli de değildir. Belli devletler arasındaki ilişkiyi düzenleyen bölgesel teamül kuralları bunun tipik bir örneğidir. Bu gibi istisnalar dışında da genel nitelikli uluslararası teamül kuralları oluşumu sırasında herhangi bir itirazda bulunmayan tüm devletler oluşan bu yeni teamül kuralıyla bağlı olacaklardır.

Uluslararası antlaşmalar ile uluslararası teamül kurallarını bu şekilde genel hatlarıyla ortaya koyduktan sonra, son olarak uluslararası hukukun bu iki ana kaynağının birbirleriyle olan ilişki ve aralarındaki farklılıklarına kısaca değinmek elzem görünmektedir.

İlk olarak söylenmesi gereken, uluslararası teamül hukuku kurallarının uluslararası antlaşmalardan daha geniş bir bağlayıcılığa sahip olduklarıdır. Genel anlamda sadece taraflar açısından bağlayıcılık arz eden uluslararası antlaşmaların aksine uluslararası teamül hukuku kuralları, oluşumları sırasında ısrarlı itiraz edenler dışındaki tüm uluslararası hukuk kişilerini bağlamaktadırlar. Hatta hem uluslararası bir antlaşmada yer alan hem de bir uluslararası teamül hukuku kuralı olan uluslararası hukuk kuralı, bu niteliği gereği bahsi geçen antlaşmayı onaylamamış devletleri de kapsamına almaktadır. Böylece ilgili antlaşmanın taraflarının, antlaşmadan önce meydana gelen eylemleri de uluslararası teamülün kapsamı sebebiyle, bu kurala tabi olacaktır[185].

Ayrıca hem bir uluslararası antlaşmada hem de teamül hukukunda düzenlenmiş bir kuralın bu kaynaklar ekseninde bağlayıcılığı, farklı kaynaklarda düzenleniyor olması

183 Henriksen, s. 25.
184 Schlütter, s. 3.
185 Scharf (2014) s. 309.

sebebiyle, birbirini etkilemeyecektir[186]. Şöyle ki, herhangi bir devlet, bir antlaşmaya koyacağı çekince ile ilgili kuralın kendisine uygulanmasına engel olabilirken, aynı zamanda teamül hukukunda düzenlenen söz konusu kuralın teamül kuralı olarak uygulanmasına engel olamayacaktır. Bu durum karşılığını 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.43'te[187] bulmuştur. İlgili maddede her ne kadar doğrudan uluslararası teamül hukuku zikredilmese de uluslararası hukukun bir antlaşmadan bağımsız olarak yüklediği yükümlülüklerle ilgili antlaşmada engel bulunsa dahi, ilgili hususun teamül kuralı olarak devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Daha doğru bir ifadeyle, m.43'ten böyle bir sonuç çıkarılabilmektedir.

İki kaynak arasında değinilmesi gereken diğer bir fark, uluslararası antlaşmalarda duruma göre taraflara çekilme imkanı sunulmuşken, uluslararası teamül kurallarından çekilme gibi bir durumun söz konusu olmamasıdır[188]. Taraflar teamül hukukundan kaynaklı yükümlülüklerini, uluslararası antlaşmaların aksine çekilme suretiyle sona erdiremeyeceklerdir[189].

Uluslararası antlaşmalar ve uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişki bağlamında, uluslararası bir antlaşma ile uluslararası bir teamül kuralı oluşturulamayacağı, buna karşın uluslararası antlaşma ile mevcut hukukun kodifiye edilebileceği veya yeni bir teamül hukuku kuralının oluşumuna, gelişimine zemin oluşturulabileceği iddia edilmektedir[190]. Uluslararası antlaşma ile doğrudan bir uluslararası teamül kuralı oluşturulabileceğini savunan Villiger'e göre ise yazılı kurallarla teamül hukukunun dinamik yapısı kontrol edilebilecektir[191]. Bu bağlamda antlaşma kuralları ile yeni teamül kuralları ortaya çıkabilecek, ancak bunların ne kadar süre devam edebileceği, hangi devletleri bağlayacağı

---

186 Meron, Theodor (1987) "The Geneva Conventions as Customary Law", The American Journal of International Law, V. 81, N. 2, s. 349.

187 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 43: "Bu Sözleşmenin veya (söz konusu) antlaşma hükümlerinin uygulanması yoluyla bir antlaşmanın geçersizliğine hükmedilmesi, sona erdirilmesi, taraflardan birinin antlaşmadan çekilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması; herhangi bir devletin antlaşmada yer alan fakat antlaşmadan bağımsız olarak milletlerarası hukuk gereğince yerine getirilmesi gereken herhangi bir yükümlülüğünü icra etmesi görevine herhangi bir şekilde zarar vermez" [Gündüz/ Günel (Editör), s. 66].

188 Scharf (2014) s. 309; Meron, s. 349.

189 Meron, s. 349.

190 Boyle/ Chinkin, s. 236.

191 Villiger, Mark E. (1985) Customary International Law and Treaties, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, s. 238.

ya da oluşum anlarının tespiti mümkün olmayacaktır[192].

Aynı kuralın hem uluslararası antlaşma kuralı olarak hem de uluslararası teamül kuralı olarak var olmasına engel bir durumun olmadığı, UAD tarafından 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı'nda[193] ve 1986 Nikaragua Kararı'nda[194] da ifade edilmiştir. UAD ayrıca, özellikle çok taraflı antlaşma müzakerelerinde, bir hukuk oluşturma niyetinin olabildiğini, bu durumun, antlaşma maddelerinin, bilhassa konsensüs ya da devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilmesinde kendini gösterdiğini dile getirir. Dolayısıyla burada *opinio juris* unsurunun kanıtının ortaya çıkmış olduğu ifade edilmektedir[195].

Yeni bir teamül hukukunun oluşumu ve gelişimi için bu tip antlaşma müzakereleri sırasında ortaya çıkan konsensüsün; tek başına yeterli olmayacağının, *opinio juris* unsuruna güçlü bir kanıt oluştursa da devlet uygulamalarıyla desteklenmesinin gerektiğinin vurgulanmasında fayda vardır. Bu bağlamda konsensüs ile ya da güçlü bir çoğunluk tarafından kabul edilen uluslararası antlaşmaların bütün devletleri bağladığının kabulü mümkün olmadığı ifade edilmektedir[196].

Bu noktada, uluslararası bir teamül kuralını kodifiye eden bir uluslararası antlaşmanın, bütün devletler için bağlayıcı olup olmayacağının ayrıca irdelenmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki böyle bir durumda teamül kuralının varlığının ve bağlayıcılığının, uluslararası antlaşmadan ayrı olarak devam ettiği hatıra getirilmelidir[197]. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmadığı halde, bu Sözleşme'nin birçok hükmü ile bağlı olan devletlerin durumu bunun tipik örneğidir. Bu durum, bir boyutuyla 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.34'te "bir andlaşma, rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır"[198] şeklinde ve Latince *pacta tertiis nec nocent*

---

192 Villiger, s. 238.

193 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları, UAD Kararı, s. 38, 39, p. 61, 63, K.T. 20.02.1969.

194 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 95, p. 177, K.T. 27.06.1986. Yine 1986 Nikaragua Kararı'nda, herhangi bir uluslararası antlaşma ile kodifiye edilmiş bir uluslararası teamül hukuku kuralının, ilgili antlaşmadan ayrı olarak varlık göstereceği ve uygulanabileceği ifade edilmiştir [Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 86, p. 179, K.T. 27.06.1986; Merkouris, Panagiotis (2010) "Article 31 (3) (c) of the VCLT and the Principle of Systemic Integration" (Doktora), Queen Mary University of London, School of Law, s. 197].

195 Boyle/ Chinkin, s. 237.

196 Boyle/ Chinkin, s. 238.

197 Meron (1996) s. 246.

198 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 34 için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf, s.e.t. 26.02.2019.

nec prosunt kavramıyla ifade edilen kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

Son olarak söylenmesi gereken önemli bir husus, antlaşma görüşmelerinin teamül hukukunun oluşumuna uygun bir zemin hazırlıyor olmasıdır. Uluslararası antlaşma görüşmelerine katılan tarafların görüşlerinin en bariz şekilde analiz edilebileceği söz konusu görüşmeler sırasında, devlet uygulamaları açık ve objektif olarak en tespit edilebilir durumdadır. Bundan dolayı, uluslararası antlaşma görüşmeleri (*travaux préparatoires*) uluslararası teamül hukukunun en önemli kanıtları arasında yer almaktadır[199].

1.3. Hukukun Genel Prensipleri

Hukukun genel prensipleri, "birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmalarına ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunmayan, devletlerin ortak hukuk değerlerini içeren kurallar"[200] ve "bütün uygar hukuk sistemlerinde ortak hukuk düşüncelerinin özü"[201] şeklinde tanımlanabilmektedir.

Bir başka tanımda ise hukukun genel prensipleri "uygar milletlerin hukuki deneyimlerinin tezahürü olan prensipler, çeşitli ulusal hukuk sistemlerinde ortak olan, çeşitli hukuk dallarındaki (kamu ve özel, anayasa idare ve usul gibi) hukuk kurallarının karşılaştırılması, genelleştirilmesi ve sentezi…"[202] şeklinde ifade edilmektedir.

Uluslararası toplumun "ortak hukuk değerleri" olarak anlaşılması gereken söz konusu prensipler, UAD'nin önüne gelen olayda uygulanacak bir uluslararası antlaşma kuralı ve uluslararası teamül kuralı bulamadığında başvuracağı bir kaynak ve dolayısıyla hukuk boşluğu oluşmasını engelleme düşüncesinin bir tezahürü (ilgili prensipler bu kapsamda hukuk kurallarının yorumlanmasında rehber görevi de görmektedir) olarak görülmektedir[203]. UAD açısından ilgili prensipler, UAD'nin günümüz dünyasının hızlı değişimine ayak uydurmasına olanak sağlamakta ve karşılaştığı sorunlar bağlamında çözüm alanını genişletmektedir.

---

199 Wolfke, Karol (1964) Custom in Present International Law, Wroclaw, Wroclaw Scientific Society, s. 137; Cunningham, s. 539.

200 Dictionnaire (J. Basdevant), s. 474- 475; Dictionnaire (J. Salmon), s. 879- 880'den aktaran: Pazarcı (2011) s. 234- 235.

201 Schlesinger (1957) "Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", 51 AM. J. INT'L L. 734, 739'den aktaran: Bassiouni, M. Cherif (1990) "A Functional Approach to "General Principles of International Law", Michigan Journal of International Law, V. 11, I. 3, s. 770.

202 Lauterpacht, E. (ed. 1970) International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht 69, 74'den aktaran: Bassiouni, s. 770.

203 Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 77- 78; Swart, s. 77; Cassese (2005) s. 188.

Uluslararası hukukun esas kaynaklarından biri olarak görülen hukukun genel prensiplerinin, uluslararası hukuktaki işlevlerine gelince bunlar; uluslararası antlaşmaların ve uluslararası teamüllerin yorumlanması, yeni kurallar oluşturulması, söz konusu kuralların değiştirilmesi şeklinde özetlenebilir[204].

UAD Statüsünde uluslararası hukukun kaynaklarından biri olarak yer alan hukukun genel prensipleri, ulusal hukuklar bakımdan da kaynak niteliği taşımaktadır. Ancak bu durum, hukukun genel prensiplerinin tamamının ulusal ve uluslararası hukuklarda ortak olduğu anlamına gelmemektedir[205].

Uluslararası hukukun genel prensipleri, UAD Statüsü m.38/1-c'de şu şekilde düzenlenmiştir: "Medeni milletler tarafından kabul edilen hukukun genel prensipleri". Bu ifade bazı tartışmalara neden olmuştur. Medeni milletler ibaresinin, döneminin anlayışını yansıttığı ve bugünkü anlayışla ters düştüğü, bu yüzden onun yerine "uluslar toplumu" ibaresinin kullanılmasının daha yerinde olacağı da öneriler arasındadır[206]. Oppenheim'a göre de maddede yer alan ilgili ifadeden, yasal bir topluluğun üyesi olmaktan kaynaklanan hukukun genel prensiplerine uyma konusunda, devletlerin rızasının anlaşılması gerekmektedir[207].

Hukukun genel prensiplerine ilişkin tek tartışmalı hususun Statü'de yer alan söz konusu ibare olmadığı, prensiplerin başlı başına bir tartışma konusu olduğu 2017 yılında yayınlanan UHK raporunda da belirtilmiştir. Raporda, uluslararası hukukun yalnızca devletlerin rızasını verdiği kurallardan oluşacağı, bu yüzden de hukukun genel prensiplerinin kabulünün, pozitif hukukun reddi anlamını taşıyacağı yönündeki görüşlerin olduğu dile getirilmiştir[208].

Hukukun genel prensiplerine getirilen temel eleştirilerden bir diğeri, hukukun genel prensiplerinin diğer uluslararası hukuk kaynakları ve kurallarından (uluslararası antlaşma, uluslararası teamül, hakkaniyet, buyruk kural) farklı bir varlığı olmadığı yönündedir. UAD Statüsü'nün hukukun genel prensiplerine ilişkin düzenlemesinin, UAD'ye ve dolayısıyla diğer bir uluslararası mahkemeye, devletlerin rızası hilafına hukukun genel prensiplerine

---

204 Bassiouni, s. 775- 776; Cassese (2005) s. 188.

205 Swart, s. 76.

206 Voigt, Christina (2008) "The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law", Retfærd Årgang 31, N. 2/ 121, s. 5.

207 Oppenheim, L./ Lauterpacht, H. (Editör) (1962) International Law A Treatise, V. 1- Peace, Sixth Edition, London, Longsman, s. 29.

208 UHK'nin 2017 yılı 69. oturum raporu için bkz. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/ reports/2017/english/annex.pdf&lang=EFSRAC, s.e.t.05.01.2018; Aynı görüş için bkz. Bozkurt/ Poyraz/ Erdal, s. 72.

başvurma olanağı tanıması, söz konusu eleştiriye genel bir cevap niteliğindedir[209]. Bu genel cevabın dışında, çalışmamızın ana konusu ekseninde ilgili aynılık iddiasının teamüle bakan boyutuyla tartışmak yerinde olacaktır.

Hukukun genel prensiplerinin uluslararası teamülden başka bir şey olmadığı iddiası, hukukun genel prensiplerinin de tıpkı teamül kuralları gibi devlet uygulamasına dayanması ile gerekçelendirilmektedir. Karşılaştırmaya konu iki uluslararası hukuk kaynağının, oluşum şekli ve hukuki etki bakımından farklı olmaları, bahsi geçen gerekçeyi çürütmeye yetmektedir. Zira "uluslararası teamül için istikrarlı ve sürekli bir devlet uygulaması gerekirken; hukukun genel prensipleri için devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde ya da hukuk anlayışlarında bu yönde bir kuralı açıkça ya da üstü kapalı olarak benimseyip benimsemedikleri aranmaktadır"[210]. Uygulamada, teamül kuralının varlığının, ileri süren tarafından ispatlanması aranırken, hukukun genel prensiplerinin hakim tarafından re'sen dikkate alınması iki kaynak arasındaki farkı açıkça ortaya koymaktadır[211].

Teamül kuralları ile hukukun genel prensiplerinin farklı kaynaklar olduğunun en temel kanıtı ise her iki kaynağın ortaya çıkış şeklidir. Teamül kuralları kural olarak devletlerin ulusal hukuklarından bağımsız olarak, devletlerin uluslararası ilişkilerindeki uygulama ve eylemlerinden doğarken; hukukun genel prensipleri her bir devletin kendi ulusal hukukunda ortaya çıkıp aynı zamanda diğer devletler için de ortak olan prensiplerdir. Yani hukukun genel prensiplerinin doğuşu ulusal hukuk kaynaklıdır.

Nihayet UAD kararlarına baktığımızda, hukukun genel prensiplerine, doğrudan bu isim altında olmasa da sıkça yer verildiği bilinmektedir. 1949 Korfu Kanalı Davası'nda, "temel insani mülahazalar, savaştan çok barış için mücadele etmek, deniz ulaşım özgürlüğü, bir devletin ülkesinin diğer devletlerin zararına olacak şekilde kullanılmaması"[212] gibi ifadelerle dile getirilmeye çalışılanın, hukukun genel prensipleri olduğu kabul edilmektedir[213].

1974 Nükleer Denemeler Davası'nda UAD, iyiniyet prensibini, hukuki yükümlülük yaratılması ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesindeki temel prensiplerden biri olarak kabul etmiştir. Ayrıca, uluslararası antlaşmalar hukukundaki ahde vefa gibi birçok kuralın

---

209 Voigt, s. 6.

210 Pazarcı (2011) s. 237.

211 Pazarcı (2011) s. 237. Hakimin hukukun genel prensiplerini doğrudan uygulayabileceğine ilişkin ayrıca bkz. Shaw, s. 69.

212 Korfu Kanalı Davası, UAD Kararı, s. 22, p. 4, K.T. 09.04.1949.

213 Pazarcı (2011) s. 240- 241.

temeli olan iyi niyet prensibinin, devletlerin tek taraflı bildirimleriyle oluşturdukları yükümlülüklere uyulmasını sağlayabileceğine hükmetmiştir[214].

Aynı şekilde UAD'nin 1962 Batı Sahra danışma görüşünde self determinasyon prensibi hukukun genel prensibi olarak ele alınmıştır[215]. Bunun yanı sıra, hakkın kötüye kullanılmaması, kazanılmış haklar, devletlerin egemen eşitliği, kesinleşmiş yargı kararına saygı, sebepsiz zenginleşme, ayrım gözetmeme, adaletten kaçınmanın yasaklanması gibi prensipler, hukukun genel prensiplerinin örneklerini oluşturmaktadır[216].

2. YARDIMCI KAYNAKLAR

Yardımcı kaynaklar başlığı altında ilk olarak, UAD Statüsü m.38/1-d'den yola çıkılarak belirlenen ve yardımcı kaynak olarak kabul edilen yargı kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretileri ele alınacaktır. Yardımcı kaynak olarak görülen iki kaynak bağlayıcı kaynaklarda olduğu gibi, uluslararası hukuk kurallarını yaratmayan, sadece bu bağlayıcı kaynakların varlığı ve içeriğinin ispatı konusunda kendisine başvurulan kaynaklar olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra şunu baştan ifade etmekte fayda vardır ki, m.38'de sayılan kaynaklar tahdidi değildir, uluslararası hukukta kaynaklar denilince doğrudan m.38'e atıf yapılsa da bunlar dışındaki kaynaklar da geçerli olabilecektir. Zira yardımcı iki kaynaktan sonra ele alınacak olan yumuşak hukuk da böyle bir kaynaktır.

Yardımcı kaynaklar başlığı altında, iki yardımcı kaynak ve ardından yumuşak hukuk incelendikten sonra sıra, hakkaniyet ve nısfete geçilecektir. UAD Statüsü m.38/1-d bendinde, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak kabul edilen ilk iki kaynağın yardımcı nitelikleri, UAD'nin bir uyuşmazlık çözümünde doğrudan bu iki kaynakla çözüme gidemeyeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla bu iki kaynağa sadece bir uluslararası antlaşmanın ya da bir uluslararası teamül kuralının, tayin ve tespitinde başvurulabilecektir[217]. Genel kabule göre, UAD Statüsü'nü hazırlayanlar; uluslararası antlaşma, uluslararası teamül kuralı ya da hukukun genel prensiplerine tanınan bağlayıcı kaynak olma niteliğini, yargı kararlarına ve öğretiye tanımamıştır. Ancak aksi yönde görüşler de söz konusudur. Örneğin Georges Scelle ve Hans Kelsen, özellikle yargı

214 Nükleer Denemeler Davası, UAD Kararı, s. 268, p. 46, K.T. 20.12.1974.
215 Batı Sahra Davası, UAD Danışma Görüşü, K.T. 16.10.1975.
216 Pazarcı (2011) s. 244- 252.
217 Çelik (1965) s. 227; Meray (1968) s. 102; Bozkurt/ Poyraz/ Erdal, s. 74.

kararlarına verilen söz konusu yardımcı kaynak niteliğinin yerinde olmadığını, bunların bağımsız kaynak olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır[218].

2.1. Yargı Kararları

Genellikle ilk yardımcı kaynak olarak ifade edilen yargı kararları; ulusal mahkeme, uluslararası mahkeme, daimi mahkeme, *ad hoc* mahkeme, hakemlik mahkemesi olup olmadığına bakılmaksızın tüm yargı kararlarını kapsamaktadır. Kural koyma, yasama fonksiyonu olduğundan mahkemelerin kural olarak sahip oldukları tek yetki, mevcut hukuku uygulamaktır. Dolayısıyla kural olarak normatif karakterden yoksun olan yargı kararları söz konusu nedenden ötürü yardımcı kaynaktır. Zira yargı kuruluşları da kendilerinden önce var olan kuralları uygularlar yeni kural yaratmazlar[219].

Uluslararası yargı kararlarının niteliği konusu incelenirken genellikle Anglo Sakson hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde uygulanan *stare decisis*[220] prensibine değinilmektedir. Zira uluslararası yargı kararları için geçerli olmayan söz konusu prensip, mahkemeler için önceki kararların takibini ve bu kararlara bağlılığı gerektirmektedir. UAD Statüsü m.59 gereği, "Divan kararının sadece uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için geçerli" olduğu hükmü, esasında tüm uluslararası yargı kararları için geçerlidir. Ancak bu durum, uluslararası yargı kararlarının "emsal olabilme" noktasındaki mevcut önemini azaltıcı bir etki göstermez[221]. Örneğin, AİHM açısından *stare decisis* prensibinin geçerli olmadığı iddia edilse de Mahkeme'nin karar verirken genellikle önceki kararlarından yola çıktığı bilinmektedir[222]. Sadece AİHM özelinde değil, diğer uluslararası yargı kuruluşları bakımından da geçerli olan bu durum, bu kuruluşların birbirleri bakımından, davacı ve davalılar bakımından, akademisyenler bakımından ve tüm ilgililer

---

218 Scelle, Georges, Cours., s. 595- 596; Precis II, s. 316; Kelsen, Hans, Théorie du Droit International, Rec. Cours. 1931/ I, T. 35, s. 662- 663'den aktaran: Çelik (1965) s. 229.

219 Swart, s. 79.

220 *Stare decisis* prensibi, emsal öğreti, ya da Latince isminin çevirisiyle "karar sürsün", bir mahkemenin bir konuda vermiş olduğu kararın, daha sonraki başka davalarda tekrar aynı noktalarıyla ortaya çıkması durumunda söz konusudur. Böyle bir durumda mahkemenin kararına bağlı kalınması, ilk görüşün değiştirilmemesi gerektiği prensibidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Garner, Bryan A. (Editor) (2004), Black's Law Dictionary, Eight Edition, s. 4403; Gözler, Kemal (2016) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 8.Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 449; Değerli, Yavuz Selim (2020) Anayasa Yargısında Ön- Denetim, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 44, dipnot 210.

221 Ünal, s. 73.

222 Özdemir, Metin (2018) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmemesi ve İhlal Prosedürü (AİHS m. 46/ 4, m. 46/ 5)", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, s. 133. Stare decisis prensibine bağlı olmasa da UAD'de de tutarlılık adına kendi kararlarını takip etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Swart, s. 79.

bakımından geçerlidir. Yerine göre, herhangi bir davada bir mahkemenin bir hukuk kuralına getirmiş olduğu yorum, yapmış olduğu tespit o dava ile benzerlik gösteren herhangi yeni bir davanın açılmasında esaslı bir etken olabilecektir.

Mahkemenin benzer ya da aynı olaylar ve davalar için tutumunun ifadesi olan mahkeme kararları, daha önce de vurgulandığı üzere *stare decisis* prensibinin yokluğu bağlamında bir zorunluluk arz etmese de ihtiyari bir emsal oluşturmaya devam edecektir. Örneğin UAD, BM Genel Kurulu'nun yetkilerine ilişkin bir konuda verdiği danışma görüşünde, Dantzig'de Polonya Posta Hizmeti anlaşmazlığı kararından yararlanırken, ABD vatandaşlarının Fas'ta sahip oldukları haklara ilişkin kararında ise, Sığınma Hakkı anlaşmazlığı kararından faydalanmıştır[223]. Sığınma hakkı anlaşmazlığı kararındaki bölgesel teamüle ilişkin görüşünü aynen tekrarladığını belirtmek gerekir[224].

2.2. Öğreti

UAD Statüsü m.38/1-d'de hüküm altına alınan bir diğer yardımcı kaynak, madde ifadesiyle çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretileri ya da doktrindir. Meray, öğretiyi şu şekilde tanımlamaktadır:

> "*Hukuk nazariyecilerinin görevi müsbet hukuku izah ve tespit etmek, şerhler ve sistematik eserler meydana koymak, hukuki kaidelerle hukuki hadiseler arasındaki münasebetleri arayıp bulmak, lüzum görürse yürürlükteki kaideleri tenkid ve yenilerini teklif etmek ve bunu yaparken de nazariyat sahasında vereceği malzeme ile hukuk tatbikatçısının işini kolaylaştırmaktır. Hukuk tatbikatçısı bir anlaşmazlığı hal için pozitif hukuk kaideleriyle bağlı olduğu halde, hukuk nazariyatçısı böyle bir ihtilaf üzerinde fikrini beyan ederken mutlaka bu kaidelerle bağlı değildir*"[225].

Öğreti kelimesinin güzel bir ifadesi olan söz konusu bu tanımdan anlaşılmaktadır ki esasında öğreti, hareket alanı itibarıyla uluslararası hukukun en bağımsız kaynağıdır. Etki alanı bakımından uluslararası antlaşmalar ya da uluslararası teamül kurallarından sonra tali nitelikte bir kaynak olarak kabul ediliyor olsa da önemli bir gelişim kaynağıdır. Zira öğretiyi ortaya koyan hukuk bilimciler, akademisyenler gibi kişiler ve UHK, Uluslararası

---

223 Çelik (1965) s. 231.
224 Çelik (1965) s. 231.
225 Meray (1968) s. 104.

Hukuk Derneği, Uluslararası Hukuk Enstitüsü gibi kurumlar yaptıkları faaliyet sırasında sadece olanı (*lex lata*) değil olması gerekeni (*lex ferenda*) de incelemekte ve ortaya koyabilmektedirler[226].

Her şeyden önce öğreti, geniş bir fikir alanına sahiptir ve bundan dolayı yönlendirme kuvveti vardır[227]. Öğretinin yön verdiği kesimlerden biri de -dolaylı da olsa- yargı kuruluşlarıdır. Zira pek çok yargı kararında hakimler, kendi kararlarını öğretideki görüşlerle gerekçelendirmekte ve bazen de ilgili konunun uzmanı bir akademisyenden görüş isteyebilmektedirler. Türkiye ve Güney Kıbrıs Yönetimi arasında, Güney Kıbrıs'ın AB üyeliği konusunda yaşanan uyuşmazlıkta, söz konusu üyeliğin hukukiliğinin ünlü uluslararası hukukçu Maurice Menselson'a sorulması bu konuya güzel bir örnek teşkil etmektedir[228].

Tüm bu söylenenlere karşın, netice itibarıyla öğreti doğrudan doğruya bir hukuk yapım şekli ya da kaynağı değildir. Öğretinin her durumda değil, ancak mevcut hukuku incelerken yardımcı kaynak olarak değerlendirilebileceği yaklaşımı, bu açıdan dikkate değerdir[229].

Nihayet belirtmek gerekir ki, herhangi bir uluslararası davada bireysel görüş, farklı gerekçe bildiren bir hakimin bu görüşleri de öğreti kategorisinde değerlendirilmektedir[230].

Uluslararası hukuk ifadesi, işin doğası gereği zihinde "belli bir hukuki sistemi" çağrıştırmaktadır. Ulusal hukuk düzenlerinden daha yeni bir hukuk düzeni olan uluslararası hukuk düzeni, sistemli bir düzen olarak anılmasını Hugo Grotius'un yazmış olduğu *De Jure Belli ac Pacis* isimli eserine borçludur. Grotius'un uluslararası hukukun babası olarak anılmasının nedeni olan bu eser ile uluslararası hukuk, bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul görmüştür.

Bununla birlikte, uluslararası hukukun hukuk olarak var olması sadece Grotius

---

226 Meray (1968) s. 104; Acer/ Kaya, s. 62.

227 Pazarcı (2011) s. 256; Kaczorowska, Alina (2015) Public International Law, Fifth Edition, New York, Routledge, s. 53- 54.

228 Acer/ Kaya, s. 63. UAD Gabcikovo/ Nagymaros Davası'nda, UHK tarafından hazırlanan Devletin Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddelerine atıf yapması da bu konuya güzel bir örnek teşkil etmektedir. UAD'nin zaman zaman, Oppenheim gibi ünlü hukukçuların kimi çalışmalarına atıf yaptığı da bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaczorowska, s. 54.

229 Lütem (1956) s. 93; Kaczorowska, s. 53.

230 Pazarcı (2011) s. 257; Bozkurt/ Poyraz/ Erdal, s. 75.

sayesinde olmamıştır. Uluslararası hukukun bugünkü anlamıyla var olmasında etkisi olan isimlerden bir diğeri ise Richard Zouche'dir. Bunların dışında, uluslararası hukukun hukuki niteliği konusunda geliştirdikleri farklı görüşlerle Samuel Rachel, Georg Friedrich von Martens, Emerich de Vattel, Henrich Triepel, Dionisio Anzilotti, Karl Strupp, Charles Rousseau, H. Lauterpacht, Hans Kelsen, Alfred von Verdross uluslararası hukuk öğretisinin önemli isimleridir[231].

Bu isimlerin, özellikle uluslararası hukukun varlığına ve hukuki niteliğine yönelik gerçekleştirdikleri yoğun teorik tartışmalar, hakimlerin doğrudan yararlandıkları kaynaklar arasında olmaları hasebiyle esaslı birer kaynak niteliğindedirler. Ancak bu ifadeden öğretide bir birlik olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Zira yukarıda ismi geçen uluslararası hukukçular içinde, uluslararası hukuku; doğal hukuk görüşü, pozitif hukuk görüşü gibi farklı görüşler ile açıklamaya çalışanlar olduğu gibi; Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Francis Hutzheson, Thomas Rutherfort, Jean Barbeyrac ve Jean Jacques Burlamaqui gibi uluslararası hukuku tamamen reddeden isimler de bulunmaktadır[232].

Gelişmekte olan bir hukuk dalı olarak uluslararası hukuk için, birbirinin aksi yöndeki bu eleştiri ve fikirler, söz konusu gelişmeye geniş bir katkı sağlamaktadır. Zira hukukun üstünlüğünü sağlamaya dönük birçok prensip konusunda gerek teorik olarak gerekse de uygulama bazında yetkin fikirler sunan alanında uzman kişiler, öğretinin kaynaklık etmesine (uluslararası hukukun yardımcı kaynağı olarak) vesile olmaktadırlar. Ancak şunu da eklemek gerekir ki, gittikçe öğretiye katkı sağlayan yazarların siyasileştiği, zaman zaman tarafsızlıklarını yitirdikleri de maalesef bilinmektedir[233]. Benzer bir durum, yargı kararları için de geçerlidir. Zira bu yardımcı kaynağın önemi de uluslararası yargısal kararlar veren hakimlerin objektifliklerini korumaları ölçüsünde artmaktadır[234].

Her iki yardımcı kaynağın çalışmamız açısından belki de en önemli noktaları, uluslararası teamül hukukunun unsurlarından biri olan devlet uygulamasını yansıtabilmeleridir. Örneğin, herhangi uluslararası bir davada davanın tarafı olan

---

231 Çelik (1965) s. 233- 234; Erkiner, Hakkı Hakan (2012) "Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klasik Dönemdeki Öğreti", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, s. 88- 89.

232 Çelik (1965) s. 233.

233 Harris, D. J. (1998) Cases and Materials on International Law, Fifth Edition, London, s. 56 vd.'dan aktaran: Ünal, s. 73.

234 Lütem (1956) s. 93.

devletlerden birinin savunmuş olduğu görüş, bir uluslararası hukukçunun uluslararası hukuka dair teorisini ya da görüşünü esas alabilir. Bunun dışında, ilgili uluslararası hukukçunun görüşü, vatandaşı olduğu devlet tarafından da benimsenebilir. Bu durum, devletin oluşan ya da oluşmakta olan bir teamül kuralına taraf ya da taraf olmama statüsünü ortaya çıkarabilir[235]. Ancak şimdiye kadar uluslararası yargı kararlarından herhangi birinin tamamıyla bir uluslararası hukukçunun bir teorisine ya da fikrine göre alındığı görülmüş değildir. Bunun yanı sıra uluslararası mahkeme hakimlerinin, genelde ünlü uluslararası hukukçular olduğunun vurgulanmasında yarar vardır[236].

2.3. Diğer Kaynaklar: Yumuşak Hukuk (*Soft Law*)-Hakkaniyet ve Nısfet

Bu başlık altında inceleyeceğimiz iki kaynağı ne bağlayıcı kaynaklar kategorisine ne de yargı kararları ve öğreti ile sınırlandırılan yardımcı kaynaklar kategorisine dahil etmek uygundur. Söz konusu bu iki tür kaynak, BM, AGİT gibi uluslararası kuruluşların yumuşak hukuk olarak isimlendirilen ve ahlaki bağlayıcılığa sahip olduğu kabul edilen kararları, bildirileri[237] ile, UAD Statüsü m.38/2 kapsamındaki hakkaniyet ve nısfettir. Hakimin hakkaniyet ve nısfete göre karar verebilmesi için ise tarafların rızaları gerekmektedir[238]. Bu iki kaynağı kısaca açıklamakta fayda görmekteyiz.

2.3.1. Yumuşak Hukuk (*Soft Law*)

Türkçe literatürde "yumuşak hukuk" (s*oft law)* olarak kullanılan kavramın, diğer kaynaklarla ve uluslararası hukuk yapımı ile ilişkili olduğu kabul edilmektedir. Öyle ki, çok taraflı uluslararası antlaşmalar ile BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi örneğinde görüldüğü gibi bu tür yumuşak hukuk kabul edilen belgelerin hukuk yapım potansiyelleri çok benzerdir. Bu yoğun benzerliğe karşın, yumuşak hukuk kuralları çoğunlukla "mevcut hukukun kanıtı, *opinio juris* ve devlet uygulamasının biçimlendiricisi" olarak kabul edilmektedirler[239]. Bunun yanı sıra sıklıkla kabul edildiği şekliyle, herhangi bir uluslararası

---

235 Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 88. Öğretinin, uluslararası teamül hukuku açısından kanıt niteğinde olduğu kabulü için bkz. Kaczorowska, s. 53.

236 Ünal, s. 74.

237 Yumuşak hukuk olarak isimlendirilen, uluslararası bağlayıcılığı olmayan belgelere örnek olarak; 1992 Rio Çevre ve Kalkınma Deklerasyonu, 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 1970 Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk Prensipleri, BM Çevre Programı'nın 1987 Çevresel Etki Değerlendirme Kılavuzları, Gıda ve Tarım Örgütü tarafından düzenlenen çeşitli davranış kuralları verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Boyle/ Chinkin, s. 217- 218; Kaczorowska, s. 59-64.

238 Ünal, s. 74- 77; Pazarcı (2011) s. 257.

239 Boyle/ Chinkin, s. 217; Kaczorowska, s. 59.

örgüt kararı ya da herhangi bir yumuşak hukuk metninde, ilgili kuralların hukuk oluşturduğunun açıkça yazması gerekmemektedir. Esasında bu tür metinlerin "hukuk" oluşturup oluşturmadıkları; genel anlamda norm oluşturabilecek bir niteliğe, tavsiyenin ötesinde bir etkiye sahip olmalarında ve kararın oylanması sırasında aldıkları desteğe göre ölçülebilmektedir[240].

Özellikle konsensüs ya da oybirliği ile kabul edilmiş bir kararın, temelde bir hukuk oluşturma niteliği ile doğmuş olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bir teamül kuralının ya da herhangi bir uluslararası hukuk kuralının oluşumu düşünüldüğünde, oybirliği ya da konsensüs dışında, üçte iki ya da dörtte üç çoğunlukla kabul edilen bir kurala itiraz eden ya da söz konusu kuralı kabul etmeyen devletler, çıkarlarının doğrudan etkilenmesi halinde, söz konusu kuralla bağlı olmayacaklardır[241].

Diğer yandan, açık denizlerde ağ ile avlanmanın yasaklanması örneğinde de görüldüğü üzere, BM Genel Kurul Kararı ile 1989'da getirilen, yumuşak hukuk kapsamına giren, dolayısıyla bağlayıcı olmayan bir yasak, BM Gıda ve Tarım Örgütü (GTÖ) tarafından 1991'de bağlayıcı bir düzenleme haline getirilebilmiştir. İlgili örnek, bağlayıcılığı olmayan bu tür yumuşak hukuk niteliğindeki belgelerin, diğer hukuk kaynaklarına göre, hukuki açıdan daha hızlı değiştirilebileceklerine güzel bir örnektir[242].

Söz konusu örnekte görüldüğü üzere bu tür belgeler, bağlayıcı bir niteliğe sahip olmamalarına karşın, bir yasağa uyma konusunda baskı veya etkili muhalefet ortamı sağlayarak bağlayıcı hukuki norma geçişi hızlandırmaktadırlar. Ancak her yumuşak hukuk belgesinin bu şekilde bir etkiye sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Yumuşak hukuk belgeleri, genel manada hukuk oluşumunda uluslararası antlaşmalar yanında alternatif olarak görülebilmekle birlikte; antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında tamamlayıcı bir rol de üstlenebilmektedirler[243].

2.3.2 Hakkaniyet ve Nısfet

Diğer kaynaklar başlığı altında inceleyeceğimiz ikinci bir kaynak ise hakkaniyet ve

---

240 Boyle/ Chinkin, s. 228.

241 Boyle/ Chinkin, s. 228.

242 Boyle/ Chinkin, s. 230; http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/44/225, s.e.t. 21.02.2019; 20 December 1991 on Large Scale Pelagic Driftnet Fishing, and other instruments collected in FAO, Legislative Study 47: The Regulation of Driftnet Fishing on the High Seas (Rome, 1991).

243 Boyle/ Chinkin, s. 231; Kaczorowska, s. 59.

nısfet prensibidir. Hakkaniyet ve nısfet (*ex aequo et bono)* Roma Hukuku menşeili bir kurumdur. Bu kurum UAD Statüsü m.38/2'de "bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakkaniyet ve nısfete göre karar verme yetkisini zedelemez"[244] şeklinde ifade edilmiş olup, en fazla uluslararası hakemlik mahkemeleri tarafından kullanılmaktır.

Hakkaniyet ve nısfetin çoğunlukla hakemlik mahkemeleri tarafından kullanılmasının çeşitli nedenleri vardır. Bu tercihin nedenleri, Statü'nün ilgili maddesi hakkında yapılan çeşitli yorumlardan çıkmaktadır. Ancak bu yorumlar, sadece bu nedenleri açıklamak için yapılan yorumlar olmayıp, bir bütün olarak hakkaniyet ve nısfetin Statüdeki anlamını açıklamaya yöneliktir. Bu yorumlardan özellikle vurgulanması gerekeni, UAD'ye m.38 ile iki tür yetki verildiğini ifade etmektedir: Bunlardan biri olağan yetki (pozitif hukuku uygulama), diğeri olağanüstü yetki (pozitif hukukun dışında hakkaniyet ve nısfete göre karar verme) dir. UAD olağan yetkisini kendiliğinden kullanırken, olağanüstü yetkisini kullanmak için tarafların rızasına ihtiyaç duymaktadır[245]. Zira Mahkemenin olağanüstü yetkisi kapsamındaki hakkaniyet ve nısfet, pozitif hukuk yoluyla olaya çözüm bulunamayan durumlarda, objektif ve adil bir sonuca ulaşılması için başvurulan bir kaynaktır.

Pozitif hukuk kuralları gelecekte ortaya çıkacak benzer olaylara uygulanmak üzere tasarlanmış olsalar da her zaman istenen sonucu vermeyebilirler. Ya da mevcut kuralların gerçekleşen olaylara uygulanması adil sonuçlar vermeyebilir. Böyle durumlarda hakim, adil sonuçlara ulaşmak için hakkaniyet ve nısfete göre karar verir[246]. Mahmut Belik'in ifadesiyle hakkaniyet ve nısfet, "objektif adaletin belli bir olaya, bu olayın özellikleri göz önünde tutularak uygulanmasıdır"[247]. Hakkaniyet ve nısfeti uygulayan hakimin söz konusu eyleminin farklı nedenleri vardır. Başka bir deyişle, hakkaniyet ve nısfete farklı roller atfedilmiştir. Bunlardan ilki; (her ne kadar m.38/2'deki tarafların rızalarıyla uygulanan hakkaniyet ve nısfet kapsamında olmasa da) uygulanacak pozitif hukuk kuralının ilgili olayda adaletsiz sonuçlar doğurabileceğinin anlaşıldığı durumlarda, hakimin hakkaniyet ve nısfeti göz önünde bulundurarak, ilgili kuralda yumuşatmaya gitmesi şeklinde gelişmekte

244 https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II, s.e.t. 21.02.2019.

245 Çelik (1965) s. 90; Pazarcı (2011) s. 248- 249.

246 Pazarcı (2011) s. 248- 249.

247 Belik, Mahmut R. (1948) "Milletlerarası Adalette Hakkaniyet ve Nısfetin Rolü", Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, Y. 1, S. 4, s. 150'den aktaran: Çelik (1965) s. 90.

ve *infra legem* olarak isimlendirilmektedir[248].

Hakkaniyet ve nısfete atfedilen ikinci rol ise, *praeter legem* olarak isimlendirilen hukukta boşluk doldurmadır. Böyle bir rol atfında, hukukta boşluk olup olamayacağı tartışmasına rağmen, pozitif hukukun cevap veremediği olaylara, tarafların rızası ile hakimin hakkaniyet ve nısfete dayalı bir çözüm getirmesidir[249].

Hakkaniyet ve nısfet prensibinin son rolü de *contra legem,* yani hukuku durdurma rolüdür. Durdurma eylemi esasen davanın taraflarınca gerçekleştirilmektedir. Şöyle ki, UAD Statüsü m.38/2'de bahsi geçen hakkaniyet ve nısfet kavramının en uygun karşılığı olarak görülen bu halde, pozitif hukukta olaya uygulanacak kural olmasına karşın tarafların hakimin hakkaniyet ve nısfete göre karar vermesini isteyebilmesidir[250]. Hakkaniyet ve nısfetin uygulanma şartı olan, tarafların talebinin gerekliliği nedeniyle, ilgili maddede tarif edilen yetki, UAD'nin olağanüstü yetkisi olarak kabul edilmektedir. Bu noktada tartışmalı olan bir husus, tarafların böyle bir talepte bulunulmasının UAD'yi bu yetkiyi kullanmak zorunda bırakıp bırakmayacağıdır. Çoğunluk görüşüne göre, talebin varlığı, hakimi hakkaniyet ve nısfete göre karar vermek mecburiyetine sokmaz[251]. Ancak yine söz konusu çoğunluk görüşüne göre, eğer hakim talep doğrultusunda hareket etmezse, yani uyuşmazlığı hakkaniyet ve nısfete göre çözmeyi reddederse, m.38'de bahsi geçen diğer pozitif hukuk kurallarını esas alarak da sorunu çözemeyecektir[252]. Zira tarafların iradesi sorunun pozitif hukuk kurallarıyla çözülmesi yönünde değildir ve hakim tarafların iradesine uygun hareket etmekle yükümlüdür.

UAD Statüsü m.38/2'de düzenlenen hakkaniyet ve nısfetin, hakimlere (hakemlere) en geniş takdir yetkisini tanıyan kurum olduğu kabul edilmektedir. Hakkaniyet ve nısfet

---

248 Çelik (1965) s. 91; Topsoy, Fevzi (2013) "Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında 'Hakkaniyet İlkesi' ve Dağıtıcı Adaletin Sağlanmasındaki Rolü", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, C. 13, s. 193; Lowe, Vaughan (1989) "The Role of Equity in International Law", Australian Yearbook of International Law, V. 12, s. 56-58; Akehurst, Michael (1976) "Equity and General Principles of Law", International and Comparative Law Quarterly, V. 25, s. 801; Kaczorowska, s. 24.

249 Çelik (1965) s. 92; Lowe, s. 58- 59; Akehurst (1976) s. 805.

250 Çelik (1965) s. 92- 93; Topsoy, s. 194; Lowe, s.63- 67; Akehurst (1976) s. 807; Kaczorowska, s. 25.

251 Çelik (1965) s. 95.

252 Çelik (1965) s. 95.

belki de bu yönü nedeniyle bugüne kadar sıkça uygulanmamıştır[253]. Uygulamada pek tercih edilemese de UAD gibi bir mahkemenin statüsünde bu yetkiye yer verilmiş olması başlı başına önem taşımaktadır.

[253] Boyle/ Chinkin, s. 266. Hakkaniyet ve nısfetin öznelliğine vurgu yapan bir yaklaşıma göre, zorunlu bir yargısal çözüm mekanizmasının olmadığı uluslararası hukuk sisteminde, hakkaniyet ve nısfetin tehlike arz edeceğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akehurst (1976) s. 811.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU

Çalışmamızın temel araştırma konusu bağlamında teamül, üzerinde detaylıca durulması gereken meseledir. Uluslararası yargı kararlarının, teamül kurallarının uygulanması ve gelişimi üzerinde etkisi ele alınırken ortaya konacak unsurların yeterince açıklık kazanması, uluslararası teamül hukuku kurallarının niteliklerini anlamakla mümkün olabilir. Bu bölümde teamül hem bir uluslararası hukuk kaynağı hem de oluşum süreci olmak üzere iki temel yönü ile ele alınarak açıklanmaya ve yorumlanmaya çalışılacaktır.

A. ULUSLARARASI TEAMÜL KAVRAMI

Aynı ya da farklı dönemlerde ve farklı kaynaklarda teamül, yapılageliş, örf âdet ya da sadece âdet kavramlarıyla ifade edilen[254] kurum, çalışmamızda teamül kavramı olarak yer alacaktır. Söz konusu tercih, kavramın hem batı menşeli olan uluslararası hukuk dilindeki tam karşılığını verebilmek hem de yerli literatürde oluşturulmaya çalışılan kavram birliğine uyum sağlama kaygısından doğmaktadır.

Bu açıklama, Batı literatüründe bu konuda eskiden beri bir birlik olduğu anlamına gelmez. "*Custom*" kelimesinin Türkçe karşılığı olarak kabul edilen teamül kavramı, birçok Türkçe kaynakta bu şekilde kullanılmıştır[255]. Ancak zaman zaman farklı yazarlar ve uluslararası kurumlar tarafından "*usage*"[256] ve "*tradition*"[257] gibi kavramların kullanıldığı

---

254 Öktem, Emre (2013) Uluslararası Teamül Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 16- 17; Pazarcı (2011) s. 221.

255 Lauterpacht, Hersch/ Lauterpacht, Elihu (Editör) (1970) International Law, London, Cambridge University Press, s. 61; D'Amato, Anthony (1971) The Concept of Custom in International Law, New York, Cornell University Press, s. 3.

256 "*Usage*" kavramı daha çok âdet kavramına karşılık geldiği, kimi zaman teamül yerine kullanılmış olsa da (örneğin UAD tarafından 1927 tarihinde verilen Bozkurt-Lotus Kararı), teamül kurumunu tam olarak karşılamadığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öktem, s. 17. Söz konusu kavram, "insanlar arasında alışılmış olan gündelik tutum ve davranışlar" şeklinde tanımlanabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Teziç, Erdoğan (1991) Anayasa Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 62. Uzun süredir devam eden ya da yerleşik teamül (*custom*) ya da uygulama, alışkanlık, teamüli kullanım veya ifade

da görülmüştür. Söz konusu farklı kavramlar, kimi zaman teamül yerine kullanılabilmiş olsalar da teamül kavramını tam karşılamamaktadırlar.

Roma hukukunda, kişisel egemenliğin en parlak zamanlarının yaşandığı dönemlerde bile, teamülün yazılı kanunlar gibi bir hukuk kaynağı olduğu kabul edilmekteydi[258]. Ancak teamül hakkında akademik anlamda derli toplu bir inceleme ilk kez Francisco Suarez tarafından yapılmıştır. Doğal hukukçu olan Suarez'e göre, akla uygunluk ve konsensüsün birleşimi olan teamülde, konsensüs egemenin rızasını temsil etmektedir[259]. Teamülün hukuk kaynağı olarak değerlendirilmesinin, teamülün niteliği konusunda belirsizliğe yol açtığı, zira kaynak kelimesinin başlı başına "mecazi ve belirsiz bir ifade" olduğu Kelsen tarafından dile getirilmiştir[260].

Diğer bir doğal hukukçu Hugo Grotius ise teamülü, "toplum tarafından zımni olarak bağlayıcı olduğu kabul edilen uygulamanın özü" şeklinde ifade etmiştir[261]. Grotius, teamülün unsurlarını devlet uygulaması ve *opinio juris* olarak ele almıştır. Teamülün ele alındığı ilk resmi kaynağın, temelini 1874 tarihli Brüksel Savaş Kanunları ve Teamülleri Deklarasyonu'ndan[262] alan, 1899 tarihli Lahey Sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir[263]. Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen ilgili Martens Kaydı'nda teamül, ilk resmi ifadesini şu şekilde bulmaktadır:

> *"…halklar ve muharipler, medeni milletler arasında yerleşik uygulamalar (usages), insanlık kanunları ve kamu vicdanının gereklerinden kaynaklandığı şekliyle, uluslararası hukuk prensiplerinin koruması ve*

şekli… Ayrıntılı bilgi için bkz. Webster's New World Dictionary of The American Language, Collage Edition, Cleveland, The World Publishing Company, s. 1604.

257 "*Tradition*" kavramı, Türkçeye gelenek olarak çevrilmektedir ve teamül kavramını tam olarak karşılamadığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öktem, s. 17. Ayrıca, yazılı olmayan hukuka etkisi olan köklü bir teamül (*custom*) veya uygulama olarak da tanımlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Webster's New World Dictionary of The American Language, s. 1544.

258 Smith, Munroe (1903) "Customary Law.I.", Political Science Quarterly, V. 18, N. 2, s. 256; Banteka, s. 305.

259 Arajärvi (2014) s. 9.

260 Kunz, Josef L. (1953) "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law L. V. 47, s. 663.

261 Arajärvi (2014) s. 9.

262 Bilgi için bkz. https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135, s.e.t. 22.01.2018.

263 Öktem, s. 13; Arajärvi (2014) s. 9.

hakimiyeti altında kalırlar"[264].

Söz konusu tanımındaki yerleşik uygulamalardan kastın teamül olduğu ve tam da bu nedenle 1899 Lahey Sözleşmesi'nin teamüle değinen ilk sözleşme metni olduğu kabul edilmektedir. Bu metin, daha sonraları insancıl hukuk düzenlemelerinde de esas alınmıştır.

Bununla birlikte, Sözleşme'de teamül ve hukukun genel prensipleri arasındaki ayrımın belirsiz olduğu ve bunun teamül üzerinde, "hukuk dışı normatif konulara yönlendirme" gibi bir etki gösterdiği iddia edilmiştir[265]. Dahası Martens Kaydı ile uluslararası teamül kurallarının, devlet uygulaması dışında, insancıl hukuk prensiplerinden ve kamu vicdanının gerekliliklerinden doğabileceğinin de gösterildiği ileri sürülmüştür[266]. Ancak unutulmamalıdır ki, ilgili Kural'ın Sözleşme'de yer almasının temel amacı, savaş sırasında uygulanacak hukuk kuralı noktasında boşluk doğmasını engelleme düşüncesidir[267]. Martens Kaydı mahkemelere, önlerindeki davaya uygulanabilecek bir antlaşma hükmü veya teamül kuralı bulunmadığında oluşacak boşluğu doldurma imkanı sunmaktadır.

Bu durumu, rızaya dayalı uluslararası hukuk düzenine aykırı bulanlar da olmuştur. Öyle ki belirsiz teamül kuralları söz konusu olduğunda bile, yeni bir kural oluşturma yoluna gidilebileceğinden bahsedilmektedir[268]. Martens Kaydı aracılığıyla yeni bir teamül kuralı oluşumuna dair iddialar ise hem teorik teamül oluşumunu hem de Kelsen'in bilinçsiz bir süreç olarak nitelendirdiği teamül anlayışını akla getirmektedir.

Uluslararası antlaşmalardan farklı olarak kasıtlı bir hukuk yapım sürecine sahip olmayan uluslararası teamül; Kelsen tarafından "bilinçsiz ve istem dışı" olarak ve diğer bazı yazarlar tarafından ise "kendiliğinden gelişen", "devlet davranışlarının yan etkisi" gibi

---

264 Sözleşme metni için bkz. http://www.opbw.org/int_inst/sec_docs/1899HC-TEXT.pdf, s.e.t. 22.01.2018; Ticehurst, Rupert (1997) "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", International Review of the Red Cross, V. 37, N. 317, s. 125; Erdem, Mete (2015) "İnsancıl Hukukta Martens Kaydı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, s. 211.

265 Arajärvi (2014) s. 9- 10.

266 Cassese, Antonio (2000) "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?", European Journal of International Law, V. 11, I. 1, s. 188- 189; Erdem, s. 258; Swart, s. 74.

267 Erdem, s. 215.

268 Erdem, s. 263; Hayashi, Mika Nishimura (2008) "The Martens Clause and Military Necessity": Hensel, Howard M. (Editor), The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict, First Edition, USA, Ashgate, s. 149.

kavramlarla ifade edilmiştir[269]. Klasik kabule göre, uluslararası antlaşmalarda devletler, asgari müşterekte birleşip antlaşma oluşturma bilinciyle hareket etmektedirler. Uluslararası teamül ise, bir anlamda gündelik sorunlara çözüm üretmek ve devletlerin kendi çıkarlarını savunmakla sınırlı bir düşünceyle başlayan, belli bir sürecin sonucudur[270]. Teamül, daha ziyade somut bir olaya bulunan çözüm ile başlayıp, zamanla benzer olaylarda aynı çözümün uygulanagelmesi ve gelişmesiyle oluşmaktadır. Bu haliyle teamül, başlangıç noktasından uzaklaşarak anonim hale gelmektedir. Bununla birlikte tüm bu niteliklerine rağmen teamül oluşum sürecinin kendiliğinden gelişmediği, bilinçli bir hukuk yapım süreci olduğu, aksinin uygulamada destek bulamayacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, teamül oluşum süreci tek bir devletin kendi hakkını iddia etmesiyle bile başlayabilir ve bu durum ilgili sürecin bilinçsizce geliştiği anlamına gelmemektedir[271].

Teamülün, söz konusu anonim niteliği, teoride ve uygulamada teamül kavramının belirsizliğine yol açtığı yönünde eleştirilere maruz kalmaktadır[272]. Bu bağlamda teamül kurallarının kaynağının, uluslararası hukuk kişilerinin teamüle neden uyduklarının, teamül oluşumunun bir şartı olan devlet uygulamasının ne ölçüde olması gerektiğinin hala tam olarak anlaşılamadığı da ifade edilmektedir[273].

Aynı şekilde, uluslararası hukukun yapısından kaynaklı merkezi bir yasa koyucu ve yürütme organından yoksun olma gibi özelliklerin, güçlü devletlerin çıkarlarının ön planda olduğu bir uluslararası ilişkiler düzenine sebep olduğu iddia edilmektedir. Bununla birlikte günümüzde, genelde uluslararası hukuk oluşumunda, özelde teamül oluşumunda eskisi gibi güçlü devletlerin çıkarlarının süreci yönlendiremediği, tek bir devletin rızasının ve ısrarının artık yeterli olmadığı söylenebilir. Yine de devletlerin, "eylemde bulunma, tepki gösterme ve tepkilerini kamuoyunda duyurma kapasiteleri" farklı olduğundan oluşuma etkileri de doğal olarak farklı olacaktır[274].

---

269 Cassese (2005) s. 156; Swart, s. 73.

270 Posner, Eric A./ Goldsmith, Jack L. (1999) "A Theory of Customary International Law", University of Chicago Law Review, V. 66, N. 4, s. 1113.

271 Danilenko, Gennady M. (1988) "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, V. 31, I. 9, s. 14- 15.

272 Posner, Eric A./ Goldsmith, s. 1114; Merkouris (2010) s. 189.

273 Kammerhofer, Jörg (2004) "Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", European Journal of International Law, V. 15, N. 3, s. 524- 525; Posner, Eric A. / Goldsmith, s. 1114.

274 Toope, Stephen (2007) "Güçlü ama İkna Edici Değil mi? Yapılageliş Hukukunun Gelişiminde Amerika Birleşik Devletleri'nin Rolü": Byers, Michael/ Nolte, Georg (Editörler), Denk, Erdem (Çeviri Editörü),

Teamül kavramı açısından ele alınması gerektiğini düşündüğümüz bir diğer mesele UAD Statüsü m.38/1-b'nin sorunlu olduğu ileri sürülen teamül tanımıdır. İngilizce "*international custom, as evidence of a general practice accepted as law*"[275] tanımının Türkçe çevirisi "hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül" şeklindedir.

B. Cheng, ilgili ifadenin "*international custom as evidenced by a general practice accepted as law*" şeklinde olması gerektiğini, bunun daha doğru olacağını ileri sürmüştür. Zira Statü'deki haliyle uluslararası teamül, genel bir uygulamanın kanıtı şeklindedir. Oysa Cheng'in önerdiği ifade, hukuk olarak kabul edilen uygulamanın teamülün kanıtı olduğudur. Zira uluslararası teamül ya da teamül kuralı, genel uygulamanın kanıtı olmaktan ziyade; genel uygulamanın teamülün kanıtlarından biri olduğu sıklıkla ifade edilmektedir[276]. Belirtmek gerekir ki Cheng'in, bizzat kendisinin de belirttiği üzere, ifadesi daha doğru kabul edilebilirse de bu Statü'de geçen metnin yanlış olduğu anlamına gelmemektedir. Görüldüğü ve daha sonra da yer verileceği üzere, teamül gerek tanımı gerekse oluşumu üzerinde yoğun tartışmalar yaşanan bir kurumdur.

B. ULUSLARARASI TEAMÜLÜN OLUŞUMUNA DAİR TEORİK YAKLAŞIMLAR

Uluslararası teamül hukukunun oluşumu hakkındaki teoriler, uluslararası hukukun oluşumu hakkındaki teorilerden ayrı düşünülemez. Zira uluslararası hukukun kaynaklarından biri olan teamül kurallarının oluşumu, işin doğası gereği uluslararası hukukun oluşumu da demektir. Bu durumda uluslararası hukuku reddeden teorik görüşler, doğal olarak bir nevi teamül hukukunu da reddediyor sayılabilirler.

Teamül hukukunun oluşumu üzerindeki tartışmalar, genellikle teamülün unsurları üzerinedir[277]. Teamül oluşumu için sadece objektif unsurun veya sadece sübjektif unsurun yeterli olduğunu, ya da her iki unsurun birlikte gerektiğini savunan birbirinden farklı

ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri, Ankara, Phoenix, s. 353; Chan, Loretta (2016) "The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law", 6 Southampton Student Law Review, V. 6, S. 44, s. 58.

275 Statü metni için bkz. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf, s.e.t. 17.03.2018.

276 Cheng, s. 36.

277 Schlütter, s. 13- 14.

görüşler söz konusudur. Unsur bazlı bu farklı görüşler, belirsiz bir kavram olan teamül kavramına bilimsel bir cevap veremedikleri ve sırf söz konusu görüşlerin haklı çıkarılması çabasının kısır döngüsüne sebep oldukları gerekçesiyle eleştirilmiştirler[278].

Haklı görülebilecek bu eleştiri bağlamında söylenebilir ki, konunun sadece unsurlara odaklanan teoriler yerine, genel uluslararası hukuk bağlamında (konuyla bağlantılı olduğu ölçüde) geniş bir perspektif sunan teoriler bazında ele alınması, onun anlaşılırlığını arttıracaktır. Böyle bir durum, teamül oluşumu hakkındaki teorik tartışmaları, temel uluslararası hukuk hakkındaki teorik yaklaşımlardan ayırma gereksizliğinden de kurtaracaktır[279].

Teamül hukukunun oluşumu ve tespiti, uluslararası hukukun en tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır. Örneğin, teamülün ne zaman oluştuğunun, teamülü oluşturan davranışın ihtiyari olmaktan zorunlu olmaya ne zaman geçtiğinin tespiti, üzerinde en çok zorlanılan hususlardandır[280].

Doğal hukukçuların genel yaklaşımına göre teamül, kendiliğinden gelişen bir hukuktur. Bu yaklaşıma karşı çıkan Kunz, doğal hukukçuların teamülü bir hukuk oluşturma usulünden çok, zaten olan kuralların ispatı ya da bulgusu olarak görüldüklerini ifade etmektedir[281]. Bu yönlü yaklaşımı savunanlardan Roberto Ago, teamülün, uluslararası hukukun üyelerinin bilincinden doğduğunu, teamülün oluşturulması ve onaylanması konularının ise hukuk biliminin kapsamı dışında kaldığını belirtmektedir[282].

Kunz'a göre, teamül bütün diğer hukuk türleri gibi pozitiftir ve insanlar tarafından meydana getirilir. Bu açıdan teamül, uluslararası hukuk kurallarını oluşturan prosedürlerden biridir[283]. Bu minvalde, uluslararası teamül kuraldan çok kural oluşturma usulüdür ve bu görüş Kunz'dan sonra da savunulmuştur. Georges Abi Saab'a göre, bu prosedür veya usuller, zamanla değişkenlik gösterse bile genel anlamda teamül olarak ifade edilmekte ve uluslararası hukuk kuralı oluşturabilecek bir kaynak olarak

278 Vicuña, Francisco Orrego (2005) "Costumary International Law in a Global Community: Tailor Made?", Estudios Internacionales, Año 38, N. 148, s. 24.
279 Schlütter, s. 15.
280 Henriksen, s. 25.
281 Kunz, s. 664.
282 Ago, Roberto (1950) Scienza Giuridica e Dritto Internazionale, Milan'dan aktaran: Kunz, s. 664-665.
283 Kunz, s. 665.

tanımlanmaktadırlar[284].

Yine Kunz'a göre, teamül tarihi açıdan değerlendirildiğinde, ilkel bir prosedürdür ve bu yüzden teamül yavaşlık ve belirsizlik kusurlarını bünyesinde barındırır. Buna karşın Kunz, teamül yolu ile yeni kurallar getirilebileceğinin, mevcut kuralların ilga edilebileceğinin veya değiştirilebileceğinin altını çizmektedir. Yazar ayrıca teamül hukukunun, diğer tüm uluslararası hukuk kurallarından hiyerarşik olarak daha üstün olduğunu savunmakta, buna delil olarak da Kelsen'e atıf yaparcasına, antlaşma usulüyle oluşturulan tüm uluslararası hukuk kurallarının geçerliliklerini, teamüli bir prensip olan ahde vefadan almalarını göstermektedir[285].

Teamül hukukunun oluşumuna yönelik teorik yaklaşımlar, çok çeşitli olmakla birlikte, çalışmamızın genel yaklaşımı göz önüne alındığında, iradeci yaklaşımı ön planda tutacak bir inceleme seyri izlemenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Zira iradeci yaklaşım çalışmamız açısından esas belirleyicidir. Bir bütün olarak hukuk oluşumunda, özelde teamülün oluşumunda farklı iradelerin etkisini ele almaya gayret gösterdiğimiz çalışmamızda, bu başlığın odak noktasının bu şekilde tayini yerinde görünmektedir. Bu doğrultuda teorik yaklaşımları, iki başlık altında incelerken, öncelikle iradeci yaklaşımı daha detaylı verecek, sonrasında diğer teorik yaklaşımları daha toptancı bir şekilde "Teamül Kurallarının Oluşumu Hakkındaki Diğer Teorik Yaklaşımlar" başlığı altında ele alacağız.

1. İRADECİ YAKLAŞIM

İradeci yaklaşım, temelleri itibarıyla Roma Hukuku'na kadar geriye götürülmekle birlikte esas itibarıyla Grotius, Hegel, Triepel ve diğer bazı Alman teorisyenlerin fikirlerine dayandırılmaktadır. İradeci görüşlerin çıkış noktası, devlet aklının (hikmet-i hükümet) temelinin irade olması ve herhangi bir uluslararası hukuk normunun oluşumunun iradelerin birleşimi anlamına gelmesidir[286]. Dolayısıyla devletler iradeleri dışında herhangi bir hukuki yükümlülük ile bağlı olmayacaklardır. Bu doğrultuda, teamül ayrıca bir hukuk

---

284 Cassese, Antonio/ Weiler, J.H.H. (1988) Change and Stability in International Law- Making, European University Institute, Florence, s. 10'dan aktaran: Arajärvi, Noora (2007) "The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law", European Journal of Legal Studies, V. 1, N. 2, s. 2.

285 Kunz, s. 665; Vicuña, s. 24.

286 Schlütter, s. 18; Villiger, s. 20.

yapım süreci olması hasebiyle de iradi bir süreci ifade etmektedir. Suarez'in belirttiği üzere, hiçbir yasama süreci kasıtsız olamaz, zira yasama süreçleri iradi süreçlerdir ve iradilik de niyet gerektirir[287].

Bahse konu iradeci görüşün USAD tarafından Bozkurt Lotus Kararı'nda benimsendiği, "devletler için bağlayıcı hukuk kuralları, sözleşmelerde ifade edildiği gibi kendi özgür iradelerinden veya genel olarak hukukun prensiplerini ifade ettiği kabul edilen ve bir arada var olan bu bağımsız topluluklar arasındaki ilişkileri düzenlemek için veya ortak amaçlara ulaşmak amacıyla kurulan kullanımlardan (*usages*) kaynaklanmaktadır"[288] şeklindeki ifadeden anlaşılmaktadır.

Mahkemenin bu ifadesi, teamülün bağlayıcı gücünün kaynağını devletlerin rızası dışında başka bir yerde arayanların beklentilerini boşa çıkarmaktadır, zira ilgili ifadenin rızayı temel aldığı ve bunun da açıkça kararda ortaya konduğu ileri sürülmektedir[289].

Modern iradeci teoriler bağlayıcı uluslararası hukuk kurallarını, egemen devletlerin konsensüsüne veya rızasına dayandırmaktadırlar. Belirtmek gerekir ki söz konusu rıza, açık ya da zımni olarak ortaya çıkabilir[290]. Bu minvalde, Roma Hukuku metinlerinde, hukukun insanların açıkça istedikleri şey olduğu; teamül hukukunun ise zımni olarak istenilen ya da zımni rıza gösterilen şey olduğu dile getirilmiştir[291]. Belirtmek gerekir ki, uluslararası toplumun üyeleri arasındaki konsensüs veya ortak rıza, onlar arasındaki ilişkiyi düzenleyecek bir kurallar bütünü oluşturabilecektir[292].

Herhangi bir teamül hukuku kuralının oluşumundaki etkili rızanın niteliği ve genel rızanın yeterliliği konusuna baktığımızda farklı iddiaların ileri sürüldüğü görülmektedir. Öncelikle kural oluşumu için tüm devletlerin rızasının şart koşulması, kuralın oluşumunu imkansızlığa sürükleyebilecek bir mantıksızlık barındırmaktadır[293]. Bu açıdan Suarez, toplumun çoğunluğunun rıza gösterdiği teamülün, tüm toplumun teamülü olduğunu ve

---

287 Walden, Raphael M. (1977) "The Subjective Element in the Formation of Customary International Law", Israel Law Review", V. 12, I. 3, s. 346.

288 Bozkurt Lotus Davası, USAD Kararı, Serie A - No. 10, s. 18, K.T. 07.09.1927.

289 MacGibbon, s. 132.

290 Pazarcı (2011) s. 225. Özellikle uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunda açık ve zımni rıza hakkında bkz. Cassese (2005) s. 162.

291 Mendelson, s. 253.

292 Oppenheim, s. 15- 17; Schlütter, s. 19.

293 Meldelson, s. 255.

çoğunluk kabulünün geçerlilik için yeterli olduğunu savunmaktadır[294].

Söz konusu kural oluşum süreci ve bizzat kuralın kendisi ile ilgisi olmayan devletler göz önüne alındığında bunların rızalarının gerekli görülmesi gerçek dışı bir yaklaşımdır. Bu manada diplomatik bağışıklık, korsanlık yasağı gibi neredeyse evrensel olarak uygulanan teamül kurallarının oluşumunda, bütün devletlerin tek tek rıza verdiklerini söylemek ve tespit etmek mümkün değildir[295]. Dolayısıyla bu konuda genel beklenti, kuralların oluşumuna katılan devletlerin oybirliğiyle kabul edilmiş olması ve tüm devletler için bağlayıcı hale gelmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki belli devletler arasında oluşan teamül kuralları açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

İradelerin birleşimi bakımından ele alındıklarında bir uluslararası antlaşma ile bir uluslararası teamül kuralının oluşumu, doğal olarak usuli farklılıklar barındırmaktadır[296]. Herhangi bir diplomatik görüşme ya da müzakereye ihtiyaç duymayan teamülün oluşumunda, iradesi ya da rızası oluşumda etkili olan devletler; teamülün maddi unsuru olan uygulamayı başlatan, ilgili başlangıcı taklit yoluyla devam ettiren ve böyle bir uygulamanın varlığına itiraz etmeyen devletleri kapsayacaktır[297]. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, ilgili teamül kuralı ile hiçbir ilişkisi veya menfaati olmayanların kendilerini söz konusu kuralla bağlı bulmaları durumudur. Kuralın ortaya çıkmasından herhangi bir şekilde etkilenmeyecek bir devletin bu kural ile bağlı olması durumu "kendisinin rızası" sorununu gündeme getirmektedir ki böyle bir durumda gerçek bir kabulün bulunmadığı ileri sürülmektedir[298].

Söz konusu savı ileri süren Mendelson, teamül kuralının oluşumunu başlatan bir uygulamanın tüm devletler tarafından bilindiğini varsaymanın, günümüzün haberleşme ve teknoloji imkanları dahilinde mümkün görünmediğini belirtmektedir. Teamülün oluşumuna herhangi bir dahli ya da müdahalesi olmayan devletlerin, bu kural ile bağlı

294 Walden, s. 345. Yazar, çoğunluğun rızasıyla kabul edilen teamüllerin toplumun geri kalanını da bağlayacağı iddiasının *jus gentium* için geçerli olmadığı görüşüne de yer verilmiştir.

295 Mendelson, s. 255.

296 Danilenko (1988) s.11.

297 Mendelson, s. 256; Danilenko (1988) s. 14- 15.

298 Mendelson, s. 256. "Kabul" kavramının, bazen sessiz kalma, herhangi bir kurala itiraz etmeme şeklinde bazen ise bir hakkın korunması amacıyla olumlu bir faaliyet şeklinde meydana çıkabileceği ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra kabul kurumu, herhangi bir uygulamanın hukukiliğinin tanınması, kabul edilen uygulamanın varlığının inkar edilmesinin engellenmesi, varlığı tartışmalı uygulamalara kanıt oluşturma gibi işlevlere sahiptir. Bkz. MacGibbon, I. C. (1954) "The Scope of Acquiescence in International Law", British Year Book of International Law, V. 31, I. 143, s. 182.

olmalarını düşünmek, irade teorileri göz önüne alındığında fazla cesur bir yaklaşım olacaktır. Bu bağlamda, özellikle bölgesel teamüller açısından, teamülün oluşumu konusunda herhangi bir dahli olmayan üçüncü devletlerin ilgili teamül kuralı ile bağlı olmayacakları kabul edilmektedir[299].

Tüm bunların yanı sıra Mendelson, kural oluşumundan "etkilenen devlet" ya da ilgili devlet kavramının belirsiz olduğunu ifade eder[300]. Mendelson durumu güzel bir örnekle ortaya koymaktadır[301]. Söz konusu örnek ana hatlarıyla şu şekilde özetlenebilir:

Kıyıdaş olan A, B, C, D devletlerinden A devleti, deniz yetki alanını kendisine aşırı avlanma imkanı tanıyacak şekilde genişletmiştir. Vatandaşları aynı sularda avlanan B, C ve D devletleri, bu duruma itiraz etmemeleri halinde bu uygulamayı kabul etmiş varsayılırlar. Söz konusu uygulamaya, o an için vatandaşları aynı sularda avlanmayan ve fakat gelecekte avlanma potansiyeli olan E, F ve G devletlerinin de itiraz edebilecekleri kabul edilir. Bu konuda sorun, ilgili bitişik sularda güncel veya potansiyel hiçbir çıkarı olmayan H ve Z devletlerinin, söz konusu uygulamaya itiraz edip edemeyecekleri noktasındadır. H ve Z devletleri, ilgili uygulamaya ileride kendilerine karşı emsal oluşturabilme potansiyeli üzerinden mi itiraz edebileceklerdir?

Örnekteki H ve Z devletlerinin itiraz gerekçesinin iyi niyet prensibiyle bağdaşıp bağdaşmadığı, uygulamaya itiraz etmemeleri ya da itiraz etmeyi başaramamaları hallerinde söz konusu bu hallerin tam bir kabul anlamına gelip gelmeyeceği belirsiz kalmaktadır.

Teamül oluşumuna itiraz konusu, iradenin bir tezahürü olması sebebiyle ısrarlı itirazcı (*persistent objector*) kavramıyla birlikte incelenmelidir. Kendisi bir teamül kuralı olan "ısrarlı itirazcı" kurumu, bir teamül kuralı oluşumu esnasında bu oluşuma açıkça itiraz etmeyen tüm devletlerin kuralla bağlı olmalarını ifade etmektedir[302]. İtiraz, kural oluşumunu engellememekte, yalnızca itiraz eden bakımından bağlayıcılığını ortadan kaldırmakta, dolayısıyla diğer devletler bakımından kuralın geçerliliğini etkilememektedir.

Uluslararası antlaşmalardan farklı olarak teamüle çekince konulamaması, teamülün

---

299 Pazarcı (2011) s. 225.

300 Mendelson, s. 257- 258. Bu konuda "özellikle etkilenen devletler" tabiriyle, teamülün oluşumunda diğer devletlere göre çıkarlarını, çok daha etkili bir şekilde koruma imkanına sahip devletler anlatılmaktadır. Bkz. Danilenko (1988) s. 43.

301 Mendelson, s. 257- 258.

302 Öktem, s. 30.

tek taraflı olarak feshedilememesi[303], teamül kurallıyla bağlı olmak istemeyen devlet açısından "ısrarlı itirazcı" kurumunu önemli hale getirmektedir. Yapılacak olan itirazların, teamül oluşumu esnasında ve makul bir süre içinde yapılması uygun görülmektedir. Benzer bir durum, bağımsızlığını kazanan devletler için de geçerlidir. Uluslararası hukuk kişiliğini henüz tamamlayan yeni bağımsız devletler, oluşmuş bir teamül kuralına makul bir süre içinde itiraz edebileceklerdir[304]. Diğer bir ifadeyle, ilgili devletler bağımsızlıklarından önce ortaya çıkan teamül kurallarından menfaatleriyle uyumlu olanlara bağlı olmayı, diğerlerini tanımamayı tercih edebileceklerdir[305]. Zira aksinin kabulü devletlerin egemenlik haklarının ihlali olarak görülmektedir[306].

Israrlı itirazcı kurumunun, kavram olarak değilse de içerik olarak UAD tarafından ilk kez ele alınması, 1951 tarihli Balıkçılık Kararı[307] ile olmuştur. UAD tarafından Norveç sahilleriyle ilgili uygulama girişimine Norveç'in karşı çıktığı gerekçesiyle, 10 mil kuralının Norveç için uygulanabilir gözükmediğine hükmedilmesinin[308], Norveç'in ısrarlı itirazcı pozisyonuna karşılık geldiği ve Norveç'in ilgili kuralla bağlı olmayacağı ifade edilmektedir[309]. Belirtmek gerekir ki ilgili kararda, Norveç'in haklı görülmesinin ısrarlı itirazcı pozisyonundan dolayı değil, taraflar arasında ispatı gereken zımni bir antlaşma gereği olduğu ve bu sebepten Norveç'in kazandırıcı zaman aşımı yoluyla hak kazandığı da iddia edilmektedir[310].

Teamülün oluşumuna itiraz açıklamalarından açıkça anlaşıldığı üzere, rıza kavramı teamül için kritik önemdedir. Bu noktada, rıza ile aranan, uluslararası hukukun esas

303 Öktem, s. 456.

304 Villiger, s. 16. Aynı kaynakta, itirazın tutarlı bir şekilde sürdürülebilir olması, ısrarlı itirazcı kurumunun diğer bir şartı olarak ifade edilmektedir.

305 Villiger, s. 21; Öktem, s. 24.

306 Villiger, s. 20.

307 İlgili karar, 28 Eylül 1949 tarihinde Birleşik Krallık tarafından Norveç aleyhine Norveç Sahilleri yakınındaki balıkçılık alanları ile ilgili olarak UAD'ye başvuruda bulunması üzerine verilmiştir. Başvurusunda Birleşik Krallık, 1935 yılında yayımlanıp, 1937'de değişiklik yapılan Norveç Kraliyet Kararnamesinde tarif edilen Norveç Balıkçılık Bölgesi sınırlarının uluslararası hukuk nezdinde geçerli kabul edilemeyeceğini iddia etmiştir. İlgili Kararname ile uluslararası hukukta açık denizler olarak tüm devletlerin balıkçılık faaliyeti yapması için serbest bırakılan Norveç sahilleri yakınlarındaki geniş deniz alanlarının, hukuka aykırı bir şekilde İngiliz balıkçı teknelerine kapatıldığı iddia edilmiştir. Balıkçılık Davası, UAD Kararı, K.T. 18.12.1951; Gönlübol, Mehmet (1956) "1951 İngiliz- Norveç Balıkçılık Davası", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 11, S. 4, s. 151.

308 Balıkçılık Davası, UAD Kararı, s. 131, K.T. 18.12.1951.

309 Villiger, s. 16.

310 Dupuy, Pierre- Marie (1991) "A propos de l'opposabilité de la coutume généralé: Enquéte bréve sur l'objecteur persistant" in Mélanges Virally, Pédone, Paris, s. 264, 265, 271'den aktaran: Öktem, s. 471.

aktörleri olan devletlerin rızasıdır. Hatta daha eskilere gidildiğinde, teamül hukukunun devletlerin zımni rızalarının sonucu olduğu görüşünün, uzunca bir süre (1758 yılının başlarına kadar) savunulduğu görülecektir[311]. Gerek zımni olsun gerekse de açık olsun devlet rızasının, doğrudan doğruya devletlerin davranışlarından çıkartılabileceği ifade edilmektedir. Devlet tarafından herhangi bir teamül uygulamasına katılım ya da uygulamaya boyun eğme o uygulamaya hukukilik kazandırabilecektir[312]. Belirtmek gerekir ki, USAD ve UAD kararlarına[313] bakıldığında, devlet merkezli uluslararası hukuk oluşumu anlayışından, devlet dışı diğer uluslararası aktörlerin etkisinin tartışıldığı günümüz uluslararası hukuk oluşum anlayışına bir geçiş olduğunu söyleyebilmek çok kolay değildir.

İradeci teorinin daha farklı bir açıdan yorumlandığı Sovyet uluslararası hukuk teorisine göre, uluslararası hukukun tek önemli kaynağı uluslararası antlaşmalardır ve uluslararası teamül ancak uluslararası antlaşmalarla birlikte bir kaynak niteliğinde olabileceğinden, teamül hukuku, hukukun gelişmemiş türüdür[314].

Teamülün özellikle ilk dönemlerde ağırlıklı olarak bu şekilde görülmesinde esas faktör, kapitalist devletlerin uygulamalarından geliştiği, kapitalist çıkarlara hizmet ettiği düşüncesidir ki bu düşünce kapitalist ve sosyalist devletler arasında teamül oluşturmanın imkansız olduğu argümanına dayandırılmaktadır[315]. 1949 yılında UHK Uluslararası Teamül Hukuku Komitesi'nin Rus Delegesi, benzer düşünceleri çalışmalar sırasında dile getirmiş; bu bağlamda teamülün çok sayıda devlet tarafından uluslararası hukukun temel kaynaklarından birisi olarak görülmesinin yanlış olduğunu, geleneklere bağlı kalan

311 Schlütter, s. 20.

312 MacGibbon (1957) s. 132.

313 USAD'nin Bozkurt Lotus Kararı'nda konu şu şekilde ele alınmıştır: "Uluslararası hukuk bağımsız devletler arasındaki ilişkileri yönetir. Devletler için bağlayıcı hukuk kuralları, sözleşmelerde ifade edildiği gibi kendi özgür iradelerinden veya genel olarak hukukun prensiplerini ifade ettiği kabul edilen ve bir arada var olan bu bağımsız topluluklar arasındaki ilişkileri düzenlemek için veya ortak amaçlara ulaşmak amacıyla kurulan kullanımlardan kaynaklanmaktadır.. Dolayısıyla, Devletlerin bağımsızlığına getirilen kısıtlamalar kabul edilemez", Karar metni için bkz. Bozkurt Lotus Davası, USAD Kararı, Serie A - No. 10, s. 18, K.T. 07.09.1927; UAD ise Nikaragua Davası'nda aynı konuyu şu şeklide ele almıştır: "…uluslararası hukukta, ilgili devlet tarafından, antlaşma veya başka bir şekilde kabul edilebilecek kurallar dışında, egemen bir devletin silahlanma düzeyinin sınırlandırılabileceği bir kural bulunmamaktadır". Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 135, p. 269, K.T. 27.06.1986.

314 Schweisfurth, von Theodor (1987) "Das Völkergewohnheitsrecht-Verstarkt im Blickfeld der Sowjetischen Völkerrechtslehre", German Yearbook of International Law, V. 30, s. 36.

315 McWhinney, Edward (1962) "Peaceful Co-Existence and Soviet-Western International Law", American Journal of International Law, V. 56, I. 4, s. 962; Erickson, Richard J. (1975) "Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law", Case Western Reserve Journal of International Law, V. 7, I. 2 s. 148 ve 150. Aynı kaynakta, teamülün uluslararası antlaşmaya tercih edilmesinin diğer bir sebebi yazısız ve bundan dolayı ortaya çıkan belirsiz niteliğidir.

uluslararası teamülün sosyal gelişmelerin bile gerisinde kalabileceğini ve zayıf devletlerin egemenliğini göz ardı eden birkaç güçlü devletin tahakküm döneminin eseri olduğunu ifade etmiştir[316].

Daha önce de vurgulandığı üzere, uluslararası antlaşmaların uluslararası hukukun esas kaynağı olduğu savunulmaktadır. Bu savununun (Sovyet uluslararası hukuk teorisi) ileri sürülmesindeki temel gerekçeler; devlet iradelerinin antlaşma yapılması yönünde zorlanamayacağı için hukuk oluşum sürecinde egemen eşitlik prensibine özen gösterildiği, yeni ihtiyaçlara antlaşmalar yoluyla daha hızlı cevap verilebileceği ve antlaşmanın teamüle göre daha belirgin bir kaynak olması şeklinde dile getirilse de bu argümanların ne teamül ne de antlaşmalar için kesin sonuçlar verdiği söylenemez[317].

Devletler çoğunlukla siyasi çıkarlar doğrultusunda hareket etmekte ve hiçbir zaman devletlerin tam anlamıyla eşit olduğu söylenememektedir[318]. Süre ve ihtiyaca karşılık verme konusunda da anlık (*instant*) teamül olarak öğretide tartışılan teamül türünün bazı antlaşma süreçlerinden daha çabuk sonuç verebildiği savı göz önüne alındığında, bir diğer argüman zayıflamaktadır. Uluslararası deniz hukuku -ki 1945 Truman Bildirisi anlık teamül kuralının ilk örneği olarak kabul edilmektedir[319]-, uluslararası uzay hukuku ve devletlerin egemenlik hakları gibi konularda uluslararası yeni teamüller oluşturulması ilgili alanlarda teamül kurallarına hala ihtiyaç duyulduğunun göstergesidir[320].

Uluslararası hukukun temelini büyük ölçüde uluslararası antlaşmalarda gören Sovyet öğretisi, uluslararası teamülün oluşumunun devletlerarası zımni bir antlaşma (*tacita conventio, pactum tacitum*) olduğu sonucuna götürmektedir. İlgili zımni antlaşma teorisi, teamülün oluşumunu, fiili bir davranış ve bu davranışın hukuk olarak tanınması şeklinde iki unsura dayandırmaktadır[321]. Fiili bir davranışın hukuk olarak tanınması *opinio juris* kavramıyla açıklanırken, bu kavramın devlet iradesinin ifadesi olduğu ve ilgili ifadeyi açıklayan devletin böylelikle diğer devletlere bir teklif ya da öneride bulunduğu ileri

316 ILC, Committee on Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available (A/CN.4/6), 32nd Meeting, UN Doc. A/CN.4/6, Yearbook of the ILC, 1949, s. 232, p. 13 ve 14; ilgili toplantı metni için bkz. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1949_v1.pdf&lang, s.e.t. 24.03.2018.

317 Mendelson, s. 169.

318 Mendelson, s. 169.

319 Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 70.

320 Mendelson, s. 169.

321 Schlütter, s. 21.

sürülmüştür[322]. Bu görüş bağlamında, ilgili devletler öneriyi kabul edip iradelerini aynı yönde beyan ettiklerinde aralarında zımni bir antlaşma oluşacaktır. Ancak ilgili öneriye itiraz edilmemesinin, önerinin mevcut hukukla tutarlı olduğunu kabul etme anlamına gelmediği dile getirilmektedir. Söz konusu kabul, devletin sadece ilgili uygulamayı ve onun hukuki sonuçlarını kabul ettiği anlamına gelecektir[323]. Bu noktada vurgulamak gerekir ki benzer şekilde Suarez de teamülün, çoğunluğun iradesinin açıkça değil zımnen, davranış yoluyla ortaya çıktığını ileri sürmektedir[324].

Zımni antlaşma argümanı bir yandan Grotius ve Vattel gibi büyük hukukçular tarafından desteklenirken, diğer yandan "hayali ve devlet uygulamasıyla çelişkili niteliğinin savunulamaz sonuçlarının olduğu" [325], devletlerin gerçek ve hukuki davranışları arasında belli çelişkiler olması nedeniyle zımni rızanın güvenilir olmadığı yönünde eleştiriler de almıştır[326]. "*Pactum tacitum*" kavramını reddeden Kunz'a göre, teamül hukukunun maddi unsurunu oluşturan uygulamanın genel olması ve bu konuda oybirliğinin aranmaması iradeci görüşün reddedileceği bir başka noktaya işaret etmektedir. Zira teamül kuralları mevcut devletlerin yanı sıra, yeni devletleri ve bu kuralı hiç uygulama fırsatı olmamış devletleri de bağlamaktadır[327].

2. DİĞER TEORİK YAKLAŞIMLAR

Teamül kurallarının oluşumunu ve dayanağını açıklamaya çalışan teorik görüşlerden iradeci yaklaşımı ileri sürenler, teamülün unsurları üzerinden açıkça bir metot geliştirmemiş olsalar da temelde teamülün iki unsuru üzerinden hareket etmektedirler. İradeci yaklaşımın bu hareket tercihine karşın, sadece *opinio juris* unsurunu temel alan teorik yaklaşımların var olduğu görülmektedir. Belirtmek gerekir ki *opinio juris* unsuru bazlı yaklaşımın temel örnekleri, 1960'larda Bin Cheng ve Ago tarafından geliştirilen teorilerdir[328].

Teamülün kurucu unsurları bölümü altında daha ayrıntılı ele alınacağı üzere, Bin

---

322 Tunkin, Grigorij Igor (2003) Theory of International Law (W. E. Butler transl.), Second ed., London, Wildy Simmons and Hill Publishing, s. 133'den aktaran: Schlütter, s. 21.

323 Wolfke, s. 57.

324 Walden, s. 346.

325 Kunz, s. 663- 664.

326 Tunkin, (n. 70) s. 139'dan aktaran: Schlütter, s. 22.

327 Kunz, s. 666.

328 Schlütter, s. 24.

Cheng, uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumu konusunda, genel kabul gören iki unsurlu yaklaşım yerine, sadece *opinio juris* unsurunun gerekli olduğunu ifade eder. Cheng'in savunusunda devlet uygulamasının *opinio juris* unsuru ya da teamül kuralının içeriği hakkında kanıt sağlamaya hizmet eden yardımcı unsur olarak ele alındığı bir anlamda tek unsurlu bir yaklaşım söz konusudur[329]. Ona göre *opinio juris* unsuru, teamülün kural olarak varlığını, içeriğini ve hukuki niteliğini belirleyen asli unsurdur[330]. Cheng'i bu sonuca götüren ise oybirliği ile kabul edilen BM Genel Kurul kararlarının, anlık (*instant*) teamül kuralı oluşturabildiği düşüncesidir[331].

Belirtmek gerekir ki Cheng tarafından geliştirilen söz konusu tek unsurlu teori doktrinde destek bulmuştur. İlgili teorinin, uluslararası antlaşma kuralları ya da uluslararası örgüt veya kuruluşların hukuki olmayan eylemleri sonucu oluşabileceği şeklinde daha geniş bir perspektiften destek bulmasına karşın[332], teamül kuralının varlığını destekleyen, doğrulayan bir devlet uygulamasının yokluğunun ya da söz konusu teamüle aykırı bir uygulamanın aranmamasının, söz konusu teoriyi ciddi şekilde sorgulanabilir kıldığı ileri sürülmektedir[333].

İki unsurlu yaklaşımdan ayrılan bir diğer hukukçu, İtalyan Roberto Ago ise pozitif hukuk kuralları gibi herhangi bir hukuki kaynaktan ve pozitif kurallara benzer bir süreçten kaynaklanmadığını düşündüğü uluslararası teamülü, "spontane hukuk" olarak isimlendirmektedir[334]. Ayrıca Roberto Ago, Bin Cheng'e benzer şekilde, teamülün oluşumunda devletlerin genel bilincine dolayısıyla *opinio juris* unsuruna odaklanmaktadır. Yazara göre *opinio juris* unsuru ve devlet uygulaması unsuru, bir uluslararası teamül hukuku kuralının devletlerin genel bilincine yansıyıp yansımadığının kanıtı olarak işlev görmektedir[335].

Opinio juris unsuru temelli yaklaşımların aksine, teamülün sadece devlet

329 Cheng, s. 45.

330 Cheng, s. 36; Schlütter, s. 25.

331 Cheng, s. 35.

332 Lukashuk, Igor (1996) "Customary Norms in Contemporary International Law": Makarczyk, Jerzey (Editor) Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Essays in honour of Krystof Skubiszewski, The Hague, Brill, s. 493. ss. 487– 508.'den aktaran: Schlütter: s. 25.

333 Boyle/ Chinkin, s. 229.

334 Ago, Roberto (1956) "Science Juridique et Droit International", Recueil des Cours, V. 90, s. 950. ss. 851– 958'den aktaran: Schlütter, s. 25- 26.

335 Ago, s. 932'den aktaran: Schlütter, s. 26.

uygulamalarından oluştuğunu savunan yaklaşımlar yoktur denilebilir. Zira her ne kadar devlet uygulamasının teamülün tek asli unsuru olduğunu ileri sürenler olsa da en nihayetinde bunların iradeci yaklaşımlara kaydığı ileri sürülmektedir[336].

Ünlü hukukçu Hans Kelsen, uluslararası hukuk ve teamülü açıklarken irade fikrini reddeder[337]. Ona göre teamül, bir hukuk oluşturma olgusudur[338]. Kelsen, hukuk olması istenen pozitif materyallerin, zaman ve mekan içinde gerçekleşmiş, hukuki işlemler olarak yorumlanması gereken, insan davranışları tarafından belirlenen bir içeriğe sahip, temel norm (*grundnorm*) anlayışından kaynaklandığını ifade eder[339]. Temel norm devlet iradelerinden kaynaklanmaz, ancak hukukçular tarafından hukuk olarak yorumlanan devlet davranışları varsayımına dayanır. Kelsen, teamül oluşumu için çok sayıda devletin köklü uygulamaları şartını aramaktadır. Zira ona göre uygulama unsuru, *opinio juris* unsuruna göre daha nesnel ve kanıtlanabilirdir[340]. Kelsenci yaklaşımın benimsendiği anlaşılan bir diğer görüşe göre de teamül hukuku, davranışsal düzenlilik ya da devamlılık ile ilişkilendirilmektedir[341].

Uluslararası teamüllerin oluşumu konusundaki teorik görüşlerden bir diğeri ise, Pazarcı'nın tabiriyle "toplumsal veya mantıksal gereklilik" görüşüdür. Bu görüşe göre uluslararası teamül kuralları, toplumsal bir ihtiyaca cevap olarak ortaya çıkmakta ve bu görüşe göre teamülün objektif unsuru bu ihtiyaçların açıklanması görevi görmektedir. Bu kabulün, özellikle genel bir uluslararası teamül kuralının oluşumuna katılmayan devletlerin ilgili kuralı ile bağlanmasına mantıki bir gerekçe olduğu savunulmaktadır[342].

C. ULUSLARARASI TEAMÜL KURALLARININ KURUCU UNSURLARI

Uluslararası hukukun yapısal sorunları sebebiyle, kural oluşumu ulusal hukuklarla kıyaslanabilecek kadar basit değildir. Kural oluşumu için belli bir hukuk politikası

336 Schlütter, s. 26- 27.

337 Kelsen, Hans (1966) Principles of International Law, New York, Rinehardt & Co., New York, s. 311,316'dan aktaran: Schlütter, s. 27.

338 Kelsen (1966) s. 308'den aktaran: Schlütter, s. 28.

339 Kelsen, Hans (1939) "Théorie du Droit International Coutumier", Revue Internationale de la Théorie du Droit, s. 256, ss. 253– 274'dan aktaran: Schlütter: s. 28.

340 Kelsen, s. 264, 313, 441'den aktaran: Schlütter, s. 28.

341 Kammerhofer, s. 547; Schlütter, s. 28.

342 Pazarcı (2011) s. 225- 226.

güdülmesi gerekir ve uluslararası hukukta tüm devletlerin aynı yönde ilerlemeleri her zaman, hatta çoğunlukla mümkün değildir[343].

UAD Statüsü m.38/1-b'de, "hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül" tanımından yola çıkılarak, teamülün iki unsurunun olduğu kabul edilmektedir[344]. Söz konusu iki unsur yaklaşımının temeli Roma metinlerine dayandırılmaktadır:

> "*Teamül hukuku, halkın zımni rızasıyla şekillenir (sübjektif unsur), eskiden beri süregelen alışkanlıklarıyla (objektif unsur) korunur: 'Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus'*"[345].

Teamülün unsurlarından ilki, "genel bir uygulama" diğer isimleriyle objektif unsur, devlet uygulaması, maddi unsur, ya da sosyolojik unsurdur. İkinci unsur ise, "hukuk olarak kabul edilme", sübjektif unsur, *opinio juris,* manevi unsur veya psikolojik unsur olarak isimlendirilebilmektedir. Söz konusu unsurlar, teamülün diğer toplumsal kurallardan veya diğer uluslararası hukuk kurallarından ayırt edilmesini sağlamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, UHK'nin isteği doğrultusunda hakim Manley O. Hudson tarafından hazırlanan taslağa göre, teamülün unsurlarının:

> "*(a) bazı devletlerin uluslararası ilişkiler alanındaki bir tür duruma ilişkin uygun uygulaması; (b) önemli bir süre boyunca uygulamanın devamı veya tekrarı; (c) uygulamanın geçerli uluslararası hukuka göre gerekli olduğu veya onunla uyumlu olduğu düşüncesi; (d) diğer devletler tarafından uygulamadaki genel kabul*"

şeklinde ikiden fazla olabileceği ileri sürülmüştür[346].

Bahsi geçen dört unsurun belirlenmesinin zor olduğu ve her olayda uluslararası ilişkiler alanına ilişkin olup olmama durumunu belirlemek gibi, çeşitli zorlukları da

---

343 O'Connell, D. P. (1971) International Law for Student, London, Stevens & Sons, s. 3.

344 Wilner, Gabriel M. (1995- 1996) "Reflections on Regional Human Rights Law", Georgia Journal of International and Comparative Law, V. 25, I. 1&2, s. 417- 418.

345 Dahlman, Christian (2012) "The Function of Opinio Juris in Customary International Law", Nordic Journal of International Law, V. 81, I. 3, s. 330.

346 http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_16.pdf&lang=E, s. 26, s.e.t. 29.01. 2018.

beraberinde getireceği yönünde eleştiriler dile getirilmiştir[347]. Tüm bu eleştiriler ışığında genel kabul, teamülün iki unsuru olduğu yönündedir. Yukarıda sayılan diğer unsurlar ise her olay bazında araştırılıp incelenebilecek yan unsurlar olarak görülebilir. Esasında çoğunun genel uygulama olarak kabul edilen maddi unsur kapsamında olduğu da söylenebilir.

İki unsur teorisinin dışında B. Cheng, yukarıda da ifade edildiği üzere, teamülün tek bir kurucu unsurunun olduğunu ve bu unsurun da *opinio juris* olduğunu, devlet uygulamasının ise bir kurucu unsur olmayıp sadece yardımcı bir unsur olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ona göre uygulama (*usage*) unsuru, esas kuralın varlığına, içeriğine ve *opinio jurise* kanıt sağlar. Genel bir uluslararası teamül hukukunun özü, devletlerin "*opinio juris generalis*"idir ve uluslararası teamül hukuku kurallarının içeriğindeki olası bir değişiklik devletlerin *opinio juris* unsuruna göre olacaktır[348].

Cheng'e benzer şekilde, teamülün sözlü bir antlaşmadan (*pactum tacitum*) ibaret görüldüğü eski teorisyenlere göre objektif unsur, sadece uygun sübjektif unsurun varlığını belirlemeye yardımcı bir unsur görevi görmektedir. Onlara göre teamül, sadece tarafların ortak iradesine dayanan sözlü bir antlaşmadır ve teamülün oluşumu için sübjektif unsur yeterlidir[349]. Ancak uygulamada bunun aksi örneklere rastlamak da mümkündür. Örneğin Avrupa Birliği Kılavuzunda teamül hukukunun, "devletler tarafından bağlayıcı kabul edilen devlet uygulamaları" olduğu yönünde bir ifade geçmektedir[350]. Devlet uygulamalarını önceleyen ve teamül hukukunu devletlerin uluslararası ilişkilerinin ve bu ilişkilerde gerçekleştirdikleri eylemlerinin bir yansıması olarak gören bu anlayışın örneklerini çoğaltmanın mümkün olduğunu söylemek gerekir.

Nihayet günümüzde de geçerli olan genel kabule göre, teamülü oluşturan iki unsur, "kümülatif niteliktedir ve aynı istikamete yönelmelidir"[351]. Yani bir uluslararası teamül

---

347 D'Amato, s. 7.

348 Cheng, s. 45.

349 Petersen, Niels (2007) "Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation", American University International Law Review, V. 23, N. 2, s. 294- 295.

350 Updated European Union Guidelines on Promoting Compliance With International Humanitarian Law, (2009/ C303/ 06), section 7, https://www.ihffc.org/Files/en/pdf/eu_guidelines-ihl.pdf, s.e.t. 28.03.2019; Chan, s. 54.

351 Sur, Serge (1989) "La Coutume Internationale" in Jurisclasseur du Droit International, Fascicule 13, 1er Cahier, s. 22 § 63'den aktaran: Öktem, s. 53; Arajärvi (2007) s. 4.

hukuku kuralının doğması için devlet uygulaması ve *opinio juris* birlikte olmalıdır. USAD'nin 1927 tarihli Bozkurt-Lotus Davası'nda "çoğunlukla hukuk prensiplerinin ifadesi olarak kabul edilen teamüller"[352] ifadesiyle de bu iki unsura yönelik bir tanım yaptığı kabul edilir[353]. UAD, 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'nda, ilgili eylemlerin hem yerleşmiş uygulama anlamına gelmesi gerektiğini, hem de bir hukuk kuralının varlığıyla yükümlülük haline gelen bu uygulamanın, bir inancın kanıtı olması gerektiğini ifade etmiştir[354].

1. ULUSLARARASI TEAMÜL KURALLARININ OBJEKTİF UNSURU (*CONSUETUDO, USUS, REPETITO FACTI*): MADDİ UNSUR

Uluslararası teamülün, uluslararası hukukun asli aktörü olan devletlerce, yükümlülük bilinciyle uyulan, istikrarlı ve tekdüze uygulama[355] olarak tanımlanması üzerinden yola çıkıldığında, teamül kurallarının objektif unsuru, uygulama ya da davranış olarak isimlendirilebilmektedir. O'Connell'in belirttiği üzere uygulama ifadesi teamül hukukunun oluşumunu gösteren basamaklar bütününü ifade etmekte iken, teamül ifadesi bizzat hukukun kendisine karşılık gelmektedir[356].

Devlet aktivitelerinin organize edilmesinde ve değerlendirilmesinde devletler adına hareket edenler, karar verenler, tavsiyelerde bulunanlar, diğer uluslararası hukuk kişileri ile diplomatik ilişkilerde bulunanlar, bu eylemlerinin bir kural oluşturacağı konusunda kimi zaman bilinçli kimi zaman da bilinçsiz hareket etmektedirler[357]. UAD'nin 1950 yılındaki Sığınma Hakkı Davası'nda işaret ettiği gibi, çoğunlukla da teamüle temel olan devlet uygulaması, hukuktan ziyade siyasi çıkarlardan etkilenmektedir[358]. Belirtmek gerekir ki uygulama, olumlu ya da olumsuz olabileceği gibi, barış veya savaş durumunda sergilenen bir tutum da olabilecektir[359].

Öğretide objektif unsura ilişkin yaklaşımlardan birine göre objektif unsur, "aynı

352 Bozkurt Lotus Davası, USAD Kararı, Serie A - No. 10, s. 18, K.T. 07.09.1927.
353 Scharf (2014) s. 311; Arajärvi (2007) s. 4.
354 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 44, p. 77, K.T. 20.02.1969.
355 Lauterpacht, s. 61.
356 O'Connell, s. 7.
357 O'Connell, s. 7.
358 Sığınma Hakkı Davası, UAD Kararı, s. 277, K.T. 20.11.1950; Lauterpacht, s. 63; Wolfke, s. 66.
359 Kunz, s. 666.

durumlarda aynı davranış ve tutumların sürekli olarak tekrarlanması"[360] veya taklit edilmesi şeklindedir[361]. Buna karşın, davranışın tekrar edilmesi ya da taklit edilmesi yaklaşımının, yeni kuralların oluşumuna ya da mevcut kuralların değişimine engel olduğu[362] gerekçesiyle reddedilmesi gerektiği şeklinde karşıt eleştiriler de söz konusudur. Esasında bu iki yaklaşıma da tam olarak katılmak mümkün görünmemektedir. Şöyle ki objektif unsur, ne ilk yaklaşımda ifade edildiği şekliyle tam anlamıyla taklittir ne de ikinci yaklaşımda iddia edildiği üzere, tümden taklitten bağımsızdır.

Objektif unsur açısından esas olan, söz konusu davranışın, toplumların karşılaştıkları sorunlara verdikleri refleksin, kendilerinden sonra gelenler tarafından veya aynı toplum tarafından uygun bulunduğu ölçüde devam ettirilmesidir. Dolayısıyla toplumların yazılı kuralları bile, kendi anlayışlarına, değerlerine yaklaştırma çabası içerisinde oldukları düşünüldüğünde, teamülün oluşumu, salt kopyalama olmayıp bir davranışın uygun görüldüğü ölçüde geliştirilerek, yer yer üzerinde çeşitli değişiklikler yapılarak, bir geliştirme ve bir güncelleme sürecini ifade etmektedir. İlk teoriye göre, davranışın ilk çıktığı andaki görüntünün bugüne kadar istikrarlı bir şekilde geldiğini kabul etmek gerekir ki bu durum tespit edilebilir olmadığı gibi kabul edilemezdir.

Objektif unsur, esasen ilk çıktığı andan itibaren bir duruma ya da soruna yönelik olarak o dönemki anlayış, değerler ve koşullar bağlamında bir refleks ya da davranış şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu iki görüşten özellikle ilkinin zaviyesinden bakılırsa tüm teamüllerin belli bir noktadan başlaması veya neredeyse yaşıt olması gerekmektedir. Zira bu teorinin mantığında her zaman bir "geçmiş uygulama" var olmak durumundadır[363].

Ancak uygulamada bunun aksi örnekler olduğu gibi, teori yeni teamül oluşumuna izin vermediği için de eleştirilmektedir[364]. Esasında teamül, çoğunlukla tespit edemediğimiz bir tarihte yaşanan bir soruna karşı geliştirilen bir davranışın belli boyutlarıyla devam ettirilmesi, bir şekilde esas özelliklerini koruyarak günümüze dek gelmesidir. Dolayısıyla burada esas olan, davranışların bire bir aynılık üzerine devamlılığı değil, esası üzerinden devam ettirilmiş olmasıdır. Bu tür bir yaklaşım, teamülün değişimi

360 Pazarcı (2011) s. 221.
361 Öktem, s. 57.
362 D'Amato, s. 5.
363 D'Amato, s. 4- 5; Mahmoudi, Said (1989) "Customary International Law and Transit Passage", Ocean Development and International Law, V. 20, N. 2, s. 159- 162.
364 D'Amato, s. 4- 5.

ile yeni teamül oluşumuna dönük var olan eleştirileri karşılama potansiyeline sahiptir.

Teamülün objektif unsuru ele alınırken üzerinde durulan diğer bir husus, söz konusu uygulamanın ortak ve yaygın bir uygulama olması gerektiğidir. UAD'nin 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'ndaki ifadesiyle, "objektif unsur" için yaygın ve temsili bir katılım gerekmektedir[365]. Yaygın ve temsili katılım, uygulamanın istisnasız tüm uluslararası toplum tarafından kabul edilmiş olması anlamına gelmeyip[366], en azından dünya üzerindeki ana siyasi, sosyal ve ekonomik sistemleri temsil eden bir katılım beklentisine karşılık gelmektedir[367].

Objektif unsuru oluşturan uygulamanın süresi konusunda kesin bir sınırın olmadığını belirtmek gerekir. Zira bu husus teamül kuralının oluşumu için gerekli olan devlet uygulamasının belirleyici unsuru değildir[368]. Bu konuda B. Cheng, oybirliği ile kabul edilmiş BM Genel Kurul kararlarıyla anlık (*instant*) teamül kurallarının oluşabileceğini ileri sürmüştür.

İlgili iddia kapsamında devlet uygulamaları kurucu unsur değil, ilgili kuralın içeriğine ve *opinio juris* unsuruna bir kanıt olarak görüldüğünden, uygulamanın süresinin önemli olmadığı ifade edilmiştir[369]. Bu açıdan değerlendirildiğinde devletlerin bizzat hukuk yapıcılar oldukları düşünülürse, uygulama ya da maddi unsur olmaksızın da uluslararası teamül oluşabileceği kabul edilebilir. Zira uluslararası hukukun bütün kurallarının bağlayıcı gücü nihayetinde devletlerin rızasına dayanmaktadır. Böylece herhangi bir BM Genel Kurulu kararı aracılığıyla "devletlerin *opinio jurislerinin* somutlaştırılmasında" hiçbir sakınca görülmemektedir[370].

---

365 Almanya Federal Cumhuriyeti-Danimarka ve Almanya Federal Cumhuriyeti-Hollanda arasındaki söz konusu davalara ilişkin kararlardaki ilgili bölümler için bkz. Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası (Almanya Federal Cumhuriyeti-Danimarka-Hollanda), UAD Kararı, s. 42, p. 73, K.T. 20.02.1969; Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası (Almanya Federal Cumhuriyeti-Hollanda), UAD Kararı, s .43, p. 73, K.T. 20.02.1969.

366 Paust, Jordan J. (1990) "Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law of the United States", Michigan Journal of International Law, V. 12, I. 1, s. 63.

367 Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 68; Öktem, s. 62.

368 Paust, s. 64.

369 Cheng, s. 36. Cheng'in, BM Genel Kurulu'nun uzay boşluğu hakkında kabul ettiği 20 Aralık 1961 tarihli 1721A (XVI) ve 13 Aralık 1963 tarihli 1962 (XVIII) sayılı kararlar üzerine anlık (instant) teamül hukuku kuralları ve BM kararlarının hukuki statüsü konulu ilgili makalesi çokça tartışmaya konu olmuştur.

370 Cheng, s. 37.

Uygulamanın, sadece devlet uygulaması olarak anlaşılmaması gerektiği de gittikçe artan şekilde taraftar toplamaktadır. Bu doğrultuda kuralın hukuk oluşum sürecindeki tüm katılımcıların uygulamalarının dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir[371].

Uygulamanın mahiyeti konusuna gelindiğinde, burada da farklı görüşler vardır. Bazı yazarlar, devlet uygulamasının sadece somut eylemlerden oluştuğunu; sözlü ifadelerin, iddiaların uygulama oluşturamayacağını belirtmektedir[372]. Bu yönde D'Amato, devlet uygulamasını oluşturan eylemin ne olduğunu açıklarken, "bir devletin uydu göndermesi, elçiler kabul etmesi, nükleer silah denemelerinde bulunması, kıta sahanlığında sondaj kulesi kurması, bir yabancıyı sınır dışı etmesi" gibi örnekler vererek iddia olmaktan çıkmış, somut, fiili olarak sonuçları ortaya çıkan eylemlerden bahseder. Yazar devletlerin salt iddiada bulunmasının, herhangi bir eylemle desteklenmedikçe devlet uygulamasının objektif unsurunu oluşturmayacağı görüşündedir[373].

Bu görüşü savunanlar, resmi bildiri ve kararlar dışında, devleti temsil edenlerinin, kendi ifadelerine çoğu zaman kendilerinin de inanmadıklarını, bu yüzden sözlü ifadelerin teamülün objektif unsurunun güvenilir bir kaynağı olmayacağını ileri sürmektedirler[374].

D'Amato'nun aksine Akehurst, devletlerin iddia ve ifadelerinin yanı sıra, kaçınma ve sessiz kalmanın dahi "devlet uygulaması" oluşturabileceğini savunmaktadır[375]. Onun D'Amato'ya göre daha kapsamlı olan bu yaklaşımının, UAD'nin 1950 tarihli Sığınma Davası'ndaki tutumuyla da örtüştüğü savunulmaktadır. Şöyle ki UAD, "tutarlı ve yeknesak bir uygulama" olmadığını belirlemek için, resmi devlet görüşleri ve devletlerin uluslararası antlaşmaların onaylamasına dayanmıştır[376].

UHK tarafından hazırlanan "Uluslararası Teamül Hukukunun Tanımlanması" başlıklı taslak m.6/1'de fiziksel eylemlerin yanı sıra, sözlü eylemler "*verbal acts*" olarak

---

371 Paust, s. 64; Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 66; Norman, George/ Trachtman, Joel P. (2005) "The Customary International Law Game", The American Journal of International Law, V. 99, N. 3, s. 554.

372 D'Amato, s. 88.

373 D'Amato, s. 88.

374 Arangio- Ruiz, Gaetano (1972) 'The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations', (1972- III) 137 *Recueil des cours* 419'den aktaran: Byers, Michael (1999) Custom, Power and the Power and the Rule, First Edition, Cambridge, Cambridge University Press, s. 40, 135.

375 Akehurst, Michael (1974- 75) "Custom as a Source of International Law", The British Year Book of International Law, I. 47, s. 10.

376 Byers (1999) s. 134- 135; Sığınma Hakkı Davası, UAD Kararı, s. 277, K.T. 20.11.1950.

bahsi geçen devlet ifadelerinin ve belli durumlarda eylemsizliğin devlet uygulamasına esas alınması gerektiği ifade edilmiştir. Taslak yorumlarında, bir devletin diğer bir devleti protesto etmesi sözlü eyleme örnek olarak verilmiştir[377].

UHK tarafından hazırlanan "Uluslararası Teamül Hukukunun Tanımlanması" taslağı m.6/2'de ise, bazı uygulama örnekleri sayılmıştır:

> "*Diplomatik eylemler ve yazışmalar, bir uluslararası örgüt ya da hükümetler arası bir konferansta kabul edilen kararlar bağlamındaki davranışlar, antlaşmalar bağlamındaki davranışlar, icrai davranış saikiyle yapılanlar da dahil yürütme davranışları, yasama eylemleri, idari eylemler, ulusal mahkemelerin kararları*"[378],

teamülün objektif unsuru olan devlet uygulamasının örnekleri olarak sayılabilecektir.

Uluslararası teamül hukuku kurallarının iki unsurundan biri olan devlet uygulaması konusunda son olarak bahsedilmesi elzem görülen husus, devlet uygulamasının tam anlamıyla oluşmadığı (az sayıda ve tutarsız olduğu) istisnai bazı durumlarda yeni bir teamül kuralının ortaya çıkabilmesidir. Söz konusu durum ile özellikle, uluslararası ceza hukuku alanında-uluslararası mahkeme (*ad hoc*) uygulamasında karşılaşılmaktadır[379].

2. ULUSLARARASI TEAMÜL KURALLARININ SÜBJEKTİF UNSURU (*OPINIO JURIS, OPINIO JURIS SIVE NECESSITATIS*): İNANÇ UNSURU

Sübjektif unsur, objektif unsurdan daha sonra ve hatta objektif unsurun teamül oluşumunda yetersiz görülmeye başlanmasıyla ortaya çıkmıştır[380]. Hatırlanacağı üzere,

---

377 İngilizce rapor metni için bkz. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/chp5.pdf&lang=EFSRAC, s. 91, s.e.t. 28.01.2018.

378 İngilizce rapor metni için bkz. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/chp5.pdf &lang=EFSRAC, s. 91, s.e.t. 28.01.2018; Ulusal mahkeme kararlarının uluslararası teamül hukukunun objektif unsuruna kanıt oluşturduğu yönünde bkz. Swart, s. 75; Nollkaemper, s. 281- 282.

379 Çalışma konumuzun V. bölümünde daha ayrıntılı ele alınacağı üzere, bazı uluslararası mahkeme kararlarında, yeni bir teamül kuralının varlığına kanıt olarak daha çok devlet uygulaması göstermek yerine, daha önceki yargı kararlarına atıf yapmak yeğlenmiştir. Hatta *ad hoc* bir mahkeme olan YUCM'un Tadic ve Furundzija Kararları'nda öncelikle teamül kuralının varlığı kabul edilmiş, daha sonra ilgili devlet uygulamalarının analizine geçilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Swart, s. 73- 74.

380 Öktem, s. 103.

objektif unsur olarak kabul edilen uygulamanın kurucu unsur niteliğinin reddedildiği, tek kurucu unsurun sübjektif unsur yani *opinio juris* unsuru olduğu iddia edilmektedir[381].

Söz konusu iddia ile birlikte *opinio juris* unsuru, devletler tarafından bir hukuk kuralı olarak kabul edilmiş uygulamanın yine onlar tarafından takip edilmesini gerektirir[382]. UAD'nin 1950 yılındaki Sığınma Hakkı Davası'nda:

> "*Kolombiya Hükümeti'nin dayanak gösterdiği kuralın diğer devletlerde de tutarlı ve yeknesak bir uygulamasının olduğunu ve bu kullanımın sığınma veren devlete dönük bir hakkın ve toprak devletine düşen bir görevin ifadesi olduğunu ispat etmesini*"[383]

istemesi, devlet uygulamasının yanı sıra sübjektif unsura işaret ettiği şeklinde değerlendirilebilir[384].

Böyle bir genel girişin ardından, kavramsal açıdan değerlendirildiğinde görülecektir ki *opinio juris sive necessitatis* kavramının, uluslararası hukuk literatüründe ilk kez 20.yy. başlarında Fransız hukukçu Francois Gény tarafından kullanıldığı ileri sürülmektedir[385]. Kavram sözlük anlamı itibarıyla, "tartışmalı bir davranışın hukuki niteliği veya zorunluluk inancı"[386] olarak tanımlanabilmektedir. Sübjektif unsur olarak ifade etmeyi tercih ettiğimiz *opinio juris* kavramının, bir kabul anlamında mı yoksa bir inanç anlamında mı kullanıldığı hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur.

Bu minvalde *opinio juris* unsuru kabul anlamında kullanılmaktadır diyenler, rıza kavramına dayanırlarken, bir devletin hukuk olarak kabul ettiği bir uygulamanın, diğer tüm devletler için de bu şekilde davranma hakkını ortaya çıkardığını savunurlar[387]. *Opinio juris*

---

381 Cheng, s. 45.

382 Dahlman, s. 330.

383 Sığınma Hakkı Davası, UAD Kararı, s. 276, K.T. 20.11.1950.

384 Lauterpacht, s. 63. Uluslararası teamül hukuku kuralının iki unsurunun birlikte aranması durumu, uygulamadaki çoğu halde katı şekilde uygulanmamaktadır. Genellikle, devlet uygulamasının kanıtlanmasıyla, *opinio juris* unsurunun da var olduğu varsayılmaktadır. Söz konusu varsayımın sebebi *opinio juris*'in kanıtlanmasının zorluğu olarak gösterilmektedir. Örnek olarak, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecek olan, UAD'nin Nikaragua Kararı ve Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararları verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Swart, s. 73.

385 Dahlman, s. 330; D'Amato, s. 48.

386 Öktem, s. 102.

387 Dahlman, s. 331. Aynı eserde, *opinio juris* unsurunu kabul teorisiyle açıklayan hukukçulardan ikisi Christian Wolff ve Emer de Vattel olarak yer almaktadır.

inanç anlamında kullanılmaktadır diyenler ise, devletler arasında uygulanan teamül kuralının, uluslararası hukukta geçerli bir kural olduğuna inanıldığı savunusunda bulunurlar. Söz konusu görüş, var olduğuna inanılan bir kuralın bu inanç üzerinden tekrar var olmasını beklemek gibi döngüsel bir çıkmaza götürdüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir[388].

Opinio juris unsurunun kavramsal karşılığı üzerindeki tartışmalar bir yana; işlevi, amacı üzerine de farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bu doğrultuda uluslararası teamül hukukunun barındırdığı problemlerin önemli bir bölümünün *opinio juris* unsuruna ilişkin belirsizlik ve uzlaşmazlıktan kaynaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır. *Opinio juris* unsurunun bu belirsiz yapısı, teamül hukukunun anlaşılması zor olağan hukuk oluşum süreçlerinden farklı şekilde dolaylı, kendiliğinden, bilinçsizce gelişen ve bir anlamda kasti olmayan yapısıyla[389] sıkı sıkıya ilişkilidir. Bu sıkı ilişki doğrultusunda, "istenmeyen devlet davranışlarının, uluslararası teamül hukuku kuralı olmasını engelleyen bir filtre"[390] olarak ifade edilebilen sübjektif unsurun, genellikle teamül hukuku oluşum sürecindeki ve devlet uygulamasını nitelendirmedeki rolü üzerinde durulmaktadır[391].

UAD Statüsü m.38/1-b'deki, "hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulama" ifadesi, objektif unsur olan devlet uygulamasının hukuk olduğu bilinciyle yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. Öyle ki söz konusu bilinç, ilgili uygulamanın aksine bir davranışın uluslararası sorumluluk gerektireceği kabulünü içermekte ve teamülün sübjektif unsurunu oluşturmaktadır[392]. Dolayısıyla, ilgili devletlerin yükümlülük bilinciyle yaptıkları eylemler kendileri açısından bağlayıcıdır. Bu doğrultuda akla, yükümlülük bilinciyle yapılan bir eylemin varlığının, her zaman iradi bir eyleme karşılık geldiğini söylemek mümkün müdür, sorusu gelmektedir. Bu noktada irade ve bilinç arasındaki ayrımın belirsizleşebildiğini belirtmek gerekir[393].

Opinio juris unsurunun belki en tartışmalı ve belirsiz yönü, kavramın barındırdığı çelişkide saklı olup, bu husus ilk defa Kelsen tarafından ele alınmıştır[394]. Söz konusu

---

388 Dahlman, s. 332. Aynı eserde, inanç teorisine karşı en güçlü eleştirinin 1939 yılında Hans Kelsen tarafından getirildiği belirtilmektedir.

389 Kammerhofer, s. 532.

390 Dahlman, s. 328.

391 Elias, Olufemi (1995) "The Nature of the Subjective Element in Customary International Law", The International and Comparative Law Quarterly, V. 44, N. 3, s. 502.

392 Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 74.

393 Kammerhofer, s. 535.

394 Öktem, s. 145.

çelişki, uluslararası ahlak, nezaket[395] ya da herhangi bir başka kural kaynaklı olmayıp, doğrudan teamül kuralının oluşumu ile alakalıdır. Daha net bir ifadeyle çelişki ya da sorun, teamül kuralının oluşumuna vücut veren ilk uygulamanın, *opinio juris* unsuru ile gerçekleştirildiği varsayımından kaynaklanmaktadır[396].

Uygulamanın, hukuken bağlayıcı olduğu bilinciyle yapılması gerektiğini ifade eden Kunz, böyle bir çelişkinin varlığını kabul etmektedir[397]. Ancak Kunz'a göre uygulama unsuru, *opinio juris* unsuru ile birlikte teamül hukuku kuralı oluşturmaktadır. Bu açıdan devletler, bir teamül kuralının oluşumu bağlamında, hukuki bir yükümlülüğe uygun davrandıkları inancıyla hareket etmektedirler. Kunz'a göre söz konusu inanç, henüz oluşmuş bir teamül kuralı bulunmadığından hukuki bir temelden yoksundur ve bu bağlamda bir teamül kuralının oluşabilmesi için devletlerin hukuki bir hataya düştüklerini varsaymaktan başka bir yol yoktur[398].

Söz konusu hususstaki ana çelişki, teamül kuralına vücut veren devletlerin ilgili kurala vücut verirken henüz doğmamış söz konusu kurala uygun davranmak durumunda olmalarıdır. Açıkça görülebileceği üzere bu konseptte temel bir mantık hatası ve bundan kaynaklanan bir tür kısır döngü söz konusudur. Zira aynı anda devletler, var olan hukuki bir kuraldan kaynaklanan yükümlülüğe uymak bilinciyle hareket ederken, bu hareket ve bilincin söz konusu hukuk kuralını oluşturmasını beklemek işin doğasına aykırıdır. Zira ortada henüz bir kural yoktur. Kural, ancak devletlerin bilinçli uygulaması sonucu oluşacaktır.

Nitekim, bu temel sorunun farkında olan Kelsen ve Kunz tek çıkar yolun, devletlerin olmayan bir kuralın, var olduğu yönünde hukuki bir hataya düştüklerini varsaymak olduğunu belirtmişlerdir. Buna karşın Kelsen'in bu görüşünden, teamülün oluşumu sırasında henüz bir normun olmadığını belirtmesiyle vazgeçmiş olduğu ileri

---

395 Belirtmek gerekir ki *opinio juris* unsuru, uluslararası teamül kurallarını uluslararası nezaket kurallarından ayıran temel unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira teamül kurallarının aksine nezaket kuralları bir yükümlülük bilinciyle yapılmaz. Ancak bir nezaket kuralı, kendisine zamanla *opinio juris* unsurunun eklenmesiyle bir teamül kuralına dönüşebilir. Bkz. Lauterpacht, s. 63; Kunz, s. 667; Çelik (1965) s. 74; Acer/ Kaya, s. 55.

396 Kunz, s. 667.

397 Kunz, s. 667; Tunkin, G. I. (1961) "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", California Law Review, V. 49, I. 3, s. 424; Kopelmanas, Lazare (1937) "Custom as a Means of the Creation of International Law", The British Year Book of International Law, I.18, s. 127,129.

398 Kunz, s. 667; Tunkin, s. 424.

sürülmektedir[399]. Bahse konu iddia, bir kuralın var olduğuna inanmak ile (gerçekten hukuk olduğu inancı), o kuralın gerçekten hukuk olması arasındaki, teamül hukuku kuralları açısından tespiti zor farka dayandırılmıştır[400].

Opinio juris unsuruna ilişkin çelişkinin, yargı kararlarına da yansıdığı görülmektedir. Örneğin; bu çelişkiden USAD'nin Bozkurt-Lotus Kararı'nda, "…(devletlerin cezai kovuşturmadan) kaçınmalarının, bir kaçınma yükümlülüğüne sahip bulunduklarının bilincinde olmalarına dayanması halinde bir uluslararası teamülden söz edilebilir"[401] şeklinde ifade edilirken; UAD'nin Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı kararında, "ilgili devletler, bir hukuki yükümlülüğe karşılık gelen şeye uygun hareket ettikleri hissiyatı içinde olmalıdırlar"[402] şeklinde dile getirilmiştir.

Söz konusu çelişkiye dönük çözüm önerilerine baktığımızda, görüşlerden birinin çözüm olmaktan öte, düşülen hukuki hatanın kabulünün sürdürülmesi anlamına geldiği görülecektir. Bu minvalde François Gény, yeni teamül oluşabilmesi uğruna, bir kuralla sehven bağlı olma faraziyesini savunmuştur[403]. Diğer bir yaklaşım ise *opinio juris* unsurunu irade temelli açıklamakta ve "uluslararası hukukun aynı anda öznesi ve yaratıcısı olan devletin bir normun varlığı hakkındaki kanaati, neden böyle bir normun ortaya çıkışının kökeninde yer almasın?"[404] sorusuyla, bahse konu çelişkiyi aşmaya çalışmaktadır.

Bir başka öneri ise, teamül kuralının ilk oluşmaya başladığı aşamadan, somut bir olaya uygulanacak hale geldiği aşamaya kadar geçen süreçte, *opinio juris* unsuruun da bir gelişim süreci yaşadığına dayanmaktadır. Bu görüş bağlamında *opinio juris* unsurunun ilk planda beklenen bir kural arzusu olduğu, sonraları kuralın var olduğuna yönelik inanç haline geldiği ileri sürülmektedir[405].

Hem teoride hem de uygulamada tam anlamıyla açıklığa kavuşmamış bir kavram olarak varlığını sürdüren *opinio juris* unsurunun bu durumu, bir teamül kuralının ortaya

---

399 Kammerhofer, s. 535.

400 Kammerhofer, s. 536.

401 Öktem, s. 146; Bozkurt Lotus Davası, USAD Kararı, Serie A - No. 10, p. 76, K.T. 07.09.1927.

402 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 44, p. 77, K.T. 20.02.1969.

403 Gény, François (1919) Méthode d'interprétation et sources en droit privé positive, 2. Baskı, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, s. 367'den aktaran: Öktem, s. 146; Byers (1999) s. 131.

404 Stern, Brigitte (1981) "La coutume au coeur du droit international" in Mélanges offerts á Paul Reuter, Le droit international: unité et diversité, Paris, Pedone, s. 487- 488'den aktaran: Öktem, s. 147.

405 Mendelson, s. 280- 281.

çıkıp çıkmadığının ya da bir teamül kuralı iddiası söz konusu olduğunda bu iddianın doğruluğunun kanıtlanmasını zorlaştırmaktadır. Teamül kuralının oluşumunda, bir hataya düşüldüğü varsayımının kabulü halinde bile, belirsizlik devam edecektir[406]. Belki de bu konuda Jörg Kammerhofer'in iddia ettiği gibi, sübjektif unsuru, hukuku pozitifleştiren iradi bir eylem olarak kabul etmek ve hukuk olduğu iddia edilenin gerçekten hukuk olup olmadığına bakmadan, ilgili iddiaya odaklanmak daha yerinde olacaktır[407].

Opinio juris unsuru ile ilgili olarak yapılan yorumlardan bir diğeri, onun inançların beyan edilmesiyle ilgili olduğu, keza uluslararası antlaşmalar ile beyanların *opinio juris* unsurunu temsil ettiği ve bu şekilde eylemin hukukiliğinin açıklanmaya çalışıldığı şeklindedir[408]. Bunun yanı sıra, *opinio juris* unsurunun açıklandığı beyanların sadece uluslararası beyanlarla sınırlı olmadığını, ulusal beyanların da bu kapsamda olduğunu hatırlamak gerekir[409].

D. TEAMÜLİ NİTELİĞİN ÖNEMİ

Uluslararası hukukun kaynaklarından biri olan teamülün önemi, teamülün uluslararası hukukun diğer bir kaynağı olan uluslararası antlaşmayla birlikte değerlendirilmesi halinde berraklaşmaktadır. Teori ve uygulamada sıkça karşılaşılan bu değerlendirme ekseninde teamülün önemi; özellikle aynı kuralın hem uluslararası antlaşmada hem de teamülde var olması durumunda, antlaşmaya taraf olmayan devletlerin teamül düzenlemesiyle bağlılıklarının devam ediyor olmasında en belirgin noktasını oluşturmaktadır. Diğer yandan, teamül hukukunun, antlaşmaların düzenlemediği alanlarda tek başına hüküm sürmeye devam etmesi[410] de kendisinin uluslararası hukuk açısından öneminin bir diğer yansımasıdır.

Niteliği ve oluşum süreci bakımından uluslararası bir antlaşmaya göre daha kapsayıcı ve uluslararası toplumun gerçeklerine (farklı koşullarda değişiklik gösterebilmekle birlikte)

406 Kammerhofer, s. 536.
407 Kammerhofer, s. 536.
408 Roberts, s. 758; Wilner, s. 417.
409 Wilner, s. 417.
410 Tan, Yudan (2018) "The Identification of Customary Rules in International Criminal Law", Utrecht Journal of International and European Law, V. 34, I. 2, s. 92.

daha uygun olduğu savunulan uluslararası teamüller, "uluslararası hukuk olgusunu daha bütüncül şekilde yansıtması, uluslararası hukukun karmaşıklığını tam anlamıyla ifade etmesi ve onun imkanlarının çoğunu hayata geçirmesi"[411] bakımından vazgeçilmez bir kaynaktır.

Teamüli niteliğin öne çıkmasını sağlayan ve daha belirgin hale getiren şey kodifikasyon faaliyetidir. Bu hususta en güzel örnek insancıl hukukun kodifiye edilmesiyle oluşan 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'dir. Meron'un da dikkat çektiği üzere, BM Antlaşması'ndan bile daha çok bağlayıcılığa ulaşan bu Sözleşmeler[412] teamül kuralları ile uluslararası antlaşmaların bağlayıcılıkları konusunda net bir değerlendirmeye imkan tanımaktadır. Bireyin korunması noktasında önemli başarı olarak addedilebilecek olan bu Sözleşmelerin etki alanının herhangi bir teamül kuralıyla eş düzeyde olduğu ileri sürülebilir.

Ancak burada esas üzerinde durulması gereken husus ilgili Sözleşmelere taraf olmayan devletlerin kendilerini insancıl hukuk kurallarından muaf addedip addedemeyecekleridir. Söz konusu insancıl hukuk kuralları zaviyesinden bakılınca zaten teamül kuralı olarak var olan ilgili kuralların antlaşma olarak kendisini bağlamadığını iddia eden devlet açısından, bu iddianın bir hükmü olmayacaktır.

Uluslararası hukukta devletler sadece onaylamadıkları uluslararası antlaşmalar ile bağlı kabul edilmezler. Bu doğrultuda uluslararası antlaşmanın iç hukuka aktarımı için bir yasama işlemine ihtiyaç duyulan devletlerde, iç hukuka aktarımın gerçekleştirilememesi söz konusu devletlerin uluslararası antlaşma ile bağlı olmadıkları anlamına gelmez. Bir devletin, bağlı olduğu uluslararası antlaşmadan, antlaşmanın öngördüğü koşullar çerçevesinde çekilmesi mümkündür. İşbu halde ilgili uluslararası antlaşma kural(lar)ının teamül kural(lar)ı olması halinde, ilgili devlet bu teamül kural(lar)ıyla (örneğimiz bakımından insancıl hukuk kuralları) bağlı olmaya devam edecek ve aksini ileri süremeyecektir. Bu ikili yönüyle teamüli nitelikteki insancıl hukuk kuralları kişi haklarının

411 Sur, Serge (1986) "La coutume internationale, sa vie, son oeuvre" in Droits, 3, s. 124'ten aktaran: Öktem, s. 325; Çelik (1965) s. 71.

412 Meron, Theodor (1989) Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford, Clarendon Press, s. 4. Güncel rakamlarıyla BM üyesi güncel devlet sayısı yüz doksan üçtür. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://ask.un.org/faq/14345, s.e.t. 24.07.2019. Cenevre Sözleşmeleri ve ek Protokollerine üye olan devlet sayıları için bkz.https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jp52.htm, s.e.t. 24.07.2019.

korunması noktasında önemli bir güvence sağlamaktadır[413].

Bu bağlamda devletler, antlaşmaları (özellikle Cenevre Sözleşmeleri gibi insancıl hukuk kurallarını düzenleyen uluslararası antlaşmaları) belli sona erdirme şekilleriyle kendileri açısından hükümsüz kılabilmektedirler. Ancak bu hükümsüz kılma, ilgili antlaşmanın teamüli nitelikteki hükümlerinin devletler açısından bağlayıcılığını etkilemezler ve devletler de bunun aksini iddia edemezler[414]. Nitekim 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne bakıldığında, antlaşma feshine ilişkin hükümlerde (62, 63, 142, 158), feshin teamüli hukuk kurallarının bağlayıcılığını etkilemeyeceği düzenleme altına alınmaktadır. Feshin teamül kuralları üzerindeki etkisi konusundaki düzenlemelerden biri şu şekildedir:

> "*…Feshin ihbarı keyfiyeti, yalnız feshi ihbar eden devlet hakkında muteber olacaktır. Feshin ihbarı, ihtilafa dahil tarafların medeni milletler arasında müesses teamüllere dayanan devletler hukuku prensiplerine, insaniyet kanunlarına ve amme vicdanının emirlerine göre ifasıyle mükellef kalacakları vecibelere hiçbir veçhile tesir etmeyecektir*"[415].

Benzer bir hüküm 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde bulunmaktadır. Sözleşme'nin 43. maddesine[416] göre, gerek 1969 Viyana Sözleşmesi gerekse de diğer

---

413 Meron (1989) s. 5- 6.

414 Meron (1989) s. 6.

415 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nden biri olan, Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi m. 62 için bkz. https://www.icrc.org/ar/download/.../sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf, s. 44, s.e.t. 29.07.2019. Aynı şekilde aynı Sözleşme'nin, feshin teamül kurallarının bağlayıcılığını etkilemeyeceğine dair ifadeleri sırasıyla şu şekildedir: m. 63: "…Fesih keyfiyeti yalnız fesheden devlet hakkında muteber sayılacak anlaşmazlık halindeki tarafların, milletler arasında amme vicdanının icaplarına ve insanlık kanunlarına müstenit teamüllere göre tesbit olunan devletler hukuku prensipleri gereğince yerine getirmek mecburiyetinde bulundukları vecibeler üzerinde hiçbir hüküm ve tesir ifade etmeyecektir". Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi m. 142: "…Feshin ihbarı, ancak bu ihbarda bulunan devlet hakkında muteber olacaktır. Feshi ihbar keyfiyeti, ihtilafa dahil devletlerin medeni milletler arasında müesses teamüllerden, insanlık kanunlarından ve amme vicdanı icabatından doğan beynelmilel hukuk prensiplerine göre ifasiyle mükellef olarak kalacakları vecibelere tesir etmeyecektir". Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi m. 158: "…Feshin, sadece fesheden devlet için hükmü olabilir. Medeni milletler arasında müesses teamüllerden, beşeriyet kanunlarından ve amme vicdanının icaplarından olan devletler hukuku kaideleri mucibince, ihtilafa dahil tarafların ifaya devam etmekle mükellef oldukları vecibeler üzerinde hiçbir tesiri olamaz". Ayrıca bkz. Meron (1989) s. 6.

416 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin, milletlerarası hukukun bir antlaşmadan bağımsız olarak yüklediği yükümlülükler başlıklı 43. maddesi şu şekildedir: "Bu Sözleşmenin veya (söz konusu)

uluslararası antlaşma hükümlerinin sona erdirilmesi ya da askıya alınması gibi durumlarda, devletlerin ilgili antlaşmalardan bağımsız olarak var olan yükümlülüklerine halel gelmez.

Görüldüğü üzere 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde teamül hukukuna açıkça atıf yapılırken, 1969 Viyana Sözleşmesi'nde zımni bir atıf söz konusudur. Ancak her iki şekilde de teamül hukukunun antlaşmalar aracılığıyla uygulanması vurgulanmakta ve antlaşmaların sona ermesi halinde bile teamül kurallarının varlığını sürdüreceği ifade edilmektedir. Bu yöndeki söz konusu hükümler, teamül hukukunun uygulanması desteklemekte ve güçlendirmektedir[417]. Nitekim uygulamada bu durum teyit edilmiştir. ABD'nin, Nikaragua Davası'nda[418] Cenevre Sözleşmeleri hükümlerinin, kendisi hakkında uygulanmasını önlemek amaçlı çekince ileri sürmesi, ancak bu çabasının Sözleşme hükümlerinin teamül olarak varlığı sayesinde boşa düşmesi, teamül kurallarının önemini vurgulayan güzel bir örnek teşkil etmektedir[419].

Daha evvel de belirtildiği gibi teamül kuralları esasında hem bir kaynak hem de oluşum sürecini ifade etmektedir. Söz konusu bu gerçekten hareketle, bir antlaşma hükmü olarak var olup teamül kuralı halini alan ya da teamül kuralı iken bir antlaşma ile yazılı hale getirilen bir teamül kuralının uluslararası toplum tarafından önemli şekilde desteklenip buyruk kural seviyesine çıktığı durumlar da mevcuttur[420].

Herhangi bir teamül kuralının sübjektif unsuru olan *opinio juris* unsurunun oluşmasıyla, teamül kuralının ortaya çıkması açısından ilgili toplumun toplumsal değerlerini, çıkarlarını yansıtan önemli bir kurallaşma aşamasına da ulaşılmış olur. Bu minvalde, uluslararası hukuk kuralı oluşum şekillerinden biri olan uluslararası teamülün daha fazla destek bulması ile buyruk kuralı oluşabilecektir. Dolayısıyla teamülün oluşumu, uluslararası hukukun oluşumunda önemli bir aşamayı teşkil etmektedir[421].

---

antlaşma hükümlerinin uygulanması yoluyla bir antlaşmanın geçersizliğine hükmedilmesi sona erdirilmesi taraflardan birinin antlaşmadan çekilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması herhangi bir Devletin antlaşmada yer alan fakat antlaşmadan bağımsız olarak milletlerarası hukuk gereğince yerine getirilmesi gereken herhangi bir yükümlülüğünü icra etmesi görevine herhangi bir şekilde zarar vermez" [Gündüz/ Günel (Editör), s. 66].

417 Meron (1989) s. 7.

418 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 83- 85, p. 175- 178, K.T. 27.06.1986.

419 Meron (1989) s. 9.

420 Meron (1989) s. 8- 9.

421 Meron (1989) s. 9.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARI VE ULUSLARARASI HUKUKA ETKİLERİ

Uluslararası hukukun ve özellikle uluslararası teamül kurallarının uygulanmasında önemli bir role sahip olan uluslararası yargı kuruluşlarının bu rolünün kapsamının ortaya konabilmesi noktasında ilgili yargı kuruluşlarının yapılarını ve işleyişlerini ele almak önem arz etmektedir. Bu doğrultuda bu bölümde, uluslararası yargı kuruluşlarının ortaya çıkışı ve yargı yetkilerinde yaşanan dönüşüm, uluslararası yargı kuruluşlarının türleri ve nihayet bu kuruluşların uluslararası hukuk kapsamındaki biçimsel rolü inceleme konusu edilecektir.

A. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARI

Tezimizin iki esas konusundan ikincisi olan yargı kararlarının uluslararası teamül kurallarına etkisinin anlaşılabilmesi için bu kararları veren yargı kuruluşlarının incelenmesi gerekmektedir. Özellikle baştan beri benimsemiş olduğumuz plan çerçevesinde (genelden özele), yargı kuruluşlarının ortaya çıkışları, türleri, yapıları ve sahip oldukları yetkilerin bu başlık altında ele alınması zorunludur. Zira uluslararası hukukun değişminde ve gelişiminde önemli etkilere sahip aktörler olarak kabul edilen uluslararası yargı kuruluşları, tüm bu nitelendirmelere verdikleri kararlar sayesinde ulaşmışlardır.

1. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARI: ORTAYA ÇIKIŞ VE YARGI YETKİSİNİN DÖNÜŞÜMÜ

Uluslararası yargı kuruluşlarını incelerken, öncelikle bu yargı kuruluşlarının ortaya çıkışını ve uluslararası hukuk alanında yaşanan gelişmelerin bunların yargı yetkisi üzerindeki dönüştürücü etkisini ele almak doğru bir başlangıç olacaktır. Bu doğrultuda, bu başlık altında genel hatlarıyla uluslararası yargı kuruluşlarının ortaya çıkışı ve bu ortaya çıkışta etkili olan faktörler kısaca inceleme konusu edilecektir. Devamında ise, uluslararası yargı kuruluşlarının zaman içinde yargı yetkilerindeki değişim yine genel hatlarıyla ortaya konmaya çalışılacaktır.

1.1. Uluslararası Yargı Kuruluşlarının Ortaya Çıkışı

Uluslararası hukukun farklı alanlarında faaliyet gösteren; amaçları, oluşumları, üye sayıları birbirinden farklı yargı kuruluşlarının ortaya çıkmasında farklı faktörler etkili olmuştur. Bu noktada daha en başta uluslararası barış ve güvenliğe vurgu yapmak gerekir. Uluslararası barış ve güvenliğin korunması, yapılan iki ve çok taraflı antlaşma veya sözleşmelerde gözetilen bir uluslararası prensip olarak yer almaktadır. Milletler Cemiyeti ve BM'de sürdürülen ve korunmaya çalışılan hedef prensip, I ve II. Dünya Savaşları sırasında yaşananların da etkisiyle farklı düzenlemelere temel olmuş ve olmaktadır[422].

Uluslararası yargı kuruluşlarının ortaya çıkmasında etkili olan faktörlerin en yaygın bilinenlerinden biri, özellikle uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku alanlarında uluslararası düzenlemelere sebep olan olaylardır. Bahse konu uluslararası hukuk alanlarındaki gelişmeler, her ne kadar eski bir tarihe sahip olsalar da, 1859 Solferino Savaşı sırasında savaş alanını, yaralı askerlerin durumunu gözlemleyen İsviçreli Jean Henry Dunant'ın harekete geçmesi ile 1864 Uluslararası Kızılhaç Teşkilatı'nın kurulması, 1873 Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün (*Institut de Droit International*)[423] kurulması, Cenevre Savaş Mağdurlarının Durumuyla İlgili Sözleşme, 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri, 1925 Cenevre Protokolü gibi düzenlemelere yol açan bir silsileyi başlatmak suretiyle, yargısal kuruluşlara giden süreci hızlandıran bir etken olmuştur[424]. Özellikle 1899 Lahey Sözleşmesi uluslararası yargı için bir dönüm noktası olarak ifade

---

422 Uluslararası yargı kuruluşlarının kurulmasında etkili faktörlerden bahsetmeden evvel şimdiye kadar geçen süreçte nasıl önem kazandıklarını görmek için uluslararası mahkemelerin karar sayıları hakkındaki istatistiklere bakmakta fayda görülmektedir. Buna göre, 1989 yılına değin, tüm uluslararası yargı kuruluşları toplamda 3300 karar vermişken, bu rakam 1990 ile 2011 yılları arasında 34.000'e ulaşmıştır. Bu sonucun en önemli nedeni yıllar içerisinde yargı kuruluşları sayında yaşanan artıştır. Uluslararası hukukun farklı alanlarına yönelik yapılan antlaşmalarda kurulması öngörülen uluslararası yargı kuruluşları, böylece ilgili uzmanlık alanlarında uyuşmazlık çözüm mercii olarak faaliyete başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Chigara, Ben (2000) "International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law", Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, V. 22, N. 4, s. 433- 434; De Baere/ Chané/ Wouters, s. 720.

423 Uluslararası hukukun gelişimini hedefleyen Enstitü'nün statüsünde, medeni dünyanın vicdanının bir aracı olarak uluslararası gelişmenin destekleneceğine yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. von Bogdandy/ Venzke, s. 20; http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/Statutes-of-the-Institute-of-International-Law.pdf, s.e.t. 09.07.2019.

424 Goldstone, Richard J./ Smith, Adam M. (2009) International Judicial Institutions-The Architecture of International Justice at Home and Abroad, London, Routledge, s. xii; von Bogdandy/ Venzke, s. 14, 20.

edilmektedir[425].

Elbette ki bahse konu düzenlemelerin yapılmasını tetikleyen tek bir neden yoktur ve süreçte gerek siyasi gerek sosyolojik birçok etken rol oynamıştır. Gelinen nokta ve II. Dünya Savaşı sonrası dört Cenevre Sözleşmesi[426] ve ek protokollerinin kabulü, Uluslararası Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemelerinin kuruluşuna zemin hazırlamış ve nihayet bu mahkemelerin faaliyetleri UCM'nin kurulması ile sonuçlanmıştır[427].

II. Dünya Savaşı döneminde (savaş öncesi, savaş sırası ya da savaş sonrasında) dünya çapında meydana gelen insan hakları ihlalleri, bölgesel nitelikte birçok konsey, komite, birlik ve mahkeme kurulmasına neden olmuştur. 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, insan hakları fikrinin yayılması konusunda öncü olmuştur[428]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi gibi birçok insan hakları koruma mekanizması bu olaylar ve süreçlerin sonunda meydana çıkmıştır. Diğer birçok uluslararası yargı kuruluşunun oluşumunda önemli bir etki gösteren I. ve II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan insanlık dışı felaket ve dramlar, bahsi geçen bu iki mahkemeden ilki olan AİHM'nin kurulmasında temel bir role sahiptir.

II. Dünya Savaşı sonrası BM'nin kuruluşuyla birlikte gerek ulusal gerekse uluslararası alanda insan hakları bilinci artmış, bir yumuşak hukuk[429] belgesi olarak kabul

---

425 Mackenzie, Ruth/ Romano, Cesare P.R./ Shany, Yuval/ Sands, Philippe (2010) Manual on International Courts and Tribunals, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, s. xi. İlgili atıf, Philippe Sands tarafından kaleme alınan giriş bölümüne yapılmıştır.

426 İlgili Cenevre Sözleşmeleri sırasıyla şöyledir: 1.Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 2.Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 3.Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi, 4.Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesi ve ilgili protokoller için bkz. https://www.icrc.org/en/download/file/35023/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf, s.e.t. 24.02.2018.

427 Goldstone/ Smith, s. xii.

428 Goldstone/ Smith, s. xiii; Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 1- 3; Aybay, Rona (2006) Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, s. 6- 7.

429 Yumuşak hukuk, *soft law* ya da yumuşak hukuk, bağlayıcılıkları sebebiyle gündem olan belgelere karşılık gelen belgelerdir. Yani bu ifadeler, kural olarak uluslararası kuruluşların bağlayıcı olmayan kararlarını ifade etmek için kullanılır Bu yöntem (yumuşak hukuk) devletlerin, öngörülemez buldukları alanlarda, kendilerini bağlamamak için seçtikleri bir yoldur. Ancak tıpkı Evrensel Beyannamede olduğu gibi bu tür belgelerin zamanla etki alanları ve bağlayıcılıkları değişebilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Acer/ Kaya, s. 65; Pellet, s. 27 vd.

edilen, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kabul edilmiştir. İlgili Beyannamenin bağlayıcı bir belge olmaması (yumuşak hukuk), içerdiği hükümlerin daha sonra bağlayıcı olmayacağı ya da etkisiz kaldığı anlamına gelmemektedir[430]. Söz konusu Beyanname, AİHS ve onun denetim mekanizması olan AİHM[431] gibi birçok bağlayıcı uluslararası antlaşma, belge ve yargı kuruluşunun temeline imzasını atarak etkinliğini ispatlamıştır. Ayrıca, bugün Beyannamenin içerdiği birçok hüküm, uluslararası teamül hukuku kuralı olarak uygulanmaktadır[432].

Uluslararası yargı kuruluşlarının oluşumunda etkili olan faktörler ele alınırken bu kuruluşların ilgili toplumun değerleri, ihtiyaçları ve çıkarlarından bağımsız kuruluşlar olmadıkları gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle uluslararası toplumun temel değer ve çıkarlarını korumakla görevli uluslararası yargı kuruluşları, bu yönleriyle söz konusu uluslararası toplumun da bir organı halini almaktadır. Bu doğrultuda uluslararası yargı kuruluşları devletler adına değil uluslararası toplum adına hareket etmektedirler[433].

Sadece devletlerden müteşekkil olmayan bir uluslararası toplum anlayışı, daha doğru bir ifadeyle evrimsel bir sürecin ifadesi olan toplum yapısı anlayışı, doğal hukuk anlayışı kaynaklıdır. Ancak bu anlayışın hedeflediği menzil, tüm dünyayı kapsayabilen bir toplum fikrine uzanan, *jus gentium* anlayışı yönündedir[434]. Söz konusu toplum anlayışı, evrimsel bir süreci ifade eder. Çünkü insanların, kendilerini içinde buldukları birbirinden farklı toplumlardan bağımsız olarak, ortak prensipler çerçevesinde yönetilen insanlığın parçası

---

430 Memiş, Emin (2000) "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 17, s. 130.

431 AİHM, oldukça önemli bir yargı kuruluşudur. II. Dünya Savaşı sonrası Avrupa Kıtası'nda insan haklarına saygıyı sağlamak ve Avrupa kamu düzenini korumak amacıyla kurulmuştur [Erdem, Mustafa Ruhan/ Korkmaz, Ömer (2003) "Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 2, s. 186; Memiş, s. 143]. AİHM, bölgesel nitelikli olmasına rağmen, elde ettiği haklı başarıyla ulusal ve uluslararası yargı kuruluşlarına öncülük ve örneklik etmesi bakımından da önem arz etmektedir [Değerli, Yavuz Selim (2015) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dava Sonuçlandırma Yöntemleri, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 1]. Bu denli etkili bir mekanizmanın oluşumunda itici bir güç olması bile, Evrensel Beyannamenin etkisini gözler önüne sermektedir.

432 Memiş, s. 130.

433 von Bogdandy/ Venzke, s. 19.

434 von Bogdandy/ Venzke, s. 19; von Bogdandy, Armin/ Dellavalle, Sergio (2009) "Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms", German Law Journal, V. 10, N. 01, s. 10.

olarak görmeleri uzun zamana yayılan bir gelişimin sonucudur[435].

Yukarıda zikredilen, Uluslararası Kızılhaç Teşkilatı, Uluslararası Hukuk Enstitüsü, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri, 1925 Cenevre Protokolü gibi kurumların da katkılarıyla, uluslararası toplum fikrindeki gelişim, uluslararası yargı kuruluşlarını meşrulaştıracak bir zemin hazırlamıştır. Zira uluslararası yargı kuruluşları aracılığıyla uluslararası hukukun gelişimi ile uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve sürekliliğinin sağlanması, 1899 ve 1907 Barış Konferansları'nda güçlü bir şekilde savunulmuştur[436]. Uluslararası yargı kararları aracılığıyla uluslararası hukukun gelişiminin en önemli savunucularından biri olan Hans Wehberg'e göre, uluslararası barışın en önemli aracı uluslararası yargı kararlarıdır[437].

1.2. Uluslararası Yargı Yetkisinin Dönüşümü: Yetkinin Genişlemesi

Uluslararası yargı kuruluşlarının yetkisi bahsine yargı kavramının[438] açıklanması ile başlamak yerinde olacaktır. Yargı kavramı hakkında,

> "*…bir devletin uluslararası hukuk gereğince bir hukuk kuralını tespit etmesi ve uygulaması*"[439], "*...objektif hukukun bağımsız hakimler (mahkemeler) tarafından belli bir olaya uygulanmasıdır*"[440]

gibi çeşitli tanımlar söz konusudur. Bu konuda Georges Scelle ise "uyuşmazlık bulunan bir durumun hukuk kuralına uygun olup olmadığı, yetkili bir organ tarafından kesin hüküm gücüyle belirtildiği zaman bir hüküm söz konusudur"[441] demektedir. Belirtmek gerekir ki bugün yargı faaliyeti söz konusu tanımlardaki şekliyle hukuk kuralını tespit edip, somut uyuşmazlığa uygulamakla sınırlı kalmamakta, ilgili hukuk kurallarının anlamı, yargı organı tarafından genişletilebilmekte, hatta bir anlamda yeni kurallar oluşturulabilmektedir. Bu bağlamda günümüzde "yargısal hukuk yapımı" konusu uluslararası hukukun en tartışmalı konulardan biri durumundadır.

---

435 von Bogdandy/ Dellavalle, s. 10.

436 von Bogdandy/ Venzke, s. 20.

437 Hans Wehberg, Hans (1912) Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes, München, Duncker & Humblot, s. 11'den aktaran: von Bogdandy/ Venzke, s. 20.

438 İngilizce "jurisdiction" kelimesi hem yargı hem de yargı yetkisi anlamlarına gelmektedir. Çalışmada her iki kavram da "jurisdiction" kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır.

439 Bowett, D. W. (1982) "Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources", British Yearbook of International Law, V. 53, I. 1, s. 1.

440 Çelik, Edip F. (1987) Milletlerarası Hukuk, İkinci Kitap, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 345.

441 Çelik (1987) s. 345.

Öğretide, yargısal faaliyetin niteliği ya da hakimlerin yargısal faaliyetleri konusunda birbirine zıt görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden biri, hakimin önündeki davaya bakarken kendini sınırlaması ve bu doğrultuda yorum konusunda gereksiz görülebilecek yollara sapmaktan imtina etmesi gerektiğini savunur. Bu görüşün aksi istikametindeki diğer bir görüşe göre ise, hakimler hukukun geliştirilmesi adına, kuralların uygulanması sırasında daha geniş bir çerçevede hareket edebilirler[442].

Hakimlerin yargı yetkisi kapsamında hareket alanlarının sınırı tartışmaları, doğası gereği yetki kavramını incelemeyi gerekli kılmaktadır. Bu minvalde, yargı yetkisi; "insanlar, eşyalar ve durumları düzenleme ve etkileme gücüyle ilgilidir ve devlet egemenliği, devletlerin eşitliği ve iç işlerine müdahale etmeme gibi temel prensipleri yansıtır"[443]. Görüleceği üzere genel hatlarıyla söz konusu tanımda bir yandan yetkinin kapsamı çizilirken, diğer yandan yetkinin kaynağını hangi prensiplerden aldığı belirtilmiştir. Vurgulamak gerekir ki bu prensipler aynı zamanda yargı yetkisinin sınırını da oluşturmaktadır. Ancak nihayetinde yargı yetkisi, temelde ulusal ve uluslararası hukuk düzeninin temel gereksinimlerinden biri olan uyuşmazlık çözümünü sağlamaya yöneliktir ve devlet egemenliğinden kaynaklanır[444]. Dolayısıyla yargı yetkisinin niteliği ve kapsamı tartışmaları bir yana, klasik anlamda uluslararası yargı kuruluşlarının, uluslararası hukuk kişileri (özellikle devletler) arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma düşüncesiyle ortaya çıkmış olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Özellikle küresel gelişmeler başta olmak üzere, uluslararası toplumda yaşanan değişimler nedeniyle uluslararası yargı kuruluşlarının yargı yetkisi, klasik anlamın ötesine geçmiş ve bu yetkinin kapsamına yeni alanlar eklenmiştir[445]. Bu doğrultuda ulusal ve

---

442 Friedmann, s. 143.

443 Shaw, s. 461; Ünal, s. 237; Bowett, s. 1. Uluslararası hukukta yetki konusunda ayrıca bkz. Akehurst, Michael (1972- 1973) "Jurisdiction in International Law", British Year Book of International Law, V. 46, s. 145; Mouland, Satya T. (2019) "Rethinking Adjudicative Jurisdiction in International Law", Washington International Law Journal, V. 29, N. 1, s. 173 vd.

444 Shany, s. 1; Shaw, s. 465.

445 Uluslararası yargı kuruluşlarının yetkilerinin kapsamını değiştiren uluslararası toplumdaki gelişmelerden belki de en önemlilerinden biri, uluslararası hukuk kişisi mefhumunda birey lehine yaşanan dönüşümdür. Gerçekten de bireylerin uluslararası hukukta uyuşmazlıklara taraf olabilmeleri, uluslararası yargı kuruluşlarının faaliyet tanımını ve alanını genişleten unsurlardan biridir. Bu bağlamda, bireylerin iç hukuk düzeninden bağımsız olarak haklarını uluslararası alanda iddia etme imkanları, uluslararası yargılamayı devlet tekelinde olan bir mesele olmaktan çıkarmış ve dolayısıyla uluslararası yargı kuruluşlarının yetkisinin kapsam ve mahiyetini değiştirmiştir. Bkz. De Baere/ Chané/ Wouters, s. 721.

uluslararası yetkililerin eylem ve uygulamalarının yargısal olarak incelenmesi, uluslararası suç faillerinin kovuşturulması, hukuku yorumlama ve açıklama yetkisi, uluslararası hukukun gelişimini teşvik etme, hukuk yapımı bunlardan bazılarıdır[446].

Bu değişimin bir tezahürü olarak, herhangi uluslararası bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturan uluslararası bir yargı kuruluşu, taraflarca yetkilendirildiğinde ilgili taraflar arasında ileride uygulanabilecek davranış kurallarını da tespit edebilmektedir[447]. Bu yönüyle yargı faaliyet bir anlamda yasama faaliyetine dönüşmekte ve ilgili yargı kuruluşlarının, hukuk yaptıkları kabul edilmektedir[448].

2. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ TÜRLERİ

Uluslararası hukuk kişileri arasında uluslararası barış ve güvenliğin korunması

---

446 von Bogdandy, Armin/ Venzke Ingo (2012) "On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority", Amsterdam Center for International Law Research Paper N. 10, s. 1; De Baere, Geert/ Chané, Anna-Luise/ Wouters, Jan (2016) "International Courts as Keepers of the Rule of Law: Achievements, Challenges, And Opportunities", New York University Journal of International Law & Politics, V. 48, I. 3, s. 720- 721. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi gibi metinlerle oluşturulan uluslararası yargı kuruluşlarına ilgili metinlerle verilen yargısal nitelikte görevler bağlamında bu yargı kuruluşları, ilgili kurallar bütününün uygulanması, yorumlanması ve icrası konusunda yetkili kılınmışlardır. Bu konuda bkz. Wilner, s. 408.

447 İleride uygulanabilecek kuralları belirleme yetkisi, hakemlik mahkemeleri uygulamalarında sıklıkla gerçekleşmektedir. 1893 yılındaki Behring Denizi Fok Avcılığı Hakemlik Kararı'nda, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık arasında ihtiyaç duyulabilecek kuralları belirleme yetkisi Hakemlik Sözleşmesi m. 7 ile Hakemlik Mahkemesi'ne verilmiştir. Meray, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: "Amerika Birleşik Devletleri'ne özgü yetki alanı bakımından yukarıdaki sorunlar karara bağlanırken Behring Denizi'ndeki ya da genellikle bu Denize çıkan kürklü fokların korunması ve gelecek kuşakların süregitmesi konusunda, Büyük Britanya'nın da katılmasıyla, birtakım kuralların konulmasını gerektirecek bir durum ortaya çıkarsa, hakemler, bu iki hükümetin kendilerine özgü yetki sınırları dışında ne gibi ortak kurallara gereksinme duyulduğunu ve bu kuralların hangi sulara yaygın olacağını kararlaştıracaklardır. Bağıtlı Yüksek Taraflar, öbür devletlerin de bu kurallara katılmalarını sağlama konusunda anlaşmışlardır" [Meray, Seha L. (1965) Devletler Hukukuna Giriş, İkinci Cilt, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, s.339]. Bu konuda ayrıca bkz. Pazarcı, Hüseyin (2006) Uluslararası Hukuk Dersleri, Dördüncü Kitap, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 34; https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0220.pdf, s. 223, s.e.t. 22.11.2018.
Konu hakkındaki benzer örnekler, yine Amerika Birleşik Devletleri ile Birleşik Krallık arasında 1920 yılındaki Kuzey Atlantik Sahillerinde Balık Avcılığı Hakemlik Kararı, 1933 yılındaki Fransa ve İsviçre arasındaki Serbest Bölgeler Hakemlik Kararı benzer örnekler olarak ifade edilebilir. Fransa ile İsviçre arasındaki uyuşmazlık Serbest Bölgeler Hakemlik Kararı'ndan önce aynı uyuşmazlık USAD önünde görülmüş, USAD uyuşmazlığın hukuki yönünü çözüme bağladıktan sonra, bu bölge ile ilgili ileride uygulanabilecek hukuki ve ekonomik kurallar belirlemeyi, hukuk kurallarını uygulama görevinin dışında görmüştür. Bunun üzerine taraflar aralarında yaptıkları bir tahkimname ile hakemlik yoluna başvurmuşlardır. Hakem de ilgili bölge için gelecekte uygulanacak hukuki ve ekonomik rejimi belirlemiştir [Toluner, s. 4; Meray (1965) s. 339].

448 Toluner, s. 3- 4.

prensibi, evrensel nitelikli bir örgüt olarak kabul edilen BM örgütü tarafından benimsenmiş ve BM Antlaşması'nda bu prensibe de yer verilmiştir. BM Antlaşması'nın VI. bölümü, "uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümü" başlığını taşımaktadır. İlgili bölümün ilk maddesi olan 33. maddenin 1. fıkrası:

> "*Süregitmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte bir uyuşmazlığa taraf olanlar, her şeyden önce görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik ve yargısal çözüm yolları ile bölgesel kuruluş ya da antlaşmalara başvurarak veya kendi seçecekleri başka yollarla buna çözüm aramalıdır*"[449]

şeklindedir. Görüleceği üzere ilgili hükümde, barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin çözüm yolları tek tek sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki, öğretide de uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yolları genellikle, BM Antlaşması m.33 ışığında, diplomatik ve yargısal çözüm yolları olarak iki başlık altında ele alınmaktadır[450]. Çalışmamızın kapsamı ve amacı göz önüne alındığında, yalnızca yargısal çözüm yollarını incelemekle yetinmek gerektiği açıktır.

Uluslararası yargı kuruluşlarının incelenmesi, çalışmamızın ana ekseni göz önüne alındığında, bu kuruluşların özelde teamül olmak üzere uluslararası hukukun oluşum ve gelişimindeki rollerine ortaya koymak adına elzem görülmektedir. Bu doğrultuda, öncelikle yargı kuruluşlarının ortaya çıkışı ve bu ortaya çıkıştaki etkili olan faktörlere değinmek, sonrasında uluslararası yargısal çözüm mekanizmaları olan uluslararası hakemlikler ile uluslararası mahkemelere değinmek yerinde olacaktır.

2.1. Uluslararası Hakemlik

Diğer uluslararası yargı kuruluşlarında da olduğu gibi, hakemlik süreci zorunlu bir yargı yetkisinden ziyade tarafların rızasına dayalı bir süreci ifade etmektedir. Olayın

---

449 BM Antlaşması metni için bkz. http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/, s.e.t. 20.02.2018.

450 Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 48. Ek bir bilgi olarak şunu da belirtmek gerekir ki, BM sisteminde diplomatik çözüm yöntemlerinin çoğunlukla hukuksal çözüm mekanizmalarına (özellikle yargısal çözüm mekanizmalarına) tercih edildiği bilinmektedir [Giustini, Anthony (1985) "Compulsory Adjudication in International Law: The Past, The Present, and Prospects for the Future", Fordham International Law Journal, V. 9, I. 2, s. 229]. Bu noktada, Güvenlik Konseyi ile UAD arasında uluslararası uyuşmazlık çözümüne yönelik olarak yapılacak kıyas, diplomatik çözüm yöntemlerine tanınan söz konusu üstünlüğü ortaya koymaya yöneliktir.

gerçekleşmesi sonrası hakemlik yoluna gidilmesi ve tarafların önceden anlaşarak aralarında çıkacak uyuşmazlıkları hakemlik yoluyla çözmeyi kararlaştırmaları, hakemlik kurumunun tarihi gelişimi içerisinde görülen iki şekildir.

Uluslararası hakemlik kurumunun geçmişini antik çağlara dayandırmak mümkünse de bugünkü anlamına en yakın halinin, 1794 yılında ABD ve Büyük Britanya arasında imzalanan Jay Antlaşması ve 1872 Alabama Davası ile başladığı genel olarak kabul edilmektedir. Söz konusu Jay Antlaşması'nda öngörülen hakemlik, günümüz hakemlik kurumunun selefi kabul edilebilir olmakla birlikte, önemli ayrışmalar göstermektedir.

Günümüzdeki hakemlik kurumunun esas temelleri Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözülmesi hakkında 18 Ekim 1907 tarihli I. Lahey Sözleşmesi ile atılmıştır. Uluslararası hakemlik kurumu, I. Lahey Sözleşmesi'nin 37. maddesinde de "devletler arasındaki uyuşmazlıkların, devletlerin kendi seçecekleri hakimlerle ve hukuka uygun şekilde çözümü" şeklinde tanımlanmıştır[451]. Günümüzdeki anlamıyla uluslararası bir uyuşmazlığın (hukuki ya da siyasi bir uyuşmazlık olabilir)[452] hukuki çözüm yollarından biri olan hakemliğin özelliklerini, Meray'ın tasnifiyle üç unsur altında birleştirmek mümkündür: (1) Anlaşmazlık konusunun ve uygulanacak hukukun tespitinde tarafların mutabakatı, (2) Hakemlerin taraflarca seçimi ya da kabulü, (3) Heyet kararının uygulanması zorunluluğu[453].

Bahse konu unsurlardan biri olan "kararların uygulanması zorunluluğu" hakemliğe başvurunun ihtiyari olduğu gerçeğini değiştirmez. Buna karşın tarafların hakemlik kurumunu zorunlu hale getirmelerinin önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Zira hakemliğe başvurunun ihtiyari olması, bu ihtiyariliğin esasen taraf iradelerinden kaynaklanıyor olmasını ifade eder ve bu bağlamda taraflar dilerlerse hakemliği zorunlu hale getirebilirler.

---

451 https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0577.pdf, s. 591, s.e.t. 21.01.2019. Bu madde hakkındaki tartışmalar içinde dikkat çekenlerden biri, hakemliğin hukuka dayanmasının gerekip gerekmediği üzerine yapılan tartışmadır. Guggenheim ve Schwarzenberger, hakemlik kurumunun doğası gereği, sadece söz konusu uyuşmazlığa uygulanacak kuralın ilgili taraflarca belirlenmesine vurgu yapılması gerektiğini, bu oğrultuda "hukuka uygun olma" kısmının zorunlu olmadığını, ancak ilgili çözümün yargısal bir karar niteliği taşıması gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. Meray (1965) s. 319.

452 Sur, s. 317.

453 Meray (1965) s. 319.

Verilen karara uyma zorunluluğu unsuru, hakemlik kararının taraflar için kesin hüküm niteliğinde (*res judicata*) olmasını[454] ve taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça bu karara karşı herhangi bir üst merciye başvurulamayacağını ifade etmektedir. Başvuru itibarıyla hakemlikte verilen kararların kesin hüküm niteliğine karşılık; 1907 sayılı I. Lahey Sözleşmesi m.83 ve UHK'nin Hakemlikle İlgili Kurallar Modeli m.38'e göre, taraflar kararı etkileyebilecek yeni bilgiler söz konusu olduğunda, kararın gözden geçirilmesini, öğretideki ve uygulamadaki kabullere göre de hakemlik kararının yorumunu isteyebilecektir[455].

Teamüli şekilde oluşan hakemlik usul kuralları hakkında[456] ve hakemliğin şimdiye kadar nasıl teşkil olduğuna dair sorular hakkında kısaca bilgi vermek gerekirse, ilk olarak söylenmesi gereken, uygulanacak usul kurallarının tarafların hakemlik kurumuna başvururken yaptıkları tahkimnamede ya da tahkim şartı ile belirlendiğidir. Eğer kurallar bu şekilde belirlenmemiş ise, usul kuralları seçilen hakem tarafından tayin edilir[457]. Belirtmek gerekir ki, sürecin tek hakemle ya da bir hakemler kurulu tarafından yürütülebilmesi de taraflarca kararlaştırılabilecektir.

Uluslararası hakemlik denilince akla ilk gelen kuruluş, uluslararası toplumun en eski yargı kuruluşu olan Daimi Hakemlik Mahkemesi (DHM)'dir.

1899 Lahey Barış Konferansı, Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözüm Sözleşmesi ile uyuşmazlıkları çözüm mekanizması olan DHM, 1900 yılında Lahey'de kurulmuş olup devletlerin yanı sıra, devletler ile devlet dışındaki uluslararası hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkları da çözüme kavuşturmaktadır[458]. Belirtmek gerekir ki DHM, bir mahkemeden çok, uyuşmazlık çözüm merkezi gibi değerlendirilebilir. Zira DHM, yapısal olarak bir mahkemenin taşıdığı özelliklere sahip değildir. Mahkemelerde olduğu gibi, sürekli hakimlere değil, bir Genel Sekreter idaresinde sürekli bir sekretaryaya sahiptir.

---

454 Yeri gelmişken hakemlik kararlarının kesin hüküm (res judicata) niteliğinin teamüli olduğunu belirtmek gerekir [Meray (1968) s. 340; Pazarcı (2006) s. 38- 39].

455 Pazarcı (2006) s. 38- 39.

456 Meray (1968) s. 331.

457 Pazarcı (2006) s. 34. Bunun yanı sıra, 1907 sayılı I. Lahey Sözleşmesi'nde de hakemlik usul kuralları yer almaktadır. Bilgi için bkz. Meray (1968) s. 319- 339.

458 Aksar, Yusuf (2007) Evrensel Yargı Kuruluşları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 17, 21. Her ne kadar 1899 Sözleşmesi 1907 yılında yapılan İkinci La Haye Barış Konferansı ile revize edilmiş olsa da, her iki sözleşme de devletlerin taraf olma durumundaki değişkenliklerden ötürü varlığını sürdürmektedir. Bu hususta bkz. Hudson, Manley O. (1944) International Tribunals: Past and Future, Washington, Rumford Press, s. 157.

Uyuşmazlık üzerine "*ad hoc* mahkeme oluşturma" ve uyuşmazlığın çözümüne dair diğer işlemlerin yapılmasında uyuşmazlık taraflarına yardımcı olan bir kurumdur[459]. Söz konusu niteliğinden dolayı DHM, bu görevini yerine getirirken BM Antlaşması m.33'te öngörülen; araştırma, arabuluculuk, uzlaştırma ve hakemlik olmak üzere dört çözüm yolunu da kullanabilmektir[460].

DHM'nin kişi ve konu bakımından yargı yetkisi oldukça farklı konuları kapsamaktadır. Hakemlik kurumunu işletebilecek kişiler bakımından, başta sadece devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü amacına hizmet etmesi planlanan DHM, zaman içinde değişen koşulları sebebiyle, uluslararası örgütler ve özel hukuk kişilerinin de dahil oldukları uyuşmazlıklar içinde bir çözüm mekanizması haline gelmiştir[461]. Bu gelişim paralelinde, başlangıçta hakemlik davalarında sadece devlet egemenliği, devletlerin uluslararası sorumluluğu, antlaşmalar hukuku gibi salt kamu hukuku ağırlıklı konular görülürken; devletler ve özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiler sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların hakemlik kurumu yoluyla çözümüne gidilmesi ile özel hukuk konuları da hakemlik kurumunun gündemine taşınmıştır[462].

Bu noktada vurgulamak gerekir ki DHM konu bakımından yargı yetkisini haiz olup olmadığını, her somut olay özelinde taraflar arasındaki antlaşmaya bakarak karar verebilecektir[463]. Bu yüzden DHM'nin maddi açıdan yargı yetkisi tarafların yaptıkları

---

459 Aksar (2007) s. 17. DHM; üyeler paneli, uluslararası büro ve idari konsey olmak üzere üçlü bir yapıya sahiptir. Bu husus için bkz. Hudson, "The Permanent Court of Arbitration", s. 442; Aksar (2007) s. 22. İlgili yapıyı oluşturan organların yapısı ve oluşumu inceleme konumuz açısından detay bilgi olarak kalacağından, bundan sonraki kısımda DHM'nin yargı yetkisi ve danışma görüşü verme yetkisi ele alınacaktır.

460 Shifman, Bette E. (1995) "Revitalization of the Permanent Court of Arbitration", International Journal of Legal Information, V. 23, I. 3, s. 289, ss. 284- 292. BM Antlaşması, Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözülmesi başlıklı Bölüm IV, madde 33/ 1: "Süregitmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte bir uyuşmazlığa taraf olanlar, her şeyden önce görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik ve yargısal çözüm yolları ile bölgesel kuruluş ya da antlaşmalara başvurarak veya kendi seçecekleri başka yollarla buna çözüm aramalıdırlar". İlgili madde metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf 01/3-30.pdf, s.e.t. 08.04.2018.

461 Devletler arasındaki uyuşmazlıklar, bir devlet ve uluslararası örgüt arasındaki uyuşmazlıklar, özel hukuk kişileri ile uluslararası örgütler arası uyuşmazlıkların hakemlik yoluyla çözümünde seçimlik kurallar belirlenmiştir. Söz konusu kurallar için bkz. Permanent Court of Arbitration Basic Documents, s. 41, 69, 97, 125.

462 Aksar (2007) s. 20. Bu konuda sadece belirli tür uyuşmazlıkların değil, her türlü uyuşmazlığın hakemlik kapsamında olacağı 1907 Sözleşmesi m. 39'da açıkça belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Permanent Court of Arbitration Basic Documents, s. 27.

463 Aksar (2007) s. 26.

hakemlik sözleşmesi ya da yetki kaydı hükmüyle sınırlıdır. Yine hakemlik sürecinin esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi ve yargı yetkisinin zaman bakımından sınırlandırılması da tarafların iradesine bırakılmıştır[464]. Yapacağı denetim neticesinde DHM'nin vereceği yargısal nitelikteki karar taraflar için bağlayıcıdır[465]. Bilindiği üzere hakemlik kararlarının bağlayıcılığı, uluslararası teamül hukukuna dayandırılmaktadır. Bu bağlamda karara uymayan taraf için uluslararası hukukça öngörülen tedbir ve zorlama yollarına gidilebilecektir[466].

2.2. Uluslararası Mahkemeler

Uluslararası yargı kuruluşlarının türleri başlığı altında ele alınacak olan ikinci konu uluslararası mahkemelerdir. Başlangıç olarak, uluslararası hukuk ve daha özelde de uluslararası teamül hukukunun gelişiminde rol sahibi olduğu düşünülen bazı uluslararası mahkemelerin yapısal olarak incelenmesi elzem görülmektedir.

Çalışmamız bağlamında uluslararası mahkemeler başlığı altında UAD, bazı uluslararası *ad hoc* mahkemeler, UCM, UDHM ve AİHM'e ilişkin kısa açıklamalar yapmakla yetineceğiz. Belirtmek gerekir ki, söz konusu mahkemeler kendilerini oluşturan bir uluslararası antlaşmaya dayanmaktadırlar. Bununla birlikte, uluslararası mahkemeler arasında, görülen davanın niteliği gereği birtakım farklılıklar vardır. Örneğin bir ceza mahkemesinde uluslararası bir suçun görülebilmesinin tetikleyicisi savcıyken; ceza mahkemeleri dışındaki davalarda genellikle bir antlaşmanın uygulanması, yorumlanması (veya antlaşmanın ihlalinden kaynaklı hak arama) uyuşmazlığın herhangi bir tarafınca başlatılabilecektir[467]. Belirtmek gerekir ki *ad hoc* ceza mahkemeleri ile UCM bu farkı ortaya koyan örneklerdir. Bu genel bilginin ardından yukarıda zikrettiğimiz mahkemeleri tek tek incelemek yerinde olacaktır.

2.2.1. Uluslararası Adalet Divanı

BM tarafından temel yargı organı olarak tasarlanıp kurulan UAD, 1946 yılından beri Hollanda'nın Lahey şehrinde faaliyet göstermektedir. Esasen Milletler Cemiyeti'nin yargı organı olan USAD'nin, II. Dünya Savaşı sonrası amaçsız kalan Milletler Cemiyeti'nin dağılmasıyla faaliyet dışı kalması, Milletler Cemiyeti yerine BM'nin, USAD'nin yerine

464 Aksar (2007) s. 26, 27.

465 Aksar (2007) s. 27- 28. Aynı kaynakta belirtildiği üzere DHM, danışma görüşü de verebilmektedir.

466 Pazarcı (2006) s. 41.

467 Aybay, Rona (2010) "Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 9, S. 1- 1, s. 131.

UAD'nin kurulmasıyla sonuçlanmıştır[468]. BM'nin ve onun yargı organı olan UAD'nin kuruluşu, San Fransisco Konferansı ile kararlaştırılmıştır. Buna göre, 1945 yılında imzalanan BM Antlaşması'nda, UAD'ye değinen m.7/1[469], m.36/3[470], m.92-96[471] ile ek UAD Statüsünde, Divan'ın yapısı, çalışma usulü, faaliyet alanı, yargı yetkisi gibi konular ele alınmıştır.

Divan, belirli niteliklere sahip ve vatandaşlıklarına bakılmaksızın seçilen on beş hakimden oluşmaktadır. Hakimlerin sahip olması gereken bu nitelikleri şu şekilde saymak mümkündür: Yüksek ahlaki bir karaktere sahip olmak, vatandaşı oldukları ülkelerde geçerli olan hakim olma şartlarına sahip (en yüksek yargısal görevleri yerine getirmeye ehil) olmak, uluslararası hukuk alanında yetkin bir uluslararası hukukçu olmak[472]. Belirtmek gerekir ki hakim seçiminde ayrıca, UAD m.9 gereğince farklı hukuk sistemlerinin mahkemede temsil edilmesi amaçlanmaktadır[473].

Hakimler aday gösterildikleri devletlerden bağımsızdırlar ve onların temsilcisi değildirler[474]. UAD asgari dokuz üye ile toplanabilirken, UAD'nin bir davada mevcut üye sayısına karşılık gelen on beş üyeden daha fazla hakimle de toplanması ihtimali söz konusudur. Bu ihtimal, UAD önüne getirilen bir davada, UAD bünyesinde ilgili devletler adına ülkelerinden herhangi bir hakim bulunmaması durumunda belirir. Bu durumda, ilgili taraflara kendi ülkelerini temsil edecek ulusal hakim tayin etmeleri olanağı

---

468 Lu, Bingbin (2004) "Reform of the International Court of Justice - a Jurisdictional Perspective", Perspectives, V. 5, N. 2, s. 2.

469 BM Antlaşması m. 7/ 1: Birleşmiş Milletler Örgütünün başlıca organları olarak bir Genel Kurul, Bir Güvenlik Konseyi, bir Ekonomik ve Sosyal Konsey, bir Vesayet Meclisi, bir Uluslararası Adalet Divanı ve bir de Sekreterlik kurulmuştur. Antlaşma metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/ insanhaklari/pdf01/3-30.pdf, s.e.t. 26.02.2018.

470 BM Antlaşması m. 36/ 3: Güvenlik Konseyi bu maddede öngörülen tavsiyelerde bulunurken, genel olarak hukuksal nitelikteki uyuşmazlıkların taraflarca Uluslararası Adalet Divanı Statüsü hükümlerine göre Divan'a sunulması gerektiğini de göz önünde tutacaktır. Antlaşma metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf, s.e.t. 26.02.2018.

471 BM Antlaşması m. 92- 96, Uluslararası Adalet Divanı başlığını taşıyan BM Antlaşmasının XIV. bölümünü oluşturmaktadır.

472 UAD Statüsü m. 2 için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_ divani.pdf, s.e.t. 26.02.2018.

473 Günümüz itibarıyla mahkeme üyeleri ve uyrukları şu şekildedir: Başkan Abdulqawi Ahmed Yusuf (Somali), Başkan Yardımcısı Xue Hanqin (Çin), Hisashi Owada (Japonya), Peter Tomka (Slovakya), Ronny Abraham (Fransa), Mohamed Bennouna (Fas), Antônio Augusto Cançado Trindade (Brezilya), Joan E. Donoghue (Amerika Birleşik Devletleri), Giorgio Gaja (İtalya), Julia Sebutinde (Uganda), Dalveer Bhandari (Hindistan), Patrick Lipton Robinson (Jamaika), James Richard Crawford (Avusturalya), Kirill Gevorgian (Rusya Federasyonu), Nawaf Salam (Lübnan), Philippe Couvreur (Belçika). Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.icj-cij.org/en/current-members, s.e.t. 10.04.2018.

474 UAD Statüsü m. 20.

tanınmaktadır[475]. Sadece ilgili dava açısından söz konusu olan bu olanak, "*ad hoc* hakimlik" olarak adlandırılmaktadır. Bir anlamda davada, atandığı devlet lehine oy kullanması amaçlandığı için eleştirilen *ad hoc* hakimlik; diğer yandan taraflar açısından temsilde eşitliği sağladığı için olumlu karşılanmaktadır[476].

UAD, Basit Usul Dairesi[477], Özel Daireler[478], *Ad Hoc* Daireler[479] olmak üzere üçlü bir yapı sergilemekte olup, yapılan başvuruları bu daireler bünyesinde incelemekte ve karara bağlamaktadır. Divan'ın devletler arası uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak ve başvurulması halinde danışma görüşü vermek olarak iki temel görevi (yetkisi) bulunmaktadır. Divan'a yargı yetkisini kullanması için sadece devletler başvurabilmektedir. Zira Divan, sadece devletler arası hukuki uyuşmazlıkları çözmekle yükümlüdür[480].

UAD önünde bir uyuşmazlığa taraf olabilecek devletler, ya BM Antlaşması'na taraf olarak kendiliğinden UAD Statüsü ile bağlı olmak durumundadırlar ya da BM Antlaşması'na taraf olmadan sadece UAD Statüsü'ne taraf olabilmektedirler. UAD Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin Divan önünde taraf olabildiği son durum, UAD

---

475 UAD Statüsü m. 31/ 2- 3.

476 Vukas, Budislav (2013) "The Composition of the International Court of Justice": Boschiero, Nerina/ Scovazzi, Tullio/ Pitea, Cesare/ Ragni, Chiara (Editörler) International Courts and the Development of International Law: Essays in honour of Tullio Treves, The Hague, Asser Press, s. 217; Aksar (2007) s. 48.

477 UAD Statüsü m. 29: "Divan, işlerin çabuk bitirilmesi için her yıl, taraflar istediği takdirde basit yargılama yapacak beş yargıçla daireler kurar. Yargılamaya katılmalarının olanaksızlığını ileri sürecek yargıçların yerini doldurmak üzere ayrıca iki yargıç daha atanır".

478 UAD Statüsü m. 26/ 1: "Divan, zaman zaman, belirli türde işlere, örneğin çalışmaya ilişkin işlere ya da transit ve ulaştırma işlerine bakmak için, Divan'ın kendi kararına göre üç ya da daha çok yargıçtan oluşan bir ya da daha çok daire kurabilir".

479 UAD Statüsü m. 26/ 2: "Divan, her zaman, belirli bir işlere bakmak üzere bir daire kurabilir. Bu dairenin yargıç sayısı, tarafların onayı ile Divan tarafından saptanır".

480 UAD Statüsü m. 34/ 1: "Divan önündeki davalarda yalnız devletler taraf olabilirler". Bu konuda ayrıca bkz. Gülgeç, Yahya Berkol (2015) "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 117, s. 381; Lu, s. 3. Devletler arası uyuşmazlık çözüm mekanizması olan UAD'nin bir diğer önemli görevi de, alanlarında uzman uluslararası örgüt ve organlarca kendisine intikal ettirilen durumlarda danışma görüşü vermektir. Bilgi için bkz. Acer/ Kaya, s. 435; Shaw, s. 807- 811.

Statüsü m.35/2[481] çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi tarafından düzenlenmesi öngörülen bir süreci kapsamaktadır.

Tüm bunların, devletlerin bir davada taraf olmaları için tek başına yeterli olmadığını da belirtmek gerekir. Her şeyden önce devletlerin UAD önünde yargılanmayı ya da taraf olmayı kabul etmiş olmaları gerekmektedir. Bu kabul, tahkimname, önceden yapılan uluslararası antlaşmalar, tek taraflı bildiri ve kabul yoluyla tanıma (forum prorogatum) olmak üzere dört farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir[482]. Çalışmamızın kapsamı gereği yer vermeyeceğimiz yargı yetkisini tanımanın bu dört şekli bağlamında, Divan'ın yargılama yetkisini kabul etme zorunluluklarının bulunmadığını ifade etmek gerekir.

UAD'nin yargı yetkisinin konu bakımından kapsamına bakıldığında ise, özel hukuk ya da kamu hukuku sınırlaması olmaksızın devletler arası tüm hukuki uyuşmazlıkların yargı yetkisi kapsamına dahil olduğu görülmektedir[483]. Bu kapsamda, taraflarca önüne getirilmiş uyuşmazlıklarda ve BM Antlaşması ve yürürlükteki antlaşmalarda öngörülen bütün konularda yargılama yetkisini haizdir[484].

UAD önündeki uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuk kuralları ise bilindiği üzere UAD Statüsü m.38 ile düzenlenmiştir. İlgili madde bağlamında uygulanacak kurallar, bağlayıcı kaynaklar olarak ifade edilen, uluslararası antlaşmalar, uluslararası teamül kuralları, hukukun genel prensipleri ile yardımcı kaynaklar olarak ifade edilen mahkeme kararları ve öğretidir. Ayrıca yine aynı maddenin ikinci fıkrası gereği tarafların rızaları bulunmak kaydıyla Divan, hakkaniyet ve nısfet prensiplerine başvurabilecektir. Bununla birlikte Divan'ın uygulayabileceği kurallar sadece m.38 ile

---

481 UAD Statü m. 35/ 2: "Divan'ın hangi koşullarda öteki devletlere de açık olacağı, yürürlükteki antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak üzere Güvenlik Konseyi'nce belirlenir; ancak bu koşullar hiçbir durumda tarafları Divan önünde eşitsiz bir konuma sokmayacaktır".

482 Acer, Yücel (2003) "Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımada Çekinceler ve Geçerlilikleri", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 1, s. 13; Aksar (2007) s. 53- 52; Gülgeç, s. 383; Shaw, s. 783. UAD'nin yargı yetkisinin kapsamı UAD Statüsü m. 36 (1) şu şekilde düzenlenmiştir: "Divan'ın yetki alanı tarafların kendisine sunacağı bütün işlerle Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ya da yürürlükteki antlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün durumları kapsar".

483 Aksar (2007) s. 59.

484 Shaw, s. 783. UAD'nin yargı yetkisi konusunda bkz. Bleicher, Samuel A. (1967) "ICJ Jurisdiction: Some New Considerations and a Proposed American Delcaration", Columbia Journal of Transnational Law, V. 6, N. 1, s. 66.

sınırlı olmayıp, Divan herhangi bir uyuşmazlıkta uluslararası örgüt kararlarına, uluslararası hukuk kişilerinin tek taraflı eylem ve işlemleri gibi kaynaklara başvurabilecektir[485].

Divan tarafından uyuşmazlık çözümünde başvurulacak kaynakların kullanımı sırasında tarafların rızasına ihtiyaç duyulan tek husus, hukuk dışı verilerin kullanımı söz konusu olacağından, hakkaniyet ve nısfet prensipleridir. Diğer kaynakların uygulanması hukuki çerçeve içerisinde (yürürlükteki hukuk kuralları çerçevesinde) olacağından tarafların rızası gerekmeyecektir[486].

UAD'nin ikinci tür yetkisi danışma görüşü verme yetkisidir. Tanım olarak, "herhangi bir konu veya sorun hakkında yetkili fakat bağlayıcı olmayan açıklama"[487] şeklinde ifade edilen danışma görüşü, UAD'nin yargı yetkisi kapsamındadır. Danışma görüşü verme yetkisi, çekişmeli davalardan farklı olarak, devletler tarafından değil; BM Genel Kurulu, Güvenlik Konseyi, BM Genel Kurulu'nun uzmanlık kurumları ve BM Genel Kurulu'nca yetkilendirilen diğer kurumlar tarafından başlatılabilecek bir süreci ifade etmektedir[488]. Özellikle uzmanlık kurumları ve diğer kurumlar kendi faaliyet alanları ile ilgili hukuki konularda danışma görüşü isteyebilecek ancak söz konusu danışma görüşü talep etmeye yetkili kurumlar bu görüşle bağlı olmayacaktır. Zira danışma görüşü, işin doğası gereği tavsiye niteliğindedir.

Ancak bunun aksinin kararlaştırılarak ilgili kararın bağlayıcı kılınmasının önünde hiçbir engel yoktur[489]. Bu noktada, yine burada özellikle belirtilmesi gereken bir diğer husus, danışma görüşünün iki taraf açısından da bir yükümlülük doğurmadığıdır. Yani ne Divan talep olmaksızın görüş bildirmekle yükümlüdür, ne de ilgili organ ve kurumlar görüş talep etmekle yükümlüdür. Bu konuda BM Antlaşması'nda ya da herhangi başka

485 Aksar (2007) s. 61.

486 Aksar (2007) s. 68.

487 Pasqualucci, Jo M. (2003) The Practice and Procedure of the Inter- American Court of Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, s. 29; Aljaghoub, Mahasen M. (2006) The Advisory Function of the International Court of Justice 1946– 2005, Heidelberg, Springer, s. 35.

488 BM Antlaşması m. 96.

489 Ago, Roberto (1991) "Binding Advisory Opinions of the International Court of Justice", American Journal International Law, V. 85, s. 439. Danışma görüşü bağlayıcı olmamasına rağmen, taraflar açısından bağlayıcı olan herhangi bir yargı kararına göre, hem hukuki hem ahlaki anlamda daha faydalı bulunmaktadır. Söz konusu bu yaklaşıma göre danışma görüşleri, hukukun genel yorumunu etkilemekte ve bu etki *inter partes* etkili yargı kararlarından daha ileri bir boyuta (bütün devletleri etkileyebilir) ulaşabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pasqualucci, s. 30.

düzenlemede hüküm bulunmamaktadır. Öyle ki UAD Statüsü m.65'te de "…danışma görüşü verebilir"[490] ifadesiyle anlatılmak istenmiştir[491].

Bu konuda en sık karşılaşılan örnek, Dünya Sağlık Örgütü'nün UAD'den 1996 Silahlı Çatışmalarda Nükleer Silahların Kullanımının Hukukiliği Hakkında danışma görüşü istemesidir[492]. UAD ile ilgili olarak bahsedilmesi gereken son ve inceleme konumuz açısından en önemli husus, ilgili UAD Statüsü'nde de açıkça görüleceği üzere, UAD'nin bir hukuk yapıcı olarak değil, bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak tasarlanmış olmasıdır. Belirtmek gerekir ki UAD de uygulamasında kendisini tanımlarken aynı argümanları kullanmaktadır. Örneğin UAD'nin 1996 yılında vermiş olduğu nükleer silahlar danışma görüşünde UAD, nükleer silahların kullanımı veya tehdidi için geçerli olan yasal prensip ve kuralların varlığını tespit noktasında olağan bir yargısal işlevinin olduğunu, sorulan sorulara cevap vermenin yasama işlevine girmeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca mevcut hukukun belirtilmesi ve uygulanmasında kendi eğilimine dikkat etmek durumunda kalsa bile durumun değişmeyeceğini eklemiştir[493].

UAD aynı görüşünü 26 Şubat 2007 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Konusundaki Sözleşmenin Uygulanması ile ilgili davada da sürdürmüştür. UAD, UAD Statüsü m.38 ile uyumlu şekilde görevini, önüne gelen uyuşmazlıkları karar vermek suretiyle sonuçlandırmak olarak tanımlamıştır[494].

Uluslararası yargı kararlarının kaynaklar sıralamasındaki yeri, UAD Statüsü'nün 38. maddesinde belirtildiği gibi, hukuk kuralların yorumlanmasında rol oynayan yardımcı, ikincil bir pozisyondur. Ayrıca Statüsü'nün 59. maddesinde belirtildiği gibi Divan'ın

---

490 UAD Statüsü m. 65 ve BM Antlaşması m. 96.

491 Thirlway, H. (2003) "The International Court of Justice": Malcolm, D. Evans (Editor) International Law, Oxford, Oxford University Press, s. 582- 583'ten aktaran: Aksar (2007) s. 70.

492 Shaw, s.810. UAD, Dünya Sağlık Örgütü'nün başvurusu üzerine gerçekleştirdiği incelemede, yapılan başvurunun Dünya Sağlık Örgütü Statüsü kapsamında olmadığı kararını vermiştir. 2010 yılında Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu UAD'den, kendisine karşı yapılan bir şikayet üzerine Uluslararası Çalışma Örgütü İdari Mahkemesi'nin 2867 sayılı Kararı hakkında danışma görüşü istemiştir. 2019 yılında BM Genel Kurul'u tarafından, Chagos Takımadaları'nın Morityus'tan Ayrılmasının Hukuki Sonuçları Hakkında danışma görüşü istenmesi de en yeni örneklerden biridir. Bu üç örnek ve diğer danışma görüşleri için bkz. https://www.icj-cij.org/en/decisions ve https://www.icj-cij.org/en/advisory-proceedings, s.e.t. 02.03.2020.

493 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü, s. 15, p. 18, K.T. 08.07.1996.

494 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Konusundaki Sözleşmenin Uygulanması ile İlgili Dava, UAD Kararı, s. 90, p. 116, K.T. 26.02.2007.

kararları ancak uyuşmazlığın tarafları açısından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır[495]. Buna karşın, her ne kadar UAD kararlarının bağlayıcılığı taraflarla sınırlı olup diğer uluslararası mahkemeler bakımından bu kararlara uyma zorunluluğu bulunmasa da uluslararası hukuku uygulama ve yorumlama şekli nedeniyle sık sık atıf yapılan UAD, bu alanda önemli (etkili) bir otorite olarak kabul edilmektedir[496].

UAD kararlarının, "toplum uygulamasının önemli bir parçası" olarak görülmesi[497] sebebiyle kendisine atfedilen değerin inceleme konusu edinilmesi kaçınılmazdır. Ancak tekrar hatırlatmak gerekir ki hem UAD'nin hem diğer mahkemelerin bu konuda tasarlandıkları çerçeve içerisinde kalıp kalmadıklarının değerlendirilmesi sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak yapılacaktır.

2.2.2. Ad Hoc Mahkemeler

UAD'den sonra incelenmesi gereken bir diğer mahkeme türü, uluslararası *ad hoc* mahkemelerdir. Uluslararası hukuk açısından belki de en tartışmalı uluslararası yargı kuruluşları olarak karşımıza çıkan *ad hoc* mahkemeler konusu, bu mahkemelerin doğası gereği, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (NUACM), Uzak Doğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi ya da Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (TUACM), Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM) ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) örnekleri üzerinden ele alınacaktır.

2.2.2.1. Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi

Temelleri II. Dünya Savaşı'nın galip devlet liderleri tarafından 30 Ekim 1943 tarihli Moskova Beyannamesi ile atılan NUACM, 1945 yılının haziran ayında başlayan Londra Konferansı'nın 8 Ağustos'ta Londra Antlaşması ile neticelenmesinin ürünüdür[498]. Nürnberg Statüsü'ne göre Mahkeme, müttefik devletlerce tayin edilen dört asil dört yedek hakimden oluşmaktaydı. Ayrıca Mahkemede dört asil ve dört yedek savcı da

---

495 Treves, Tullio (2005) "Judicial Lawmaking in an Era of "Proliferation" of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law?": Wolfrum, Rudiger/ Roben, Volker (Editors) Developments of International Law in Treaty Making, Berlin, Springer, s. 587.

496 Harris, s. 55'ten aktaran: Ünal, s. 73.

497 Danilenko G.M (1993) Law- Making in the International Community, Martinus Nijhoff Publishers, s. 84'ten aktaran: Chan, s. 52.

498 Jescheck, H. H. (2004) "The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statue", Journal of International Criminal Justice, V. 2, I. 1, s. 39; https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, s. 280, s.e.t. 10.09.2019.

bulunmaktaydı. Mahkemenin yargılama yetkisi içerisindeki suçlar ise barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlardı[499].

Belirtmek gerekir ki, Avrupa'da baş göstermiş Nazi eylemlerinin sorumlularının cezalandırılmasını amaçlayan Mahkeme'nin müttefiklerce Almanya'da ve Alman savaş suçlularını yargılamak için kurulmuş olması, devlet egemenliği açısından tartışmalara sebep olmuştur. Her ne kadar müttefik güçler, Londra Antlaşması ve 5 Haziran 1945 tarihli Berlin Beyannamesi ile Almanya üzerinde kurmuş oldukları *condominium*[500] aracılığıyla kendilerine hukuki bir zemin oluşturduklarını iddia etseler de bu savunu tartışmaları bertaraf etmeye yetmemiştir[501]. Gerek NUACM gerekse de YUCM ve RUCM gibi diğer *ad hoc* mahkemelerin, eşit devletlerin rızaları sonucu değil, uluslararası bir örgütün tek taraflı bir kararıyla, diğer bir ifadeyle güçlü devletlerin rızaları sonucu ortaya çıktıkları ileri sürülmüştür[502]. Bununla birlikte, sadece NUACM ve TUACM'nin galip devletler tarafından oluşturuldukları, YUCM ve RUCM'nin Güvenlik Konseyi kararı ile kuruldukları, bu bağlamda Güvenlik Konseyi kararı ile son iki mahkemenin daha meşru oldukları ima edilebilmektedir[503].

Berlin Beyannamesi ile Almanya toprakları üzerinde yaşayan insan topluluğu da dahil olmak üzere, tüm Almanya'nın müttefiklerin egemenliği altında olduğu beyan edilmiştir. Kelsen'e göre, ortada barış antlaşması imzalanabilecek bir hükümet yoktur ve böyle bir durumda ancak işgalcilerin tek taraflı beyanıyla barış ilanı yoluna gidilebilir. Hatta Kelsen'e göre işgalci güçler olarak tanımladığı müttefikler, kurmuş oldukları *condominium* sayesinde, sınırsız bir yasama yetkisine sahiptirler. Kelsen, söz konusu

499 Nurnberg Mahkeme Statüsü m. 6. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, s. 288, s.e.t. 30.12.2018; Başak, Cengiz (2003) Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 29.

500 Condominium kavramı, devlet niteliği kazanamamış insan toplulukları başlığı altında ele alınan BM öncesi dönemde kurulan birimlere bir örnektir. Condominium, sömürgeci dönemden kalma bir anlayışla, aynı anda iki ya da daha fazla devletin egemenliği altında bulunan ve onlar tarafından birlikte yönetilen ülke türü olarak ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarcı, Hüseyin (2013) Uluslararası Hukuk Dersleri, İkinci Kitap, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 57, 105- 106.

501 Lütem, İlhan (1951) Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O., s. 96; Çelik (1965) s. 380; Meray (1968) s. 590.

502 Arajärvi (2007) s. 9.

503 Uzun, Elif (2012) "Uluslararası Ceza Mahkemesi, Tarihçesi, Yapısı ve Mevcut Davalar": Murat, Saraçlı (Editör), Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, 1. Baskı, Ankara, Bigbang Yayınları, s. 46.

Berlin Beyannamesi ile icra organı olarak tayin edilen Kontrol Konseyi'ni de Alman savaş suçlularının kovuşturulması için uygun bir otorite olarak görmektedir[504].

Sonuçta tüm bu düzenlemeler neticesinde müttefik devletler, başka bir devletin egemenlik haklarının tezahürü olarak görülen alanlarda yasal düzenlemeler ve yargılamalar yapmışlardır. Galip ve mağlup devlet statüsü koşullarındaki farklılık bu durumu açıklamaya yetecektir. Bu doğrultuda, mağlup devletler üzerinde baskın bir egemenlik sahibi olan galip devletlerin kurmuş olduğu ilgili Mahkeme'nin bağımsızlığı sorgulanmış ve bir işgal mahkemesi şeklinde eleştiriler almıştır[505].

Bireylerin yargılanmasının, vatandaşı olduğu devlet tarafından yapılması kabulüne aykırılık teşkil eden söz konusu Nürnberg yargılamaları, devletin egemenlik haklarına açıkça aykırı olduğu yönünde sert eleştiriler almıştır. Ancak müttefik devletler bu itiraza karşı Almanya üzerinde kurmuş oldukları *condominiumu* öne sürmüşler ve *condominium* nedeniyle söz konusu yetkilerin kendilerine geçtiğini savunmuşlardır[506]. Ayrıca devletlerin birbirini yargılayamayacağı prensibine (*par in parem non habet iurisdictionem*) aykırı bir şekilde devlet görevlilerini yargılamış olmasının Nürnberg Mahkemesinin kurulmasına sebep suçlar bakımından geçerli olup olmayacağı da tartışılmıştır. Söz konusu bu suçların, evrensel yargı yetkisi[507] kapsamına giren suçlar olmaları sebebiyle bu konuda sadece müttefik devletlerin değil tüm devletlerin yargılama yetkisine sahip olduğu savunulmuştur[508].

---

504 Kelsen, Hans (1945) "The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin", The American Journal of International Law, V. 39, N. 3, s. 524- 525.

505 Jescheck, s. 39.

506 Meray (1965) s. 590; Başak, s. 29.

507 Evrensel yargı yetkisi, devletlerin egemenlik yetkilerini kullanmalarının bir sonucu olarak çıkardıkları kanunlarda düzenlenmemiş bir suçun, sırf düzenlenmemiş olma sebebiyle cezasız kalmasının kabul edilemeyeceği yaklaşımının bir sonucudur. Özellikle ağır insan hakkı ihlali niteliği taşıyan bazı suç tiplerinin bu niteliklerine bağlı olarak getirilmiş bir sorumluluk ve yetki söz konusudur. Yetki ve sorumluluğun tesisi için ne fail, ne mağdur ne de suçun işlendiği yer gereklidir. Önemli olan insanlığa tehdit niteliğinde bir suçun işlenmiş olmasıdır. Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nde düzenlenmiş olan suç tipleri de evrensel yargı yetkisini gündeme getirebilecek derecede ağır suçlardır. Bu prensip doğal hukuk dokrini ve uluslararası hukukun da bir gereği olarak görülmektedir. Türk Ceza Kanunu m. 13'te diğer suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocaoğlu, Serhat Sinan (2010) "Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 1, s. 73- 74; Pazarcı (2006) s. 346.

508 Meray (1965) s. 591; Lütem (1951) s. 86- 87.

Yetki bakımından tek taraflı olması, yargılama makamının sadece galip devletlerden müteşekkil olması, yargılananların sadece mağlup devletlerin mensupları olması, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine aykırılık tartışmaları, Nürnberg Mahkemesi'ne getirilen diğer belli başlı eleştirilerdir[509]. Özellikle kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi açısından bakıldığında, Mahkeme kurulmadan önce suç sayılmayan fiillerin sonrasında suç sayılıp cezalandırılması prensibe uygunluk açısından ağır eleştirilere maruz kalmıştır. Ancak ağır hak ihlallerine sebebiyet veren fiillerin cezasız kalmasının düşünülemeyeceği gerçeği, tercihin aksi yönde oluşmasına neden olmuştur.

Nürnberg Mahkemesi ve yargılamalarının kanunilik prensibine aykırı olduğu eleştirilerine karşı yapılan bir diğer savunma ise, Mahkeme Statüsü'nün uluslararası teamül ya da hukukun genel prensipleri olarak var olan kuralları kodifiye ettiğidir. Üstelik ilgili fiilleri yasaklayan kuralların doğal hukuktan kaynaklı yüksek ahlaki prensipler olması sebebiyle bu fiillerin cezalandırılması kanunilik prensibine aykırı sayılmayacaktır[510].

Öğretide Scelle bu savı destekler görünmektedir. Yazara göre, Nürnberg Statüsü ile bazı fiillerin ilk defa suç tanımına sokulup haklarında ceza öngörülmesi, o zamanın geçerli uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde gerekli görülüp yapılan düzenlemelerdir. Bu sebepten bunlar müttefiklerin sadece keyfi olarak tayin ettikleri düzenleme olarak düşünülmemelidirler. Sonuçta ilgili Statü, uluslararası hukukun gelişiminde büyük bir basamak olarak görülür[511]. Öyle ki Nürnberg Mahkemesi'nin kuruluşu, uluslararası ceza hukukunun doğrudan uluslararası bir mahkeme tarafından uygulanmasının miladı kabul edilmektedir[512].

Nürnberg Statüsü ve gerçekleştirilen yargılamalar, uluslararası hukukta bireysel ceza sorumluluğunun somutlaşmasında, bireylerin sorumlu tutulabileceği suçların çerçevesinin çizilmesi ve içinin doldurulmasında dönemi için büyük öneme sahipti. Zira söz konusu düzenlemelere kadar bu konulara ilişkin uluslararası antlaşma sayısı oldukça sınırlıydı.

509 Meray (1965) s. 590. Kanunilik prensibine aykırı olmasına rağmen barışa karşı suçlar kategorisini bünyesine dahil eden Nürnberg Mahkemesi konusundaki itirazlar için bkz. Swart, s. 284- 285.

510 Garibian, Sévane (2007) "Crimes Against Humanity and International Legality in Legal Theory after Nuremberg", Journal of Genocide Research, V. 9, I. 1, s. 99; Arajärvi (2007) s. 6.

511 Scelle, G., Cours de droit international public, s. 974'ten aktaran: Alsan, s. 447.

512 Arajärvi (2007) s. 5.

Özellikle insanlığa karşı suçlar kodifiye edilmemişti ve bu suçlara karşı başvurulabilecek uluslararası bir mahkeme henüz kurulmamıştı[513].

Nürnberg Mahkemesi ve yargılamalarının sonuçlarından özellikle vurgulanması gerekenlerden bazılarını; uluslararası hukukun ulusal hukuktan üstün olduğu kabulü, gerçek kişilerin uluslararası hukukun bir süjesi olarak görülmeye başlanması, ceza hukuku alanında öngörülen yeni prensip ve kurallar (üstün vermiş olduğu emrin yerine getirilmesinin cezai sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı, bir örgüt bünyesinde işlenen suçlarda farklı bir sorumluluk öngörülmesi gibi)[514] şeklinde sıralamak mümkündür.

Son olarak bahsedilmesi gerekir ki, yargılamalar sonunda 24 üst düzey Nazi yetkilisi (11 ölüm cezası, 3 müebbet hapis, 7 ağır hapis cezası ve 3 beraat kararı) hakkında hüküm verilmiştir[515].

2.2.2.2. Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi

Uluslararası *ad hoc* mahkeme olarak kurulan bir diğer mahkeme TUACM'dır. TUACM, 29 Nisan 1946'da Japon savaş suçlularını, barışa karşı işlenen suçlar, savaş kanun ve teamüllerinin ihlali ve insanlığa karşı işlenmiş suçlardan yargılamak amacıyla kurulmuştur[516]. Savaş suçlularını yargılamak amacıyla güdülenen cezalandırma hareketi esasında, Nürnberg Mahkemesi'nde olduğu gibi, tek bir tarafın suçlularını yargılamak amacıyla yola çıkılan bir harekettir[517]. İlgili ceza mahkemesi, NUACM'de aynı galip adaleti anlayışıyla, ABD'li komutan Douglas McArthur'un yayınladığı emirname ile kurulmuştur. Mahkemede görev alan 11 hakimin tamamı Japonya ile husumeti olan devletlerin vatandaşları arasından McArthur tarafından belirlenmiştir[518]. Belirtmek gerekir

---

513 Esasında bu son söylenenin hem Nürnberg Mahkemesi hem de Tokyo Mahkemesi için geçerli olduğu yönündeki görüş bkz. Arajärvi (2007) s. 5- 6.

514 Alsan, s. 448.

515 Tezcan, Durmuş (2000) "Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, s. 274'ten aktaran: Aksar (2007) s. 133; Lütem (1951) s. 73- 74; Meray (1965) s. 590.

516 Lütem (1951) s. 84; https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf, s. 28, s.e.t. 01.12.2019.

517 Uzun, Elif (2003) "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, S. 2, s. 26; Odman, s. 139- 140.

518 Aybay (2010) s. 136. Aynı kaynakta belirtildiği üzere, ilgili hakimlerin vatandaşlıkları şu şekildedir: ABD, Sovyetler Birliği, Avusturalya, Kanada, Çin, Hindistan, Fransa, Yeni Zelanda, Birleşik Krallık, Hollanda, Filipinler. Mahkemeyi kuran emirname için bkz. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf, s. 20, 27, s.e.t. 01.12.2019.

ki TUACM'nin ayrıksı yönü, NUACM ile karşılaştırıldığında daha askeri nitelikli bir mahkeme olmasıdır. Hatta Odman'ın ifadesiyle TUACM tipik bir askeri komisyon veya sıkıyönetim mahkemesidir[519].

NUACM ve TUACM her ne kadar, tek taraflı bir yargılama niteliğine sahip olsalar da insan haklarının uluslararası hukuk kapsamında bir korumaya kavuşmasının tescili niteliğindedirler. Yine her iki Mahkeme için söylenebilecek ortak özellikler; olağanüstü mahkemeler (yargılanan eylemlerin gerçekleşmesinden sonra kurulmuş) olmaları, özel amaçlı olmaları (belirli suç tiplerini yargılamayı amaçlamaları) ve nihayet askeri nitelikte olmalarıdır[520]. Belirtmek gerekir ki her iki mahkemeye gelen eleştirilerin çok büyük bölümü özellikleri nedeniyledir. Bu bağlamda örneğin NUACM gibi TUACM yargılamalarında da "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" yani kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, doğal hakim prensibine de uyulmamıştır[521].

2.2.2.3. Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri'nden sonra ele alınacak olan *ad hoc* mahkeme YUCM'dir. YUCM 1991 yılından itibaren eski Yugoslavya topraklarında gerçekleşen uluslararası insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle kurulmuştur. BM Güvenlik Konseyi, Yugoslavya'da gerçekleşen olaylarla ilgili bir dizi karar almış ve nihayetinde de 808 sayılı karar ile YUCM'yi kurmuştur. YUCM, kendinden sonra kurulacak olan RUCM ve UCM'nin öncüsü niteliğindedir[522].

YUCM'nin uluslararası bir antlaşma ile değil, uluslararası bir örgüt kararı ile kurulmuş olması meşruluğu yönünde olumsuz eleştirilere neden olmuştur. YUCM'nin kurulmasına gerekçe gösterilen BM Antlaşması Bölüm VII'de, uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla alınabilecek bazı tedbirlerden bahsedilmişken, uluslararası mahkeme kurulmasını içeren bir ifadeye rastlanmamaktadır[523], ki bu durum bile meşruluk eleştirileri için önemli bir dayanak teşkil etmemektedir.

---

519 Odman, s. 140.

520 Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat (2015) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 51.

521 Aybay (2010) s. 137.

522 Sassoli, Marco/ Olson, Laura M. (2000) "The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case", International Review of Red Cross, V. 82, N. 839, s. 733.

523 Odman, s. 145- 146.

Diğer yandan, YUCM'nin kuruluşu, devlet egemenliğinin en önemli uzantılarından biri olan yargı yetkisinin bir uluslararası örgüt kararıyla, bu örgüt devletlerin üyesi oldukları bir örgüt olsa bile, devletlerin ellerinden alınması nedeniyle büyük tartışmaya neden olmuştur. Devletlerin yargı yetkisini uluslararası bir örgüte devrettikleri AB Adalet Divanı örneğinde bile, devletlerin bu durumu hem uluslararası hukukta hem ulusal hukukları açısından kabul etmeleri gerekmiştir. Söz konusu gereklilik yerine getirilmediği takdirde, egemenin egemeni yargılamayacağı prensibine (*par in parem non habet iurisdictionem*) aykırılığın ortaya çıkacağı açıktır[524].

YUCM'nin kurulması aşamasında, Güvenlik Konseyi'nin talebi üzerine Genel Kurul tarafından hazırlanan Raporda, YUCM'nin uluslararası insancıl hukuk kurallarını uygulamaya yetkili olduğu ifade edilmiştir. Uluslararası insancıl hukuk kurallarının kuşkuya yer bırakmayacak şekilde uluslararası teamül kuralı olduğunu belirten Genel Kurul, böylece antlaşmaların üçüncü taraflar açısından bağlayıcılığı tartışmasının yapılmasına da gerek olmayacağını ifade etmiştir[525]. Tıpkı Nürnberg Mahkemesi kuruluşunun hukuki temeline ve Mahkemenin yargı yetkisine getirilen eleştirilere benzer eleştirileri karşılayabilecek bir rapor niteliğinde olduğuna inanılmaktadır. Zira bu görüşte olanlara göre Mahkeme uluslararası teamül kurallarını temel alarak *nullum crimen sine lege* prensibine uygun hareket etmektedir[526]. Hatta YUCM Statüsü'nü hazırlayanların yargı yetkisini belirlerken, kanunilik prensibini ihlal etmemek adına Mahkemenin yargı yetkisini teamül hukukunda var olan suçlarla sınırlamayı amaçladıkları ifade edilmektedir[527].

---

524 İlgili prensip hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dinstein, Yoram (1966) "Par in Parem non Habet Imperium", Israel Law Review, V. 1, I. 3, s. 407 vd. van Schaack, Beth (2012) "Par in Parem Imperium Non Habet Complementarity and the Crime of Aggression", Journal of International Criminal Justice, V. 10, I. 1, s. 133 vd.

525 Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf, s. 9, s.e.t. 12.09.2019; Arajärvi (2007) s. 10.

526 Arajärvi (2007) s. 10; Tan, s. 94.

527 Tan, s. 94; Tadic Davası, YUCM Kararı, p.94, K.T.02.10.1995. YUCM yargı yetkisinin, soykırım, Cenevre Sözleşmeleri'nin ciddi ihlali, savaş kanunları ve teamüllerinin ihlali, insanlığa karşı suçlar olarak dört kategoriyi kapsadığı konusunda bkz. YUCM Statüsü m. 2, m. 3, m. 4, m. 5, http://www.icty.org/x/file/Legal%20 Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, s. 5- 6, s.e.t. 23.09.2019; Maresca, Louis G. (1996) "Case Analysis: The Prosecutor v. Tadic", Leiden Journal of International Law, V. 9, N. 1, s. 219-220; van den hole, L. (2005) "Towards Test of the International Character of an Armed Conflict: Nicaragua and Tadic", Syracuse Journal of International Law and Commerce, V. 32, N. 2, s. 272- 273. *Ad hoc* mahkemlerin meşruluğuna ilişkin karşıt bir görüş için bkz. Bassiouni, "Codification of International Criminal Law", s. 335- 339. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ilgili Genel Kurul Raporunun 35. maddesinde Mahkeme tarafından uygulanabilecek Statü dışındaki diğer hukuk kaynakları şu şekilde sıralanmıştır: 1949 Cenevre Sözleşmeleri; 1907 IV Sayılı Karadaki Savaş

Yargılamalarının hukukiliği noktasında YUCM'nin yaklaşımı ise, 1995 yılında verdiği Tadic Kararı'na şu şekilde yansımıştır:

"Güvenlik Konseyi'nin amacı ve uluslararası teamül hukukunun yanı sıra, m.3'ün (Cenevre Sözleşmeleri ortak m.3) mantıksal ve sistematik yorumu ışığında, Temyiz Dairesi, Uluslararası Mahkeme'nin m.3'e göre, ulusal veya uluslararası bir çatışmada gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, iddianamede ileri sürülen eylemler hakkında yargı yetkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır"[528].

Görüldüğü üzere YUCM, her ne kadar ilk anda çatışmanın niteliğine girmekten kaçınsa da devamında ulusal ve uluslararası çatışmalara uygulanacak uluslararası teamül kuralları hakkında yapmış olduğu değerlendirmede, insancıl hukuk kurallarının hem ulusal hem de uluslararası çatışmalardaki eylemlere uygulanabileceğini kabul etmiştir[529]. Öyle ki bazı yazarlarca, Mahkeme Statüsü'nde 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlali suçunun iç çatışmalarda da uygulanabilme imkanının tanındığı kabul edilmektedir[530].

2.2.2.4. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

Konumuz açısından bahsedilmesi gereken bir diğer *ad hoc* ceza mahkemesi ise RUCM'dir. Mahkemenin kurulmasına neden olan şey, Hutular ve Tutsiler arasında yaşanan iç savaştaki olaylar zinciridir. Uzun yıllar süren olaylar üzerine, BM Güvenlik Konseyi tarafından BM Antlaşması bölüm VII'ye dayanılarak, 8 Kasım 1994 tarihinde alınan 955 sayılı Karar ile uluslararası barış ve güvenliğin korunması gerekçesiyle kurulan RUCM, teamüli uluslararası bir suç olan soykırım kapsamında bireysel sorumluluk kararı veren ilk Mahkeme olması bakımından önem taşımaktadır[531]. RUCM Statüsü m.2'de yer verilen soykırım suçu başta olmak üzere, aynı Statü m.3'te düzenlenen insanlığa karşı

Kanunlarına ve Teamüllerine Dair Sözleşme ve 18 Ekim 1907'de buna yapılan Ekler; 9 Aralık 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi; 8 Agustos 1945 tarihli Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı. Bilgi için bkz. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf, s. 9, s.e.t. 12.09. 2019.

528 Tadic Davası, YUCM Kararı, p. 137, K.T. 02.10.1995.

529 Arajärvi (2007) s. 11; Tadic Davası, YUCM Kararı, p. 137, K.T. 02.10.1995.

530 Uzun (2003) s. 30.

531 Aybay (2010) s. 146; Aksar, Yusuf (2014) "Uluslararası Bir Suç Kategorisi Olarak Soykırım Suçu ve Diğer Uluslararası Suçlardan Farklı Yönleri", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, s. 16; Başak, s. 45- 46; Uzun, Elif (2012) s. 46.

suçlardan ve m.4'te düzenlenen Cenevre Sözleşmeleri ortak m.3 ve Ek Protokol II'nin ihlalleri olmak üzere, üç yargılama konusu belirlenmiştir[532].

Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin aksine, kuruluşu gereği galiplerin mahkemesi yakıştırması yapılmayan[533] RUCM'nin yapısı, söz konusu *ad hoc* mahkemelerle benzerlikler göstermektedir.

Temyiz Dairesi Lahey'de, kendisi ise Tanzanya'nın başkenti Arusha'da kurulan RUCM, YUCM ile aynı usul hukukunu esas almış[534], Ruanda ve çevresinde meydana gelen olaylar Mahkemenin yargılaması kapsamına dahil edilmiştir[535].

RUCM, Daireler (üç Dava Dairesi, bir Temyiz Dairesi), Savcılık Ofisi ve Kayıt Bürosu olmak üzere üçlü bir yapıya sahipti. Mahkemenin söz konusu bu üçlü yapısı içerisindeki Dairelere, farklı hukuk sistemlerini temsilen seçilen farklı ülke vatandaşlarından oluşan hakimler, BM Güvenlik Konseyi tarafından sunulan listeden BM Genel Kurul'u tarafından seçilmekteydi. Dört yıllık bir süre için seçilen hakimler tekrar seçilme hakkına sahiplerdi. Başlangıçta 16 hakimden (daha sonra atanan *ad litem* hakimlerle bu sayı artmıştır) oluşan RUCM, en ağır ceza olarak ömür boyu hapis cezası verebilmekle yetkiliydi[536].

2.2.3. Uluslararası Ceza Mahkemesi

Uluslararası mahkemeler kapsamında inceleyeceğimiz bir diğer uluslararası yargı kuruluşu yine Lahey'de bulunan UCM'dir. UCM'ye ilişkin açıklamalara geçmeden önce UCM'nin ortaya çıkışını hazırlayan faktörlere değinmek gerekir.

Klasik anlamda sadece devletler arası ilişkiler, devletler arası uyuşmazlıklar, devletler tarafından gerçekleştirilen haksız fiiller ve bunlardan dolayı devletlerin uluslararası sorumluluğunu düzenleyen uluslararası hukuk sistemi, artık tek süjeli olmayan

---

532 Mahkeme Statüsü için bkz. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf, s.e.t. 02.12.2019; Başak, s. 48.

533 Uzun (2012) s. 49.

534 Tezcan, Durmuş (2000) "Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, s. 274'den aktaran: Başak, s. 47.

535 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://unictr.irmct.org/en/tribunal, s.e.t. 02.12.2019.

536 RUCM'nin görev süresi sona erdikten sonra hala Temyiz Dairesi önündeki davalar, Uluslararası Ceza Mahkemeleri yargılama mekanizmasına devredilmiştir. Altmış iki mahkumiyet, on dört beraat, on ulusal mahkemeye havale ve davadan önce ölenler de dahil olmak üzere toplamda 93 kişi hakkında soruşturma açılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://unictr.irmct.org/en/tribunal/chambers, s.e.t. 02.12.2019.

uluslararası hukuk bakımından belli uluslararası olayların değerlendirilmesi açısından sınırlı ve yetersiz kalmıştır. Özellikle bireyin uluslararası faaliyetlerinden dolayı uluslararası sorumluluğu konusunun uluslararası hukuk kapsamına alınması beraberinde yeni düzenlemeleri (yeni kurum ve kuruluşlar hakkında) gerektirmiş ve getirmiştir.

Dünya Savaşları ile devletlerdeki iç çatışmalar; uluslararası insan hakları ve uluslararası ceza hukuku alanında gelişmeleri kural-uygulama, uygulama-kural döngüsünde, hızlandırmıştır. Diğer bir ifadeyle sadece uluslararası antlaşmalar-sözleşmeler çerçevesinde ortaya çıkan kurallar değil, uluslararası hukukun uygulanmasında etkin aktörlerin faaliyetlerinin neticeleri de bireyin uluslararası sorumluluğu konusunu gündemde tutmuş ve bu alanda yeni gelişmelere kapı aralamıştır. Bir dönem her ne kadar bireylere uluslararası hukuk tarafından verilen hakların istisnai nitelikte olduğu, bireylerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmayacakları ileri sürülmüş olsa da[537], bugün gelinen noktada bu iddiayı desteklemek mümkün değildir. Üstelik bu durum sadece bireylerin uluslararası hak ve sorumlulukları boyutu ile değil, birazdan değineceğimiz üzere dokunulmazlıklar ile de ilgilidir. Bu bağlamda UCM, belirli suçları işleyen bireylerin sorumluluktan kaçmalarının önüne geçerek uluslararası adaletin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir[538].

Dünya Savaşları, Yugoslavya ve Ruanda'da gerçekleşen yerinden edilme, soykırım, işkence, tecavüz gibi insanlık dışı eylemler ve insan hakları ihlalleri sonucu çok sayıda insanın ölümü, sakatlanması, yaralanması maddi ve psikolojik zarara uğraması, UCM'nin kurulmasındaki esaslı etkenlerdir. Uluslararası kapsamda devletlerin sorumluluğunun yanı sıra, belirli tip eylemlerden dolayı bireylerin sorumluluğuna gitmek gittikçe daha çok zorunluluk arz etmiştir.

UCM öncesi dönemde, 1945 yılında NUACM ve 1946 yılında TUACM galip devletler tarafından kuruldukları yönünde eleştiriler olsalar da YUCM ve RUCM'nin yanı sıra UCM'nin kurulmasına rehberlik etme açısından önem arz etmektedirler[539]. Gerek

---

537 Bourquin, Maurice/ Lütem İlhan (Çeviren) (1951) "Devletlerarası Hukukun İnsanileştirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 3, s. 138.

538 Aksar, Yusuf (2003) "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, s. 135- 136. Söz konusu bu kaynakta, ABD'nin kendi askerlerini UCM'nin yargı yetkisi kapsamı dışında tutma çabaları (ikili antlaşmalarla) anlatılmıştır.

539 Belirtmek gerekir ki, YUCM, RUCM'nin BM Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmaları ciddi tartışmalara neden olmuştur. Bu doğrultuda Güvenlik Konseyi'nin BM Antlaşması'nda kendisine

Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri gerekse de Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri tecrübeleri, uluslararası suçların yargılanması adına sürekli nitelikli bir mahkeme ihtiyacını açığa çıkartmışlardır[540].

Cezai yargılama yetkilerinin uluslararası bir yargı kuruluşuna verilmesinin devletlerce egemenlik haklarının sınırlanması olarak görüldüğü[541] gerçektir. Bu devletlerin daha çok siyasi saiklerle, bir yargı kuruluşunun yargılama yetkisini kabul etmemek suretiyle sürece engel olabilme düşünceleri dün olduğu gibi bugün de geçerlidir[542]. Bu nedenle UCM Statüsü, devlet egemenliğine UCM'nin etkinliğini azaltabilecek derecede saygı göstermiştir. Etkinlik noktasındaki bu handikabına rağmen UCM Statüsü, yargı yetkisi kapsamına giren konularda devletlerin vatandaşlarının yargılanıp cezalandırılabilmesinin öngörmesi, uluslararası adalet açısından oldukça yenilikçi karşılanmaktadır[543].

Bahse konu niteliği ile öne çıkan UCM Statüsü, 1998 yılında Roma'da düzenlenen uluslararası konferans sonrası kabul edilmiş ve 2002 yılında yeterli sayıda onaya ulaşması

---

tanınan, uluslararası barış ve güvenliği kurmak amacıyla devletler üzerinde etkili olan karar verme yetkisini aşmış olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aybay (2010) s. 145.

540 Barzegarzadeh, Abbas/ Karveh, Mahmuod Jalali/ Raisi, Leila (2015) "Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law", Mediterranean Journal of Social Sciences, V. 6, N. 5, s. 398.

541 Aksar (2007) s.135. Zira YUCM, RUCM ve Sierra Leone Mahkemesi Statüleri'nde, ulusal mahkeme yargılamalarıyla eş zamanlı kullanılabilecek bir yargı yetkisine sahip oldukları, gerekli görüldüğü takdirde ulusal mahkemeler üzerinde üstünlük kurabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bkz. YUCM Statüsü m. 9/ 2, RUCM Statüsü m. 8/ 2, Sierra Leone Mahkemesi Statüsü m. 8/ 2. Ayrıntılı bilgi için bkz. Shany, s. 140; http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/ Statute/statute_sept09_en.pdf, s. 7, s.e.t. 31.08.2019; http://www.icls.de/dokumente/ictr_statute.pdf, s.e.t. 31.08.2019; http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf, s.e.t. 31.08.2019.

542 Bu konuda en bilindik örnek UCM Statüsü'nü 2000 yılında imzalayan ABD'nin, 2002 tarihinde değişen hükümetin etkisiyle imzasını geri çekmesidir. ABD'nin diğer uluslararası mahkemelerin kuruluşunda göstermiş olduğu gayretleriyle çelişen bu tutumunun altında yatan sebep, kendi vatandaşlarını sürekli nitelikte bir mahkemenin yargı yetkisinin dışında tutmak istemesi olduğu ifade edilmektedir [Aksar (2003) s. 125, 134].

543 Cassese, Antonio (1999) "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", European Journal of International Law, C. 10, s. 144- 145; Sadat, Leila Nadya (2008) "The International Criminal Court and the Transformation of International Law": Sadat, Leila Nadya/ Scharf, Michael P. (Editörler), The Theory and Practice of International Criminal Law Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni, Leiden, Brill Nijhoff, s. 314.

ile UCM faaliyete başlamıştır. Sürekli ve uluslararası kişiliğe sahip bir uluslararası örgüt olan UCM bu niteliğini bizzat Statüsünden almaktadır[544].

Başkanlık, Temyiz, Yargılama ve Yargılama Öncesi Bölümleri[545], Savcılık ve Kayıt Bürosu olmak üzere dört bölüme (yargılama bölümleri tek bir organ olarak değerlendirilmektedir)[546] sahip olan UCM, kendi yetkisini kabul eden devletlerden müteşekkil bir kurul tarafından seçilen on sekiz hakimden oluşmaktadır[547]. On sekiz hakimin seçimlerine ilişkin Statüsü m.36/9-a hükmü, ilgili hakimlerin vatandaşı bulundukları devletten ya da herhangi bir başka devletten bağımsızlıklarının sağlanması ve korunması adına 9 yıllık ve tek seferlik bir görev öngörmektedir[548].

Statünün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren[549] sadece gerçek kişiler[550] tarafından işlenen suçlar açısından yargılama yetkisine sahip olan UCM'nin, yetkisini kullanırken bireylerin görevleri dolayısıyla sahip oldukları dokunulmazlıklarla engellenmesi söz konusu değildir. Sivil, asker, devlet-hükümet başkanı, diplomat veya herhangi bir devlet görevlisi olmanın mahkeme önünde cezai sorumluluk açısından bir önemi yoktur[551].

Hangi uluslararası suçların UCM'nin yargı yetkisi kapsamında olduğuna gelince, UCM Statüsü'nde genellikle uluslararası toplumu derinden etkileyen çok ağır suçlar tabirinin kullanıldığı görülecektir[552]. Bu kapsamda yargılama konusu suçlar; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları[553] ve saldırı suçu olmak üzere dört başlık altında toplanmaktadır[554]. İşlenen suçların, hangi hukuk sistemi içerisinde ya da diğer bir ifade ile

---

544 UCM Statü m. 1 ve m. 4 için bkz. https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf, s. 2, s.e.t. 02.12.2019; Uzun (2003) s. 34; Güller, Nimet/ Zafer, Hamide (2006) Uluslararası Ceza Mahkemesi: El Kitabı, Bonn, European Academy Bonn, s. 18- 19.

545 Ön Yargılama Bölümü, Esas Yargılama Bölümü, Kanun Yolu Bölümü şeklinde de isimlendirilebilmektedir.

546 UCM Statü m. 34; Güller/ Zafer, s. 22.

547 UCM Statü m. 36; Aksar (2007) s. 136- 137.

548 Cassese (1999) s. 163.

549 UCM Statü m. 11; Güller/ Zafer, s. 24.

550 UCM Statü m. 25 için bkz. https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf, s. 14, s.e.t. 02.12.2019. Uluslararası suçun asli ve fer'i failleri ile suça iştirak eden, suçu azmettiren, suçu özendiren, suçun işlenmesine yardım eden, ilgili suça teşebbüs eden kişiler bu kapsamdadır.

551 UCM Statü m. 27/ 1; Aksar (2007) s. 138.

552 UCM Statü s. 1, 5.

553 Savaş suçları ise kendi içerisinde Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri, diğer savaş hukuku ve teamül kuralları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır [Aksar (2007) s. 144].

554 UCM Statü s. 5; Güller/ Zafer, s. 33.

hangi devlet sınırları içerisinde işlendiğine bakılmaksızın mahkemenin yargılama yetkisi kapsamındadır.

Bu sonuç UAD Statüsü'nde herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiş olmasından çıkarılmaktadır[555]. Birbirinden farklı hukuk sistemlerine (Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası) tabi bireylerin yargılanması ve bunlara uygulanacak hukuk noktasında herhangi bir çatışma yaşanması olası değildir. Zira UCM, her iki sisteme de hitap edecek bir yapıda tasarlanmıştır. Bu tasarlama hem UCM'nin kuruluş amacına uygundur hem de kuruluşundan önce gerçekleşmiş uluslararası ceza hukuku alanında yaşanan gelişmelerle desteklenmiştir[556].

UCM'nin yargılama yetkisi konusunda belirtilmesi gereken bir diğer husus, söz konusu yetkisinin ulusal mahkemelerin yargılama yetkisini tamamlayıcı nitelikte olmasıdır. Tamamlayıcı yargı yetkisi, aynı suçtan iki defa ceza verilemez (*non bis in idem*) prensibinin de gözetilmesi minvalinde, UCM yargı yetkisine de giren bir suçun ulusal bir mahkemede soruşturma ve kovuşturma konusu yapılması halinde, UCM'nin yargı yetkisine dahil olmamasıdır[557]. Aksi durumun devletlerin egemenlik haklarına müdahale olduğu veya bu şekilde algılandığı açıktır. Zira uluslararası yargı kuruluşlarının yargı yetkisinin işleyebilmesi için devletlerin bu yetkiyi kabul etmeleri, genel kuraldır. UCM açısından bu genel kural, Statünün açıkça kabulü ya da belli bir suç için Mahkemenin yargı yetkisini kabul etme şeklindedir[558].

İlgili kuralın istisnalarından biri, UCM'nin yargı yetkisi kapsamındaki bir suçun işlenmesi durumunda ve BM Antlaşması VII. Bölüm çerçevesinde, BM Güvenlik Konseyi tarafından UCM'nin yetkilendirilmesi[559] iken; diğeri, Statü'ye taraf bir devlet ülkesinde,

---

555 Aksar (2007) s. 147.

556 Uluslararası *ad hoc* ceza mahkemeleri ile başlayan süreç sonunda maddi ceza hukukunun kodifiye edilmesinin (1948 Soykırım Sözleşmesi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 1977 Cenevre Sözleşmelerine İlişkin Ek Protokolleri I ve II gibi kurallar ile) UCM'nin yargılamaları ve uygulayacağı hukuk açısından her iki hukuk sistemine de rahatlıkla hitap edebilmesini sağlayan önemli gelişmeler olduğu yönünde bkz. Aksar (2007) s. 139.

557 Aksar (2007) s. 148; Güller/ Zafer, s. 60, 62; Tabanlı, Figen (2017) "Uluslararası Ceza Yargılamalarına Başlanabilmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Rolü ve Sudan Örneği", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, s. 84.

558 UAD Statüsü m. 12.

559 UAD Statüsü m. 13/ b.

taraf olmayan bir ülke vatandaşı tarafından Statüde yer alan herhangi bir suçun işlenmesi halinde taraf devletin konuyu UCM'ye taşımasıdır[560].

2.2.4. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi

Uluslararası mahkemeler başlığı adı altında incelenecek üçüncü yargı kuruluşu, uluslararası deniz hukukuna ilişkin uluslararası teamül kurallarını yazılı hale getiren[561] 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi ile oluşturulan ve 1996 yılında göreve başlayan UDHM'dir. Bağımsız bir yargısal kuruluş[562] olan UDHM ile BM arasında 8 Eylül 1998'de yürürlüğe giren İşbirliği Antlaşması[563] neticesinde UAD ile UDHM arasında münasebet başlamıştır. UDHM ile BM arasında yapılan söz konusu antlaşma, UDHM'nin uluslararası bir örgüt statüsünde sayılmasına delil gösterilmektedir[564]. Uluslararası bir antlaşma yapma ehliyeti olan ve dolayısıyla uluslararası bir hukuk kişisi olduğu açıkça görülen UDHM, diğer bazı haklara sahip olma ve sorumluluk sahibi olma noktasında da uluslararası hukuk kişisi olarak kabul görmektedir[565]. Ayrıca, 17 Aralık 1996 tarihinden beri BM Genel Kurulu'nda gözlemci statüsüne sahip olan UDHM, bu yönüyle BM'nin barışçıl çözüm yolları sisteminin de bir parçası olarak görülmektedir[566].

UDHM'ye yapısal açıdan bakıldığında, Mahkeme Statüsü m.2 bağlamında UDHM'nin, deniz hukuku alanında uzmanlaşmış ve farklı hukuk sistemlerini temsilen yirmi bir (21) hakimden oluştuğu görülecektir[567].

---

560 Aksar (2007) s. 150.

561 Ertuğrul, Ümmühan Elçin (2017) "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine Göre Kıyı Devletinin Egemen Hakları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXI, S. 1, s. 47. Birçok uluslararası teamül kuralını da kodifiye ettiği kabul edilen ilgili Sözleşme ile çok sayıda yeni kural da getirilmiştir.

562 Chigara, s. 435.

563 BM ve UDHM Arasındaki İlişki ve İşbirliği Hakkında Uluslararası Antlaşma için bkz. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/agr_coop_un_en.pdf, s.e.t. 09.04.2019.

564 Gautier, Philippe (2004) "The International Tribunal for the Law of the Sea: Activities in 2003" Chinese Journal of International Law, V. 3, N. 1, s. 242- 243; Aksar, Yusuf (2018) "Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Uygulamaları ve Uluslararası Hukuka Katkıları", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, s. 17.

565 Gautier, s. 242- 243.

566 https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/res_obs_status_en.pdf, s.e.t. 09.04.2019.

567 Yapısal açıdan bakıldığında bahsedilmesi elzem görülen bir diğer durum, UDHM bünyesinde Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi, Basit Usul Dairesi, *Ad Hoc* Daireler, Balıkçılık Uyuşmazlıkları Dairesi olmak üzere, beş farklı dairenin bulunuyor olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksar (2018) s. 22- 23. BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne taraf devletlerce dokuz (9) yıllık süre ile seçilen hakimlerin rotasyonunun sağlanması açısından her üç yılda bir tüm hakimlerin üçte birinin yenilenmesi yoluna gidilmektedir [BMDHS m. 5/ 1; Aksar (2018) s. 19].

1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin, UDHM ile ilgili hükümlerine, özellikle Mahkeme'nin uluslararası teamül hukuku kurallarıyla ilişkisi açısından bakıldığında, karşımıza uygulanabilir hukuk başlıklı m.293/1 çıkmaktadır. İlgili m.293/1 UDHM'yi, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Sözleşme ile uyumluluk gösteren diğer uluslararası hukuk kurallarını uygulamakla görevlendirmiştir[568]. Bu doğrultuda m.293/1 bağlamında, UDHM Sözleşme ile uyumlu olduğu sürece uluslararası teamül hukuku kurallarına başvurabilecektir. Sözleşme m.239/2 ise, m.293/1 hükmünün, tarafların anlaşmaları halinde, Mahkemenin *ex aequo et bono*'ya göre karar vermesine halel getirmeyeceğini hüküm altına almaktadır[569]. Görüldüğü üzere Sözleşme, tarafların seçim özgürlüğüne önem vermektedir.

Taraf seçim özgürlüğüne verilen önemin diğer bir boyutu şu şekilde karşımıza çıkmaktadır: Çekişmeli davalara bakma ve danışma görüşü verme yetkisine sahip olan UDHM'nin yargılama konusu ve uygulayabileceği kurallar açısından sadece BMDHS ile sınırlı olmadığı görülmektedir. Daha doğru bir ifadeyle, tarafların yetkilendirmesi durumunda UDHM, BMDHS dışında bir konuda da yargılama yapabilecektir[570].

UDHM Sözleşme ile uyumlu olduğu sürece uluslararası teamül kurallarını uygulayabilecektir[571]. Bu doğrultuda çalışmamızın son bölümünde incelenen UDHM'nin Saiga Kararı'nda görüleceği üzere, daha önce diğer bir uluslararası mahkeme tarafından UAD Statüsü m.38/1-b'ye uygun olarak teamüli niteliği ilan edilmiş bir kuralı uygulamıştır[572]. Bu doğrultuda özellikle vurgulamak gerekir ki UDHM, karmaşık ve zorlu niteliğine rağmen teamül hukukunu uygulamaktan çekinmemektedir[573].

---

568 UDHM Statüsü m.293/1 şu şekilde kaleme alınmıştır: "Bu bölüme göre yargı yetkisine sahip bir mahkeme, bu Sözleşmeyi ve Sözleşme ile uyumlu olan uluslararası hukukun diğer kurallarını uygulayacaktır". Madde metni için bkz. https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements /texts/unclos/unclos_e.pdf, s. 133, s.e.t. 09.04.2019.

569 https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, s. 133, s.e.t. 09.04. 2019.

570 Aksar (2018) s. 23; Pazarcı (2006) s. 63.

571 Chigara, s. 436. BMDHS'yi güçlü kılan özelliklerinden biri de çok sayıda devlet tarafından onaylanmış olmasıdır. Son verilere göre BMDHS'ye, 16 Haziran 2016'da Sözleşmeyi onaylayan Azerbaycan olmak üzere topmalda yüz altmış sekiz (168) devlet tarafından onay almıştır. Belirtmek gerekir ki Türkiye henüz bu Sözleşme'ye taraf değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm, s.e.t. 28.11.2019.

572 Chigara, s. 441.

573 Chigara, s. 451.

UDHM'nin yargı yetkisi üç istisna dışında ihtiyari nitelik taşımaktadır. BMDHS'den kaynaklanan bahse konu bu üç istisna şu şekildedir: (1) Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi'nin bölgedeki faaliyetler ile ilgili uyuşmazlıklar üzerindeki yargı yetkisi, (2) gemilerin durdurulmasına derhal son verilmesine ve mürettebatının derhal serbest bırakılmasına karar verme ve nihayet çalışmamızın son bölümünde incelenen (3) bir davanın konusunu oluşturan geçici tedbir kararı alma yetkisidir[574].

2.2.5. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Uluslararası mahkemeler bahsinde inceleyeceğimiz son mahkeme AİHM'dir. Bugüne kadar insan hakları alanında faaliyet göstermiş diğer tüm uluslararası mahkemeler arasında en etkili ve etkin mahkeme[575] olduğu yönünde değerlendirmelere konu edilen AİHM, bu vasıflandırmayı hak edecek niteliklere sahiptir.

AİHM'in oldukça etkili bir mahkeme olmasına yol açan niteliklerinden birisi, AİHS'in oluşturduğu denetim mekanizmasının, daha etkili ve etkin kılınması adına zaman içinde birtakım yapısal değişimler geçirmesidir. Özellikle 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol, denetim mekanizmasındaki iki başlılığa son vermiş, AİHM'in tek bir bütün halini almasını sağlamıştır[576]. 1958-1998 yılları arası kapsayan dönemde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu[577], Avrupa İnsan Hakları Divanı[578] olmak

---

574 Aksar (2018) s. 25- 27; BMDHS m. 188- 190, m. 292, m. 290/ 5 için bkz. https://www.un.org /depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, s.e.t. 28.11.2019. UDHM'nin zorunlu yargı yetkisine giren geçici tedbir kararı, son bölümde ele alınan MOX Plant Davası'nda daha ayrıntılı ele alınacağı üzere, uyuşmazlığın kendisine götürülmek istendiği hakemlik mahkemesinin kurulması beklenmeden UDHM tarafından verilmek zorundadır. Özellikle çevre hukukunda telafisi mümkün olmayacak zararların ortaya çıkmasını önleme konusunda, böyle bir yetki önem arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksar (2018) s. 31.

575 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 839; Acer/ Kaya, s. 308.

576 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 839; Acer/ Kaya, s. 308; Gözler, Kemal (2017) İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 498.

577 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 11 No'lu Protokol öncesi düzenlemeye göre soruşturma ve kovuşturma organı olarak belirlenmişti. Ancak kabul edilebilirlik incelemesi yapması bakımından yargısal bir faaliyet gerçekleştirip gerçekleştirmediği tartışmalıydı. Komisyon ve çoğunluk görüşüne göre Komisyon en azından kabul edilebilirlik incelemesinde bir yargı organı niteliğindeydi.
Komisyon tarafından kabul edilemez bulunan başvurular için süreç nihai olarak son bulmaktaydı. Kabul edilebilir bulunan başvurular (böyle bir durumda dostane çözüm yoluna gidilebilir ve süreç sonlandırılabilir) hakkında Komisyon tarafından bir rapor hazırlanıp Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne iletilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Değerli, s. 4- 5; Özdek, Yasemin (2004) Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye (AİHS Sistemi-AİHM Kararlarında Türkiye), 2. Baskı, İstanbul, Kırmızıkalem Yayınları, s. 40- 41; Sağlam, Musa (Editör) (2013) Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), 2. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, s. 7.

üzere ikili bir yapı öngörülürken, AİHS siyasi bir organ olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ni[579] de mekanizma içinde görevlendirmekteydi[580].

AİHS'in öngördüğü denetim mekanizmasında 1998 yılında 11 No'lu Protokol ile meydana gelen değişiklik ile birlikte, 1998 öncesi dönemin karmaşık denetim mekanizması tek çatı altında birleştirilmiş tam zamanlı ve tek yetkili bir yapı öngörülmüştür.

Yapılan başvuruları kabul edilebilirlik bakımından değerlendiren Komisyon ile Divanın oluşturduğu karmaşık yapı bu şekilde daha sistemli yapı olarak tek bir Mahkeme çatısı altında birleştirilmiştir[581]. Söz konusu bu değişikliğin iş yükünü azaltma; yarı zamanlı çalışan bu iki bağımsız organın aynı konuda görevli olmasına engel olmak; basit, daha etkili ve tam yargısal bir denetim mekanizması oluşturmak gibi çeşitli amaçları söz konusuydu[582].

Bakanlar Komitesi'nin tartışmalı da olsa yargısal yetkisinin kalkması ve Komisyonun tamamen kaldırılmasıyla birlikte AİHM, kabul edilebilirlik incelemesindeki başvuruların elenmesi, duruşma yapılması, dostane çözüm sürecinin yürütülmesi, AİHS hükümlerinin uygulanması, yorumlanması ve danışma görüşü verme dahil olmak üzere, bütün konularda tam ve tek yetkili bir yargı organı olarak düzenlenmişti[583]. Bakanlar Komitesinin, Divana gitmeyen davaların esası hakkında karar verme yargısal yetkisinin

---

578 Avrupa İnsan Hakları Divanı, AİHS denetim mekanizmasının asıl yargısal organıydı. Divan ancak Komisyonun kabul edilebilirlik raporunun Komiteye sunulmasından itibaren üç ay içerisinde dava önüne getirildiği takdirde faaliyete geçebilmektedydi. Bu aşamaya geçilebilmesi için birçok şartın yerine getirilmesi gerekmekteydi. Bunlardan en önemlilerinden biri, ihlal iddiasıyla karşılaşan devletin, Divanın yargı yetkisini kabul etmiş olmasıydı. Yargısal karar verme yetkisi dışında Divanın belli şartlara bağlanmış danışma görüşü verme yetkisi de bulunmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Değerli, s. 7- 8; Özdek, s. 41. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 11 No'lu Protokol ile değişen görev ve yapısı için ayrıca bkz. Gözübüyük, Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz (2011) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 30.

579 11 No'lu Protokol öncesi dönemde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de, Komisyon tarafından sunulan rapor üzerine harekete geçmekte ve üç ay içerisinde dava Divan'a götürülmezse, davanın esası hakkında üçte iki çoğunlukla karar vermekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Değerli, s. 5- 6; Özdek, s. 41.

580 Değerli, s. 3- 4; Acer/ Kaya, s. 308; Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 839.

581 Değerli, s. 11; Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 839; Özdek, s. 44; Anayurt, Ömer (2004) Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 254; Acer/ Kaya, s. 308.

582 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 839; Değerli, s. 10; Özdek, s. 44; Anayurt, s. 258.

583 Değerli, s. 11; Özdek, s. 46; Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 840.

ortadan kaldırılması sonrası elinde kalan tek görevi, Mahkeme kararlarının icrasını denetlemektir[584].

11 No'lu Protokol ile gelen önemli değişikliklerden bir diğeri Mahkemeye yapılacak bir bireysel başvurunun kabulü için aranan Mahkemenin bu konudaki yargı yetkisinin ilgili devlet tarafından kabul edilmesi şartının kaldırılmış olmasıdır[585]. 11 No'lu Protokol ile gelen diğer değişiklikler şu şekilde özetlenebilir:

- İlgili Protokol öncesi dönemde Mahkeme üye sayısı Avrupa Konseyi üyeleri ile eşit iken, bu sayı arttırılarak AİHS'e üye devlet sayısına eşitlenmiş, üyelerin görev süresi de dokuz (9) yıldan altı (6) yıla düşürülmüştür. Ayrıca, üyeler için 70 yaş sınırı da getirilmiştir[586].
- Yargılama düzeni açısından bakıldığında, Mahkeme bünyesinde üç (3) hakimli Komiteler, yedi (7) hakimli Daireler ve on yedi (17) hakimli Büyük Daire olmak üzere üçlü bir yapı oluşturulmuştur. Komiteler, bir anlamda 11 No'lu Protokol ile kaldırılan Komisyonun işlevini görmekte iken, Daireler ise Komitelerden gelen bireysel başvuruları ve devlet başvurularını hem kabul edilebilirlik açısından hem de esas açısından incelemekle görevlendirilmiştir. Büyük Daire ise kendi lehine Daireler tarafından el çekilen davalara ve Dairelerden biri tarafından görülmüş bir davanın taraflarca yeniden görülmesi talebiyle kendisine gönderilen davalara bakmak suretiyle istisnai bir yargı yetkisine sahip kılınmıştır[587]. Bunun dışında danışma görüşü verme yetkisi de Büyük Daire'nin yetkisine sokulmuştur[588].

11 No'lu Protokol ile gerçekleşmesi amaçlanan hedeflere, özellikle iş yükünün azalması, ulaşılamaması üzerine yeni bir Protokol ile yeni bir iyileştirme yapma yoluna gidilmiştir. 13 Mayıs 2004 tarihinde imzaya açılıp, 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren bu amaca özgülenmiş 14 No'lu Protokol, 11 No'lu Protokol'de olduğu gibi esaslı yapısal değişiklikler getirmek yerine, denetim mekanizmasının işlerliğini ve etkililiğini

584 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 839.
585 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 839; Gözler (2017) s. 499.
586 Değerli, s. 12; Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 840.
587 Özdek, s. 46; Değerli, s. 13.
588 Özdek, s. 46- 47.

artırmaya dönük yenilik ve değişiklikler getirmekteydi[589]. Bu değişiklikler şu şekilde sıralanabilir:

- 14. Protokol ile birlikte Mahkeme yargı düzeninde[590] değişikliğe gidilmiş ve Tek Hakim, yargı düzenine eklenmiştir. Bireysel başvurular hakkında kabul edilemezlik kararı verme (kabul edilemezliğin açıkça anlaşıldığı başvurularda) ve başvurunun kayıttan düşürülmesi şeklinde iki yetkisi bulunmaktadır[591].
- Komitelerin bireysel başvurularda, açıkça kabul edilemezlik durumlarında oybirliği ile verdikleri kabul edilemezlik veya işlemden çıkarma kararı verme yetkileri, "davanın temelini teşkil eden sorun, Sözleşme veya Protokollerin uygulanması veya yorumlanmasıyla ilgili olup, zaten Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına ilişkin ise, davayı kabul edilebilir bulabilir ve aynı anda davanın esasına ilişkin karar verebilir" şeklinde genişletilmiştir[592].
- Bireysel başvurularda yeni bir kabul edilebilirlik koşulu olarak "önemli bir zararın varlığı" koşulu getirilmiştir[593].
- 14 No'lu Protokol öncesi istisna olan kabul edilebilirlik usulü ve esası hakkındaki kararların birlikte tek bir karar şeklinde verilmesi, usulü 14

---

589 Değerli, s. 17; Çağıran, Mehmet Emin (2007) "14 No.lu Protokol Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Denetim Sisteminde İyileştirme Çalışmaları", SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S. 1, s. 1.

590 AİHM yargı düzeni açısından önem arz eden bir idari düzene sahiptir. Düzenin önemli bir birimi İçtüzük ile düzenleme altına alınmış olan Bölümlerdir. Mahkeme bünyesinde en az dört tane bulunması gereken Bölümler, Mahkeme Genel Kurulu tarafından üç yıllığına kurulmaktadır. Mahkemede şu an beş bölüm bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Değerli, s. 38- 39. İdari işleri yürüten en önemli organ ise Genel Kurul'dur. Tüm hakimlerin yer aldığı Genel Kurul'da, Başkan, Başkan Yardımcıları ve Bölüm Başkanları seçilmektedir. Genel Kurul dairelerin kuruluşu, İçtüzüğün kabulü ve değişikliği gibi birçok idari işi yürütmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 845.

591 Değerli, s. 19; AİHS m. 27/ 1 için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 17, s.e.t. 10.03.2020; Cengiz, Serkan (2005) "14 No'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 56, s. 343.

592 Değerli, s. 19- 20; 14 No'lu Protokol m. 8/ 1- b için bkz. http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/aihs_ekprotokoller/ek14.pdf, s.e.t. 18.07.2019; AİHS m. 28/ 1- b için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 17, s.e.t. 10.03.2020.

593 Bahsi geçen "önemli zarar şartına" iki istisna getirilmiştir. Bunlar, Sözleşme ve Protokolleri tarafından güvence altına alınmış insan haklarına saygı prensibinin gerekli kıldığı haller ve davanın ulusal mahkemeler tarafından gereği gibi incelenmemiş olmasıdır. Bu hallerde, zarar önemsiz olsa bile dava bu sebeple reddedilemeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Değerli, s. 21; 14 No'lu Protokol ile AİHS m. 35/ 3- b değişikliği için bkz. https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupa insanhaklarisozlesmesi.pdf, s. 21, s.e.t. 18.07.2019.

No'lu Protokol ile kural halini almıştır. Kararların birlikteliği adı verilen söz konusu bu değişiklik, sadece bireysel başvurular için getirilmiştir. Devlet başvuruları için eski kural korunmuştur[594].

- Hakimlerin görevleri dokuz (9) yıla çıkarılmış ancak tarafsızlık ve bağımsızlıklarının sağlanması amacıyla tekrar seçilme imkanı kaldırılmıştır[595].
- Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Daire ve Büyük Daire önündeki tüm davalar hakkında yazılı görüş bildirebilecek ve duruşmalara katılabilecektir[596].
- Protokoller, Avrupa Birliği'nin AİHS'e katılabilmesinin önünü açmıştır[597].
- Sözleşmeye, Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve infazını güçlendirmeye yönelik hükümler eklenmiştir[598].

AİHM'nin yapısı hakkında verilen bu bilgilerin ardından, Mahkeme'nin işleyişine değinmek yerinde olacaktır. AİHM'nin harekete geçebilmesi için AİHS veya Protokollerinin ihlali gerekçesiyle devlet başvurusu[599] ve bireysel başvuru[600] olmak üzere iki başvurudan birinin kullanılması gerekmektedir[601].

---

594 AİHS m. 29 için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf; s. 18, s.e.t. 10.03.2020; Değerli, s. 21.

595 AİHS m. 23/ 1 için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 15, s.e.t. 10.03.2020; Değerli, s. 22.

596 AİHS m. 36/ 3 için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 21, s.e.t. 10.03.2020; Değerli, s. 22.

597 AİHS m. 59/ 2 için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 29, s.e.t. 10.03.2020; Değerli, s. 23.

598 AİHS m. 46 için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 24, s.e.t. 10.03.2020.

599 Sözleşmeye taraf devletlerin ihlal iddiasıyla birbirlerine karşı kullanabilecekleri AİHS m. 33'de düzenlenen devlet başvurusu ile devletlere, ortak misyon olan Avrupa kamu düzenini ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma konusunda bir tür iş birliği fırsatı tanınmıştır. Devlet başvurusunun kullanılabilmesi için AİHS'e taraf olmak yeterli olup, Mahkeme'nin yargı yetkisini tanımaya ayrıca gerek yoktur. Ancak tüm bunlara rağmen, bireysel başvuru ile karşılaştırıldığında devlet başvurusu yolu, oldukça az başvurulan ve etkisiz kalmış bir başvuru yoludur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Değerli, s. 47- 49; Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 848- 850.

600 Sözleşme ve Protokollerin ihlali gerekçesiyle Mahkeme'nin harekete geçebilmesine imkan tanıyan bir diğer yol, AİHS m. 34'te düzenlenen, bireysel başvuru yoludur. Oldukça sık başvurulan bu denetim yoluna; gerçek kişiler, hükümet dışı kuruluşlar ve kişi grupları başvurabilmektedir. 11 No'lu Protokol

Gerçek kişilerin haklarının uluslararası boyutta korunabilmesinin önemli bir adımı olan AİHS, özellikle bireysel başvuru yoluyla bu alanda en etkin denetim mekanizmasına vücut vermiştir[602]. 11 No'lu Protokol ile bireysel başvurunun önündeki engeller kaldırıldığından, AİHS tarafından oluşturulan mekanizma, gerçek kişilerle devletleri bir anlamda eşitlemiştir[603].

3. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ BİÇİMSEL ROLÜ

3.1. Uluslararası Yargı Kuruluşlarının Yargı Yetkisi

Uluslararası hukuk aktörleri arasındaki ilişkiyi düzenlemeye yönelen ve söz konusu aktörlerin nasıl davranmaları gerektiği noktasında yol gösterici nitelikte olan çok çeşitli kural tipleri vardır. Ancak kural konusundaki çeşitlilik, bu kuralların sorunsuz şekilde uygulandığı anlamına gelmemektedir. İlgili kuralların yorumlanması ve uygulanması konusunda, ilgili aktörler arasındaki uyuşmazlıkların engellenmesinde ya da çözümünde bu çeşitliliğin her zaman işe yaradığı söylenemez.

Çoğu zaman uluslararası hukuk düzenlemelerinde öngörülen uyuşmazlık çözüm mekanizmaları devlet rızası engeline takılmaktadır[604]. Özellikle devletler kendi iradelerine aykırı kararları kabul etmeye zorlanamayacakları için ve eylem özgürlüklerini kısıtlayıcı düzenlemelere istekli olmadıklarından[605], uluslararası yargı kuruluşlarının yargı yetkisi bunların rızası ölçüsünde etkili olmaktadır. Zira her ne kadar uluslararası bir yargı kuruluşuna başvuru hakkı, söz konusu bu yargı yetkisini harekete geçirebilecek en önemli husus olsa da bu hakkın kullanılması, ancak devletlerin rızası ile mümkündür. Belirtmek gerekir ki söz konusu rıza bir uluslararası antlaşma aracılığıyla ortaya konabileceği gibi, uluslararası bir örgüt kararıyla da verilebilmektedir[606]. Ancak, bilhassa söz konusu hakkın

---

ile birlikte Sözleşmeye taraf olan her devlet, bireysel başvuru yolunu da kabul etmiş sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Değerli, s. 54- 56; Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 846- 847.

601 Değerli, s. 47; Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 31. 1 Ağustos 2018 tarihinde yürürlüğe giren ve halihazırda 13 ülke tarafından onaylanmış olan 16 No'lu Protokol ile söz konusu iki başvuruya ek olarak, ulusal yüksek mahkemeler için danışma görüşü başvurusunda bulunma imkanı tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=Q77DR4YJ, s.e.t. 01.08.2019. Bu başvuru yolunu ilk kullanan ülke de Fransa olmuştur.

602 Çelik (1965) s. 388; Değerli, s. 54; Özdek, s. 53.

603 Değerli, s. 56.

604 Shany, s. 1; von Bogdandy/ Venzke, s. 4.

605 Shany, s. 2.

606 Aybay (2010) s. 132- 133.

tanındığı ilgili uluslararası antlaşmayı yapma yetkisini elinde bulunduran devletler, eskiden olduğu gibi tekel niteliğinde ve bağımsız değildirler. Uluslararası yargı yetkisinin zorunlu olduğu durumlar (RUCM, YUCM, Dünya Ticaret Örgütü ve UDHM'nin üç konudaki zorunlu yargı yetkisi) bu değişimin en belirgin kanıtlarından biridir.

Uluslararası yargı kuruluşlarının yargı yetkisinin herhangi bir mahkeme örneği üzerinden incelenmesi, uluslararası hukuktaki genel durumu görmek için hayli fikir verici olacaktır. Bu doğrultuda yargı yetkisi konusuna UAD örneği üzerinden bakmak yerinde bir tercih olacaktır. UAD Statüsü'nün Divan'ın yetkileri başlıklı II. Bölümü m.36/2'de UAD'nin yargı yetkisinin kapsamı şu şekilde düzenlenmiştir:

> "*UAD Statüsü'ne taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, konusu aşağıda sayılanlara ilişkin olarak Divan'ın yargı yetkisini fiilen ve özel antlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını bildirirler:*
>
> *a. Bir antlaşmanın yorumlanmasını;*
>
> *b. Uluslararası hukuka ilişkin her konuyu;*
>
> *c. Saptandığı takdirde, uluslararası bir yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek her olayın gerçekliğini*;
>
> *d. Uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar giderimin niteliği ya da kapsamını*"[607].

İlgili hükümle düzenlenen yargı yetkisinin "ihtiyari hüküm"[608] olarak tarif edilmesi, farklı ulusal çıkarlara, politikalara ve amaçlara sahip uluslararası hukuk kişilerinin (özellikle devletlerin) rızalarının bu sistemin başlat düğmesi olarak tasarlanmasından kaynaklanmaktadır.

Uluslararası hukukta yargı yetkisinin kullanılabildiği alanları sadece uyuşmazlık çözümü olarak sınırlayan klasik görüşün dışına çıkabilmeyi başarabilmek, uluslararası hukuk kişilerinin rızalarına dayalı bu sistemi sorgulamaktan ve varsa örnekleri incelemekten geçmektedir. Bu şekilde klasik anlayışı sorgulayan bir görüşe göre, uluslararası yargı kuruluşlarının; normatif beklentileri dengelemek, uluslararası hukukun geçerliliğinin yeniden onaylanması ve uygulanmasını içeren normatif beklentiler

607 UAD Statüsü m. 36/ 2.

608 Friedmann, s. 141.

geliştirmek ve böylece hukuk yapmak; başkaları tarafından uygulanan otoriteyi kontrol etmek ve meşrulaştırmak şeklinde üç görevi daha vardır[609]. Uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne ek bu üç işleve değinmeden evvel "uluslararası uyuşmazlık çözme" işlevinden bahsetmek gerekir.

Klasik anlamda, uluslararası yargı kuruluşlarının en önemli[610] işlevinin önündeki uyuşmazlığı çözmek ve bu bağlamda karar verirken hukuku uygulamak olduğu bilinen biçimsel işlevdir. Zira uluslararası yargı kuruluşlarının çözümüne havale edilen husus, ileride daha ağır sonuçlara yol açabilecek uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl şekilde çözümüdür[611]. Uluslararası barış ve güvenliğin sürekliliği açısından önemli bir yükümlülük olan bu işlev, uluslararası yargı kuruluşlarının diğer işlevlerine nazaran en belirgin ve ön planda olan işlevdir.

Uluslararası yargı kuruluşlarına atfedilen ikinci işlev olan normatif beklentileri dengelemek işlevi, 1986 yılında UAD'nin vermiş olduğu Nikaragua Kararı'yla örneklendirilmektedir[612]. Kuvvet kullanımı yasağının ele alındığı ilgili kararda, uluslararası hukukun uygulanması, uluslararası barış ve güvenliği garanti eden uygulamaların teşvik edilmesi ve güçlülere boyun eğilmemesi fikrine ağırlık verilmesiyle, hukukun normatifliğinin desteklendiği ve kuvvet kullanımı konusunda normatif beklentilerin dengelendiği ifade edilmektedir[613].

Bu dava özellikle süper güç olarak nitelendirilen ABD'nin talepleri ile karşısında yer alan Nikaragua'nın kuvvet kullanma yasağı kuralından beklentilerinin adaletli bir çözüme kavuşturulması bakımından önem taşımaktadır. Nikaragua Kararı, ABD'nin önceden kabul etmiş olduğu UAD yargı yetkisini geri çekmiş olması bakımından olumsuz bir yanı olsa da tarafların taleplerinin değerlendirilmesi ve ilgili kuralın uygulanmasıyla tarafların beklentilerinin dengelenmesi açısından önemli bir örnektir[614].

Uluslararası yargı kuruluşlarına atfedilen bir diğer işlev, "hukuk yapımı" işlevidir. Esasında tartışmalı olan bu hususun yargı kuruluşlarının görevleri arasında sayılması, son

609 von Bogdandy/ Venzke, s. 2.

610 Uluslararası yargı kuruluşlarının tek işlevinin bu olduğunu savunmaya devam eden görüşler olduğu da kolaylıkla tespit edilebilir.

611 von Bogdandy/ Venzke, s. 6; Pazarcı (2006) s. 4.

612 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 19, K.T. 27.06.1986; von Bogdandy/ Venzke, s. 7.

613 von Bogdandy/ Venzke, s. 7.

614 von Bogdandy/ Venzke, s. 7.

derece ilerici bir yaklaşım olarak algılanabilir. Zira uluslararası yargı kuruluşlarının devletlerin rızalarıyla kurulduğu ve söz konusu bu devletlerin egemenliklerinin bir tezahürü olan yargılama yetkisini bu kuruluşlara sadece uyuşmazlık çözümü noktasında verdikleri kabulü hala, ağırlıkta olan yaklaşımdır.

Ancak uluslararası yargı kuruluşlarının işlevlerini dört başlık altında inceleyen modern yaklaşıma göre yargı kuruluşları tarafından hukuk yapımı işlevi kendi içerisinde iki kısma ayrılır[615]. Bunlardan ilkinin, taraflar arasındaki somut uyuşmazlığa ilişkin hukuk kurallarının uygulanmasıyla gerçekleştiği ifade edilmektedir. İkinci kısım ise, somut davanın ötesine geçerek hukuk yaratmaktır. Söz konusu modern görüşe göre, hakimler gerek söz konusu davaya ekledikleri görüşleri gerekse de kararın gerekçesi vasıtasıyla hukuku inşa etmektedirler[616]. Kararın gerekçesi aracılığıyla hukuk yapımının, her kararın gerekçeli olmasının hukuki bir zorunluluk olması sebebiyle[617], yargılamanın bir parçası olduğu iddia edilmektedir[618].

Uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarının gerekçeleri aracılığıyla ya da diğer yargısal faaliyetleri ile hukuk yapmaları gerek sonraki davalar için gerekse de uluslararası hukukun uygulanmasını gerektirecek herhangi bir durum için yetkin bir referans olması nedeniyle önem arz etmektedir. Yani herhangi bir uluslararası yargı kararı ile oluşturulan hukukun bu şekilde nitelendirilmesi onun etkisinden ileri gelmektedir. Söz konusu bu etki; var olan hukuki söylemi değiştirmek, ona emsal olmak şeklinde gelişebilir[619]. Bu görüşe göre, tüm bu sebeplerden uluslararası yargı kuruluşları tarafından gerçekleştirilen böyle bir faaliyetin hukuk yapımı olarak kabulü, esasen hukuk yapımının etkisinin varlığı inkar edilemez bir boyuta ulaştığının sonucudur[620].

Modern görüşün savunduğu bir diğer uluslararası yargı kuruluşu işlevi de kamu otoritesini kontrol etmek ve meşrulaştırmaktır. Uluslararası yargı kuruluşları aracılığıyla,

615 von Bogdandy/ Venzke, s. 9- 10.

616 von Bogdandy/ Venzke, s. 10.

617 Kararın gerekçeli olacağı konusunda hüküm içeren bazı hukuki metinler ve ilgili maddeler şu şekildedir: UAD Statüsü m. 56/ 1; Avrupa Nükleer Enerji Mahkemesi Usul Kuralları m. 41, (https://www.oecd-nea.org/law/european-nuclear-tribunal-rules.pdf, s. 23, s.e.t. 03.07.2019). Ayrıca kararın gerekçeli olmasının, AİHS m. 6'da yer verilen adil yargılanma hakkının kapsamında olduğu ifade edilmektedir [Bekri, M. Nedim (2014) "Gerekçeli Karar Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, Y. 72, S. 3, s. 203 vd.; von Bogdandy/ Venzke, s. 10].

618 von Bogdandy/ Venzke, s. 10.

619 von Bogdandy/ Venzke, s. 10- 11.

620 von Bogdandy/ Venzke, s. 11.

ulusal otoriteler uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde kontrol edilmekte ve uluslararası yargısal uygulama ile ulusal hukukun uluslararası meşruiyeti sağlanmaktadır. İnsan hakları alanında faaliyet gösteren uluslararası mahkemelerin çoğu bu görevi yerine getiren önemli örneklerdir[621]. Uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası hukukun oluşumu ve gelişimine etkisi başlığı altında daha detaylı inceleneceği üzere, uluslararası yargı kuruluşları, kendi statüleri ve uluslararası hukuk kurallarını yorumlamaları ve uygulamaları neticesinde ulusal hukukları dolaylı olarak etkileyebilmektedir.

Her ne kadar uluslararası yargı kuruluşlarının yargısal işlevi ulusal mahkemelere göre ikincil yargı yetkisi kapsamında kalsa da bu kuruluşlar bazı kararları ile bu ikincilliğin (subsidiarity) ötesine geçebilmektedirler. Örneğin uluslararası yargı kuruluşları, ulusal yürütme ya da yasama organına ait düzenleme alanlarına, aldıkları bir karar ile müdahale edebilmektedirler[622]. Bu şekilde bir müdahale yasal düzenlemeleri kontrol altına alabilmeyi sağlamakta ve bu bağlamda uluslararası yargı kuruluşları bir meşruluk kaynağı haline gelebilmektedir. Öyle ki bugün için bağımsız bir kurum tarafından kamu standartlarının genel standartlara uygunluğunun incelenmesi, en güçlü meşruluk araçlarından biri olarak görülmektedir. Aynı şekilde birçok devlet anayasasında uluslararası antlaşmalara -özellikle de insan haklarını koruyucu hükümler içerenlere- ve uluslararası mahkeme kararlarına önemli bir rol atfedilmektedir[623].

Elbette bu bütün devletler için geçerli bir genelleme değildir. Örneğin, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi kuruluşunu düzenleyen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile çok geniş bir inceleme standardının belirlenmiş olduğu, devletlerin iç işlerine ilişkin tazminat kararları nedeniyle Sözleşme'de verilen yetkilerini aştığı yönünde eleştiriler almaktadır. Bu doğrultuda Mahkeme, aşırı aktif yargısal hukuk yapıcı rolüne

621 Kelle, Helen/ Sweet, Alec Stone (Editor), A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford University Press, Oxford'dan aktaran: von Bogdandy/ Venzke, s. 11. İnsan hakları alanında faaliyet gösteren uluslararası yargı kuruluşları dışında, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi- Tahkim (ICSID) ve Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ), zaman zaman ev sahibi ülkede eksik olduğu düşünülen idari ya da anayasal yargılama rolünü üstlenmek suretiyle söz konusu fonksiyonu yerine getirdiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. von Bogdandy/ Venzke, s. 11.

622 Ioannidis, Michael (2011) "A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law", German Law Journal, V. 12, N. 5, s. 1175 vd.

623 Binder, Christina (2011) "The Prohibition of Amnesties by the Inter- American Court of Human Rights", German Law Journal, V. 12, N. 5, s. 1203 vd.; von Bogdandy/ Venzke, s. 12.

büründüğü şeklinde sert eleştirilere maruz kalmaktadır[624].

Yukarıdaki paragraflarda da ifade edildiği üzere, uluslararası yargı yetkisinin eskisinden daha geniş bir anlama bürünebildiği durumlarla sıkça karşılaşılmaktadır. Bu minvalde yargı yetkisini kullanacak hakimlerin, normal şartlarda hukuku bildirmekle sınırlı olan görevlerini yerine getirirken yaptıkları yorum faaliyeti üzerinden yargısal aktivizm, yargısal yaratıcılık boyutuna varacak düzeyde, kurallara eklemeler ve çıkarmalar yapmak suretiyle hukuku geliştirebildikleri görülmektedir. Her ne kadar hakimler tarafından yargı yetkisinin bu şekilde kullanımı sonucu yeni bir hukuk oluşumunun kabulü mümkün olsa da bu oluşturmanın bir yasama organı tarafından gerçekleştirilen hukuk yapımı kadar geniş olmayıp, oldukça minimal düzeyde gerçekleştiği açıktır.

Buna karşın yargı eliyle hukuk oluşturulması, UAD'nin 1950 Sığınma Davası'nda dile getirdiği ve kısaca Mahkeme'nin sorulanın ötesine geçmemesi olarak açıklanabilen "*non-ultra petita*" prensibinin her zaman uygulanmadığını da gözler önüne sermektedir[625]. Diğer yandan, yorum yoluyla hukuk oluşturulmasının, mahkemelerin karar ve görüşleri bağlamında "yasanın ağzından"[626] fazlası olduğu sonucunu çıkarmaya imkan tanıdığı ifade edilmektedir[627].

Hakimlerin hukuk yapma olgusu ya da yargısal hukuk yapımı, sürekli gündemde olan bir mevzudur. Hakim eliyle hukuk oluşturulabileceği düşüncesi hem uluslararası toplumda hem de ulusal toplumda kaygıyla karşılanmaktadır. Her iki alanda da hukuk bütünlüğünün bozulacağı endişesi yargısal hukuk yapımı konusuna olumsuz yaklaşılmasına neden olmaktadır. Yargısal hukuk yapım tartışmaları, ulusal hukuklardaki yargısal aktivizm tartışmaları ile paralellik arz etmekte ve "juristokrasi" yani yargı iktidarı

---

624 Binder, s. 1203- 1204.

625 Sığınma Hakkı Davası, UAD Kararı, s. 402, K.T. 27.11.1950; Tutuklama Müzekkeresi Davası, UAD, Kararı, s. 18, p. 43, K.T. 11.04.2000.

626 "Hakimler, kanunu ne olursa olsun uygulayan, "cansız varlıklar (*êtres inanimés*)'dır. Hakimler 'kanunun ağzı (*bouche de la loi*)'dır". Montesquieu tarafından dile getirilen bu görüşe göre, mahkemeler yorum yapmamalı, kanunları olduğu gibi uygulamalıdırlar. Hatta Fransa'da bu konu, 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunun 12. maddesinde "mahkemeler kanunların yorumlanmasına gerek duydukları zaman, hüküm vermeyecekler, ama yasama organına başvuracaklardır" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal (2006) "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 3, s. 143.

627 Treves, s. 587.

konusunu gündeme getirmektedir[628]. Bununla birlikte, uluslararası hukuk kurallarının, tek bir yasama organı tarafından değil de ileri sürüldüğü gibi birden fazla siyasi kurum arasındaki etkileşimden doğduğu kabul edildiğinde, uluslararası yargı kuruluşlarının da uluslararası hukuk yapım sürecinde yer alabileceği rahatlıkla söylenebilir. Ancak işin doğası gereği bu katılımın, çoğunlukla uluslararası hukukun diğer aktörlerinin yargı kuruluşlarına çizdikleri sınırlar dahilinde gerçekleşebileceği ifade edilmektedir[629].

3.2. Zorunlu Yargı Yetkisi Sorunu

Uluslararası yargı yetkisine ilişkin uluslararası düzenlemelere ve işleyişe bakıldığında görülecektir ki, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde zorunlu ve sürekli bir yargısal çözüm mekanizması kabul görmemektedir. Özellikle devletlerin uyuşmazlık çözümünde uluslararası mahkemelere bakışının bir tezahürü olan bu durum, yargısal çözümün siyasi irade ile kısıtlanması olarak anlaşılabilir. Uluslararası hukukta zorunlu yargı yetkisi yerine zorunlu olmayan hakemlik kurumunun yaygınlaşması çok sayıda devletin düşüncesini yansıtan bir durumun delili niteliğindedir. Hakemlik müessesesinde, tamamen tarafların belirleyecekleri kurallar çerçevesinde, tarafların kendi vatandaşlarından atayabilecekleri hakemlerle ve kararların gizliliğinin kararlaştırılabildiği bir süreç olması, dikkate alınırsa bahsi geçen siyasi iradeyle hayli uyumlu bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olduğunu gözler önüne sermektedir.

Hukuki uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından uluslararası hakemlik ve uluslararası mahkeme mekanizmalarının zorunlu olması fikri uzun yıllar tartışılagelmiş, ancak bu fikir devletlerin büyük bir çoğunluğu tarafından reddedilmiştir[630]. I. Lahey Sözleşmesi görüşmelerinde ABD Dışişleri Bakanı John Hay ABD'li heyete, sürekli nitelikte zorunlu yargısal çözüm mekanizmasının ancak siyasi bağımsızlık ve toprak bütünlüğü gibi çekincelerle birlikte gündem konusu edilebileceği talimatını vermiştir[631]. Görüşmede yer alan devletlerin çoğunluğunun ABD ile benzer düşünceleri taşımasının, 1899 Lahey Sözleşmesi ile oluşturulan Daimi Hakemlik Mahkemesi'nin ihtiyari bir nitelikte olmasının

---

628 Ginsburg, Tom (2004) "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking", Virginia Journal of International Law, V. 45, S. 3, s. 633.

629 Ginsburg, s. 634.

630 Giustini, s. 216- 217.

631 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://archive.org/details/instructionstoa00lawgoog/page/n26, s. 15, s.e.t. 18.01.2019; Giustini, s. 220.

belirleyici sebeplerinden biri olduğu ifade edilmektedir[632].

Devletlerin bu konudaki isteksizlikleri yukarıda anılan nedenlerle sınırlı değildir. Devletlerin yargı yetkisinin devri ve zorunlu yargı yetkisi konusunda isteksiz davranmalarının diğer nedenlerini tahdidi olmamakla birlikte, şu şekilde sıralamak mümkündür: Söz konusu yargısal yapılar için tarafsız hakim bulmanın zorluğu, herhangi iki devletten birinin diğerini uluslararası bir mahkeme önüne götürmesinin dostça olmayan bir eylem olarak görülmesi, herhangi bir uyuşmazlıkta davalı devletin ilgili davaya gelmemesi, uluslararası nitelikteki bir davayı kaybetme korkusu, uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözüm mekanizmalarıyla çözümünü öngören bir teamülün olmaması[633], devletlerin egemen eşitliği ve devletin sorumluluğu prensipleri[634].

Sayılan ilgili nedenlere bakıldığında, çoğunun esasen neden sunmaktan ziyade isteksizliğin bahanesi olduğu görülmektedir. Bu bahaneler ve devletlerin iradesinin kilit önemi doğrultusunda şöyle bir yargıda bulunmak mümkündür: Devlet merkezli uluslararası hukuk düzeninde, devletlerin iradesinden, dolayısıyla devletlerin ve diğer uluslararası aktörlerin tercih ve çıkarlarından bağımsız bir uluslararası yargı mekanizması düşünülemez[635].

Uluslararası zorunlu bir yargısal çözüm mekanizmasının köklü yapısal değişiklikler gerektireceği muhakkaktır. Yaşanacak yapısal değişiklikler işin doğası gereği egemenlik kavramının yeniden ele alınmasına neden olacaktır. Giustini'nin işaret ettiği üzere, tüm bu köklü yapısal değişiklik ve egemenlik dönüşümü riskine karşın, Avrupa Birliği örneği göstermektedir ki siyasi iradenin zorunlu denetim yönünde tezahür etmesi imkansız

632 Giustini, s. 220.

633 En geniş katılımlı uluslararası örgüt olan BM özelinde bakıldığında bile en çok başvurulan uyuşmazlık çözüm mekanizmasının UAD değil, Güvenlik Konseyi olması, bunun delili niteliğindedir (Giustini, s. 253- 256).

634 Giustini, s. 253- 256; Lu, s. 9. Kelsen'e göre ise zorunlu uluslararası yargı yetkisine getirilen esas itirazlar, "uluslararası mahkemelerin uygulayacağı uluslararası hukuk sisteminin eksik olması ve bu yasal düzende reform yapma yetkisine sahip hiçbir uluslararası yasama organının bulunmamasından" kaynaklanmaktadır. Kelsen, tüm bu itirazları uluslararası hukukun ulusal hukuka benzetilmesi ve her iki hukuk dalı hakkında da aynı beklentiler içerisinde olunmasına bağlamaktadır. Yazar çoğunluk oyuyla hukuk oluşturan bir uluslararası yasama organının bulunmayışı nedeniyle uluslararası zorunlu yargı organının da oluşturulamayacağı savını dayanak tutan bu itirazlara karşı çıkmaktadır [Kelsen, Hans (1941) "International Peace-By Court or Government?", American Journal of Sociology, V. 46, N. 4, s. 574- 575].

635 Ginsburg, s. 633.

değildir[636]. Nitekim 1993 YUCM, 1994 RUCM gibi *ad hoc* mahkemeler, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ve BM Deniz Hukuku Sözleşmesi kapsamında oluşturulan mahkemelerin, kendi uzmanlık alanları itibarıyla zorunlu yargı yetkisiyle yetkilendirilmeleri de bu tezahür ihtimalinin reel karşılıkları olarak karşımıza çıkmaktadır[637]. Ancak altını çizmek gerekir ki, uluslararası kurumların zorunlu yargı yetkisine sahip olmaları istisnai bir durum olarak değerlendirilmekte ve uluslararası hukuktaki yargılama yetkisinin ihtiyariliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Nihayet, özellikle çalışma konumuz ile ilişkilendirildiğinde, zorunlu yargı yetkisiyle ilgili temel bir diğer sorun, devletlerin gönüllülüğüne dayanma nedeniyle kabul edilmiş zorunlu yargı yetkisinden vazgeçebilmeleridir. Öncelikle vurgulamak gerekir ki gönüllülük esası nedeniyle, bir uluslararası yargı kuruluşunun, devlet uygulamasının açıkça ortaya konamadığı uluslararası bir teamül kuralının varlığını devletlere kabul ettirmesi hayli zordur[638]. Zira uluslararası bir yargı kuruluşunun tespit ettiği, varlığını ortaya koyduğu bir uluslararası teamül kuralı ile bağlı olmak istemeyen devletler, eğer ilgili yargı kuruluşunun zorunlu yargı yetkisini önceden kabul etmişlerse, bu kabulden vazgeçebilmektedirler. ABD'nin, Nikaragua Kararı sonrası UAD'nin zorunlu yargı yetkisini kabulden vazgeçmesi, kararlarını yok sayarak yargılama süreçlerine katılmaması bu konuya güzel bir örnek teşkil etmektedir[639].

B. ULUSLARARASI HUKUK-ULUSLARARARASI YARGI KURULUŞLARI ETKİLEŞİMİ

Uluslararası hukuk-uluslararası yargı kuruluşları etkileşimini, iki alt başlık altında incelemek yerinde olacaktır. Bu başlıklardan ilki uluslararası hukukun uluslararası yargı kuruluşlarına etkisi, ikincisi ise uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası hukuka etkisi şeklindedir. Uluslararası hukukun uluslararası yargı kuruluşlarına etkisi bağlamında

---

636 Giustini, s. 253. Bu doğrultuda belirtmek gereki ki eskiye nazaran uluslararası hukuk kişilerinin (özellikle devletlerin) yargı kuruluşlarının yargı yetkisiyle kendilerini bağlı kılma yönündeki kabullerinde artış yaşandığı ve "uyuşmazlık çözüm mekanizmalarındaki kurumsallaşmanın, ad hoc çözüm mekanizmalarından ziyade sürekli çözüm mekanizması oluşturma eğiliminin artmasının" bu duruma kanıt oluşturduğu ifade edilmektedir (Shany, s. 3).

637 Boyle/ Chinkin, s. 266; Aksar (2018) s. 16.

638 Chan, s. 56.

639 Chan, s. 56.

öncelikle uluslararası hukukun hukuki yapısının etkisi incelenecek, sonrasında kodifikasyon ve etkin aktör değişimi bağlamında uluslararası hukukta yaşanan gelişimin, uluslararası yargı kuruluşlarına etkisi incelenecektir. Nihayet ikinci başlık altında uluslararası yargı kuruluşları kararlarının, uluslararası hukuk üzerinde gösterdikleri etkiler bütüncül bir yaklaşımla ele alınmaya çalışılacaktır.

1. ULUSLARARASI HUKUKUN ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARINA ETKİSİ

Savaşlar, göç hareketleri, coğrafi olaylar, yeni devletlerin ortaya çıkışı, hukuk kişileri arasındaki iş birliği, antlaşmalar, insan haklarının gelişimi ve daha verilebilecek pek çok örnek, uluslararası alanda gerçekleşen her durumun belli bir sebep sonuç ilişkisi dairesinde gerçekleştiğini ortaya koymaktadır. Örneğin, günümüzde bir ülkede gerçekleşen savaş sonucu ortaya çıkan büyük insan göçlerinin; siyasi, hukuki ya da insani menfaatler üzerinden devletler, uluslararası örgütler, uluslararası sivil toplum kuruluşları gibi pek çok aktörü harekete geçirdiği gözlenebilmektedir.

Uluslararası ilişkilerde yaşanan bu gelişmeler uluslararası hukukta yeni düzenlemeleri de beraberinde getirmektedir. Uluslararası hukuk aktörleri arasında artan etkileşim yeni kuralların ve dolayısıyla da uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Aşama aşama bir olayın sonucunun başka bir durumun sebebi olarak ilerleyebildiği uluslararası ilişkiler ağında, uluslararası yargı kuruluşlarının ortaya çıkması da yeni etkileşimlerin zorunlu sonucudur. Uluslararası hukuka yeni konuların dahil edilmesiyle özel alanlara göre yeni mahkemelerin kurulması (yani kurulan mahkemenin tek bir uzmanlık alanının olması) önemli avantajları beraberinde getirmektedir. Yargılamada hız, yeni konularda etkili çözümler, farklı uluslararası hukuk kişilerinin uyuşmazlıklarının barışçıl çözümü bu avantajlardan bazılarıdır. Bu özellik ve avantajları barındıran UDHM uluslararası ilişkilerdeki yeni etkileşimlerin önemli bir örneği niteliğindedir[640].

Uluslararası olaylar, uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk kurumları arasındaki bağı belki de en güzel açıklayan akademik kavram, ilk kez 1985 yılında Richard Falk tarafından kullanılan "*Grotian Moment*" kavramıdır. Bu kavram, uluslararası hukukta "temel değişiklik zamanları" şeklinde ifade edilen ve köklü düzenlemelerin yapıldığı

640 Aksar (2018) s. 19.

dönemlere karşılık olarak kullanılmaktadır. Kavrama Grotius'un isminin verilmesi de hayli uygun düşmüştür. Zira uluslararası hukukun sistematik hale gelmesini sağlayan ve uluslararası hukukun babası kabul edilen Grotius, uluslararası hukuktaki ilk köklü değişikliklerin mimarıdır.

Scharf'ın ilgili kavramı açıklarken belirttiği üzere, 1600'ler Avrupası'nın temel siyasi anlayışındaki yeni ulus devlet modeli birçok değişiklik ve düzenlemeyi beraberinde getirmiştir. Sadece Vestfalya Antlaşması ile meydana gelen değişiklikler değil; II. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında yaşanan gelişmeler, BM Şartı'nın kabulü, çeşitli *ad hoc* mahkemelerin kurulması ki bunlar arasında bu kavrama en layık görüleni Nürnberg Mahkemesi'nin kurulmasıdır, uluslararası hukukta temel değişiklik zamanlarına örnek olarak gösterilebilecek olaylardan bazılarıdır[641].

Nürnberg Mahkeme Statüsü ile kabul edilen prensipler ile bu Mahkeme'nin yargılamalarından çıkan sonuçların gerek BM Genel Kurul Kararı'yla teyit edilmesi gerekse de kendinden sonra gelen uluslararası mahkemeler (özellikle *ad hoc* mahkemeler) tarafından kullanılması, uluslararası hukuktaki kurallaşma süreci için önemli bir adımdır. Daha sonraki bölümlerde daha ayrıntılı incelenecek olan Nürnberg Mahkeme Statüsü ve yargılamalarında kabul edilen cezai sorumluluk çeşidi *(joint criminal enterprise*)[642] ile teamül oluşturduğu düşünülen/tartışılan diğer hususlar YUCM Taslağı hazırlanırken dikkate alınmış ve YUCM yargılamalar sırasında bu sorumluluk çeşidi uygulamaya koyularak tartışmalı teamül oluşum şekillerinden birine örnek oluşturmuştur[643]. Söz konusu "*Grotian Moment*" hususunu bu örnek üzerinden açmakta yarar görmekteyiz.

Sadece uluslararası mahkemeler tarafından değil, ulusal mahkemeler tarafından bir teamül kuralı olarak uygulanan ilgili sorumluluk şeklinin (*joint criminal enterprise*) uluslararası hukuka girişi Nürnberg Mahkemesi'nin kurulmasına sebep olan olayların

---

641 Scharf, Michael P. (2010) "Seizing the 'Grotian Moment': Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change", Cornell International Law Journal, V. 43, s. 443-444.

642 *Joint criminal enterprise* kavramı, Nürnberg Mahkeme Statüsünde ve yargılamalarında doğrudan kullanılmasa da bu kavrama hayli yakın bir uygulama olan "ortak bir plana katılma yükümlülüğü" yargılamalarda kullanılmıştır. Ancak bu kavram diğer bir *ad hoc* mahkeme olan YUCM tarafından kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tadic Davası, YUCM Kararı, s. 98- 99, p. 220, K.T. 02.10.1995; https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf, s.e.t.25.12.2018.

643 Scharf (2010) s. 456; Tan, s. 94; Örnek bir karar için bkz. Prlić ve Diğerleri Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-04-74-T, p. 210, K.T. 29.05.2013.

tezahürüdür. Nürnberg Mahkemesi'nin kuruluş amacına bakıldığında da görülecektir ki amaç, II. Dünya Savaşı öncesinden başlayıp savaş boyunca devam eden Nazi Rejimi'nin; Yahudiler, Rejim karşıtları, komünistler, eşcinseller, Romanlar, Yehova Şahitleri gibi gruplara karşı gerçekleştirmiş olduğu eylemlerin (toplama kamplarında gerçekleştirilen yok etme, katliam, zorla çalıştırma, zehirleme, esaret, işkence, tıbbi deney vb.) sorumlularının cezalandırılmasıdır. Alışılageldik tabiriyle uluslararası toplumda büyük bir infial yaratan bu gibi olayların, tıpkı diğer hukuk sistemleri ya da ulusal toplumlarda olduğu gibi, önemli sonuçları olmaktadır.

Benzer sonuçlar 11 Eylül Saldırıları sonrası uluslararası hukuktaki meşru müdafaa kavramında yaşanmıştır. Dolayısıyla bu tip önemli olaylar: sosyolojik, siyasi, ekonomik sonuçların yanında, önemli hukuki sonuçlar da doğurmaktadır.

> "*Yeni hukuki düzenlemenin sorunsuz çalışmasını sağlamak için sofistike uyuşmazlık çözüm kuruluşlarını gerektiren uluslararası normların yoğunluğunun, hacminin ve karmaşıklığının artması ve normların açıklanmasının ve geliştirilmesinin sürmesi; uluslararası ilişkilerde hukukun üstünlüğüne daha fazla bağlılık; geçmişte yargılama usullerinin gelişimine engel olan uluslararası gerginliklerin hafifletilmesi; 'Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve AİHM gibi' mahkemelerde yaşanan olumlu deneyimlerin benzer organların kurulmasına ilham vermesi; UAD ve var olan diğer bazı mahkemelerin özellikle uzmanlık gerektiren veya bölgesel düzeyde ele alınması gereken karmaşık konuları çözmeye uygun olmaması*"[644]

gibi durumlar ve sebepler yeni uluslararası yargı kuruluşlarının doğmasıyla, var olan kuruluşların da değişim ve gelişimiyle, kurumsallaşmasıyla sonuçlanabilir.

1.1. Uluslararası Hukukun Hukuki Niteliğinin Uluslararası Yargı Kuruluşları Üzerindeki Etkisi

Uluslararası hukukun gelişmekte olan niteliği ve tek bir yasama organına sahip olmaması, uluslararası hukukta kurumsallaşma sürecini yavaşlatan bir durumdur. Merkezi

---

644 Shany, s. 3- 4. Uluslararası yargı kuruluşlarının ortaya çıkış ve artışının sebepleri için öne sürülen benzer fikirler için bkz. Romano, Cesare P. R. (1999) "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", New York University Journal of International Law and Politics, V. 31, N. 4, s. 728-729; Abi-Saab, Georges (1999) "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks", New York University Journal of International Law and Politics, V. 31, N. 4, s. 925.

bir yasama organı olmayışı nedeniyle uluslararası yargı kuruluşlarının ortaya çıkışı da ulusal hukuklardaki gibi hızlı ve yeknesak değildir. Uluslararası yargı kuruluşlarının her birinin farklı aktörler tarafından ve birbirlerinden bağımsız şekilde oluşturulmaları ve bu bağlamda diğer uyuşmazlık çözüm yollarıyla herhangi bir uyumun gözetilmemesi[645] uluslararası hukukun yapısından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukukta uzmanlık alanlarına göre farklı ve birbiriyle ilişkisiz yargı kuruluşlarının kurulmasının olumlu katkılarına karşın, bu uluslararası yargı kuruluşları arasında yargı yetkisi noktasında sorunlar yaşanabilmektedir.

Bu doğrultuda Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (North Atlantic Treaty Organization-NATO) tarafından 1999 yılında Kosova'ya karşı gerçekleştirilen müdahaleye dönük üç ayrı yargı kuruluşuna yapılan başvuru örnek olarak gösterilebilir. Aynı olay üzerine, YUCM savcılığı tarafından NATO yetkililerine karşı soruşturma başlatılmış, NATO tarafından gerçekleştirilen Belgrad saldırısının kurbanları tarafından AİHM'e hak ihlali başvurusu yapılmış ve Yugoslavya tarafından operasyonun yasallığı konusunda NATO üyesi devletlere karşı UAD'de de dava açılmıştır[646].

Uluslararası hukukun yapısının uluslararası yargı kuruluşları üzerindeki diğer yansıması, devlet merkezli anlayışın bir ürünü olan egemen eşit devletlerin birbirlerini yargılayamaması kuralıdır. Uluslararası bir teamül kuralı olan devletlerin yargı bağışıklığı kuralı, günümüzde sadece belli bazı fiiller açısından geçerlidir. Devletlerin özel hukuk ilişkileri dışındaki fiilleri kural olarak uluslararası yargı bağışıklığı kapsamına girmektedir[647]. Söz konusu bağışıklığın 18.yy'a kadar dayandırılabilen tarihini incelediğimizde, başlangıçta *par in parem non habet imperium* (eşitin eşit üzerinde egemenliği olamaz) prensibi veya *par in parem non habet juridictionem* (eşitin eşit üzerinde yargı yetkisi olamaz) prensibinin etkili olduğu görülecektir[648].

Bu kapsamda verilen en meşhur örnek ise 1849 yılında Fransız Yargıtayı tarafından verilen Casaux Kararı'dır[649]. İspanya Devleti aleyhine açılmış olan davada Yargıtay,

645 Shany, s. 8.

646 Shany, s. 9- 10.

647 Çelik (1987) s. 43.

648 Çelik (1987) s. 38; Aybay, Rona (2007) "Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, s. 109; Meray (1965) s. 8.

649 Karara konu olay İspanya Devleti'nin, ordusunun ayakkabı ihtiyacı için Fransa'daki bir ayakkabı üreticisine ayakkabıların karşılığı olarak verdiği senedin ödenmemesi nedeniyle, İspanya Devleti'nin

bağımsız bir devlet olan İspanya'nın yabancı bir devlet mahkemesi önünde yargılanamayacağını belirterek katı yargı bağışıklığı prensibini onamıştır[650]. Bu minvalde katı yargı bağışıklığı, eşitin eşit üzerinde egemenliği olamayacağı ve yargı yetkisi işlemeyeceği prensipleri üzerinde yükselmektedir. Öğretide ise Guggenheim, bağımsız devletlerin başka bir devlet yargısına tabi olmayacağını savunmuştur[651]. Ancak zamanla devletin gerçekleştirmiş olduğu bazı faaliyetler bu katı bağışıklık anlayışında bir değişime sebep olmuştur. Devletin özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği durumlar, egemenlik yetkisini kullanarak hareket ettiği durumlardan ayrılmış ve bu doğrultuda günümüzdeki sınırlı bağışıklık ortaya çıkmıştır.

Devletlerin yargısal muafiyeti konusunda katı yargı bağışıklığından belirli alanlarla sınırlı günümüz yargı bağışıklığına doğru gerçekleşen tarihsel dönüşüm, her dönem uluslararası yargı kuruluşlarının yargı yetkisinin kapsamını belirleyen en belirgin alanlardan birini oluşturmuştur. Devletlerin birbirleriyle giriştikleri siyasi faaliyetlerinin ötesinde, ekonomik ve ticari faaliyetleri ister istemez özel hukuk alanlarındaki kurallara tabi olmalarını gerektirmiştir. Böylelikle devlet faaliyetlerinin kamu hukuku veya özel hukuk karakterli olup olmadığının tespiti gereği ortaya çıkmıştır[652].

Nihayet yargı muafiyetinin zaman içerisindeki değişimi, doğrudan olmasa da dolaylı yoldan ve uluslararası yargı kuruluşlarının işleyişine dönük bir husus olması bakımından, uluslararası hukukun yapısının uluslararası yargı kuruluşları üzerinde gösterdiği etkilerden biridir.

Uluslararası hukukun niteliğinin uluslararası yargı kuruluşları üzerindeki bir diğer yansıması, uluslararası toplumun çeşitliliğini temsil ile de ilişkilidir. Gerçekten de çok

---

Fransa'da bulunan mallarına haciz konulması üzerine çıkmıştır. Açılan dava ile olayın Fransız Yargıtayı önüne gitmesi üzerine Yargıtay, uluslararası hukukun en ünlü prensiplerinden biri olan devletlerin bağımsızlığının bu olayda da söz konusu olduğunu ve bu prensibin bir devletin bir başka devletin hakimleri tarafından yargılanmasına engel olduğunu ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik (1987) s.38-39. Aynı kaynakta verilen bir diğer örnek ise 1812 yılında ABD Yüksek Mahkemesi'nin, yabancı devletlerin ABD mahkemeleri önünde yargılanamayacağına dönük kararıdır.

650 Çelik (1987) s. 38- 39; Aybay (2007) s. 109- 110.

651 Guggenheim, Paul, Traité, Tome I, s. 182'den aktaran: Çelik (1965) s. 38. Bu dönemde yargı muafiyetinin dayandırıldığı bir diğer gerekçe ise, cebri icranın uluslararası hukukta mümkün olmamasıdır. Söz konusu bu imkansızlığın kaynağı da yine temelde devlet rızasının yokluğudur. Ancak belirtmek gerekir ki cebri icra hususu yargı muafiyetinden ayrı bir muafiyet olarak kabul edilmekte ve çoğunlukla bu şekilde değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik (1965) s. 40.

652 Aybay (2007) s. 110.

sayıda devlet ve uluslararası hukuk kişisini bünyesinde barındıran uluslararası toplumdaki kişilerin uluslararası yargı kuruluşlarındaki temsili önem arz eden bir konudur.

Uygulamaya bakıldığında, özellikle çok taraflı bir uluslararası antlaşma ile kurulan uluslararası yargı kuruluşlarının üye kompozisyonuna, söz konusu antlaşmaya taraf olanların bütününün ya da taraflarda geçerli olan hukuk sistemlerinin yansıtılmaya çalışıldığı görülmektedir. Örneğin UDHM'de, yirmi bir (21) hakimin seçiminin dünyadaki farklı hukuk sistemlerini temsil edecek şekilde yapılması böyle bir yaklaşımın sonucudur[653]. Öyle ki bu amaçla bir devletin birden fazla vatandaşının aynı anda UDHM üyesi olmasına izin verilmemektedir. UDHM'nin üye yapısı belirlenirken çeşitliliğe verilen önem minvalinde ayrıca, BM Genel Kurul'u tarafından belirlenen coğrafi grupların her birinden en az üç üye olması gerektiği eklenmiştir[654].

1.2. Uluslararası Hukukun Gelişiminin Yargı Kuruluşları Üzerindeki Etkisi

"Gelişmekte olan" bir hukuk dalı olarak nitelendirilen uluslararası hukuka bu vasfı kazandıran çok çeşitli nedenler vardır. Ancak uluslararası yargı kuruluşlarına etkileri bağlamında bu nedenlerden bizi esas ilgilendirenleri, uluslararası hukukun oluşumu ve gelişiminin aşamalarında hem sebep hem de sonuç diyebileceğimiz kodifikasyon hareketleri ile uluslararası hukuktaki etkin aktör değişimleridir.

1.2.1. Kodifikasyonun Uluslararası Yargı Kuruluşları Üzerindeki Etkisi: Tespitten Koruyuculuğa Uzanan Gelişim

Kodifikasyonun mahkemeler üzerindeki etkisi, uluslararası mahkemelerin sadece uluslararası antlaşma ya da teamülün tespitiyle yetindiği zamanlardan, kodifikasyon yoluyla oluşturulan yazılı kuralların ya da uluslararası antlaşmaların koruyucusu

653 Aksar (2018) s. 21 UDHM üyeleri güncel olarak şu şekildedir: Başkan Jin-Hyun Paik (Kore Cumhuriyeti), Başkan yardımcısı David Joseph Attard (Malta), diğer üyeler, Tafsir Malick Ndiaye (Senegal), José Luis Jesus (Cabo Verde), Jean-Pierre Cot (Fransa), Anthony Amos Lucky (Trinidad ve Tobago), Stanislaw Michal Pawlak (Polonya), Shunji Yanai (Japonya), James L. Kateka (United Republic of Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti), Albert J. Hoffmann (Güney Afrika), Zhiguo Gao (Çin), Boualem Bouguetaia (Cezayir), Elsa Kelly (Arjantin), Markiyan Z. Kulyk (Ukrayna), Alonso Gómez-Robledo Verduzco (Meksika), Tomas Heidar (İzlanda), Óscar Cabello Sarubbi (Paraguay), Neeru Chadha (Hindistan), Kriangsak Kittichaisaree (Tayland), Roman Kolodkin (Rusya Federasyonu), Liesbeth Lijnzaad (Hollanda). Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.itlos.org/the-tribunal/members/, s.e.t. 28.11.2019.

654 UDHM Statü m. 3 için bkz. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/statute_ en.pdf, s.e.t. 28.11.2019.

pozisyonuna[655] geçmelerini ifade etmektedir.

Uluslararası hukukta genel kabul ve genel uygulama, herhangi bir uyuşmazlık halinde, mahkemelerin öncelikle o konuyla ilgili uluslararası bir antlaşma olup olmadığına bakması, eğer konuyla ilgili düzenlenmiş bir antlaşma yoksa uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını araştırmaları yönündedir[656]. Ancak belirtmek gerekir ki, uluslararası hukukun kaynaklarının bu sırayla uygulanması gerektiğini belirten emredici bir kural yoktur. UAD Statüsü m.38'deki sıralama, zorunlu olmamakla birlikte, uygulamada genellikle bu madde hükmüne göre hareket edildiği bilinmektedir. Bu bağlamda uygulamada, öncelikle antlaşmaya, sonra teamül kurallarına bakılmaktadır. Bu uygulamanın muhtemel bir diğer gerekçesi, yazılı kuralların yazılı olmayan kurallara göre daha kolay tespit edilebilmesi olduğu söylenebilir.

Var olan teamüllerin yeni uygulamalarla aşınmaya başlayıp önemini yitirdiği ya da yeni konuları düzenlemek için teamül sürecinin tercih edilmediği, uluslararası teamül kurallarının eskisi kadar işlevsel olmadığı[657] gibi iddialar aşırı bulunmakla birlikte, teamüllerin sırf yazılı kaynak olmadıkları için öncelikli tercih sebebi olmadıkları söylenebilir. Özellikle 1960-1980 arası dönemde yeni devletlerin uluslararası ilişkiler alanına aktif katılımıyla, bunların ihtiyaç ve çıkarlarına daha hızlı cevap verebilecek hukuk oluşum süreçlerinin ön planda tutulması bu kanıyı destekler mahiyettedir[658].

Yazılı kaynakların belirlilik derecesi ve ispat kolaylığı nedeniyle uygulanacak kaynak açısından öncelikli tercihin uluslararası antlaşmalar yönünde olması, kodifikasyon faaliyetlerini ön plana çıkarmaktadır. Kodifikasyon sadece uluslararası teamüllerin yazılı hale getirilmesi açısından değil, yeni kurallar ihdas edilmesi açısından da önem

---

655 AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruyuculuğunu yapan güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bunun dışında UDHM'nin kuruluşu da, kendisinin kurucu antlaşması BMDHS ve BMDHS'nin öncülü olan 1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri ile gerçekleşmiştir. Söz konusu sözleşmeler ile deniz hukuku alanındaki teamüller büyük ölçüde kodifiye edilmiş ve UDHM de münhasıran deniz hukuku alanıyla ilgili bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak işlev görmeye başlamıştır [Cassese (2005) s. 167]. UAD gibi uluslararası hukukun hemen hemen tüm alanlarıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümüyle ilgilenen bir uluslararası mahkemeden sonra, sadece uluslararası deniz hukukuyla ilgili uyuşmazlıkları çözen bir mekanizmanın ortaya çıkmasının daha hızlı sonuç alabilmek gibi faydaları ortaya çıkmaktadır.

656 Sur, s. 87.

657 Cassese (2005) s. 165.

658 Cassese (2005) s. 165. Antlaşmaların teamüllerden daha hızlı ortaya çıktığı iddiası karşısında, yukarıda bahse konu edilen Bin Cheng'in anlık (instant) teamül kurallarının varlığı iddiasını tekrar vurgulamakta yarar görmekteyiz.

taşımaktadır. Zira Cassese'nin kodifikasyonun üç etkisinden[659] biri olarak bahsetmiş olduğu yaratıcı etki bağlamında, bir antlaşma hükmü ile yeni bir hukuk kuralı oluşturulduğunda, bu yeni kural ya beraberinde yeni bir teamül kuralının oluşum sürecini başlatmakta ya da zaten başlamış bir sürece katkı sağlamaktadır[660]. Bunu bir örnekle ortaya koymak yerinde olacaktır.

Saldırı suçunun UCM Statüsü'ne dahil edilmesi, kodifikasyonun yaratıcı etkisinin bir sonucu olarak karşımıza çıkar. Saldırı suçunun Roma Statüsü'ne dahil edilmesini öngören "2010 Kampala Değişiklikleri" olarak adlandırılan metnin ortaya çıkması, esasında uzun bir geçmişe sahiptir. Söz konusu geçmişin temellerini atanlar ise, uluslararası hukukun kodifikasyonuyla görevli UHK ve BM Genel Kurulu'dur. UHK'nin her yıl yayınladığı raporlar ve saldırı suçunun tanımlanması konusunda BM Genel Kurulu tarafından görevlendirilen Özel Komitenin çalışmaları (1952-1974) konu hakkında sağlam bir zemin oluşturmuştur[661]. Özel Komite, görevli olduğu zaman dilimi içerisinde görevini tamamlayamamış olsa da yapmış olduğu çalışmalarla 2010 Kampala Değişiklikleri'nin kılavuzu olmuştur. Ancak 2010 değişiklikleri bu kılavuz çalışmaların üstüne koyarak devam etmiştir. Bu doğrultuda, Özel Komite, saldırı suçunu tanımlarken "devlete karşı işlenen eylemler" şeklinde bir ifade kullanmış; 2010 Kampala Değişiklikleri'nde ise, saldırı suçunun devletin egemenliği, toprak bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığına karşı işlenen eylemlere uygulanacağı ifadesi yer almıştır.

Görüldüğü üzere, kademeli bir gelişme anlamına da gelen kodifikasyon kapsamında saldırı suçu, mevcut haliyle UCM'nin yargı yetkisi kapsamına dahil edilmiştir[662]. Nihayet saldırı suçunun geçirmiş olduğu bu süreç, hem bireysel cezai sorumluluk kapsamının genişletilmesi hem de UCM'nin koruyuculuk kapasitesinin arttırılması açısından son

---

659 Cassese'nin ifade etmiş olduğu kodifikasyonun üç etkisi sırasıyla şu şekildedir: Beyan edici etki, kristalize edici etki ve yaratıcı etki.

660 Cassese kodifikasyonun yaratıcı etkisine Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararını örnek vermektedir. Söz konusu Kararda uluslararası bir antlaşma ile yeni bir teamül kuralı oluşumuna dönük yapılan değerlendirme bu örneğin temel dayanağıdır [Cassese (2005) s. 168].

661 Bassiouni, "Codification of International Criminal Law", s.353-355. Kampala Değişiklikleri için bkz. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/AMENDMENTS/CN.651.2010-ENG-CoA.pdf, s.e.t. 29.12.2019.

662 *2010 Kampala Değişiklikleri* 23 Eylül 2016 tarihinde yürürlüğe girmiş, saldırı suçunun UCM yargı yetkisine dahil edilmesi ise 17 Temmuz 2018 tarihinde gerçekleşmiştir. Saldırı suçu, Roma Statüsü mükerrer madde 8'de yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa, s.e.t. 29.12.2019; https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf, s. 7, s.e.t. 29.12.2019.

derece önemli bir örnektir.

Cassese'nin kodifikasyonun yaratıcı etkisi olarak bahsettiği etkinin gerçekleşmesi ile esasen kodifikasyonun bir diğer etkisi olarak bahsettiği kristalize edici etki de ortaya çıkacaktır. Kristalize edici etki, gelişme aşamasındaki bir teamül kuralının olgunlaşmasını sağlayıcı etkiyi ifade etmektedir[663]. Var olan kuralın yazılı hale getirilmesi ise, tek başına işin doğası gereği kodifikasyonun beyan edici etkisi kapsamında değerlendirilebilir[664].

Kodifikasyonun tüm bu etkilerinin yanı sıra, uluslararası teamül kurallarının kodifiye edilmiş olması ile birlikte uluslararası yargı kuruluşlarının; yazılı hale getirilmiş kuralların özel koruyuculuğu ya da denetim mekanizması misyonları gündeme gelmektedir. Kodifikasyonun bu yönlü etkisi kendisine atfedilebilecek temel iki özelliğinden kaynaklanmaktadır.

İlk olarak uluslararası yargı kuruluşları için, yazılı hale gelmiş bir teamül kuralının uygulanması ve yorumlanması konusu daha kolay hale gelmiş olacaktır. Niteliği itibarıyla belirsiz bir kaynak olan teamül kuralının tespiti ile (devlet uygulaması ve *opinio juris* unsuru araştırmasına girmeden) meşgul olunmadan doğrudan yazılı kaynağın uygulanması yoluna gidilecek olması ve bu yolla belirsizliğin büyük ölçüde ortadan kalkacak olması, yargı kuruluşlarının koruyuculuk ekseninde daha aktif tutum almalarına olanak sağlayacaktır. Bu durum, uluslararası yargı kuruluşlarının hem kendi uygulamalarıyla sağlamaya çalıştıkları koruyuculuk misyonunun hem de bunlar tarafından uygulanacak hukuksal metinlerin koruyuculuğunun sürdürülmesi açısından kritik önemi haizdir.

İkinci olarak, yargı kuruluşlarının koruyuculuk vasfının pekişmesinde kodifikasyon süreçlerine yayılan ve özelde insan hakları, insancıl hukuk başta olmak üzere, uluslararası hukukun proaktif korunması düşüncesi de hayli etkilidir. Bu doğrultuda, uluslararası hukukun kodifikasyonu, salt kuralların yazılı hale getirilmesini değil, bu kuralların etkili biçimde korunmasını da hedeflediği için uluslararası yargı kuruluşlarının dönüşümünde oldukça etkilidir. Hatta söylenebilir ki, özellikle II. Dünya Savaşı ve sonrasında yaşanan

663 1969 VAHS m. 52'de yer alan, antlaşmaların geçersizlik sebebi olarak tehdit veya kuvvet kullanılması yoluyla bir devletin icbar edilmesi kuralı, kodifikasyonun kristalize edici etkisine örnek olarak gösterilmektedir [Cassese (2005) s. 168].

664 Kodifikasyonun beyan edici etkisi konusunda verilen temel örneklerden biri, UAD'nin Gabcikovo/ Nagymaros Davası'nda dile getirdiği, 1978 Viyana Devletlerin Antlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi m.12 ile var olan bir teamül kuralının yazılı hale gelmesidir [Cassese (2005) s. 168].

acı tecrübeler ardından kurulan *ad hoc* mahkemeler tecrübesi göstermiştir ki, belirli alanların sorunlar yaşanmadan önce yazılı kurallara bağlanması ve bu kuralların ihlaline karşı koruyucu mekanizmaların oluşturulması gerekmektedir. AİHM ve UCM bu zorunluluğun temel yansıma örnekleri olarak karşımızda durmaktadır.

1.2.2. Uluslararası Hukuktaki Etkin Aktör Değişimlerinin Uluslararası Yargı Kuruluşları Üzerindeki Etkisi

Hatırlanacağı üzere yukarıda etkin aktör değişimleri, nedenleriyle birlikte ortaya konmaya çalışılmıştır. İlgili aktörlerin ortaya çıkmasını sağlayan gelişmeler ve bu aktörlerin oluşumlarıyla ortaya çıkan neticeler, uluslararası hukuk ve dolayısıyla uluslararası yargı kuruluşları açısından büyük önem ve etkiye sahiptir. Burada bu değişimin uluslararası yargı kuruluşları üzerinde nasıl bir etki meydana getirdiği örneklerle açıklanmaya çalışılacaktır.

Örnekler üzerinde yapacağımız değerlendirmeye, UAD ile başlamak yerinde olacaktır. Bilindiği üzere UAD'ye yalnızca devletler başvurabilmektedir. Bunun dışında var olan diğer UAD'ye başvuru yolu, BM'nin ilgili organları tarafından danışma görüşü istenmesidir[665]. Bu doğrultuda ne gerçek kişiler ne de diğer uluslararası aktörler UAD önünde davalı ya da davacı olabilmektedirler[666]. Ancak bunların istisnai halleri ve UAD'nin yargılama sürecine katılımları mümkündür ve bu katılım dolaylı bir şekilde gerçekleşmektedir. Katılım UAD İçtüzüğü m.69/4 bağlamında, devletler tarafından oluşturulan uluslararası kamu kuruluşlarından bilgi istenmesi-bilgi kabul edilmesi[667] ya da devlet dışı aktörlerin hazırladığı *amicus* raporlarının kabul edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir[668]. Örneğin, 1997 yılındaki Gabcikovo Nagymaros Davası'nda UAD, Uluslararası Nehir Ağı ve Uluslararası Miras Enstitüsü tarafından sunulan *amicus* raporunu

---

665 UAD Statüsü m. 65 ve BM Antlaşması m. 96'da düzenlenmiş olan danışma görüşü verme yetkisine başvurabilecekler; BM Genel Kurulu, Güvenlik Konseyi ve BM Genel Kurulu tarafından yetkilendirilen ilgili BM organları ile ihtisas kuruluşlarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Acer/ Kaya, s. 435; Ago, Roberto (1991) "'Binding' Advisory Opinions of the International Court of Justice", The American Journal of International Law, V. 85, N. 3, s. 439.

666 UAD Statüsü m. 34 uyarınca, davalarda sadece devletler taraf olabilir. Mahkeme gerekli görürse içtüzüğü uyarınca bazı uluslararası kuruluşlardan bilgi isteyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlar, s.107.

667 1978 tarihli UAD İçtüzüğü m. 66'da devletler ve uluslararası örgütlerin Mahkemeye bilgi vermesi düzenlenirken, m. 69'da uluslararası kamu kuruluşlarının bilgi vermesi düzenlenmiştir. İçtüzük m. 69/ 4 hükmünde, uluslararası kuruluşların, devletler tarafından kurulan uluslararası kamu kuruluşları oldukları ifadesi geçmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Başlar, s. 107; https://www.icj-cij.org/en/rules, s.e.t. 08.08.2019.

668 Başlar, s. 108.

kabul etmiş ve yeri geldikçe insan hakları, çevrenin korunması gibi konularda faaliyet gösteren birçok devlet dışı kuruluşun görüşlerine başvurmuştur[669].

UCM Statüsü m.44/4 ve UCM İçtüzüğü m.103/1, Mahkeme'nin gerekli görmesi halinde *amicus* raporu niteliğindeki yardımları kabul edebileceğini düzenleme altına almışlardır. Özellikle İçtüzük m.103/1 uyarınca Mahkeme, bir devletten, uluslararası bir kuruluş veya bir gerçek kişiden sözlü veya yazılı bilgi isteyebilecektir[670].

Bilindiği üzere uluslararası hukukta önemli dönüm noktaları olan I. ve II. Dünya Savaşı dönemlerinde, gerçek kişilerin uluslararası hukukta düzenleme konusu veya hak ve yükümlülük sahibi olmalarını tetikleyen olaylar meydana gelmiştir[671]. Bunlardan en önemlileri; BM'nin kuruluşu, Avrupa Konseyi'nin kuruluşu ve daha özelde Avrupa Konseyi'nin üyelik için insan haklarına saygıyı şart koşması gibi önemli uygulamalara gidilmesidir[672]. Bu minvalde, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası uluslararası hukuktaki aktör değişimi, devlet merkezli Vestfalya anlayışından kopuş sürecinde önemli bir yer tutan AİHS ve oluşturduğu denetim mekanizmasında kendini çok net bir biçimde göstermektedir.

Devletler ve uluslararası örgütler dışında kalan aktörlerin uluslararası yargı kuruluşları nezdinde haklarını aramasına ve aleyhlerinde uluslararası dava açılmasına imkan sağlayan uluslararası düzenlemelerin en önemli örneklerinden biri AİHS m.34[673]

---

669 Başlar, s. 110; Pehlivan, Oğuz Kaan (2019) "Uluslararası Adalet Divanı'nda Görülen Davalara Dostane Katılım (Amicus Curiae) ve Dostane Mütalaa (Amicus Brief) Usulü", TAAD, Y. 11, S. 38, s. 326. Yeri gelmişken, gerek bazı *ad hoc* mahkemelerin gerekse de UCM'nin amicus raporlarına başvurduğunu belirtmek gerekir (Başlar, s. 116- 117). Bazı amicus raporları için bkz. http://www.icty.org/en/search-results?asq=amicus, s.e.t. 15.08.2019; https://unictr.irmct.org/en/search-results?as_q=amicus, s.e.t.15.08.2019; UCM İçtüzüğü m. 103 gereğince, Afganistan hakkındaki 12 Temmuz 2019 tarihli amicus raporu için bkz. https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-58, s.e.t. 15.08.2019.

670 https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf, s. 21, s.e.t. 15.08.2019; https://ww w.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf, s. 39, s.e.t. 15.08.2019.

671 Acer/ Kaya, s. 131; Anayurt, s. 17. İnsan haklarının uygulanma başlangıcının, Amerikan Haklar Bildirgeleri, Amerikan Anayasası ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çalık, Etem (2017) "İnsan Hakları Meselesinin Gelişimi ve Siyasi ve Sosyal Faktörlerle İlişkisi", 21. Yüzyılda Eğitim Ve Toplum Eğitim Bilimleri Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 6, S. 16, s. 50; Anayurt, s. 17; Gözler (2017) s. 475- 476.

672 Özdek, s. 11.

673 Bireysel başvurular başlığına sahip AİHS m. 34 hükmü şu şekildedir: "Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel

hükmüdür. Madde gerçek kişiler, hükümet dışı kuruluş veya kişi gruplarının AİHM'e haklarının ihlali iddiasıyla başvurabileceklerini hüküm altına almaktadır[674].

Avrupa kamu düzeninin korunmasında asli aktörlerin devletler olduğu ve bu yüzden sadece devlet başvurusunun zorunlu olup bireysel başvurunun ihtiyari olduğu dönemden, AİHS'e ek 11.Protokol ile bireysel başvurunun da zorunlu hale gelmesine kadar geçen süreçteki gelişim, uluslararası hukuktaki etkin aktör değişimi gerçeğinin en bariz örneğidir.

Savaş ve çatışma dönemlerindeki acı tecrübeler, gerçek kişilerin uluslararası alanda korunmasının en önemli nedenleridir. Benzer biçimde uluslararası insancıl hukukun gelişimi ve detaylı düzenlemelere konu edilmesi de bu türden acı tecrübelerin sonucudur. Devletlerin silahlı kuvvet kullanımı, sivillerin zarar görmelerine sebep olmuş ve bu durum devletleri sınırlandırmayı hedefleyen düzenlemeler yapma ihtiyacı doğurmuştur[675]. Bu doğrultuda AİHS gibi barış zamanında uyulması gereken insan hakları hukuku kuralları/antlaşmaları yanında savaş durumunda uyulacak hukuk kuralları oluşturulmuştur. 1864 tarihli Kara Savaşlarında Yaralı ve Hastaların Durumlarının İyileştirilmesine Dair Cenevre Sözleşmesi, 1899 ve 1907 yıllarında düzenlenen Lahey Sözleşmeleri gibi genel anlamda savaş esnasında uyulacak kuralları ele alan sözleşmeler ile[676], 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri[677] gibi

---

olmamayı taahhüt ederler". Sözleşme metni için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 20, s.e.t. 22.03.2020. AİHS m. 34 son cümlesinde açıkça belirtildiği üzere, taraf devletler bireysel başvuru hakkının kullanımını engellememe yükümlülüğü altındadırlar. İlgili hükmün ihlali dolayısıyla AİHM'de görülen davalara, 2002 yılındaki McShane/ Birleşik Krallık Davası ve 1996 yılındaki Akdıvar ve Diğerleri/ Türkiye Davası örnek olarak gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 847.

674 Belirtmek gerekir ki söz konusu AİHS m. 34 hükmü kapsamında gerçek kişilerin başvurusunun uluslararası hukuk açısından önemli yönleri bulunmaktadır. AİHS kapsamında gerçek kişilerin başvurusu için vatandaşlık şartının aranmıyor oluşunun günümüz mülteci krizi ile vatansız kalmaya yol açan olaylar göz önünde bulundurulduğunda önemli bir gelişme olduğu açıktır (Değerli, s. 61; Anayurt, s. 164; Özdek, s. 53).

675 Acer/ Kaya, s. 356- 357; Güneysu, Gökhan (2012) "Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", Ankara Barosu Dergisi, Y. 70, S. 4, s. 96.

676 Başak, s. 15.

677 1 Ekim 1950 tarihinde yürülüğe giren ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri olarak bilinen kurallar bütünü 4 Sözleşmeden oluşmaktadır: 1 No'lu Sözleşme, Harp Halinde Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin İyileştirilmesi Sözleşmesi; 2 No'lu Sözleşme, Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Durumlarının İyileştirilmesi Sözleşmesi; 3 No'lu Sözleşme, Harp Esirleri Hakkında Uygulanacak Muameleye Dair Sözleşme; 4 No'lu Sözleşme, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme. Ayrıntılı bilgi için bkz. Acer/ Kaya, s. 356.

insancıl hukuk konulu Sözleşmeler [678], Cenevre Hukuku ya da insancıl hukuk olarak isimlendirilen Sözleşmeler bütününü oluşturmaktadır[679]. Tüm bu sözleşmeler (özelde 1949 Cenevre Sözleşmeleri) ile evrensel yargılama prensipleri kabul edilmiş ve silahlı çatışmalardan olumsuz etkilenen gerçek kişilerin korunması konusunda devletlere yükümlülükler getirilmiştir[680].

Bahse konu insancıl hukuk kurallarının uygulanmasını sağlayan uluslararası yargı kuruluşları olan ve ceza mahkemesi niteliği gösteren *ad hoc* mahkemeler ile UCM'nin süreç içindeki rolleri üzerinde durmak gerekmektedir. İnsancıl hukuk kurallarının ceza yargılaması konusu edilmesinde ve hatta bireyin uluslararası cezai sorumluluğunun kabul görmesinde önemli bir dönüm noktası olan NUACM ve TUACM[681] gibi *ad hoc* mahkemelerle başlayan süreç, diğer *ad hoc* mahkemeler olan YUCM, RUCM[682] ile devam etmiş ve en nihayetinde sürekli bir niteliğe evrilerek UCM ile taçlanmıştır[683].

Son olarak UHK, Nürnberg yargılamalarından itibaren, uluslararası ceza hukuku alanının kodifiye edilmesi adına çeşitli taslak metinler oluşturmaktadır. İlerdeki uluslararası hukuk belgelerine kaynaklık eden bu taslaklarda, bireysel cezai sorumluluk da dahil olmak üzere, uluslararası ceza yargılamalarında gün yüzüne çıkan prensip ve kurallar da düzenlenmektedir[684]. Nürnberg Mahkemesi ile başlayan ve diğer *ad hoc* mahkemeler ile devam eden tüm bu derleme çalışmaları göstermektedir ki, uluslararası ceza hukuku uluslararası hukukun genel yapısına paralel biçimde gelişmekte olan bir hukuk dalıdır. Oluşturduğu taslak metinlerle yeni antlaşmaların yapılmasına vesile olan UHK bu yönüyle, uluslararası ceza hukuku alanında gerçekleşen tüm kodifikasyonun ve gelişimin arka planında yer almaktadır. Bu bağlamda, Nürnberg sonrası kurulan *ad hoc* mahkemeler ile sürekli nitelikte ceza mahkemesi taleplerinin karşılığı olan UCM'nin kurulmasında

678 İnsancıl hukuk kuralları yanında, özellikle uluslararası insan hakları hukukunun gelişiminin, savaş hukukunun gelişimine büyük katkı sağladığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Acer/ Kaya, s. 357.

679 Başak, s. 9; Acer/ Kaya, s. 353- 357.

680 Cassese, Antonio (1998) "On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law", European Journal of International, V. 9, N. 1, s. 5, ss. 2-17; Başak, s. 9.

681 Başak, s. 25.

682 Cassese (1998) s. 8.

683 İlgili mahkemelerin nasıl kuruldukları ve ne kadar etkili oldukları vb. hususlar literatürde tartışmalıdır. Çalışmanın kapsamı gereği söz konusu tartışmalar daha evvel ele alındığından bu başlık altında tekrar ele alınmayacaktır.

684 Acer/ Kaya, s. 365; www.jstor.org/stable/2704024, s.e.t. 08.08.2019.

UHK'nin çalışmaları en önemli etkenlerden biri olarak değerlendirilmektedir.

Literatürde Nürnberg yargılamalarında ortaya çıkan ve bu nedenle Nürnberg Prensipleri olarak adlandırılan bireysel sorumluluk gibi prensiplerin bu şekilde bir mahkeme tarafından ortaya konması teamül açısından da önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, söz konusu prensiplerin kaynağının teamül hukuku olduğu kabulü bir yana, bu prensiplerin yeni bir teamül kuralına vücut verme potansiyelleri de söz konusudur. Dolayısıyla Nürnberg örneğinde de görüldüğü üzere uluslararası yargı kuruluşları, uluslararası ceza hukuku alanında yeni teamül kurallarının belirlenmesinde önemli rol oynayabilmektedirler[685].

2. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ ULUSLARARASI HUKUKA ETKİSİ

Her uluslararası yargı kuruluşu belli bir geçmişe, daha doğru bir ifade ile varlığını gerekli kılan birtakım olaylar zincirine dayanmaktadır. İlgili olaylardan doğan gereklilik üzerine kurulan uluslararası yargı kuruluşları, beraberlerinde çeşitli değişimleri de getirebilmektedirler. Gerek uluslararası yargı kuruluşları gerekse de arka plandaki olaylar zincirinin getirmiş olduğu değişim ve dönüşüm; coğrafya, sosyoloji, psikoloji, ekonomi ve hukuk alanlarında önemli etkiler göstermektedir. Çalışmamız bağlamında sürekli, bölgesel ya da *ad hoc* niteliğe sahip birbirinden farklı uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası hukuk alanında ne gibi etkileri olduğunu incelemek yerinde olacaktır.

Belki de daha ilk başta ifade edilmesi gereken şey, en belirgin değişimlerin uluslararası ceza hukuku alanında ortaya çıktığını söylemenin yanlış olmayacağıdır. En büyük etkinin bu alanda olması şaşırtıcı değildir. Zira klasik kaide ve egemenlik algısı, uluslararası ceza hukuku ve yargısı ile yerle bir olmuştur.

> "*Kaza hakkının devlet hakimiyetinin bir neticesi olması veya bağımsız bir devletin yabancı bir devlet kazasına tabi olması ve netice itibarıyla devletin enternasyonel bir kaza mercii tarafından muhakeme edilememesi ve nihayet devletin cezai mes'uliyeti olmaması gibi devletler hukukunun eski kaideleri, bir taraftan egemenlik kavramındaki değişiklikler dolayısı ile, diğer taraftan Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve kararları ile esaslı bir*

685 Swart, s. 79.

surette tadile uğramışlardır"[686].

Uluslararası hukukun devlet egemenliğini kutsayan yapısı ve klasik sorumluluk anlayışının aksine olabilecek düzenlemeler, bir yandan bu alandaki bir ihtiyacı gösterirken diğer yandan da söz konusu ihtiyacın ne ölçüde ve nasıl karşılandığını göstermektedir. Yukarıda verilmiş olan Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve yargılamaları bu konuda verilebilecek en uygun örneklerden biridir. Uluslararası sorumluluk anlamında, devletin ve dolayısıyla devlet yetkililerinin ceza hukuku anlamında cezalandırılamaması durumu, bireysel sorumluluk prensibinin kabulüyle köklü bir değişikliğe uğramıştır.

Gerek Dünya savaşlarında gerekse de iç savaşlarda işlenen uluslararası suçlar sebebiyle, bireylerin uluslararası sorumluluğuna gidilebilecek olması bakımından önem arz eden bu örnek, bu tarihten sonra kurulacak mahkemeler için emsal niteliğinde olmuştur. Bu noktada savaş suçlarının cezasız kalmaması gerektiği felsefesinin (uygulamada her ne kadar tek taraflı bir yargılama olsa da) göz önünde bulundurulduğu da bir gerçektir[687]. Bu doğrultuda, insan haklarının sadece ulus devlet sınırları içerisinde değil, devlet sınırlarının ötesinde, uluslararası alanda bir korumaya sahip olduğu da söz konusu yargılamaların bir sonucudur[688]. Ulus devlet üzerinde bu yönlü tesirleri olan Nürnberg yargılamaları, devletlerin silahlı kuvvete başvurma konusundaki sınırsız takdirlerinin kısıtlanması yolunda atılan ilk adım olarak değerlendirilmektedir[689].

Savaş suçları, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, bireysel sorumluluk ve üstün sorumluluğu gibi hususlarda yargılama yapan bir diğer *ad hoc* mahkeme olan RUCM için de benzer şeyler söylemek mümkündür. Bunun yanı sıra RUCM'nin 1948 Soykırım Sözleşmesi'ndeki soykırım tanımını yorumlayıp uygulayan ve tecavüz fiilini soykırımın bir unsuru olarak kabul eden ilk mahkeme olması da ayrıca önemlidir[690].

Ad hoc mahkemelerin önemli etkilerine karşın, sürekli nitelikli uluslararası yargı

686 Alsan, s. 448.

687 Alsan, s. 446; Uzun (2003) s. 28.

688 King, Henry T. Jr. (1998) "The Meaning of Nuremberg Case", Western Reserve Journal of International Law, V. 30, N. 1, s. 143; Rancilio, Peggy E. (1999) "From Nuremberg to Rome: Establishing an International Criminal Court and the Need for U.S. Participation", University of Detroit Mercy Law Review, V. 77, N. 1, s. 160.

689 Lippman, Matthew (1991) "Nuremberg: Forty Five Years Later", Connecticut Journal of International Law, V. 7, N. 1, s. 45- 46; Rancilio, s. 160; Jackson, Robert H. (1949) "Nuremberg in Retrospect: Legal Answer to International Lawlessness", American Bar Association Journal, V. 35, N. 10, s. 813.

690 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://unictr.irmct.org/en/tribunal, s.e.t. 02.12.2019.

kuruluşlarının varlığı, hem uluslararası hukukta hukuk kişilerinin hukuka olan inançlarını güçlendirme (en azından başvuru mercii olması güvencesi açısından) hem de kimi uyuşmazlıkların doğmasına engel olma noktasında etkili ve önemli bir role sahiptir[691]. Diğer yönden sürekli uluslararası yargı kuruluşları herhangi bir uluslararası antlaşmanın uygulanması ve yorumlanması sırasında, asli uyuşmazlık çözme görevlerinin ötesine geçerek, uluslararası topluma kılavuzluk edecek kararlar da verebilmektedirler. Ayrıca, uluslararası yargı kuruluşları uluslararası toplum içerisinde yer alan uluslararası örgütlerle ve diğer uluslararası yargı kuruluşlarıyla iş birliğinde bulunmak suretiyle de uluslararası hukukun gelişimine katkı sağlayabilmektedirler[692].

Belirtmek gerekir ki, sadece sürekli nitelikli mahkemeler değil, fazlaca eleştiri konusu yapılan *ad hoc* mahkemeler de uluslararası hukukun vazgeçilmezi sayılan birçok prensibin yazılı hukuk kuralı halini almasına vesile olmuşlardır. Örneğin *ad hoc* mahkemelerin "kanunsuz suç ve ceza olmaz" prensibine aykırı olarak kurulmaları, 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinin bir hükme yansıtılmasıyla sonuçlanmıştır[693].

Ad hoc mahkemelerin bu etkisinin farklı bir boyutunu AİHS'te görmek mümkündür. Sözleşme m.7/1[694] klasik kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini düzenlerken aynı

691 Aksar (2018) s. 34.

692 Tüm bu anlatılanların güzel bir örneği UDHM'dir. Bilgi için bkz. Aksar (2018) s. 35.

693 İlgili Beyanname m. 11/ 2 hükmü şu şekildedir: "Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez" [Aybay (2010) s. 138]; http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/1-insan-haklari-evrensel-beyannamesi.pdf, s.e.t. 01.12. 2019. Aynı prensip, AİHS ve daha sonraki tarihli 1966 Kişisel ve Siyasi Haklar Konusunda Uluslararası Sözleşme m.15/2'de şu şekilde kaleme alınmıştır: "Bu maddenin hiçbir hükmü, işlendiği sırada uluslar topluluğunun kabul ettiği genel hukuk prensiplerine göre suç sayılan bir fiil ya da ihmal yüzünden bir kimsenin yargılanmasını ya da cezalandırılmasını engelleyemez". Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx, s.e.t. 27.03.2020; Francioni, Francesco (1999) "Customary International Law and the European Convention on Human Rights", Italian Yearbook of International Law, V. 9, I. 1, s. 16.
Bunlar dışında AİHS m. 7'nin AİHM kararlarındaki uygulaması için, 2004 Kolk ve Kisly/ Estonya Kararı, 2008 Kononov/ Letonya Kararı, 2008 Korbely/ Macaristan Kararına bakılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 343- 344.

694 AİHS m.7/1 hükmü şu şekildedir: "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez". Bilgi için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 10, s.e.t. 17.08.2019.

maddenin 2. fıkrası[695], ilk fıkranın istisnası niteliğindedir. Gerçek kişilerin uluslararası hukuk perspektifinde yargılanmaları noktasında prensibi esneten bu istisna hükmünün, Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri'nin, yargıladıkları olaylardan sonra kurulmalarına rağmen, yargılama yetkilerini teamül hukukuna dayandırmalarının izlerini taşıdığını ve bu içtihatlardan açıkça etkilendiğini söylemek mümkündür[696].

Bu durum AİHS m.7/2 metninde açıkça görülmektedir. Hüküm, işlendiği zaman uygar uluslarca tanınan hukukun genel prensiplerine göre suç olarak addedilen eylemlerin cezalandırılmasına karşılık olarak "kanunsuz suç ve ceza olmaz" prensibine başvurulamayacağını düzenlemektedir. Görüldüğü üzere fıkra hükmü, bahse konu *ad hoc* mahkemelerin yetkilerine dönük içtihatlarından sadece ifade tarzı bakımından ayrışmaktadır. Özellikle ceza adaleti açısından hayli önemli olan bu istisna hükmünün kapsamına, savaş suçları ile insanlığa karşı suçların da girdiği, dolayısıyla bu suçlarda *nullum crimen, nulla poena sine lege* prensibinin geçerli olmadığı kabul edilmektedir[697].

Uluslararası hukuk ve uluslararası yargı kuruluşları arasındaki etkinin bir boyutu da uluslararası yargı kuruluşlarının sayısındaki artış ve bu artışın olumlu-olumsuz etkileridir. Olumsuz etkilerden biri, aynı veya yakın dönemde aynı konuda birbirinden çok farklı, çelişkili, çatışan kararların ortaya çıkabilmesidir. Örneğin Nikaragua ve ABD arasındaki davada UAD, ülkedeki kontrgerillaların faaliyetlerinden hükümeti sorumlu tutmak için bu grup üzerinde "etkin kontrol" şartı ararken, Tadic Davası'nda YUCM "genel kontrol" şartı

---

695 AİHS m. 7/ 2 hükmü şu şekildedir: "Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk prensiplerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir". Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 10, s.e.t. 17.08.2019.

696 Benzer bir hüküm, 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 15/ 2'de de yer almaktadır. Söz konusu bu istisnai hükümler doktrinde "Nürnberg Klozu" olarak adlandırılmakta, özelde 1966 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi hükmü olmak üzere bu hükümlerin amacının, II. Dünya Savaşı sonrası yargılamaları üzerinde oluşacak herhangi bir şüpheyi ortadan kaldırmak olduğu ileri sürülmektedir [Milanovic, Marko (2010) "Was Nuremberg a Violation of the Principle of Legality?", https://www.ejiltalk.org/was-nuremberg-a-violation-of-the-principle-of-legality/, s.e.t. 24.03.2020; Galand, Alexandre Skander (2019) UN Security Council Referrals to the International Criminal Court, Leiden, Brill, s.113]. Benzer yönde bkz. Schabas, William A. (2011) "Synergy or Fragmentation: International Criminal Law and the European Convention on Human Rights", Journal of International Criminal Justice, V. 9, N. 3, s. 609; Darcy, Shane (2018) "The Principle of Legality at the Crossroads of Human Rights and International Criminal Law": deGuzman, Margaret M./ Amann, Diane Marie, Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas, Oxford, Oxford University Press, s.205. Ayrıca AİHM'in konuyla ilgili Kononov Kararı'ndaki görüşü ve vermiş olduğu diğer kararları için bkz. Schabas, s. 610 ve aynı sayfa dipnot 3.

697 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 343- 344; Aybay (2010) s. 138.

aramıştır. Bu çelişki eleştirilmiş ve UAD tarafından oluşturulan içtihadın YUCM tarafından yıkıldığı ileri sürülmüştür[698].

2000-2003 yılları arasında UAD başkanlığını yürüten hakim Gilbert Guillaume'un, 2000 yılında BM Genel Kurulu'ndaki yaptığı konuşmada belirttiği üzere, yargı kuruluşlarının sayısındaki bu artış, uluslararası hukukta parçalanmaya ya da bütünlüğü sağlayamamaya ve UAD başta olmak üzere uluslararası yargı kuruluşlarının mali ve idari sorunlarla karşılaşmalarına neden olabilir[699]. Belirtmek gerekir ki uluslararası hukukta birliği sağlayamama tehlikesinin temel bir diğer nedeninin ise, uluslararası yargı kuruluşlarının, yeni bir kural yaratmak uğruna mevcut kuralları uygulamamaları ve hatta hukuk dışı ahlak kuralları temelinde kararlar vermeleri[700] olduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle hakim Guillaume, yeni bir mahkeme kurulmadan önce, ilgili mahkemenin kendisine verilecek görevleri ve kendisinden beklenen işlevleri düzgün bir şekilde yerine getirip getiremeyeceğinin iyi düşünülmesini ve mahkeme statüsünün buna göre düzenlenmesini salık vermektedir[701].

Mahkeme sayısındaki artışın diğer bir olumsuz etkisinin, otorite ve merkeziliği azaltması olduğu ileri sürülmektedir. Bu minvalde Hakim Oda, UDHM özelinde UDHM'nin deniz hukukunu diğer alanlardan gereksiz biçimde ayırdığını ve bunun UAD'nin otoritesini ve merkezi pozisyonunu zayıflatabileceğini ileri sürmüştür. Belirtmek gerekir ki bu görüşü abartılı bulanlar vardır. Bu noktada temel argüman UDHM'nin UAD'ye göre çok az sayıda davaya bakmasıdır[702]. Söz konusu görüşün abartılı olduğunu düşünenlerden biri de J. Charney'dir. Yazar, bazı yargı organlarının içtihatlarını incelediği çalışmasında, yargı kuruluşları kararlarında uluslararası hukukun temel prensipleri konusunda önemli bir farklılık olmadığını, nispeten ortak görüşlerin paylaşıldığını ve alışılmış bir dilin kullanıldığını tespit etmektedir[703].

Uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak uluslararası yargı kuruluşu sayısındaki

---

698 Guillaume, Gilbert (2000) "Address by HE Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the UN General Assembly", http://www.icj-cij.org/files/press-releases/9/2999.pdf, s. 5, s.e.t. 21.02.2018.

699 Guillaume, s. 3- 5; Boyle/ Chinkin, s. 259; Treves, s. 593.

700 Schilling, Theodor (2017) "One Mode of Judicial Law-making: Disapplying Extant International Law", Archiv des Völkerrechts, V. 55, I. 1, s. 65.

701 Guillaume, s. 5.

702 Boyle/ Chinkin, s. 259.

703 Boyle/ Chinkin, s. 260.

artışın, uluslararası hukuku olumlu yönde etkilediği de ileri sürülmektedir. Bu doğrultuda söz konusu artışın "uluslararası hukukun uygulanmasında hukuki normalliğe katkıda bulunduğu"[704] savunulmaktadır. Özellikle birbiri ardına kurulan *ad hoc* mahkemelerin, yargılama alanlarında bu yönde bir gelişim sağladıkları bilinmektedir. Nürnberg Mahkeme Statüsü'ndeki insanlığa karşı suçlar tanımının, Tokyo Mahkemesi tarafından genişletilmesi bunun tipik örneğidir. Tecavüz eylemi ve 1984 İşkence Sözleşmesi'nde yer alan işkence tanımının, insanlığa karşı suçlar tanımı içerisinde sayılması bir başka örnektir[705].

Uluslararası yargı kuruluşlarının verdikleri kararlar ile uluslararası hukuku yeniden oluşturup oluşturmadıkları, irdelenmesi gereken diğer bir tartışmalı meseledir. Mesele öyle çetrefillidir ki, Henry J. Abraham, endemik bir pandora kutusu (*endemic can of worms*) ile durumu betimlemektedir[706]. Gerçekten de uluslararası yargı kuruluşlarının yargılama faaliyetlerinin ve bunların neticelerinin ulaşabileceği etki alanının sınırı noktasında yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Bu konuyu bir örnek üzerinden irdelemek yerinde olacaktır.

BM Antlaşması ile uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesi adına, kendisine uluslararası uyuşmazlıkların çözüm mekanizması rolü verilen UAD, bu rol dışına çıkıp yine uluslararası barış ve güvenlik gerekçesiyle yeni bir hukuk kuralı oluşturacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilmesinin klasik kabulleri zorlayacağı ve klasik tanımları yetersiz bırakacağı açıktır. Böyle bir kabul, uluslararası hukukun kaynakları ve uluslararası hukuk kişileri hakkındaki tanım ve ayrımların tekrar ele alınmasını gerektirebilecektir. Ayrıca uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarıyla yeni bir kural oluşturulabilmesi olasılığı, UAD örneğindeki "Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır"[707] hükmünü de sorgulatacaktır. Sadece taraflar için bağlayıcı olan kararlar aracılığıyla yeni kural tesisi halinde, sadece taraflarla sınırlılık ortadan kalkabilecek ve kararlar taraflar dışındaki kişileri de bağlayabilecektir.

Bu ihtimale ilişkin tartışmalara karşın, yargı kuruluşlarının temel fonksiyonunun uyuşmazlıkları çözmek olduğu konusunda öteden beri bir uzlaşma vardır. Uluslararası hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen yargı kararlarının bu niteliğinden ötürü, hakimlere verilen rolün, yeni bir kural oluşturmak değil; sadece davanın taraflarını

704 Shany, s. 7.
705 Uzun (2003) s. 30.
706 Abraham, H. J. (1998) The Judicial Process, s. 430'den aktaran: Swart, s. 9.
707 UAD Statüsü m. 59.

bağlayan mevcut kuralları tespit etmek ve ilgili kuralları davaya uygulamakla sınırlı olduğu genelin kabulüdür[708]. Bu manada "hakim hem içtihadı hem öğretiyi, sadece açıklama amacıyla kullanmalıdır"[709]. Dolayısıyla haklarında hukukun yaşayan kahinleri "*living oracles*" ve hukukun depozitörleri "*the depositories of the law*" gibi benzetmeler yapılan hakimler, şüpheli durumlarda mevcut hukuk kurallarına göre karar vermekle yükümlüdürler[710].

Devletlerin, uluslararası mahkeme sayısını arttırmadaki heveslerinin hukuk kuralı oluşturabilme yetkisi verme konusunda görüldüğünü söylemek zordur. Örneğin, UAD'nin kendisine verilen yargılama yetkisini, gösterilen sınırlar içinde kullanıp kullanmayacağından şüphe duyulmuştur[711]. Bu doğrultuda 1996 yılındaki Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği danışma görüşünde UAD'ye yöneltilen kendisinin yargısal rolünün ötesine geçip geçmediği ve hukuk yapma görevini üstlenip üstlenmediği sorusu üzerine Divan, hukuk oluşturmayacağının açık olduğunu, mevcut davanın koşulları içinde kendisinden böyle bir beklenti olmadığını belirtmiştir.

Kendisinin görevi, daha ziyade nükleer silahların kullanımı ya da tehdidine uygulanabilecek hukuki prensip ve kuralların var olup olmadığına ilişkin normal yargısal fonksiyonunun icrasına yöneliktir. UAD, kendisinin kural koyması gerektiği yönündeki savın, mevcut mevzuatın uyuşmazlık konusuyla alakalı kurallardan yoksun olduğu varsayımına dayandığını belirttikten sonra, bu sava katılmadığını açıkça belirtmiştir[712]. UAD'nin bu yaklaşımı, pozitivist görüşün şiddetle savunduğu, mahkeme var olan hukuku belirtir, hukuk ihdas etmez (*judicis est jus dicere sed non dare*)[713] yaklaşımıyla uyumludur. Nitekim Lauterpacht'in de ifade ettiği üzere hakimler, taraflarca ileri sürülen belirsiz ve çelişkili durumlar arasında seçim yapmazlar, sadece uygulanacak hukuk kuralının ne olduğunu belirtirler[714].

---

708 Wolfke, s. 71.

709 Boyle/ Chinkin, s. 262.

710 Blackstone, William/Chase, George (1890) The American Students' Blackstone: Commentaries on the Laws of England, in Four Books, Third Edition, New York, Banks and Brothers, s. 35.

711 Boyle/ Chinkin, s. 262.

712 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü, s. 15, p. 18, K.T. 08.07.1996.

713 Swart, s. 9.

714 Lauterpacht, Sir Hersch (1958) The Development of International Law by the International Court, London, Stevens & Sons Limited, s. 21.

İlgili danışma görüşünde önemli bir detay söz konusudur. UAD, bir yandan kendisinin hukuk yapamayacağını ifade ederken; diğer yandan, bir kuralı mevcut uyuşmazlığa uygularken gerçekleştirmiş olduğu hukuku belirleme ve uygulama faaliyetinin kapsamının tespitinde yetkili olduğunu belirtmiştir[715]. Yani UAD, uygulaması sırasında uygulanacak kuralın kapsamının belirlenmesini ve genel eğilimlerin dikkate alınmasını söz konusu faaliyetinin içerisinde görmüştür. Kimilerince bu durum, uluslararası hukukun gelişimi ve ilgili davadaki kuralın içeriğinin zenginleştirilmesi yönünde atılan bir adım olarak kabul edilmektedir. Ayrıca uluslararası mahkemelerin gelişim noktasındaki bu etkilerinin kodifikasyon sözleşmelerince teyit edildiğinin altı çizilmektedir[716]. Bu konuda UAD'nin etkisi eksenli verilen temel örnekler deniz alanlarının sınırlandırılması ile etkin vatandaşlık kavramlarıdır[717].

Her uluslararası dava ya da uyuşmazlık aslında uluslararası hukukun geliştirilmesi için uluslararası yargı kuruluşlarına bir fırsat sunmaktadır. Yargı kuruluşları söz konusu bu fırsatı uluslararası hukukun potansiyel gelişim platformu diyebileceğimiz davalarda yapılan tespitler, verilen kararlar, bildirilen görüşler üzerinden değerlendirebilecekler ve bu şekilde hukukun gelişimine katkı sağlayabileceklerdir[718]. Üstelik uluslararası yargı kuruluşları, uluslararası hukukun uluslararası meselelere entegrasyonunda en etkili mekanizmalar ve uluslararası hukuk kurallarının anlamını tespitte en yetkili organlardır[719]. Söz konusu faaliyetlerin varlığı, uluslararası yargı kuruluşlarına yani dava açılmasına bağlı olsa da uluslararası hukuk gelişiminde somut birer katkı fırsatı olarak algılanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, bahsi geçen katkının, hukuku geliştirme boyutunda kalıp kalmadığı görecelidir. Diğer bir yandan bu hukuku geliştirme kavramının anlamı belirsizdir. Bu belirsizlik ekseninden uluslararası hukukun yapısı gereği sahip olmadığı merkezi bir yasama organının görevini, uluslararası yargı kuruluşlarının geliştirme adı altında zımni olarak üstlenebileceği anlamına gelecek bir yorum başka tartışmaları beraberinde getirecektir. Dolayısıyla daha önce de belirtildiği üzere bu belirsizlik ve

715 Tespitin kapsamına ilişkin değerlendirme beşinci bölümde yapılacaktır.

716 Treves, s. 588.

717 Treves, s. 589.

718 Boyle/ Chinkin, s. 262- 263. Aynı kaynakta belirtildiği üzere, söz konusu kararların bağlayıcılığı sadece davanın tarafları için geçerli olsa da, başka bir davada önceki karara uygun kararlar verilmesi zorunlu olmasa da, yargı kuruluşları birbirlerinin kararlarına uygun hareket edebilmektedirler. Bu şekilde davranmaya iten temel düşüncelerden biri, kararlar arasında az çok tutarlılık sağlamaktır.

719 Boyle/ Chinkin, s. 263.

göreceelilik, hangi uluslararası yargı kuruluşlarına bu hukuku geliştirme görevinin verileceği, uluslararası yargı kuruluşlarının yargı yetkisinin kapsamı, uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarının bağlayıcılığı, uluslararası yargı kuruluşlarının oluşturdukları kuralın var olan uluslararası kaynaklar arasındaki yeri ve bunun gibi daha birçok soruyu akla getirecektir. Bu konuyu yine hukuk yapımı üzerinden bir örnekle açıklamakta fayda görmekteyiz.

Uluslararası ceza mahkemelerinin uluslararası hukuk yapabileceği varsayımında, ceza hukukunun yapısından kaynaklı çeşitli problemler gündeme gelecektir. Uluslararası ceza hakimlerinin hukuk yapmalarının kabul edilmesi halinde, cezai yaptırımların diğer hukuki yaptırımlardan daha ağır niteliği nedeniyle olası yanlış kararların, telafisi mümkün olmayan sonuçları olabileceği açıktır. Benzer şekilde "*nullum crimen sine lege*" prensibi de sorunlu bir konu olarak ortaya çıkacaktır. Suçluların cezalandırması konusunda ulusal toplumlarda olduğu gibi bir mekanizmaya sahip olmayan uluslararası toplumda, her zaman belirli bir dengenin sağlanması büyük önem arz etmektedir[720].

Diğer yandan, hukuk yaratılırken farklı hukuk sistemlerinden gelen ve farklı hukuk dallarında çalışan hukukçuların ortak bir hukuk yapım vizyonuna sahip olması gerekecek olan uluslararası ceza mahkemelerinin, oluşacak siyasi ortamlarda bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruma konusunda da dikkatli davranması gerekecektir[721].

Gerek cezai olayların taraf yapıları, siyasi boyutları gerekse de ceza hukukunun daha fazla sorumluluk getiren karakteri, uluslararası ceza hukukunun oluşumunda mahkemelerin tarafsızlığını ve bağımsızlığını, dolayısıyla mahkemeler tarafından hukuk yapılabileceği varsayımı ekseninde oluşturulacak kuralların güvenirliğini zedeleyebilecektir[722]. Özellikle siyasi yönü ağır basan *ad hoc* mahkemelerce oluşturulacak kuralların tarafsızlığı sıkça sorgulanmaya açık olacaktır[723]. Zira bu tür mahkemelerin, mahkumiyet verme dürtüsüyle kuruldukları, dolayısıyla sanığa karşı toplumsal önyargılardan arınmış yargılamalar yapamadıkları, dolayısıyla oluşturacakları kuralların da söz konusu önyargılardan arınmış olmayacağı ileri sürülmektedir[724]. Bu sav, işin doğası gereği sözde yargısal yasama

720 Swart, s. 10; van Schaack (2008) s. 140- 141.

721 Swart, s. 10.

722 Burada uluslararası yargı kuruluşlarının hukuk yapabileceğinin varsayımsal kabulü üzerine değerlendirmeler yapıldığını tekrar vurgulamak isteriz.

723 Swart, s. 10.

724 YUCM ve RUCM'nin kuruluşlarında ilgili endişelerin olduğu belirtilmektedir (Swart, s. 10).

organlarının denetimi konusunu gündeme getirecektir. Ancak bilindiği üzere uluslararası hukukun yapısı gereği bir yargı organının verdiği kararları denetleyebilecek herhangi bir makam bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu uluslararası yargı kuruluşları, yargısal yasama organı olarak tasavvur edilmeleri halinde de denetlenemeyecektirler.

Uluslararası *ad hoc* ceza mahkemelerinin kurulması ve daha öncesinde bu mahkemelerin kurulmasına sebep olan olaylar, UCM ve onu oluşturan uluslararası ceza hukuku kuralları bütününün oluşumunu tetikleyen temel etkenlerdendir. Bu bağlamda, yargısal yasama tartışmasıyla bağlantılı olarak, başlangıçta teamül kurallarıyla anılmakta olan uluslararası ceza hukukunun, uluslararası yargı kararları yoluyla UCM'yi kuran Roma Statüsü gibi pozitif uluslararası ceza hukukunun oluşumuna sebep olduğu artık yadsınamaz bir gerçektir[725]. Bu paralelde, Roma Statüsü'nün kabulü, birçok teamül kuralı bakımından gelişim sürecinin başlangıcı olarak ifade edilmektedir[726].

Uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası hukuk üzerindeki etkisi bağlamında vurgulanmaya değer bir diğer husus, uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarının "devlet uygulaması" sayılıp sayılamayacağıdır. UAD Statüsü m.38'in lafzından hareketle, yargı kararlarının sadece hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı kaynak olarak değil, aynı zamanda bir devlet uygulaması şekli olarak algılanması gerektiği ileri sürülmektedir[727].

İlgili kararların devlet uygulaması olarak değerlendirilebilmesi için, bu yargı kararlarını veren hakimlerin kendilerini atayanlardan bağımsız hareket etmeleri gerektiği vurgulanmaktadır. Ancak Mendelson ise, uluslararası yargı kuruluşlarını devletlerin bir ajanı olarak görmenin yanıltıcı ve aşağılayıcı olduğunu; uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası teamül hukukunun oluşumuna katkılarının devlet uygulaması altında konumlandırılmasının çok da doğru bir tercih olmadığını düşünmektedir. Yazara göre, bağlayıcılıkları sınırlı olsa da yargı kararlarının gerçek önemi, hukuku tespiti noktasındaki emsal değerlerinde yatmaktadır ve bu değerin ortaya çıkmasını sağlayan etkinin gücü, yargı kuruluşunun statüsü, karardaki akıl yürütmenin niteliği gibi hususlarla sıkı sıkıya ilişkilidir[728].

---

725 Appazov, Artur (2016) "International Criminal Court and the Decision- Making Heritage of the Ad Hoc Tribunals: A Study of Judicial Activism" J. Glob. Just. & Pub. Pol'y, V. 3, N. 1, s. 1.

726 Barzegarzadeh/ Karveh/ Raisi, s. 398.

727 Scharf (2014) s. 320.

728 Mendelson, s. 202.

Uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası hukuka etkisi noktasında AİHM özel bir yere sahiptir. Katı egemenlik anlayışı geleneğinden gelen birçok üye devlet, AİHS'e taraf olmak suretiyle, kendi egemenlikleri altındaki bireyler de dahil tüm bireylerin insan haklarının güvence altına alınması konusunda yükümlülük altına girmiştir ki bu gelişme ilk olması bakımından önemlidir[729]. İlgili Sözleşme, devletlerin bu yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde, bağlayıcı kararlar alabilecek bir mercii olarak AİHM'i tayin etmiştir. Dolayısıyla bireylerin ilk kez uluslararası alanda hak sahibi olabileceği düşüncesi ortaya çıkmış ve bireysel başvuru etkin bir şekilde yürütülmüştür[730]. Özellikle bireysel başvuru aracılığıyla, "1959'da, demokratik standartlardan sapmalara ve diktatörlüklerin gelişmesine karşı erken uyarı sistemi olarak kurulmuş olan mahkeme"[731], hukukun çeşitli alanlarında vermiş olduğu kararlarla, ulusal hukuklarda da birçok düzenlemeyi beraberinde getirmiştir.

Özellikle AİHS'i yorumlarken ve uygularken sergilediği yaklaşım ile AİHM, birçok konuda öncü olduğu gibi, birçok mahkemeye de örnek teşkil etmiştir. Örneğin ilk anda klasik devlet egemenliğinin etkisiyle devletler, AİHS ve denetim mekanizmasına devlet egemenliğinin kısıtlanmaması perspektifinde bakmaktaydılar ve beklentileri de bu yöndeydi. Ancak AİHM'nin zaman içinde içtihatlarını, insan haklarının en etkin şekilde korunması üzerine geliştirmesi[732], klasik katı devlet egemenliğini önemli ölçüde yumuşatmıştır. AİHM'e göre AİHS, "yeni gelişmeler ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir enstrümandır"[733] ve bu bağlamda yorum üzerine inşa edilen kararlar, üye devletlerin kabul etmek zorunda oldukları ve ulusal hukukların Sözleşmenin bu yorumuyla uyumlu hale getirme baskısı altında oldukları bir boyut kazanmıştır.

Nihayet AİHS'in öngördüğü denetimin uygulayıcısı olan AİHM, birçok kural ve kavramı hem anlam bakımından zenginleştirmiş hem de güçlü bulgulara dönük içtihatlar oluşturmuştur. Bu manada AİHM, orantılılık prensibinin geliştirilmesi, devletlerin yargı

729 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 31, 839.

730 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 31.

731 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 839.

732 von Bogdandy/ Venzke, s. 22.

733 Tyrer/Birleşik Krallık Davası, AİHM Kararı, Başvuru No.5856/72, s.12, p.31, K.T.25.04.1978; Özman, M. Aydoğan (1978) "Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1978 Yılında Verdiği Kararlar" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, s. 203; Theil, Stefan (2017) "Is the 'Living Instrument'Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?", European Public Law, V. 23, I. 3, s. 587 vd.

yetkisi, devlet bağışıklığı, uluslararası mahkemelerin işlevi gibi birçok konuda öncü kararlar vermiştir[734].

[734] Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 32.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDE ULUSLARARASI YARGI KARARLARININ ROLÜ

Uluslararası teamül hukukunun yapısı ve oluşumu noktasında gerek teorik bazda gerekse uygulama bazında bir gizemin devam ettiği kabul edilmektedir. Söz konusu bu gizem çoğunlukla teamülün belirsiz yapısından kaynaklanmakta ve tam anlamıyla açıklanamamaktadır. Belirtmek gerekir ki uluslararası yargı organları da bu gizemi bugüne dek açıklayamamışlardır[735]. Buna karşın UAD özelinde yapılan bir tespit göstermektedir ki tüm gizemine karşın 1949 yılından 2015 yılına kadar UAD'nin baktığı kırk sekiz (48) davada uluslararası teamül hukukunun varlığı saptanmıştır ve tanımlanmaya çalışılmıştır[736].

Daha önce de vurgulandığı üzere, ulusal hukuklarda teamül hukukun rolünün azaldığı yönündeki iddialar, uluslararası hukuk için geçerli değildir. Aksine teamül hukuku uluslararası hukuktaki önemini eskiden bu yana sürdürmekte ve birçok çalışmaya da konu olmaktadır. Uluslararası teamül hukukunun gelişimi yönündeki çalışmalara ağırlık veren en bilindik örnek UHK'dir. Uluslararası teamül hukuku, UHK tarafından ilk olarak 1950 yılı ikinci oturumunda ele alınmıştır. Bu oturum sonucunda oluşturulan raporun teamülle ilgili kısmının başlangıç bölümü de UHK Statüsü m.24'ün tekrarıdır. Söz konusu metin bu bölümde ele alınacak konunun bir kısmı için bir ipucu niteliğindedir. Buna göre, "Komisyon, uluslararası teamül hukukunun kanıtlarını daha kolay sağlayacak devlet uygulamasıyla ilgili dokümanlar, yayınlar, derlemeler ve uluslararası hukuk sorunları hakkındaki ulusal ve uluslararası mahkeme kararları gibi araç ve yolları dikkate almalıdır, bu konular hakkında Genel Kurul'a raporlar sunmalıdır"[737]. UHK'nın teamül hukukuna bu şekildeki yaklaşımını, teorik teamül hukuku oluşumuna ilk muhalefetlerden biri olarak

---

735 Vicuña, s. 23.

736 Petersen, Niels (2017) "The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law", The European Journal of International Law, V. 28, N. 2, s. 367.

737 UHK Statüsü için bkz. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf&lang=EF, s.e.t. 06.01.2018.

kabul edenler olmuştur[738]. UHK'nin bu yaklaşımının iki unsurlu teamül hukukundan sapma olarak algılanmasının sebeplerinden konumuz bağlamında olanı, teamülün devlet uygulaması unsurunun kanıtları için ulusal ve uluslararası yargı kuruluşları kararlarına başvuruluyor olmasıdır. Bu hususu açmakta yarar görmekteyiz.

Uluslararası teamül kuralları için ulusal mahkeme kararlarına başvuruluyor olması, teamül kurallarının ulusal mahkemelerce nasıl değerlendirildiğine bakmayı gerekli kılar. Bu minvalde uluslararası hukukun iki esas şeklinden biri olarak da tarif edilen teamülün ulusal hukuka aktarılması kavramı gündeme gelmektedir. Uluslararası teamülün ulusal hukuka aktarılması ulusal mahkemeler tarafından teamülün, yapısal inşa ölçütü olarak, koruma veya hükme dayanak kural olarak kullanılmasını kapsamaktadır. Bunların yanı sıra uluslararası teamül kuralları ihlallerinin söz konusu mahkemelerde tartışılması da hem teamülün ulusal hukukta ne kadar işlevsel bir role sahip olduğunu hem de yargı kuruluşları ve teamül arasındaki etkileşimi göstermesi açısından son derece önemlidir[739].

Devlet uygulaması unsurunun kanıtı için uluslararası mahkemelerin kararlarına başvurulması uluslararası mahkemelerin teamüle dönük görevlerine odaklanmayı

738 Arajärvi (2014) s. 12.

739 Posner/Goldsmith, s. 1113. Örneğin, İtalyan vatandaşı olan Luigi Ferrini'nin, Ağustos 1944'te Nazi askerleri tarafından Almanya'ya sürülmesi ve sınır dışı edilmesi, 1945 Nisan'ına kadar çalışmaya zorlanması ve daha sonra bir toplama kampına transfer edilmesi eylemleri nedeniyle, 23 Eylül 1998'de Alman Hükümeti aleyhine İtalya'daki Arezzo Mahkemesi'nde, yakalanması ve sınır dışı edilmesinin bir sonucu olarak maruz kaldığı fiziksel ve psikolojik hasarlar için tazminat talebinde bulunması ve Almanya'nın, uluslararası teamül hukuku uyarınca yargı bağışıklığını savunması üzerine bir uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Uyuşmazlık İtalyan Yüksek Mahkemesi'ne kadar götürülmüştür. 2004 yılında İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği Ferrini Kararı'nda teamül hukuku gereğince "*acta jure imperii*" şeklinde ifade edilen devletin egemenlik yetkisinden kaynaklı eylemlerinden sorumluluğunun yargısal dokunulmazlık kapsamında olduğu kuralının, bu tür eylemlerin uluslararası suç oluşturması durumunda geçerli olmayacağına, bu doğrultuda ilgili devletin tazminat sorumluluğunun doğacağına hükmetmiştir. Ulusal mahkemeye göre, temel insan hakları ihlalleri, uluslararası hukuk düzenindeki normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan ve dolayısıyla devlet bağışıklığı da dahil olmak üzere, kendisiyle çatışan kurallardan üstün olan buyruk kurallar tarafından korunan evrensel değerlere tecavüz etmektedir (http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1090/Ferrini-v-Germany/, s.e.t. 09.03.2018). Ferrini Kararı bağlamında şekillenen olaylar üzerine, Almanya İtalya aleyhine UAD'de dava açmıştır. 3 Şubat 2012 tarihinde davayı karara bağlayan UAD, İtalya'nın Almanya'nın bağışıklığını red eyleminin uluslararası teamül hukuku kuralları kapsamındaki yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır. UAD, II. Dünya Savaşı boyunca İtalyanlara karşı işlemiş olduğu savaş suçları ile insanlığa karşı suçların Almanya'nın bağışıklığını etkilemeyeceğine hükmetmiştir (Almanya/ İtalya Devletlerin Yargı Bağışıklığı Davası, UAD Kararı, p. 107, K.T. 03.02.2012). Her ne kadar UAD, İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin aksi istikametinde hüküm kurmuş olsa da, ilgili mahkemede, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar sebebiyle tazminat taleplerinin yargı bağışıklığı sebebiyle engellenmesinin, buyruk kurallar tarafından korunan evrensel değerlere tecavüz niteliğinde olduğu değerlendirmesinin yapılmış olması ve var olan hukukun uygulanmaması durumunun örneklerinden biri olması açısından önem arz etmektedir.

gerektirmektedir. Uluslararası mahkemelerin teamülü değerlendirme görevi, "onun varlığı ya da yokluğunun tespiti, eğer varlığına hükmedilirse içeriğinin değerlendirilmesi"[740] şeklinde tezahür etmektedir. Kimi mahkeme beyanları ile öğretide ve uygulamada değinilmemiş noktalara dikkat çekilmesinin şaşkınlık yarattığı kabul edilmektedir[741]. Mahkemelerin teamül hukukunun niteliğine ilişkin tespitleri, o ana kadar yapılmış tespitlerden (öğreti dahil) daha kapsamlı olabilmektedir. Ancak bu niteliklerine rağmen, en başından söylemek gerekir ki, uluslararası mahkeme kararları hiçbir zaman uluslararası teamül kurallarının nasıl oluştuğunun nihai göstergesi olarak kabul edilememiştir[742].

Mahkemelerin temel işlevi konusunda Mendelson, mahkemelerin görevlerinin, tarafları bağlayan hukuk kurallarını tespit etmek ve uygulamak olduğunu şu şekilde vurgulamaktadır:

> "*Mahkemeler kanunun sistematik olarak açıklanmasını sağlayacak konumda değildir: Sadece önlerine gelen noktalarla ilgilenirler… Bazı sorunlar hakkında oldukça açık kurallar varken, diğerleri hakkında ipuçları veya obiter dicta (hakimin beyan ettiği gayrı resmi görüş) vardır ve diğer bazıları hakkında da hiçbir şey yoktur. İkinci olarak UAD Statüsü m.59'da belirtildiği gibi, uluslararası hukukta bağlayıcı emsal öğreti yoktur. Bunun doğal sonucuysa, Uluslararası Mahkemenin görüşlerinin bile tam olarak belirleyici olmadığı ve sorgulanabileceğidir. Ancak elbette saygı gösterilmeli ve ciddiye alınmalıdır*"[743].

Vurgulamak gerekir ki mahkemelerin davaya taraf olmayanları bağlayacak şekilde, resen teamül kuralı tespiti yapmalarını sağlayan herhangi bir yetki kuralı yoktur[744].

Belirtmek gerekir ki çalışmamızın kapsamı göz önüne alındığında, bu bölüm altında bütün uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarının uluslararası teamül hukuku bakımından analiz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu bölüm altında, uluslararası teamül hukukunun gelişimi ve oluşumu bakımından köşe taşı niteliğindeki uluslararası yargı kararları incelenmeye çalışılacaktır.

---

740 Kunz, s. 662.
741 Kunz, s. 662.
742 Mendelson, s. 182.
743 Mendelson, s. 182.
744 Wolfke, s. 71.

Bu bölümde ilk olarak uluslararası teamül kurallarının tespiti, tespitin gerekliliği, teamülün niteliğinden kaynaklı tespit sorunları ile tespitin kapsamı hususları kısaca incelenecektir. Böyle bir incelemenin peşi sıra uluslararası yargı kuruluşlarının tespitteki rolüne ve uluslararası yargı kuruluşları tarafından gerçekleştirilen tespitin kapsamına yer verilecektir.

Bölümün devamında, uluslararası yargı kararlarında teamül kurallarının yorumu ve uluslararası teamül hukukunda geçerli yorum yöntemleri ele alınacaktır. Söz konusu bağlam çerçevesinde, teamül kurallarında yorumun sınırları konusu üzerinde durulacaktır.

Bu bölümde gerek teamülün tespiti ve gerekse teamülün yorumu konularının irdelenmesi sonrasında, uluslararası yargı kararları teamül kurallarının gelişimi ekseninde değerlendirilecektir. Bu minvalde, çalışmamızın esasını oluşturan uluslararası teamül hukukunun yargı kararları aracılığıyla gelişimi mevzusu detaylı şekilde irdelenecektir. Söz konusu gelişim kapsamında UAD, bazı *ad hoc* mahkemeler, UDHM, UCM, AİHM gibi uluslararası yargı kuruluşlarının kararları incelenecektir.

Nihayet bölümün sonunda uluslararası yargı kuruluşlarının aktivist kararları üzerinde kısaca durulacaktır. Aktivizm konusunun ele alınması, teamül kurallarının gelişiminde rolleri tartışılan yargı kuruluşlarının, özelde tespit ve yorum yapma görevleri olmak üzere yetki sınırlarını aşmaları bağlamında önem arz etmektedir.

A. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARININ TESPİTİ

Uluslararası teamül kurallarının tespitinin yeni bir teamül kuralının oluşturulması ya da gelişiminde ne ölçüde etkili olduğunu incelemeden evvel, uluslararası yargı kuruluşlarının tespit işlevine değinmek gerekmektedir. Bununla birlikte gerçekleştirilen tespit faaliyetiyle mahkemelerin yeni bir kural oluşturabildiklerini kabul eden görüşlerin[745] olduğunu da daha baştan belirtmekte fayda görülmektedir.

1. TESPİTİN GEREKLİLİĞİ VE TESPİT SORUNU

Türk Dil Kurumu (TDK) tespit kavramını, "bir şeyi sağlam bir biçimde yerleştirme,

[745] Wolfke, s. 72; Schwarzenberger, Georg (1957) International Law, V. 1, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Third Edition, London, Stevens, s. 62- 66.

yerinden oynamaz duruma getirme, saptama, belirleme, bir durumu kuşkuya düşürmeyecek biçimde gösterme"[746] olarak açıklamaktadır. TDK tarafından yapılan bu tanımdan yola çıkarak, ilk olarak teamül kurallarının yargı kuruluşları tarafından tespitinin ne ifade ettiği hususuna kısaca değinmeye çalışacağız. Bu şekilde teamülün tespitinin hangi durumlarda gerekli olduğu da ortaya çıkmış olacaktır.

Uluslararası yargı kuruluşlarınca uluslararası teamül kurallarının tespiti, kendilerine intikal ettirilecek bir dava sırasında gerçekleşebilecektir. Uluslararası yargı kuruluşları önlerine gelen davalarda, yeni bir teamül kuralının oluştuğu veya yeni oluşmaya başlayan bir teamülle eski teamülün ortadan kalkacağı yönündeki taraf iddiaları üzerine harekete geçebilecektir[747]. Tarafların iddiaları bunlarla da sınırlı kalmamaktadır. Yerine göre bir teamül kuralının varlığını inkar eden bir taraf söz konusu olmakta, yerine göre tarafların üzerinde uzlaştığı bir teamül kuralının varlığına rağmen bu kuralın yorumu konusunda ihtilaf ortaya çıkabilmektedir. Ancak yargı kuruluşları, tarafların bu yönde bir iddiası olmasa da önlerine gelecek herhangi bir uyuşmazlıkta olaya uygulanacak kurallar kapsamında uluslararası teamülün tespiti yoluna gidebilecektirler.

Teamül kurallarının tespitinin gerekliliği bahsi geçen tüm bu durumlar dolayısıyla ortaya çıkabilecektir. Gerek yeni bir teamül oluştuğu iddiası gerekse içeriğe dönük iddialar, belirsiz bir yapıya sahip teamül kuralının tespitini zorunlu kılmaktadır. Söz konusu bu belirsizliğin ortadan kaldırılması, yargı kuruluşu önündeki uyuşmazlığın daha kolay çözüme kavuşmasını sağladığı gibi, ilgili teamül kuralının kesinleşmesine, kristalize olmasına ve bu kararın emsal teşkil etmesine vesile olmaktadır[748]. Belirtilmesi gereken ikinci husus, uluslararası teamül hukuku kurallarının tespiti sorunudur. Söz konusu sorun, en basit anlatımla teamülün uluslararası hukukun yazısız kaynağı olmasından, diğer bir ifadeyle uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi somut nitelikte olmamasından ileri gelmektedir[749]. Ancak vurgulamak gerekir ki bu ifade, yazılı hukuk kurallarının tespit işleminden hariç tutulacağı anlamına gelmemektedir. Yazılı hukuk kurallarının tespiti de hukukun gereklerindendir. Yazılı hukuk kurallarının tespiti ve yazısız hukuk kurallarının

---

746 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama, s.e.t. 11.03.2018.

747 D'Amato, s. 6; Öktem, s. 247.

748 Burada bahsi geçen emsal olma ulusal hukuklardaki anlamıyla kullanılmamaktadır. Uluslararası yargı kuruluşları kararlar sadece taraflar için bağlayıcı nitelikte olmaya devam etmektedir. Zorunluluk olmamakla birlikte uygulamada mahkemeler sık sık önceki mahkeme kararlarına atıf yapmaktadır.

749 Sur, Serge (1989) "La coutume internationale" in Jurisclasseur du droit international, Fascicule 13, 1er Cahier'den aktaran: Öktem, s. 210.

tespiti, farklı özellikler gösterebildiği gibi benzer özelliklere de sahiptirler. Her iki tür kuralın, hukuku uygulamakla görevli organlar tarafından tespite tabi tutulmaları bakımından örneğin mahkemeler tarafından karşılaşılan olayda (uygulanacak kuralın yazılı-yazısız kural olması arasında) herhangi bir fark yoktur[750]. Farklılık daha ziyade kuralların tespiti sırasında başvurulacak kaynaklar bakımından söz konusudur. Zira yazılı kuralların varlığını tespit, yazısız kuralların tespitinden daha kolay olacaktır. Uluslararası hukukun yazısız kaynağı sıfatını haiz olan teamüller, daha ziyade uluslararası hukuk kişilerinin bilinçlerinde olduğundan ve uygulamalarından kanıtlarla ispatı gerektiğinden mahkemeler için daha uğraştırıcı bir sürece yol açacaktır.

Son olarak, uluslararası hukukta teamül kuralının tespitini yapacak organ noktasında ilk anda akla uluslararası yargı kuruluşları geliyor olsa da bu yönde bir zorunluluğun olmadığını belirtmek gerekir. Uluslararası hukukun diğer kişilerinin de uluslararası teamül hukukunun varlığını ve içeriğini tespit edebileceği bilinmektedir[751]. Diğer hukuk kişilerince uluslararası tespit yapılabileceği kabulü bizi şöyle bir sonuca götürecektir ki bu, teamül tespiti için ortada bir uyuşmazlık olmasının zorunlu olmadığı sonucudur. Ancak bu konuda bizi esas ilgilendiren kısım uluslararası yargı kuruluşları tarafından gerçekleştirilecek teamül tespiti olduğundan, diğer hukuk kişileri tarafından yapılan tespit mevzuuna daha fazla yer verilmeyecektir. Sadece bu manadaki tespit eyleminin de herhangi bir uyuşmazlık çözümü sırasında ortaya çıkan hukuk yapımını gündeme getirebileceği de eklenmelidir. Ancak yargı organları dışında yapılan tespit eyleminin tarafsızlığının şüpheli olduğu ya da bu eylemin siyasi bir nitelik taşıyabileceği de kabul edilmelidir[752].

2. TESPİTİN KAPSAMI

Uluslararası teamül kurallarının tespitinin kapsamı; ilgili kuralların varlığı, içeriği, tespitin sınırları ve tespitin bağlayıcılığı vb. hususları içermektedir.

Teamül kurallarının oluşumu ve belirlenmesi esasen birbirinden bağımsız konular olmalarına rağmen, birlikte ele alınan konular olmuşlardır. Zira teamüllerin oluşum şekli

750 Gözler, Kemal (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 213.

751 Uluslararası bir örgüt olan BM bunun en iyi örneği olabilir. Verdiği kararlar bağlayıcı olmasa da, BM Genel Kurul Kararları normatif değeri yüksek metinler olarak kabul edilmektedir.

752 Öktem, s. 211.

onları belirleyen araçları da tayin etmektedir. Ayrıca kuralı belirleme eylemi, ilgili kuralın gelişiminde önemli bir role sahiptir. İki farklı konu arasındaki karşılıklı bu ilişki, bu noktada bir ayrım yapma ihtiyacı duymayanları, bir nebze de olsa haklı çıkaracak niteliktedir[753].

Tespitin kapsamı ile ilgili ortaya çıkan tartışma ve sorunların geneli, varlığı ortak kabule konu bir teamül kuralının içeriği konusundadır. Varlığı konusunda bir çekince olmaksızın uygulanan teamül kuralının, içeriği konusunda bir uyuşmazlık yaşanmakta ve bu uyuşmazlığın çözümü başvurulan bir merciden beklenmektedir[754]. Bu durumu doğrular nitelikteki bir yaklaşım, 1974 yılındaki Birleşik Krallık ve İzlanda arasındaki Balıkçılık Alanlarında Yetki Davası'nda hakim Castro tarafından dile getirilmiştir. Castro, teamülleri genel ve özel teamüller diye ikiye ayırmaktaydı. Ona göre, genel teamüllerin kanıtlanmasına gerek yoktu ve bunların geçerlilikleri genel bir inanca (*opinio juris*) dayanıyordu. Genel bir nitelikte olan bu teamülleri, hakim re'sen (*ex officio*) gözetmeli ve bir hukuk sorunu (*questio juris*) olarak değerlendirmelidir. Yapmış olduğu ikili ayrımdan hareketle Castro, özel teamüllerin yanı sıra sadece bölgesel teamül ve uygulamaların kanıtlanması gerektiğini (varlığını iddia eden tarafından) eklemiştir[755].

Teamül kurallarının tespiti (uluslararası yargı kuruluşlarınca yapılan tespit) dahilinde gerçekleştirilen teamülün içeriğinin araştırılmasının, teamül kuralının kaynağının araştırılması meselesinden farklı bir mesele olduğunun tespitin kapsamı başlığı altında ele alınması elzem görülmektedir. Zira her hukuk kuralında olduğu gibi uluslararası teamül kuralının ortaya çıkmasında da tarihi, sosyolojik, ekonomik vb. olgular yer almaktadır[756]. Ancak yargı kuruluşları teamül tespitinde söz konusu bu olgularla, bir tarihçi ya da bir sosyolog gibi ilgilenmezler. Ancak içeriğin tespitine yarayacak ölçüde göz önünde bulundurabilmektedirler. Örneğin teamüli nitelikteki insancıl hukuk kurallarının çoğunun arka planında savaşlar ya da iç çatışmalar yatmaktadır[757]. Söz konusu teamül kurallarını ortaya çıkaran ihtiyaçlar (ahlaki, dini, ekonomik, sosyolojik) hakimi doğrudan ilgilendirmese de içeriğin tespitinde yardımcı faktör olarak göz önünde bulundurulur. Zira içerik tespitine dönük hususlar ile kuralı ortaya çıkaran hususları tam anlamıyla ayırmak

753 Wolfke, s. 115.
754 Öktem, s. 213.
755 Birleşik Krallık/ İzlanda Balıkçılık Davası, UAD Kararı, s. 79, K.T. 25.07.1974; Cassese (2005) s. 164.
756 Öktem, s. 210.
757 Öktem, s. 210.

mümkün değildir[758].

Tespitin kapsamı konusunda değinilmesini gerekli gördüğümüz bir diğer husus tespitin sınırıdır. Uluslararası yargı kuruluşları tarafından yapılan tespitin sınırları konusu, bu yargı kuruluşlarının statülerinde düzenlenen görevlerinin kapsamıyla ilgilidir. Zira inceleme konumuz gereği uluslararası yargı kuruluşlarının teamül kurallarının gelişiminde ne tür rolleri olduğu tam da bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkmaktadır. Olaya uygulanacak kuralın tespiti, uyuşmazlık çözüm mekanizmaları olan yargı kuruluşlarının temel görevlerinden biri olduğundan, bu görevin sınırları konusu da sık sık gündeme gelmektedir. Haliyle konuyla ilgili esas vurgulanması gereken de yargı kuruluşlarının görev sınırları içerisinde kalıp kalmadıklarıdır.

Gerek tarafların iddiasıyla gerekse de kendiliğinden olaya uygulanacak teamül kuralı araştırmasına girişen yargı kuruluşu, işe teamül kuralı unsurlarının araştırmasından başlayacaktır. Kuralın var olup olmadığı ya da mevcut kuralda bir değişiklik olup olmadığı da bu tespit ve unsur değerlendirmesi kapsamında göz önünde bulundurulacaktır. Tespit amacıyla gerçekleştirilen unsur araştırmasında sınırın aşılıp aşılmadığı ise her davanın koşullarına göre ortaya çıkacaktır. Örneğin, teamülün maddi unsuru olan devlet uygulaması unsuruna devletin hangi faaliyetlerinin girdiği konusunu ilan edecek olan yargı kuruluşları, eğer olayın şartları gerektirmişse bu faaliyet kapsamını genişletebileceklerdir. Faaliyet kapsamını belirlemek için şartların elverdiği ölçüyü belirlemek de yargı kuruluşlarının görev kapsamında gerçekleştirdiği işlevlerdendir. Önemli olan da söz konusu bu kapsamda kalıp kalmadığıdır[759].

Tespitin kapsamı başlığı altında ele alınacak son husus ise uluslararası yargı kuruluşları tarafından tespiti yapılan teamül kuralının bağlayıcılığı hususudur. Uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarının sadece taraflar için bağlayıcı olduğu esasından hareketle, yargısal bir faaliyet kapsamında tespiti gerçekleştirilen teamül kuralının diğer hukuk kişilerince de kabul edilip uygulanması, "sadece taraflar için bağlayıcı" kararların kapsamı hakkında düşünmeyi gerekli kılmaktadır. İlk defa bir yargı kararında teamüli niteliği tespit edilen kuralın, daha sonraki davalarda da bir teamül kuralı olarak uygulandığı

---

758 Kopelmanas, s. 151; Öktem, s. 210.

759 Söz konusu bu bölüm ve sonuncu bölüm olan beşinci bölüm kapsamında, uluslararası yargı kuruluşlarınca gerçekleştirilen teamül tespiti örneklerine sıkça yer verileceği için burada ayrıntıya girilmeyecektir.

bilinmektedir. Böyle bir durumda yargı kuruluşlarının gerçekleştirdikleri tespitin kapsamı, uluslararası hukukun gelişimi yönünde evrilmektedir. Dolayısıyla sadece taraflar için bağlayıcı bir yargı kararından, tüm hukuk kişilerini bağlayıcı bir kural ortaya çıkmış olmaktadır.

3. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ TESPİTTEKİ ROLÜ

Gerek ulusal gerekse de uluslararası yargı kuruluşlarının, uluslararası teamül hukukunun esas tespit mercii oldukları genel kabuldür. Ancak ulusal mahkemelerin aksine, kural olarak zorunlu yargı yetkisine sahip olmayan uluslararası mahkeme kararlarında teamül ile ilgili çok sayıda örnek bulmak pek mümkün değildir[760]. Tarafların, özellikle uluslararası siyaset yürüten devletlerin, tamamıyla olmasa da büyük ölçüde çıkarlarına uygunluğu ölçüsünde ve bazen de zorunda kaldıkları için başvurdukları uluslararası yargı kuruluşlarının, bu şartlar altında oluşmuş davalar üzerine yaptıkları çeşitli teamül belirlemeleri vardır. Belirtmek gerekir ki bu örneklerin azlığı, teamülün yapısından da kaynaklanabilmektedir. Çoğu zaman bir uluslararası antlaşmadan ve ulusal hukuk kuralından daha yoğun ve uzun bir oluşum sürecine sahip olan teamüllerin ispatlanması da aynı nedenle uzun bir sürece yayılabilmektedir. Ancak deniz hukuku ile ilgili kuralların oluşumunda olduğu gibi aksi örnekler (deniz alanlarının sınırlandırılması gibi örneklerde genelde bir mahkeme kararıyla kural oluştuğu için) de mevcuttur[761].

Tüm bu zorluklarına karşın, özellikle kararlarının ispat aracı olması nedeniyle mahkemelerin bu ispat işleminde başrolde oldukları vurgulanması gereken önemli bir husustur. Bu yönleriyle hakimler, her ne kadar pozitif hukuk kurallarının içeriğini belirlemekle görevlendirilmiş olsalar da Kopelmanas'ın tabiriyle "imtiyazlı birer teamül yazarıdırlar"[762]. Bu noktada şu hususun altını çizmek gerekir. Mahkemelerin önlerine gelen davalarda tespit amacıyla inceledikleri teamül kuralları, davadan sonra değişikliğe uğrayabileceği gibi hakim tarafından yeni bir teamül kuralı da tayin edilebilecektir. Bu şekilde hakimlerin birer teamül yazarı oldukları söylenebilecektir.

---

760 Öktem, s. 247.

761 Weil, Prosper (1988) Perspectives de la délimitation maritime, Paris, Pedonei, s. 168'den aktaran: Öktem, s. 209.

762 Kopelmanas, s. 141; Öktem, s. 248.

4. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ TEAMÜLÜ TESPİTİNİN KAPSAMI

Uluslararası yargılama işlemi her ne kadar tarafların rızasına dayalıysa da uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinin kapsamı konusunda takdir yetkisini haiz oldukları kabul edilmektedir. Bunun bir görünümü olarak mahkeme, tarafların kendi iddialarını desteklemek için ve iddia ettikleri teamül kuralının varlığı ve içeriğine dair öne sürdükleri delillerle bağlı olmayacaktır[763].

Uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası teamül tespiti yaparken hangi verilerden yararlanabilecekleri önemli bir konudur. Uluslararası yargı kuruluşlarının diğer mahkeme kararlarından yararlanabilecekleri ve uygulamada yararlandıkları belirtilmelidir. Söz konusu diğer mahkeme kararları kapsamına hem ulusal hem uluslararası mahkemelerin kararları girebilir. Bu minvalde, özellikle ulusal mahkeme kararları, ilgili devletin herhangi bir konudaki davranışının belirlenmesi açısından kanıtsal bir işleve sahiptir[764]. Zira ulusal mahkeme kararları ve dolayısıyla bu kararlarda uygulanan kurallara bakıldığında, sadece ulusal kuralların değil, uluslararası kuralların da davalarda uygulandığı görülecektir. Vatandaşlığa, yabancı ülke vatandaşlarının haklarına, yargı bağışıklığına ve diplomatik korumaya ilişkin hususlar bu durumun tipik örnekleri olarak gösterilebilir[765]. Diğer yandan, uluslararası politikanın belirlenmesi ve yürütülmesinde ulusal mahkemeler doğrudan olmasa bile devlet kurumunun bir organı olarak sürece dahil olmaktadırlar. Bu doğrultuda verilen kararlar, devlet politikasını yansıttığından, teamül kuralının ilgili devletçe uygulanıp uygulanmadığı kolaylıkla tespit edilebilecektir.

Teamül kurallarının tespitinde kullanılan veriler arasında muhtemelen en sık başvurulanı, uluslararası antlaşmalar ile bunların hazırlık çalışmalarıdır. Uluslararası yargı kuruluşlarının teamüle ilişkin kararlarına bakıldığında, sıklıkla uluslararası antlaşmalara ve bu antlaşmaların hazırlık çalışmaları sırasında ortaya çıkan beyan, demeç ve karşıt fikirlere başvurulduğu açıkça görülmektedir. Ancak teamül hukuku kuralı tespitinde, ilgili beyan ve demeçlere başvurulması devlet uygulaması ya da *opinio juris* unsuru değerlendirmesine girilmeden doğrudan bir Sözleşmeye atıf yapması şeklinde de gerçekleşebilmektedir. Örneğin, 25 Eylül 1997 tarihli Gabcikovo-Nagymaros Davası'nda UAD, devlet

763 Sur, "La coutume internationale", 1er Cahier'den aktaran: Öktem, s. 214.
764 Gündüz/ Günel (Editör), s. 26.
765 Gündüz/ Günel (Editör), s. 26.

halefiyetinin ülkesel (*territorial*) nitelikli antlaşmaları etkilemediğini tespit eden 1974 yılındaki UHK raporuna atfını desteklemek için 1997 tarihli Uluslararası Suyollarının Seyrüsefer-Dışı Kullanımı Hakkındaki Sözleşmeye başvurmuştur[766]. İlgili Sözleşme her ne kadar kendisine atıf yaptığı esnada yürürlüğe girmemiş ve Çin, Hindistan, Fransa gibi ülkeler tarafından yok sayılmış olsa da[767], UAD tarafından teamülün varlığına delil olarak gösterilmesi bakımından dikkate değerdir.

B. ULUSLARARASI YARGI KARARLARINDA TEAMÜL KURALLARININ YORUMU

Uluslararası yargı kuruluşlarının olağan yargılama faaliyetleri içerisinde yer aldığı genel olarak kabul edilen yorum faaliyetinin, söz konusu teamül kuralları olduğunda ne şekilde kullanıldığı, çalışmamız bağlamında üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Bu neden bu başlık altında öncelikle genel anlamda uluslararası hukukta yorum konusuna değinilecek, sonrasında uluslararası teamül hukukunda kullanılması uygun görülen yorum yöntemleri ele alınacak ve nihayet yorum faaliyetinin sınırı konusu üzerinde durulacaktır.

1. ULUSLARARASI HUKUKTA YORUM

Belirli bir durumda izlenmesi gereken sonuçları belirleme süreci olan hukuk kurallarının uygulanması ile metnin anlamını belirleme süreci olan hukuk kurallarının yorumlanması şeklinde birbirinden farklı ancak birbiriyle iç içe olabilen iki aşama[768],

---

766 Chan, s. 50; Gabcikovo- Nagymaros Davası, UAD Kararı, s. 69, K.T. 25.09.1997. Ülkesel nitelikli antlaşmaların halefiyet durumundan etkilenmeyeceği prensibi, 1978 tarihli Viyana Devletlerin Antlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi m.12'de aynen korunmuştur. Gabcikovo- Nagymaros Davası'nda UAD, m. 12'nin bir uluslararası teamül hukuku kuralını yansıttığını ifade etmiştir.

767 Chan, s. 50. 1997 tarihli Uluslararası Suyollarının Seyrüsefer- Dışı Kullanımı Hakkındaki Sözleşme 2014 yılında yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çamyamaç, Anıl (2014- Basım Yılı: Şubat 2016) "1997 Tarihli "Birleşmiş Milletler Uluslararası Suyollarının Seyrüsefer-Dışı Kullanım Hukukuna İlişkin Sözleşme"nin Yürürlüğe Girişine Dair Kısa Bir Değerlendirme Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 16, S. 2, s. 1; http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf, s.e.t. 25.03.2019.

768 Gourgourinis, Anastasios (2011) "The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication", Journal of International Dispute Settlement, V. 2, N. 1, s. 32- 33; Ammann, Odile "On the Interpretability of Customary International Law: A Response to Nina Mileva and Marina Fortuna", https://opiniojuris.org/2019/10/07/on-the-interpretability-of-customary-international-law-a-response-to-nina-mileva-and-marina-fortuna/, s.e.t. 15.12.2019.

uluslararası teamül hukukunun uygulanması sırasında, diğer uluslararası hukuk kurallarında olduğu şekilde gerçekleşecektir.

Uluslararası hukukta, hukuk kurallarının yorumlanması dendiğinde ilk akla gelen uluslararası antlaşmalar olsa da uluslararası teamül kurallarının yorumlanması da önemli bir yere sahiptir. Yapı itibarıyla yazılı-yazısız kaynak ayrımının, bu iki farklı kaynağın yorumunda büyük oranda etki göstermesi kaçınılmazdır. Öz itibarıyla iradelerin uyuşması noktasında ortaklık gösteren bu iki kaynaktan uluslararası antlaşmalarda, tarafların iradesinin antlaşma metninde yer aldığı kabul edilirken uluslararası teamüllerde bu durum, devletlerin konsensüsü ile ifade edilmektedir[769]. Bu noktadan hareketle yazılı kaynak olan uluslararası antlaşmaların yorumu ile yazısız kaynak olan uluslararası teamüllerin yorumu, farklı süreçlere tabi olup, farklı koşullar gerektirebilecektir. Nitekim 1986 tarihli Nikaragua Kararı'nda da UAD, her iki kaynakta ortak olan bir kuralın, yorum ve uygulanma yöntemlerine atıf yapılmak suretiyle ayırt edilebileceğini ifade etmiştir[770]. UAD'nin bu değerlendirmesi, ardında birçok soruyu beraberinde getirmektedir. Bu sorulardan konumuz açısından en önemlisi de hem bir antlaşma hükmü hem de bir teamül hükmü olan kuralın yorum ve uygulama yöntemleri ile nasıl ayırt edilebileceğidir. Söz konusu bu hususla ilgili herhangi bir çözüm sunulmamaktadır. Yazılı ve yazısız kuralların yorum ve uygulama yöntemlerinin farklı olduğunun kabul edildiği bu kararda, bu farklılığa dönük herhangi bir ifade kullanılmamaktadır.

Farklı bir açıdan bakıldığında her iki kaynağın, farklı oranlarda da olsa, belirsiz bir karaktere sahip olduğu görülebilecektir. Bu konuda Hart hukukta kullanılan tüm terimlerin hem yerleşmiş bir uygulamayı hem de bir belirsizliği içerisinde barındırdığını ifade eder[771]. Bu bağlamda belirsizlik özelliğinin sadece uluslararası teamül hukukuna ait olduğunu söylemek çok da doğru değildir. Belirsizliğin dile geldiği bu noktada, işin doğası gereği hukuk kurallarının yorumu gündeme gelmektedir. Diğer bir ifadeyle söz konusu belirsizlik yoruma esaslı bir gerekçe oluşturmaktadır. Dolayısıyla Hart'ın yaklaşımı ekseninde hem uluslararası antlaşmalar hem de uluslararası teamül kuralları yoruma ihtiyaç duymaktadır.

Belirtmek gerekir ki doktrinde, yoruma tabi kuralların sadece yazılı kurallar

769 Villiger, s. 237.

770 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 85, p. 178, K.T. 27.06.1986; Meron (1989) s. 8.

771 Hart, Herbert L.A. (1994) The Concept of Law, 2nd edition, Oxford, Clarendon Press, s. 124- 54'dan aktaran: Merkouris (2010) s. 189.

olduğunu ileri sürenler vardır. Bu yaklaşım kapsamında uluslararası teamül kuralları yoruma tabi değildir. Bu yaklaşımı savunanlardan biri olan Rudolf Bernhardt bu savunusuna rağmen, kısa bir süre sonra yorumun teamül hukuku kurallarını da kapsadığı yolundaki iddiaların esasında bir tanım meselesi olduğunu ifade ederken teamül kuralının açığa kavuşturulduğu bu faaliyetin yorum olarak nitelendirilmesinin uygun olmadığı görüşündedir[772].

Uluslararası teamül kurallarının yorumu, kuralın tespitinden sonraki süreçle ilgilidir. Zira yorumlayıcı, özellikle iki unsurlu bir teamül kuralını tespit etmelidir ki ilgili kural yorumlayabilsin. Böylece tıpkı uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi, yorum yoluyla uluslararası teamül kurallarının gelişmesine imkan sunulmuş olur[773]. Ancak uygulamadaki örneklerde sıkça rastlandığı üzere, özellikle uluslararası mahkemeler, uluslararası teamül hukuku kuralını yorumlarken ne devlet uygulaması ne de *opinio juris* unsuru araştırmasına girmektedir[774].

Yorumun, uluslararası hukukta uygulanabileceği kaynaklar bu şekilde ortaya konduktan sonra hukuki yorumun ne anlama geldiğini incelemek gerekir. Hukuki yorum, "bir hukuksal işlemin anlamını ve kapsamını ortaya çıkarmak ve çelişkili gibi görünen noktalarını aydınlığa kavuşturmak amacıyla başvurulan düşünsel çalışma"[775] ya da "geleneksel olarak haklar ve yükümlülükler oluşturmak amacıyla metinlere anlam verme süreci"[776] olarak tanımlanabilir. Belirtmek gerekir ki bu tanımların hem uluslararası antlaşmalar hem de uluslararası teamüller bakımından (özellikle hem antlaşma hem de teamül olarak varlığını sürdüren kurallar için) geçerli olduğu söylenebilir. Ancak uluslararası teamül kurallarının bu tanımlardan ayrışan yönü, yorumun daha çok kuralın

---

772 Bernhardt, Rudolf (1992) Interpretation in International Law, in Encyclopedia of Public International Law: V.II, Bernhardt, Rudolf/Bindschedler, Rudolf L. (Editörler), Amsterdam: North- Holland, s. 1417'den aktaran: Merkouris (2010) s. 193. Vladimir D. Degan, Tullio Treves, Jan H. Verzijl ve Maarten Bos benzer yaklaşımı paylaşan yazarlardan bazılarıdır. Benzer yaklaşımı paylaşan yazarlar arasında öyleleri vardır ki uluslararası antlaşmalar arasında bile ayrım yapıp (yazılı antlaşma-sözlü antlaşma) bir kısım antlaşmanın yoruma tabi olmadığını savunmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Merkouris (2010) s. 193, dipnot 845.

773 Merkouris, Panos (2017) "Interpreting the Customary Rules on Interpretation", International Community Law Review, V. 19, S. 1, s. 127; Öktem, s. 312, 316.

774 Merkouris (2010) s. 224.

775 Pazarcı (2011) s. 193.

776 Herdegen, M. (2013) Interpreration in International Law. In: R. Wolfrum (eds). Max Plunck Encyclopedia of Public International Law'den aktaran: Peat, D. / Windsor, M. (2015) Playing the Game of Interpretation On Meaning and Metaphor in International Law: Bianchi, A. / Peat, D. / Windsor, M. (Editors), Interpretation in International Law, First Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 3.

varlığını ispat ekseninde ilerlemesidir. Herhangi bir uluslararası antlaşmanın yorumunda, var olan bir metinden hareketle çelişkili, belirsiz, tartışmalı görülen hususlar üzerinden hareket edilirken; uluslararası teamüllerin yorumu "geriye yürüyerek, normu doğum anında yakalama ve varlığına hükmetmek için gerekli olan şartları sorgulama"[777] şeklinde gerçekleşmektedir.

Yorumun bahse konu boyutu, bir kuralın hem bir uluslararası antlaşma hem de uluslararası teamül kuralı olması durumunda ayrıca özellik arz edecektir. İlk anda ilgili kural, farklı kaynaklarda ele alınmış olmasına rağmen, tek bir kural gibi görülebilir. Ancak bu yanıltıcıdır. Antlaşma ve teamül kurallarının, yorumda farklılığa tabi olacakları[778] göz önüne alındığında, aynı kuralın farklı uygulanması ve farklı sonuçlar doğurması söz konusu olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, aynı kural uluslararası antlaşmaların tabi oldukları yorum süreçleri nedeniyle farklı sonuç doğururken, uluslararası teamül kurallarının tabi oldukları yorum süreçleri nedeniyle daha farklı sonuç doğurabilecektir. Söz konusu farklılıklar en başta yazılı kurallar ve yazısız kuralların yorumu konusundaki tartışmalar üzerine kurulabilecektir. Merkouris'e göre, Sir Hersch Lauterpacht, Martti Koskenniemi ve Serge Sur gibi birçok yazar teamül kurallarının yorumlanabileceğinden bahsetmiş ancak yorumun nasıl ve ne şekilde yapılacağına dair bir açıklama getirmemişlerdir. Ancak yazar, sadece teamülün yorumu ifadesinin kullanılmasının bile teamül kurallarının yorumlanabildiğinin kanıtı olduğunu varsaymıştır[779].

Nasıl ki uluslararası hukukun kaynakları dendiği zaman UAD Statüsü m.38 akla geliyorsa, daha önce de ifade edildiği üzere hukuk kurallarının yorumu dendiği zaman akla ilk uluslararası antlaşmaların yorumu ve dolayısıyla Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesi gelmektedir. Çalışmamız ekseninde incelendiğinde, ilgili Sözleşmenin antlaşmaların yorumu başlıklı üçüncü kısmında yer alan maddede geçen, "taraflar arasında antlaşmanın yorumuna ilişkin bir uzlaşma tesis eden antlaşmanın uygulanması noktasındaki herhangi bir müteakip uygulama"[780] (m.31/3-b) ve "taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı" (m.31/3-c)

---

777 Cahin, Gérard (2001) La Coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier, Pedone, Paris, s. 658'den aktaran: Öktem, s. 308.

778 Meron, s. 349; Tan, s. 92.

779 Merkouris (2010) s. 195- 196. Doktrindeki temül yorumu ifadesi kullanımının, yoruma delil gösterilmesinin çok da güçlü dayanakları olmadığı kanaatindeyiz.

780 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, s.e.t. 06.04.2020.

şeklindeki ifadeler açıkça, uluslararası antlaşmalar ile uluslararası teamül kuralları arasındaki ilişkiye işaret etmektedir. Bir antlaşmanın yorumu esnasında, genel yorum kuralı başlığı altında ele alınmış olan bu iki hüküm de antlaşma ile birlikte dikkate alınabilecektir. Bunlardan özellikle ikincisi kapsamında, teamül kurallarını değerlendirmek de mümkündür. Yani bir antlaşmanın yorumlanmasında, ilgili olduğu düşünülen ve olaya uygulanabilecek bir teamül kuralından yararlanılabilecektir.

Hem oluşum hem tespit açısından iç içe bir durumda olan uluslararası antlaşmalar ile uluslararası teamül kuralları arasındaki söz konusu ilişkinin bir yönü, Ferrari-Bravo tarafından dikkat çekildiği üzere, bu iki kaynağın birbirlerinin hem oluşumunda hem de yorumunda karşılıklı bir etkileşim içerisinde olmalarıdır. Bu minvalde, bir uluslararası antlaşmanın uygulanması sırasında yapılan yorumun, sonrasında antlaşmanın taraflarının tutumu haline gelmesi ve süreklilik arz edip itiraz edilmemesi halinde, bir yandan yeni bir teamül kuralına vücut verirken, diğer yandan antlaşmanın teamül aracılığıyla yorumuna kapı araladığı söylenebilir[781]. İlişkinin diğer bir yönü, her ne kadar ilk anda tuhaf gelse de teamül yorumu noktasında antlaşma metinlerinde ya da ilgili antlaşmaların hazırlık çalışmaları sırasında sergilenen davranışlara da sıklıkla başvurulmaktadır. Belirtildiği üzere iki kaynak arasındaki bağ, bir uluslararası antlaşmanın uygulanması ve yorumu sırasında yeni bir uluslararası teamül kuralı ortaya çıkarabilecek niteliktedir ve bunun örneklerine, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin uygulamalarında sıkça rastlanmaktadır[782].

Bu derece iç içe geçmiş iki kaynağın özellikle yorum perspektifinden farkın nasıl ortaya konabileceği ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkar. 1986 yılındaki Nikaragua Kararı'nda UAD, "antlaşma hukukunda ve uluslararası teamül hukukunda özdeş olan kurallar, yorumlama ve uygulama yöntemlerine atıfta bulunarak da ayırt edilebilir"[783] ifadesiyle bu soruna çözüm getirmeye çalışmıştır. Diğer yandan Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda muhalif görüş bildiren hakim Tanaka, teamül hukukunun yazılı olmayan ve belirsiz yapısı nedeniyle, yorum noktasında daha hassas olunmasını ve belirsizlik bakımından yer yer yorumun tamamlama işlevinin kabul edilmiş olması göz

781 Öktem, s. 310; Villiger, s. 186.

782 Meron (1996) s. 246- 247. Meron'un belirttiği üzere, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin herhangi bir uluslararası antlaşmayı uygulaması ve yorumlaması vesilesiyle devletlerce takip edilen yetkili bir otorite kabul edilmesi, özellikle insancıl hukuk alanında yeni devlet uygulamalarını tetiklemiş ve *opinio juris* unsuru oluşumunda büyük katkı sağlamıştır.

783 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 85, p. 178, K.T. 27.06.1986; Meron (1996) s. 246.

önüne alındığında, tamamlama-yorumlama işlevinin mahkemeye düşen bir görev olduğunu belirtmektedir[784].

Vurgulandığı üzere bu başlığın hedeflediği esas mesele uluslararası teamül kurallarının uluslararası yargı kuruluşları tarafından yorumudur. Tıpkı hakim Tanaka'nın belirttiği gibi, "teamül hukuku belirsizdir, yazılı hukuka göre boşluklar içerir, içeriği konusunda hassasiyet ve tamamlanma gerektirir ve teamül kurallarını yorumlama görevi doğası gereği mahkemelere düşer"[785]. Ancak bilinmektedir ki hukuk kurallarının tek yorumcusu uluslararası yargı kuruluşları değildir. Uluslararası hukukun asli süjeleri olan devletlerin iradeleri doğrultusunda dilenirse yorum bir başka devlete veya gerçek kişiye de yaptırılabilir. Ancak böyle bir durumda, tıpkı uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi sınırlı bir bağlayıcılık söz konusu olacaktır[786]. Bu durum oldukça istisnaidir ve yorum faaliyeti çoğunlukla akademisyenler veya yargı kuruluşları tarafından gerçekleştirilmektedir[787].

Uluslararası yargı kuruluşları tarafından gerçekleştirilecek yorum faaliyetinin kapsam ve sınırlarının anlaşılması büyük önem arz etmektedir. Uluslararası yargı kuruluşlarının ilgili faaliyetlerinin, sadece yorum faaliyeti olarak değil, bu faaliyet altında hukukun geliştirilmesi ya da yeni hukuk oluşturulması olarak anlaşılabilip anlaşılamayacağı özellikle yorumun sınırı tartışmalarının merkezine oturmaktadır.

Uluslararası yargı kuruluşlarının yorum yapabilmesi için taraflar arasında ortaya çıkmış bir uyuşmazlık olmalıdır. Bu uyuşmazlık sırasında bir de yorum uyuşmazlığı yaşanmış olabilir. Dolayısıyla uyuşmazlığa uygulanacak kural tespit edilmiş ancak kuralın yorumunda anlaşmazlık yaşanmış olabilir. Veyahut bir tarafın ilgili uyuşmazlığa uygulanacak kural olarak gördüğü şeyi, diğer taraf kural olarak kabul etmeyebilir veya kurala dönüşmediğini iddia edebilir. İlgili ihtimalleri çoğaltmak mümkündür. Bu ihtimaller bağlamında önemli olan nokta, uluslararası bir yargı kuruluşu önüne gelmiş uyuşmazlığın yorum faaliyeti çerçevesinde ele alınmasıdır.

Uluslararası yargı kuruluşlarının tümevarım yaklaşımının benimsenmesi durumunda yorum faaliyeti, içeriği tespit edildikten sonra o kuralın tanımlanması ile ilgilidir[788]. Ancak

---

784 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 181, K.T. 20.02.1969.
785 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 181, K.T. 20.02.1969.
786 Öktem, s. 314.
787 Peat/Windsor, s. 3.
788 Merkouris (2017) s. 136.

bir uluslararası yargı kuruluşu tarafından tespit edilen kuralın varlığı bu tespitten sonra sona ermemektedir. Başka bir davada başka bir mahkeme aynı tespiti kullanabilecek, dolayısıyla yeni bir tespit sürecine girmeyebilecektir. Dikkat çekici husus, bu durumda bile ilk mahkemenin yapmış olduğu tespit, aynen uygulanmayabilmekte ve yeniden yoruma tabi tutulabilmektedir[789]. Eğer ki tespit edilen kuralı uygulayacak olan sonraki mahkeme kuralın içeriğini tanımlamak istemezse ya da tanımlayamıyorsa, bu tanımlayamama durumu sıklıkla meseleyi konu edinen herhangi bir devlet uygulaması unsuru veya *opinio juris* unsuru bulunamadığında gündeme gelmektedir, onu yorumlayarak uygulayabilecektir[790]. Devlet uygulaması ve *opinio juris* unsuru bulunamaması ya da tespit edilememesi durumunda ilgili uluslararası teamül kuralının varlığını kabul etmenin ne kadar doğru bir davranış olacağı ayrı bir tartışmanın konusudur ve ileride irdelenecektir. Burada söylenmek istenen, sonraki mahkemenin önceki mahkeme tarafından yapılmış tespiti geçerli kabul edip, içeriğini tanımlamaksızın (konu hakkında devlet uygulaması ve *opinio juris* unsuru olup olmadığını araştırmaksızın) ilgili kuralı yorum yoluyla olaya uygulayabildiğidir.

Görüleceği üzere, yorum için bir kuralın varlığı şarttır. Bununla birlikte, uluslararası teamül kurallarının unsurlarından biri olan uygulama unsurunun yorumu, tümüyle uluslararası teamül yorumu anlamına gelmez. İki husus birbirinden tamamen farklıdır. Esasen teamülün unsurlarından biri olan devlet uygulamasının yorumu değil, sadece değerlendirilmesi söz konusu olabilir[791]. Bu doğrultuda, devlet uygulamasının yorumu dendiği zaman esasında halen uluslararası teamül hukuku kuralının tanımlanması aşaması devam etmektedir[792]. Bununla birlikte teamül kuralının tespiti, unsurlarının tanımlanması ile aynı kuralın yorumlanması arasındaki çizgiyi uygulamada kesin bir şekilde ayırt etmek çoğu zaman mümkün değildir. Zira yorum esnasında da devlet davranışlarını ve uygulamalarını ele almak gerekebilmektedir.

Teamülün unsurlarının yorumlanması-değerlendirilmesi şeklinde bir ayrıma gidiliyor olsa da bu yorum-değerlendirme evreleri, daha önce de belirtildiği üzere, birbirinden ayırt edilmesi oldukça güç evrelerdir. Uygulamada bu bütünleşik evre, taraflardan birinin ileri sürdüğü iddialar ile başlamaktadır. İddiasını desteklemek amacıyla ilgili taraf geçmişte

789 Merkouris (2010) s. 194.
790 Merkouris (2010) s. 194.
791 Merkouris (2017) s. 155.
792 Merkouris (2010) s. 196; Gourgourinis, s. 6.

gerçekleşen bazı olaylara atıf yapar ve olaya uygulanacak teamül kuralının oluşumunda bu geçmiş olayların belirleyici bir role sahip olduğunu ileri sürer. Bu durumda bir yargı kuruluşu ya da yetkili merci, öncelikle taraf veya taraflarca dayanak gösterilen bu olaylar dizinini kendi bağlamları içerisinde teşhis edecek ve değerlendirmesine elde ettiği veriler üzerinden devam edecektir. Bu noktada en önemli husus, bu sürece katılanların, belli davranış biçimlerine ne kadar hukuksal değer atfettiklerini belirlemektir. Söz konusu belirleme yapıldıktan sonra yetkili mercii, varlığı tartışmalı olan kuralın içeriğini, hukuk düzenindeki etkinliğini ve uluslararası toplumun bu kural hakkındaki beklentisini tespit etmek için yoruma başvurmakla yükümlüdür[793].

Bahse konu faaliyetlerin, uluslararası yargı kuruluşları tarafından gerçekleştirilmesi halinde, yargı kuruluşlarının tespit rolünün sınırları içerisinde kalıp kalmadıkları tartışması yeri geldikçe değinilecek olmakla birlikte bir hususa dikkat çekmek gerekir. Teamül kurallarının spontane yapısı, yargı kuruluşlarının teamül konusundaki rollerini ön plana çıkarmakta olup, yargı kuruluşlarının statülerindeki resmi fonksiyonlarının ötesine geçen, teamülün gelişimindeki gerçek ve gayrı resmi etkilerini gündeme getirmektedir[794]. Dolayısıyla, teamül söz konusu olduğunda yargı kuruluşlarının yorum faaliyeti yoluyla statülerindeki fonksiyonlarının dışına çıkabildikleri görülmektedir. İşte çalışmamızın esas odak noktası olan yargı kuruluşlarının teamül kurallarının gelişimindeki etkisi, yorum faaliyeti ile ortaya çıkmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki teamülün yapısından kaynaklanan bu durum, yargı kuruluşlarının yorum noktasında tamamen özgür oldukları anlamına gelmez. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse, UCM Statüsü[795] "mahkeme hukukun prensip ve kurallarını önceki kararlarında yorumlandığı şekilde uygulayabilir"[796] ve "bu maddeye göre hukukun uygulanması ve yorumlanmasının uluslararası kabul görmüş insan hakları ile tutarlı olması..."[797] ifadeleriyle UCM'ye iki ayrı yorum sınırı getirmektedir.

Daha evvel de bahsedildiği üzere, tespit faaliyetini gerçekleştirirken bir yargı kuruluşu, varlığı iddia edilen bir teamül kuralı hakkında ilgili ve önemli veri elde etmeye

793 Öktem, s. 314.

794 Wolfke, s. 71.

795 Roma Statüsü için bkz. https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be940a655eb30e16/0/rome_statute _eng lish.pdf, s.e.t. 15.03.2019.

796 Roma Statüsü m. 21/ 2.

797 Roma Statüsü m. 21/ 3.

çalışmakta ve elde ettiklerini değerlendirmektedir. Ancak uluslararası yargı kuruluşlarının doğrudan ve açık verilere ulaşmaları her zaman mümkün değildir. Böyle bir durumla karşılaşan uluslararası yargı kuruluşları ister istemez yorum yoluna gitmektedirler. Diğer bir anlatımla yargı kuruluşlarının ilgili verileri değerlendirirken gerçekleştirdikleri faaliyet, ister istemez hukukun ne olduğunu söylemek ile sınırlı kalmamakta ve işin içine bakış açısı, yorum girmektedir. Bu bağlamdan hareketle, bir yargı kuruluşu tarafından belli bir uyuşmazlığa bir hukuk kuralının uygulandığının açıklanmasının bile, yeni bir hukuk yaratımı olarak değerlendirilebileceği iddia edilmektedir[798].

Nihayet, uluslararası yargı kuruluşları tarafından gerçekleştirilecek yorum faaliyetinin bağlayıcılığı konusu üzerinde durulması gereken bir diğer husustur. Merkezi bir yasamaya sahip olmadığı gibi, yargısal açıdan da merkezi bir yapıya sahip olmayan uluslararası hukukta, yargı kuruluşları tarafından yapılan yorum sadece davanın tarafları için bağlayıcıdır (*inter partes*). Bu hususta genel kural bu olmakla birlikte, uluslararası hukukta yargı kuruluşlarının yorumlarının ve kararlarının etkisinin taraflarla sınırlı kalmadığı sıklıkla dile getirilmektedir. Bu minvalde, uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarının uluslararası aktörler üzerinde normatif bir etkiye (güce) sahip olduğu kabul edilmektedir[799]. Söz konusu normatif etki, uluslararası teamül hukuku gibi yazılı olmayan kurallar konusunda bir belirsizliği içerisinde barındırsa da inkar edilmemektedir.

Bahse konu normatif etki, uluslararası hukukun aktörlerinin yargı kararlarına atfettikleri değer oranında gözlemlenebilmektedir. Söz konusu aktörler içinde; diğer yargı kuruluşları olabileceği gibi, devletler, gerçek kişiler, sivil toplum kuruluşları, uluslararası örgütler de yer alır ve bunların özellikle tarafı olmadıkları davalar bağlamında esas aldıkları uluslararası yargı kararları, kendi uygulama alanlarındaki yorum faaliyetinin konusunu oluşturabilir. Bu ifadenin farklı bir yönü, farklı aktörlerce farklı davalarda esas alınan aynı karar, yorum faaliyeti ile farklı bir boyut kazanabilecektir. Söz konusu uluslararası teamül hukukunun yorumu olduğunda ise yazısız kaynak olmanın getirdiği yapısal belirsizlik nedeniyle, özellikle kuralın kendisi, koyucusu ve yorumlayıcısı arasındaki denge yorumcu lehine bozulduğundan yorumun normatif etkisi daha güçlüdür. Dolayısıyla söz konusu yorum, bizatihi teamül kuralının varlığına delil olarak kabul

---

798 Wolfke, s. 70- 71.

799 Hernández, Gleider (2015) Interpretative Authority and the International Judiciary: Bianchi, Andrea/ Peat, Daniel/ Windsor, Matthew (Editörler), Interpretation in International Law, First Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 166.

edilebilmektedir[800].

2. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNDA YORUM YÖNTEMLERİ

Uluslararası teamül hukukunda yorum yöntemleri başlığı altında, uluslararası teamül hukuku kurallarının yorumunda kullanıldığı ya da kullanılabileceği kabul edilen yorum yöntemleri ele alınacaktır[801]. Söz konusu yöntemler; metinsel/lafzi yorum, amaçsal yorum, sistematik yorum şeklinde üç başlık altında toplanabilir[802]. Esasında bu yöntemlerin çoğu, tüm hukuk kuralları için geçerli olan genel yorum yöntemleridir.

Merkouris, uluslararası teamül hukuku kurallarının yorumunun, tıpkı uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi, mümkün olduğunu ifade etmekte ve uluslararası antlaşmaların yorumlanmasında kullanılan yöntemleri, uluslararası teamül hukuku kuralları bakımından ele almaktadır. Yani bahse konu incelemesini 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.31 ve m.32'de düzenlenen antlaşmaların yorumlanması kuralları üzerinden gerçekleştirmektedir. İlgili maddelerin, doğrudan uluslararası teamül kurallarının yorumlanmasında değil, bunların varlığına kanıt oluşturacak ya da teamülün unsurlarını ortaya koyacak devlet uygulamalarının yorumlanmasında kullanılabileceği açıktır. Söz

800 Hernández, s. 166.

801 Söz konusu bu başlıkta, Panagiotis Merkouris'in "Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31/ 3- c fıkrası ve Sistematik Tamamlama (Sistemic Integration) Prensibi" başlıklı doktora tezinin IV. bölümünde ele almış olduğu uluslararası teamül kurallarının yorum yöntemlerinde kullandığı sistematik takip edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Merkouris (2010) s. 211- 215. Uluslararası teamül hukukunun yorum yöntemleri konusunda yapılan bir diğer çalışmada, söz konusu metotlar belirlenirken VAHS ve UHK'nin teamül hukuku ile ilgili hazırlamış olduğu raporlar esas alınmıştır. İlgili çalışmada, inceleme konumuza esas aldığımız yorum yöntemlerinden ayrı olarak tarihsel yorum de ele alınmıştır [Ammann (2019) s. 192- 222]. Bir diğer kaynakta ise, AİHM uygulamasında esas alındığı iddia edilen yorum yöntemleri; metinsel yorum, sübjektif yorum ve amaçsal yorum olmak üzere üçlü bir ayrımla ele alınmıştır [Dothan, Shai (2018) "The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights", Fordham International Law Journal, V. 42, s. 765].

802 Çalışmamızda özellikle yer verdiğimiz niyet yorumu şeklinde ifade edilen uluslararası teamül kurallarının yorumunda kullanılabileceği savunulan bir yorum yöntemi daha sayılmaktadır. Niyet yorumunun, çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenmeye uygun görülmeme sebebi, uluslararası teamül kurallarının yapısıyla uyumsuz bir yorum yöntemi olarak görülmesidir. Niyet yorumunda, özellikle uluslararası antlaşma metinlerinde ya da hazırlık belgelerinde tarafların niyetleri açıkça kanıtlanabilecekken, uluslararası teamül kurallarında tarafların niyetinin araştırılması teamüllerin tespitine hizmet eden bir durumdur. Zira uluslararası teamül hukuku kuralında niyet *opinio juris* unsurunu gündeme getirmekte, bu da uluslararası teamül kuralının yorumlanması ile değil, tespiti ile ilgilidir. Ayrıca teamül kurallarında niyeti tespit etmek oldukça güçtür [Merkouris (2010) s. 214]. Teamül kurallarının oluşumunun genellikle zamana yayılmış olması ve başlangıcının tespitinin çoğunlukla mümkün olmaması niyet yorumunu güçleştiren bir etkendir.

konusu uygulamalara örnek olarak tek taraflı eylemler, uluslararası örgüt kararları, sözlü beyan ve bildirimler gösterilebilecektir[803].

Nihayet göz önünde bulundurulması gereken ve tüm yorum yöntemlerine karşı yapılan genel bir eleştiri niteliğindeki şey, yorumda yorumcunun kişisel görüşlerinin çok fazla rol oynayabildiğidir[804]. Hatta özellikle bazı yorum yöntemlerinde, yorumcuya çok fazla takdir alanı tanındığı söylenebilmektedir. Yapılan yargısal yorumların meşruiyetini arttıran yorum yöntemlerinin kullanımı konusundaki inisiyatif yorumcuda olduğundan, söz konusu eleştiri tam anlamıyla haksız bir eleştiri değildir. Söz konusu yorum yöntemlerinin hepsi için geçerli olması beklenen kural, yöntemler seçilirken veya uygulanırken son derece dikkatli olunmalıdır. Sonuçta yorumcudan beklenen tutarlı ve adil bir sonuçtur. Bu minvalde, yorum yapan bir mahkemeyse ve verdiği kararların icrasını amaçlıyorsa, ayrıca uluslararası bir yaptırım organı da yoksa stratejik davranmalıdır[805].

2.1. Metinsel/Lafzi Yorum

Metinsel/lafzi yorum, adı üstünde metnin ön planda olduğu yorum yöntemidir. Yani gerek kullanılan kelimelerin anlamı, cümlenin biçimi gerekse imla ve noktalama bu yorumda çıkış noktası kabul edilmektedir. Yazılı bir metindeki kelimelerin ve metnin anlamının araştırılması faaliyeti esasında bütüncül bakıldığında yorum faaliyetinin kendisini oluşturmaktadır[806]. Bu manada bu yorum yönteminde vurgulanması gereken esas kısım yorumun metine bağlı kalınarak yapılması hususudur. Gözler'in de vurguladığı üzere, lafzi yorumda diğer yorum yöntemlerinden farklı olarak kelimenin ilk anlamının dışına çıkılmaması gerekmektedir[807].

---

803 Merkouris (2010) s. 211; Schlütter, s. 99.

804 Ammann (2019) s. 212; Uluslararası antlaşmaların yorumunda kural olarak hakim, antlaşma taraflarının iradesiyle sınırlıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dothan, s. 767- 768.

805 Dothan, s. 771.

806 Gözler (2011) s. 230- 231; Hernández, s. 170; Schlütter, s. 98- 99.

807 Gözler (2011) s. 231; Schlütter, s. 99. Kelimelerin olağan anlamının dışına çıkılmaması gerekliliği bu yorum metodunun çıkış noktası olmakla birlikte, metinsel/lafzi yorumun hakime önemli ölçüde takdir yetkisi tanıdığı ifade edilmektedir [Jacobs, Francis G. (1969) "Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference", The International and Comparative Law Quarterly, V. 18, N. 2, s. 322]. Takdir yetkisinin genişlemesi daha çok, belirsiz anlama sahip kelimelerin olduğu metinlerin yorumu durumunda söz konusu olabilmektedir. Özellikle çok taraflı antlaşmalardaki belirsiz kavramlar, taraf sayısınca farklı anlam ortaya çıkarabilmektedir [Crootof, Rebecca (2016) "Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties", Yale Journal of International Law, V. 41, I. 2, s. 253].

Uluslararası hukukun yazısız kaynağı olan uluslararası teamül kurallarında metin bazlı bu yorum yönteminin uygulanamayacağı düşünülebilir. Lafzi yorumun, uluslararası teamül kuralının yorumlanması ya da anlamlandırılmasında uygulanabilmesi için izlenebilecek çeşitli yollar önerilmektedir. Bu önerilerden biri, bir şekilde metne bağlanmış olan devlet davranış ve beyanlarının, teamül kuralının yorumunda kullanılabileceği şeklindedir. Bu görüşün hatalı olduğunu ileri sürenlere göre, teamül kurallarının yorumu ile teamül kuralının unsurlarının yorumu farklı hususlardır ve ilgili görüşte bu iki yorum birbirine karıştırılmaktadır. Bu minvalde, devletler tarafından yayınlanan ya da devletlerin tarafı olduğu resmi belgelerin, teamül kuralının varlığını kanıtlamada kullanımı doğrudan kabul edilirken, teamül kurallarının yorumlanmasında kullanılmaları sorunlu bulunmaktadır[808].

Bu sorunlu yönüne rağmen bazı metinler her iki yorum için de kullanılabilmektedir. Özellikle yargı kuruluşları yorum faaliyetleri esnasında; BM Genel Kurul kararları, yumuşak hukuk belgeleri, uluslararası bir mahkemenin kuruluş belge ve raporları, herhangi uluslararası antlaşmanın yürürlüğünden önceki hazırlık çalışmaları, insan hakları komitelerinin rapor ve görüşleri ile UHK'nin kararlarına sıkça başvurmaktadırlar[809]. Bu metinler bir teamül kuralının varlığına kanıt olarak sunulabildikleri gibi, ilgili kuralın yorumunda da sıkça kullanılmaktadırlar. Öyle ki UAD, bahsi geçen şekilde yapılan referansları, lafzi yorumun tamamlayıcısı olarak ifade etmektedir. Nihayetinde bir uluslararası teamül kuralının belirlenmesi, var olan metinlerin yorumlanmasını gerektirmektedir[810].

Teamül kuralının lafzi yorumu bağlamında izlenebileceği ileri sürülen bir diğer yol, uluslararası hukukun yazılı bir kaynağına başvurudur. Bu öneriye göre, bir teamül kuralını kodifiye eden uluslararası antlaşma hükmünün yorumu, aynı içeriğe sahip teamül kuralının yorumu olarak kabul edilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, her iki kaynaktaki kuralın, aynı içeriğe sahip olması gerekliliğidir. Lafzi yorum yönteminin teamülün yorumunda kullanılacağını savunan bu öneri de hatalı kabul edilmektedir. Zira içeriği itibarıyla ortak olan iki farklı kaynağa ait kuralların birindeki yorumun (uluslararası

---

808 Bleckmann, Albert (1977) 'Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewohnheitsrecht', ZAöRV 37: 504, s. 526'dan aktaran: Merkouris (2010) s. 212.

809 Schlütter, s. 99.

810 Örnek bir karar için bkz. Bahreyn/ Katar Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Ülkesel Sorunlar Davası, UAD Kararı, s. 19- 20, p. 41, K.T. 15.02.1995. Ayrıca bkz. Ammann (2019) s. 199.

antlaşma kuralının yorumunun) diğeri için doğrudan geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Ortak bir hükme sahip olunması hasebiyle yorumları aynı kabul edilemez bulunmaktadır. Söz konusu yorumlar, ancak diğer kuralın yorumlanmasında bir unsur olarak kullanılabilir. Dolayısıyla teamül kuralının yorumunda, uluslararası bir kodifikasyon antlaşması hükmüne atıfta bulunmak lafzi yorum yöntemini tam olarak açıklayamamaktadır[811].

Lafzi yorum yöntemini uygulayacak olan uluslararası yargı kuruluşları için izlenmesi önerilen sonuncu yol ise, diğer yargı kuruluşlarının daha önce vermiş oldukları kararlarda geçen ifadelere ya da öğretiye yapılacak atıflarla teamül kurallarının yorumlanabileceğidir[812]. Ancak önerilen bu yola da teamül kurallarının yorumunda kodifikasyon antlaşmalarına başvurulmasında dile getirilen çekincelerle ve gerekçelerle itiraz edilmektedir[813].

2.2. Amaçsal Yorum

Her kuralın temelinde yatan bir amaç vardır ve bir kuralın amacı, o kuralın "içerik ve işlevini" göstermektedir. Her kural gibi bir uluslararası teamül kuralı da belli bir amaç ekseninde ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla belli bir içeriğe sahiptir ve bir işlevi yerine getirmek amacıyla vardır. Amaçsal yorum yöntemiyle de söz konusu bu içerik ve işlev tanımlanmaya ve açıklanmaya çalışılmaktadır[814]. Diğer bir anlatımla, amaçsal yorum yönteminde, "normatif bir değere sahip-normatif içerikli olan herhangi bir hareketin özünde bulunan amaç *(telos)*"[815] tanımlanmaktadır. Bu bağlamda amaçsal yorum yöntemiyle, uluslararası teamül kuralının amacı (*telos*) ortaya konmaya çalışılmakta, bu şekilde ilgili kural, yorumun ve uygulamanın konusu olmaktadır.

Amaçsal yorum noktasında uluslararası mahkeme uygulamalarına bakıldığında tek bir uluslararası teamül kuralının amacından çok uluslararası hukukun bütününün amacına atıf yapıldığı görülmektedir. Böylelikle tüm uluslararası hukuk düzenindeki kuralların dikkate alınması ihtiyacının doğduğu, bu durumun da hem amaçsal hem de sistematik yorum yöntemini gündeme getirdiği ileri sürülmektedir[816]. Bu hususu bir örnekle

811 Merkouris (2010) s. 212.
812 Schlütter, s. 99.
813 Merkouris (2010) s. 212.
814 Merkouris (2010) s. 213; Ammann (2019) s. 210; Dothan, s. 766.
815 Merkouris (2010) s. 213; Jacobs, s. 323.
816 Merkouris (2010) s. 213.

açıklamak uygun olacaktır.

Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda hakim Tanaka karara muhalif görüşünde, uluslararası teamül kurallarının da tıpkı yazılı hukuk kuralları gibi mantıksal ve amaçsal yoruma tabi olabileceğini dile getirmiştir[817]. Tanaka'ya göre eşit uzaklık prensibi aracılığıyla sınırlandırmaya ilişkin kural, amaçsal inşanın hukuki bir kurumu olarak kıta sahanlığının bütünleyici bir parçasını oluşturur. Zira hukuki anlamda kıta sahanlığının varlığı için bitişik kıta sahanlıkları arasında mantıken bir sınırlandırmanın var olduğunu farz etmek gerekir. Bu manada "sınırlama (*delimitation*)", kıta sahanlığı mefhumunun mantıki sonucudur. Zira kıyı devletlerinin egemenlik kullanacakları alanların belirlenmesi işin doğası gereği bir sınırlandırma barındırır. Bu bağlamda duruma göre yakınlık prensibinin veya anakaranın doğal uzantısının bir sonucu olan eşit uzaklık prensibi bu yönüyle kıta sahanlığına içkindir ve dolayısıyla ondan ayrılamaz niteliktedir. Tüm bu gerçekler karşısında, hukuki bir kurum olan kıta sahanlığının amaç ve hedeflerine bir bütün olarak ulaşması, özelde eşit uzaklık prensibi olmak üzere sınırlamanın varlığıyla sıkı sıkıya ilişkilidir[818].

---

817 UAD Hakimi Tanaka tarafından bir kuralın yorumlanmasında birden fazla yorum yönteminin kullanılabileceğinin öngörüldüğü yöntem, Tanaka'nın mantıksal yorum yöntemi olarak ifade edilmektedir. Söz konusu yorum yöntemi, birden fazla yorum yönteminin birlikteliği şeklinde özetlenebilir. 1969 VAHS m.31'den hareketle, birden fazla yorum yöntemi birlikte kullanılırken bu yöntemler arasında bir hiyerarşi ya da önem sırasının olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte Tanaka'nın yorum yöntemi, kimi zaman lafzi yorum yöntemiyle kimi zaman da sistematik yorum yöntemi ile bir tutulmuştur. Tanaka'nın mantıksal yorumunun iki yönlü bir yaklaşımı teşvik ettiği ileri sürülmektedir. Bu yönlerden biri sistematik yorum iken diğeri amaçsal yorumdur [Merkouris (2010) s. 215]. Bundan başka Tanaka'ya göre, mantıksal ve amaçsal yorum yazılı hukuk kurallarında olduğu kadar, uluslararası teamül kurallarının yorumunda da uygulanabilecektir [Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı (Hakim Tanaka'nın Muhalif Görüş Yazısı), s. 181, K.T. 20.02.1969; Merkouris (2010) s. 216].

818 Tanaka'nın söz konusu Karardaki muhalif görüş yazısının ilgili kısmı şu şekildedir:
"Almanya Federal Cumhuriyeti'nin bakış açısı, sınırlama sorununu temel kıta sahanlığı kavramından ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği üzerinedir. Ancak eşit uzaklık prensibi aracılığıyla sınırlandırmaya ilişkin kural, amaçsal inşanın hukuki bir kurumu olarak kıta sahanlığının bütünleyici bir parçasını oluşturur. Hukuki bir kurum olarak kıta sahanlığının varlığı için, kıyı devletleri arasında bitişik kıta sahanlıkları arasındaki sınırlama öngörülmektedir. Sınırlamanın kendisi kıta sahanlığı kavramının mantıksal sonucudur ki kıyı devletleri kendi kıta sahanlıklarında egemen hakları kullanırlar. Sonrasında eşit uzaklık prensibi, öyle bir metot oluşturur ki bu metot yakınlık prensibi ya da anakaranın doğal uzantısının bir sonucudur. Bu metot kıta sahanlığı kavramından ayrılmaz niteliktedir. Sınırlamanın kendisi ve eşit uzaklık prensibi ile sınırlama, hukuki bir kurum olarak kıta sahanlığının amaç ve hedeflerini gerçekleştirmeye hizmet eder. Federal Cumhuriyet, kıta sahanlığı hakları üzerinde ısrarcı olurken, eşit uzaklık prensibiyle sınırlamanın kendisine uygulanmasını reddedemez. Yukarıda değindiğim gibi, Sözleşme m. 6/ 2'de belirtilen eşit uzaklık prensibi kıta sahanlığı prensibinin

Hakim Tanaka'nın hem kıta sahanlığının sınırlandırılmasıyla ilgili hem de eşit uzaklık prensibi yoluyla sınırlandırmayı amaçsal yorum minvalinde ele alırken belirttiği bu ifadeler, yorum metotları başlıklandırmamızda yer vermediğimiz Tanaka'nın mantıksal yorumunu içermesi bakımından önemli bir örnek teşkil etmektedir[819].

Amaçsal yorum konusunda bahsedilmesi gereken diğer iki örnek, Merkouris'in de işaret ettiği üzere, 22 Aralık 1986 tarihinde Burkina Faso ve Mali Cumhuriyeti arasındaki Sınır Uyuşmazlığı Kararı'nda UAD tarafından kullanılan "normun açık amacı" ifadesi ile yine UAD tarafından 18 Aralık 1951 tarihinde Birleşik Krallık ve Norveç arasındaki Balıkçılık Kararı'nda kullanılan "karasularının doğasında var olan temel hususlar" ifadesinde saklıdır[820]. Kullanılan ilgili ifadelerle, teamül kurallarının yorumlanması için yapılan atıflardan ilki, *uti possitedis* prensibinin[821] amacıyla ilgili yorumdur. Burada *uti possitedis* prensibinin "bağımsızlık kazanma olgusuyla mantıksal yönden bağlantılı olan genel bir prensip olduğu" vurgulanırken, prensibin amacının ise, yeni devletleri, bağımsızlık ve istikrarlarına zarar verecek herhangi bir tehlikeden korumak ve sömürgeden sonra boş kalan yönetimin getireceği sıkıntıları bertaraf etmek olduğu ifade edilmiştir[822].

1951 yılındaki Balıkçılık Kararı'nda vurgulanan, "karasularının doğasında var olan temel hususlar" ifadesinin esas önemi, mahkemenin farklı gerekçelerine dayanak

---

doğasından gelir, bu manada bu hüküm olmaksızın, bu kurum bir bütün olarak hedefine ulaşamaz". Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı (Hakim Tanaka'nın Muhalif Görüş Yazısı), s. 181, K.T. 20.02.1969. Konu ile ilgili ayrıca bkz. Merkouris (2010) s. 216.

819 Mantıksal yorum konusunda hakim Tanaka aynı muhalif görüşünde ayrıca şu ifadeleri de kullanmıştır: "…Federal Cumhuriyet sadece Sözleşme m.1-3'te yer alan kavramın temel hukuk karakterini kabul etse ve diğer tüm hususları reddetse bile, temel kavramın mantıki sonuçlarının uygulanmasından kaçamaz. Kıta sahanlığının sınırlandırmasını içeren bu mantıki sonuç, nihayetinde Sözleşme m. 6/ 2'nin öngördüğü sonuçtan farklı bir sonuç öngörmez". Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı (Hakim Tanaka'nın Muhalif Görüş Yazısı), s. 181, K.T. 20.02.1969.

820 Merkouris (2010) s. 217.

821 *Uti possidetis juris* olarak da ifade edilen bu prensip, sömürge dönemindeki sınırların devamı bağımsızlığını ilan eden yeni devletin sömürge dönemindeki sınırları koruması olarak özetlenebilir. Yeni bağımsız devletlerin sınırlarına dış müdahaleye engel olmayı amaçlayan söz konusu prensip esasında, diğer tüm devletlere ilgili sınırlara saygı gösterme yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Shaw, s. 375- 378; Hensel, Paul R./ Allison, Michael E./Khanani, Ahmed (2004) "The Colonial Legacy and Border Stability: Uti Possidetis and Territorial Claims in the Americas", In International Studies Association meeting, Montreal, http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.542.6341&rep=rep1&type=pdf, s.e.t. 10.09.2019; Malanczuk, s. 162- 163.

822 Burkino Faso/ Mali Cumhuriyeti Sınır Uyuşmazlığı Davası, UAD Kararı, s. 565, p. 20, K.T. 22.12.1986.

oluşturabilecek bazı kıstaslar sağlamasından kaynaklanmaktadır[823]. Olayda özellikle vurgulanması gereken kısımlardan biri, 12 Temmuz 1935 tarihli Emirname ile Norveç tarafından belirlenen esas hattın UAD tarafından teamül kuralı olarak kabul edilmesidir[824]. Vurgulanması gereken bir diğer husus da teamül kurallarının yorumunda esas alınan söz konusu temel hususlara örnek olarak; kıyı devletinin hak ve çıkarları, yakınlık durumu, sınırlandırmaya esas bölgenin ne kadar süredir ve kim tarafından kullanıldığı gibi hususların verilmiş olmasıdır[825]. Böylelikle bu başlık altında sınırlandırmada göz önünde bulundurulması gereken temel hususlara atıf yapılmasındaki esas hedef ise sınırlandırmaya dayanak oluşturan bu hususlarla ulaşılan amacın yani kuralın temelindeki amacın yorumlanmasıdır. Amaçsal yorumun tanımlanması vesilesiyle yukarıda bahsettiğimiz dönemin şartlarının değerlendirilmesi gerektiği hususu ile adaletsiz sonuçların bertaraf edilmesi düşüncesi[826], ilgili davada inceleme konusu "temel hususlar" ile birlikte yorumda kullanılmışlardır.

Nihayet amaçsal yorumun en güzel ve en belirgin örneklerinden diğeri, UAD hakimi Guillaume'un, 1996 yılında UAD'den nükleer silahlara ilişkin istenen danışma görüşündeki farklı gerekçesinde karşımıza çıkmaktadır. Guillaume'a göre UAD, bir devletin varlığının tehlikede olduğu olağanüstü meşru müdafaa durumlarında, nükleer silah kullanımı ya da tehdidinin hukuki olup olmadığı konusunda kesin bir sonuca varamaz. Bununla birlikte, BM Antlaşması m.51 doğal hukuk olarak ele alınan meşru müdafaa hakkına, BM Antlaşması'ndaki hiçbir düzenlemeyle halel gelmeyeceğini düzenlemektedir. Guillaume bu durumun uluslararası teamül hukukuna ve uluslararası antlaşmalar hukukuna evleviyetle uygulanacağını dile getirmektedir. Bu bağlamda Guillaume, her ne koşulda olursa olsun bir hukuk süjesini yaşamsal varlığından ve çıkarlarından hiçbir hukuk düzeninin mahrum bırakmayacağını savunur. Dolayısıyla bir devletin olağanüstü bir durumda nükleer silah kullanması, eğer ilgili devletin kendi varlığını korumada başvurabileceği son çare ise uluslararası hukuk düzeni tarafından reddedilemez. Guillaume'un doğrudan ifadesiyle, böyle bir durumda devlet, tüm ceza hukuklarındakine

823 Birleşik Krallık/ Norveç Balıkçılık Davası, UAD Kararı, s. 133, K.T. 18.12.1951.
824 Gönlübol, s. 7.
825 Birleşik Krallık/ Norveç Balıkçılık Davası, UAD Kararı, s. 133, K.T. 18.12.1951.
826 Gözler (2011) s. 235.

benzer şekilde "mutlak savunma (*absolute defense*)" sergiler[827].

Görüldüğü üzere amaçsal yorum, teamül hukuku kurallarının yorumunda kullanılabilir olduğu gibi uygulamada kullanılmaktadır. Ancak yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere uygulamada amaçsal yorum, genellikle tek başına değil, sistematik yorum ile birlikte kullanılmaktadır[828].

2.3. Sistematik Yorum

Uluslararası teamül hukukunun kendine özgü yapısına en uygun yorum yöntemi[829] olarak kabul gören sistematik yorumu, uygulamadaki farklı örneklerle açıklamaya çalışacağız. Ancak öncesinde UHK tarafından "sistematik yorum" olarak ifade edilen bu yöntemin anlamı konusunda Merkouris'e bakmak gerekir. Sistematik yorumun bir bütüne ilişkin olması nedeniyle yorum faaliyetinin odağını gösterdiğini ifade eden Merkouris'e göre yöntem, "'sistematiktir', 'sabit bir plana veya sisteme göre yapılmak veya hareket etmek anlamına gelir; 'metodiktir'[830] ve bu nedenle, bir eylemin gerçekleştirilme şeklini belirtir"[831].

1969 VAHS'nin uluslararası antlaşmalar için genel yorum kuralı başlıklı m.31'in[832]

---

827 İngilizce metin için bkz. Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü (Hakim Guillaume'un Farklı Gerekçesi), s. 290, p. 8, K.T. 08.07.1996; Merkouris (2010) s. 217.

828 Hakim Tanaka'nın mantıksal yorum yönteminde de görüldüğü üzere, amaçsal yorum yönteni mantıksal yorum yöntemiyle birlikte de uygulanabilmektedir.

829 Merkouris (2010) s. 213.

830 https://www.lexico.com/definition/systematic, s.e.t. 13.04.2020. Ayrıca bkz. https://www.dictionary.com/browse/systematic?s=t ve https://www.merriam-webster.com/dictionary/systematic, s.e.t. 13.04.2020.

831 Merkouris (2010) s. 213- 214.

832 1969 VAHS m. 31:
"1. Bir antlaşma, antlaşmanın bütünü içinde, hükümlerine konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.
2. Bir antlaşmanın yorumlanması amacı bağlamında, (antlaşma) metn(in)e ilaveten giriş ve ekleri de içererek şekilde aşağıdakileri kapsamalıdır:
a- Antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan antlaşmayla ilgili herhangi bir antlaşma;
b- Antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca antlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.
3. Bu çerçeve ile birlikte şunlar da dikkate alınır:
a- Taraflar arasında antlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak daha sonraki herhangi bir antlaşma,
b- Tarafların antlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden antlaşmanın uygulanması ile ilgili olarak daha sonraki herhangi bır uygulaması.

üçüncü fıkrasının c bendinde öngörülen yorum şeklinin karşılığının, uluslararası teamüller için sistematik yorum olduğu savunulmaktadır[833]. VAHS m.31/3-c'de yorumda dikkate alınabilecek kurallar arasında sayılan "taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilecek uluslararası hukukun konu ile ilgili bir kuralı" ifadesi, uluslararası antlaşmaların yorumunda diğer uluslararası hukuk kurallarının dikkate alınabileceğine ilişkin olmakla birlikte, uluslararası teamül kurallarının yorumunda geçerlidir. Dolayısıyla teamülün unsurlarından biri olan *opinio juris* unsuru gereği, oluşum halinde olan bir uluslararası teamül hukuku kuralında bile ilgili diğer uluslararası hukuk kuralları dikkate alınabilir[834]. Bu bağlamda, sistematik yorumun gerekliliği genel, tutarlı ve sürekli bir devlet uygulamasının kanıtlanması sırasında ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde sistematik yorum özellikle, teamül kuralının varlığını belirlemekte kullanılan antlaşmalar incelenirken uygulanan bir yöntemdir[835].

Özetle, sistematik yorum yönteminde gerek uluslararası teamül kurallarının gerekse de diğer uluslararası hukuk kurallarının yorumunda, bütün uluslararası hukuk kural ve prensiplerinin uluslararası mahkemelerce dikkate alınabileceği kabul edilmektedir. Bu yorum yönteminde, hukuk kuralları arasında geçerli bir sistem vardır ve her hukuk kuralı da bu sistem içerisindeki diğer kurallarla bağlantılı bir yere sahiptir. Dolayısıyla bir kuralın yorumu da aynı sistem içerisinde yer alan bağlantılı olduğu kurallar göz önünde tutularak yapılmalıdır[836].

Sistematik yorumun kullanıldığı uluslararası yargı kararlarının en önemli örneklerinden biri UAD'nin 12 Ekim 1984 tarihli Maine Körfezi Davası'nda verdiği karardır. Bu davada UAD, deniz sınırlandırması konusunu düzenleyen uluslararası hukuk prensip ve kurallarının saptanması ve yargısal kararların, diğer mahkeme kararlarına önemli katkı yaptığının kanıtlanması amacıyla sözleşmelere ve teamüllere atıf yapılacağını

---

c- Taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilecek milletlerarası hukukun konu ile ilgili bir kuralı. 4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse o terime o mana verilir".
[Antlaşma metninin Türkçe çevirisi için bkz. Gündüz/ Günel (Editör), s. 64].

833 Merkouris (2010) s. 213.

834 Merkouris (2010) s. 213.

835 Ammann (2019) s. 204.

836 Gourgourinis, s. 49. Sistematik yorum ile ilgili olarak Gözler şu ifadeleri kullanmaktadır: "Sistematik yorum, özellikle *lex imperfecta* olarak isimlendirilen normların yorumlanmasında rol oynar. Bunlar kural koyar, ama bu kurala bir yaptırım bağlamaz. Yaptırım bu normu tamamlayan bir başka normda vardır. İşte birbirini tamamlayan bu tip normlar varsa bunların yorumlanmasında sistematik yoruma başvurulabilir" [Gözler (2011) s. 234].

ifade etmektedir. Bu noktada UAD, bahsi geçen sözleşmeler ifadesinden, yalnızca genel sözleşmelerin -ki ilgili iki devletin tarafı olduğu deniz hukukunu kodifiye eden sözleşmeler de bu kapsamdadır- anlaşılacağını özellikle belirtmektedir. UAD'ye göre esasen bu durum, taraflar arasında mevcut uyuşmazlığın konusuna ilişkin yürürlükte bir özel sözleşme olmamasından kaynaklı değildir. Aksine bu durum, genel uygulamanın kural ve prensiplerinin kodifikasyon sözleşmelerinde tespit edilebilir olmasından ileri gelmektedir. Nihayet böyle sözleşmelerin arka planında uluslararası teamül hukuku olduğundan, teamül kuralları ışığında yorumlanmalıdır[837].

Aynı kararda UAD, Kanada ve ABD arasında sorun oluşturan kurallara ilişkin incelemesini, "temel norm"[838] mefhumunun daha bütüncül ve mahkemenin kendi düşüncesindeki daha belirgin bir reformasyonuyla sonuçlandırmaya çalışmıştır. Bu amaçla UAD, "mevcut hukuk kurallarına (*actual rules of law*)" dayanmıştır ki bu kurallar bitişik kıta sahanlığının sınırlanmasını düzenleyen devletleri bağlayan kurallardır. UAD söz konusu bu kararında 1969 yılındaki Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda kabul edilen sınırlandırmaya da dikkat çekmiştir[839].

Maine Körfezi Kararı dışında sistematik yorumun kullanıldığı düşünülen diğer bir karar UAD'nin 1986 yılında vermiş olduğu Nikaragua Kararı'dır. UAD bu kararla, teamül kurallarının içeriğinin diğer uluslararası hukuk kurallarına atıf yapılarak çıkarılabileceğini teyit etmekle kalmamış, aynı zamanda kodifikasyon sözleşmelerinin teamül kurallarının anlamını ortaya çıkarmada yardımcı olabileceğini de teyit etmiştir[840].

Daha evvel amaçsal yorum başlığı altında inceleme konusu edilmiş olan 1996 Nükleer Silahlar danışma görüşü ve bu danışma görüşüne farklı gerekçe bildiren hakim Ranjeva ve hakim Fleischhauer'in görüşleri, sistematik yorumun güzel bir diğer

---

837 Maine Körfezi Davası, UAD Kararı, s. 290- 291, p. 83, K.T. 12.10.1984.

838 Maine Körfezi Davası'nda Kanada ve Amerika'nın üzerinde ittifak ettikleri oldukça sınırlı hususlardan biri uluslararası hukukta bir temel normun var olduğuydu. Temel normun varlığı üzerinde hemfikir olunmasına karşın taraflar, temel normun tanımı noktasında ayrışmaktaydılar. UAD'ye göre, varlığı konusunda taraflarca anlaşılan temel normun içeriğinin, tarafların üzerinde uzlaşacakları şekilde reforme edilmesi daha işlevsel bir yoldur ve bu temel normun varlığı sadece mevcut anlaşmazlığın taraflarının değil, tüm devletlerin hukuki kanaatleri için geçerli olmalıdır. Bu bağlamda temel normun varlığı, uluslararası hukuki ilişkilerdeki gerçekliklerinin incelenmesinden anlaşılabilecektir (Maine Körfezi Davası, UAD Kararı, s. 299, p.112, K.T. 12.10.1984).

839 Maine Körfezi Davası, UAD Kararı, s. 295, 299, p. 98, 99, 111, K.T. 12.10.1984; Merkouris (2010) s. 218.

840 Merkouris (2010) s. 218.

örneğidir[841]. Uluslararası hukukun kural ve prensipleri arasındaki ilişkinin ele alınmış olduğu söz konusu kararda; özellikle aralarında herhangi bir hiyerarşi bulunmayan meşru müdafaa hakkı, insancıl hukuk prensipleri ile silahlı çatışmalarda uygulanacak kural ve prensiplerin, birbirlerine zıtlık oluşturabilecekleri durumlarda, birbirlerinin kullanımına engel olamayacakları ifade edilmiştir. Bu yorumdaki vurgu özellikle meşru müdafaa hakkının kullanımının engellenemeyeceğine yöneliktir. Hatta bu minvalde, nükleer silahlarla gerçekleştirilecek bir meşru müdafaa hakkının varlığı, diğer insancıl hukuk kuralları ve prensipleri karşısında bile kabul edilmekte ve bu hakkın kullanımı lehine yapılan yorumlara izin verilmektedir[842].

Söz konusu kararda farklı gerekçe bildiren Hakim Fleischhauer, nükleer meşru müdafaa hakkının kullanımının diğer uluslararası hukuk kuralları ve prensipleri ile çelişeceği durumlarda (mağdur olmuş devletin varlığını tehdit eden bir durumda başvurulacak son yol olarak nükleer silahların kullanımının hukukiliğinin tartışıldığı) ilgili kurallar ve prensipler arasında ortak bir payda aranması gerektiğini vurgular. Örneğin konuyla ilgili kurallar ve prensipler arasında ortak bir payda bulunması için ilgili sözleşmeler ve uluslararası teamül kurallarında ortak payda aranması gerekir. Eğer bunlarda herhangi bir ortaklık bulunamazsa, UAD Statüsü m.38/3'te sayılan üçüncü kaynak olan hukukun genel prensiplerinden hareketle bütün hukuk sistemlerinde ortak olan hukukun genel prensiplerinin, hiçbir hukuk süjesinin kendi varlığından vazgeçmeyeceği neticesine ulaştıran bir prensibi içerdiğini söylemek mümkündür[843]. Hakim Fleischhauer'e göre bu prensip, bütün modern hukuk sistemlerinde uygulanabilir olduğu gibi uluslararası hukukta da uygulanabilir[844]. Söz konusu bu farklı gerekçeden, sistematik yorum yöntemi aracılığıyla, son çare olarak başvurulan nükleer silah kullanımı ile insancıl hukuk kuralları arasında bir dengenin bulunabileceği sonucu çıkmaktadır. Yani teamül kurallarının yorumunda uygulanabilir olan sistematik yorumun özellikle teamüli karaktere sahip meşru müdafaa hakkı ile çoğu insancıl hukuk kuralının birbirlerine ya da hukukun genel

841 Merkouris (2010) s. 220.

842 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü (Hakim Fleischhauer'in Farklı Gerekçesi), s. 301, 308, K.T. 08.07.1996.

843 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü (Hakim Fleischhauer'in Farklı Gerekçesi), s. 308- 309, K.T. 08.07.1996.

844 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü (Hakim Fleischhauer'in Farklı Gerekçesi), s. 308- 309, K.T. 08.07.1996.

prensiplerine atıf yapılmak suretiyle uygulanabileceği söylenebilir[845].

3. YORUMUN SINIRI PROBLEMİ

Yorumun özellikle de uluslararası teamül kurallarının yorumunun, sınırlarını belirlemek kolay değildir. Sık sık değinildiği üzere, özü itibarıyla teamülün belirsiz bir hukuk kaynağı olması ve bizzat yorumun başlı başına esnek bir niteliğe sahip olması[846] yorumcuya geniş bir alan sunabilmektedir. Öyle ki yorumlama sürecinin yaratıcı bir süreç olarak kabul edilmesinin[847] bu geniş yorum alanının sonucu olduğunu söyleyebiliriz.

Yorumun yaratıcı bir süreç olduğunu kabul edenlerin yanı sıra, özellikle mahkemeler tarafından gerçekleştirilen yorum yoluyla hukukun geliştirilmesi fikrine ciddi biçimde karşı çıkanlar da vardır. Böyle bir karşı çıkışın temel gerekçesi ise, mahkemelerin hukuk yapıcı bir statüye sahip olmadıkları, ancak hukuk yapıcı bir otoriteye tabi oldukları kabulüdür[848]. Bu görüşün aksi istikametindeki bir başka görüşe göre ise, yorum yapan ister yargı kuruluşu olsun ister diğer bir aktör olsun, yorum faaliyetine belli bir amaçla başlar ve sonuç olarak kuralı yorumlayan, o kuralın oluşum sürecine katkı sağlamış olur[849].

Yargı kuruluşları tarafından yapılan yorumun sınırları konusunda birbirine zıt bu iki görüşten sonra, bu konuda iki ayrı mahkeme tarafından verilen iki önemli karara değinmek gerekir. Bu kararlar; UAD tarafından verilen Nikaragua Kararı ile YUCM tarafından verilen Tadic Kararı'dır. Bu iki karar, uluslararası teamül hukukunun sistematik ve amaçsal yorumunun yanı sıra aynı kuralın iki farklı mahkeme tarafından yorum yoluyla farklı şekilde uygulanması nedeniyle oldukça önemlidir[850].

Nikaragua Kararı'nda, teamül kurallarının diğer uluslararası hukuk kurallarına atıf yapılarak yorumlanması neticesinde, ABD ile kontrgerilla arasındaki ilişkinin "etkin kontrol" ölçütü ile belirlenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Diğer bir anlatımla UAD'ye göre, gerçek kişiler (ya da olay bazında devlet görevlisi olmayanlar) tarafından

---

845 Merkouris (2010) s. 221.

846 Villiger, s. 220; Hernández, s. 170.

847 Hollis, D.B. (2015) The Existential Function of Interpretation in International Law: Bianchi, Andrea/ Peat, Daniel/ Windsor, Matthew (Editörler) Interpretation in International Law, First Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 84.

848 Hernández, s. 181.

849 Venzke, Ingo (2012) How Interpretation Makes International Law On Semantic Change and Normative Twists, First Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 71.

850 Merkouris (2010) s. 228; Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 62, 64- 65, p. 109, 115, K.T. 27.06.1986.

gerçekleştirilen eylemlerin ABD'nin sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilmesi için, iddia edilen ihlallerin işlendiği sırada, askeri ya da paramiliter operasyonlar üzerinde devletin etkin bir kontrol sahibi olması gerekir[851].

Tadic Kararı'nda ise YUCM Temyiz Dairesi, gerçek kişilerin gerçekleştirmiş olduğu eylemlerden devletin sorumluluğu noktasında "genel kontrol" ölçütünü kabul etmiştir. Bu minvalde silahlı güçlerin gerçekleştirmiş olduğu eylemlerin devlete atfedilebilmesi ya da ilgili silahlı çatışmaların uluslararası kabul edilebilmesi için gereken "genel kontrol" şartı, bu tür silahlı güçlerin finanse edilmesi ve donanımının sağlanmasının ötesinde, askeri operasyonların planlanması ve denetlenmesini de kapsayan bir çerçeveye sahip kılınmıştır[852].

Yorumun sınırına bakan boyutları itibarıyla bu şekilde özetlenebilecek olan bu iki kararda, gerçek kişilerin eylemlerinden devletin uluslararası sorumluluğu konusundaki uluslararası teamül kuralı[853], iki ayrı mahkeme tarafından iki farklı şekilde yorumlanmıştır. Farklı mahkemeler tarafından aynı kural uygulanırken farklı sonuçlara ulaşılması, mahkemelerin yorum konusunda ne denli geniş bir alana sahip olduklarının göstergesidir[854]. Mahkeme kararları arasındaki böyle çelişkileri/çatışmaları engelleyen herhangi bir kuralın olmaması[855] da yorumun sınırsız olduğu savunusuna kapı aralamaktadır.

Sınırsız olarak algılanabilecek yorum faaliyetinde özellikle de uluslararası teamüllerin yorumunda çatışmayı önleyici vasıtalar bulunabilir. Örneğin, teamül kuralını yorumlayan makam ya da kişi, aynı kuralı düzenleyen ve bu kuralın yorumuna da yer

---

851 Merkouris (2010) s. 224.

852 Merkouris (2010) s. 223- 224.

853 Uluslararası Haksız Fiillerden Devletlerin Sorumluluğu başlıklı 2001 tarihli UHK Taslağı, bu alandaki teamül kurallarının kodifiye edilmiş hali olarak kabul edilmektedir [Pirim, Ceren Zeynep (2012) "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme", Milletlerararası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, V. 32, S. 2, s. 147]. İlgili taslağın teamül olarak kabul edilen ve devlet tarafından yönetilen ve kontrol edilen davranış başlığını taşıyan 8. maddesi şu şekildedir: "Bir kişi veya kişi grubu, bir davranışı gerçekleştirirken bir devletin kontrolünde, yönlendirmesi altında veya talimatıyla hareket ederse, o kişinin ya da kişi grubunun davranışı uluslararası hukuka göre o devletin eylemi kabul edilir". 2001 tarihli UHK Taslağının İngilizce metni için bkz. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, s. 47, s.e.t. 11.06.2019.

854 Merkouris (2010) s. 224.

855 Merkouris (2010) s. 226.

veren kodifikasyon sözleşmelerine başvurarak söz konusu çatışmaya engel olabilecektir[856]. Yazılı kuralın yazılı yorumu, yorumcunun işini bir hayli kolaylaştıracaktır. Yorumcunun bu yönde davranmasına engel olacak aksine bir kural yoktur. Ancak belirtmek gerekir ki kodifikasyon sözleşmesi esas alınarak yapılan teamül kuralı yorumunda, evvela teamül kuralının varlığı tespit edilmelidir[857].

Açıkça görüldüğü üzere, aynı kuralın iki farklı şekilde yorumu sonucu iki farklı uygulamanın ortaya çıkmış olması, yorum yoluyla yeni bir teamül kuralının oluşturulup oluşturulamayacağı tartışmalarını gündeme getirmektedir. Başka bir deyişle, yorum yoluyla ulaşılan sonucun yeni bir kural olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durulması gereken önemli bir mesele haline gelmektedir. Yorum yoluyla mevcut bir teamül kuralında da değişiklik meydana gelebilir.

Belirtmek gerekir ki, yeni teamül kuralı, herhangi bir uluslararası sözleşme kuralının yorumu sonucunda da oluşabilir. Zira, yorum yoluyla sözleşme metninden sapılabilir ve kural değişikliğe uğrayabilir. Özellikle bildirici nitelikte ve uygulama konusunda katı kuralları barındırmayan çok taraflı uluslararası bir sözleşmeye taraf olanların, söz konusu sözleşmeyi birbirlerinden farklı şekillerde uygulamasıyla böyle bir sonuca ulaşılabilir[858]. Zira uluslararası teamüllerin oluşum şekli konusunda ne UAD Statüsü m.38'de ne de başka bir uluslararası düzenlemede herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçekten de başlı başına hem bir teamül kuralı hem de bir antlaşma hükmü olan UAD Statüsü m.38 sadece uluslararası teamül kurallarının unsurlarını düzenlemekte, teamül kurallarının nasıl oluşturulacağı ya da oluşumu için gereken ön koşulların neler olabileceği konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir[859].

Yeni bir teamül kuralına vücut verebilecek uluslararası enstrümanlar uluslararası sözleşmelerle sınırlı değildir. BM Genel Kurul Kararları, henüz yürürlüğe girmemiş antlaşmalar ile UHK taslaklarının yorumu yoluyla da yeni bir teamül kuralının oluşması

856 Öktem, s. 312.

857 Öktem, s. 312.

858 Villiger, s. 220. Söz konusu sözleşme kuralındaki bu tür bir değişiklik, sözleşmenin farklı uygulanması ya da sözleşmenin ihlali şeklindeki bir istisnadan kaynaklanabilmektedir. Böyle bir değişiklik, elbette kısa süre içinde gerçekleşmeyebilecektir. Zira nihayetinde ahde vefa prensibi gereği uluslararası bir sözleşme hükmüne bağlılık söz konusudur. Bu bağlamda, özellikle yeni bir teamül kuralını oluşturan devlet uygulaması ve *opinio juris* unsuru gerekliliği de göz önüne alındığında, değişiklik hızlı bir şekilde meydana gelmeyecek, aşamalı olarak gerçekleşebilecektir (Villiger, s. 218, 223).

859 Villiger, s. 186.

mümkündür[860].

C. BAZI ULUSLARARASI YARGI KARARLARININ TEAMÜL KURALLARININ GELİŞİMİ EKSENİNDE İNCELENMESİ

Bu başlık altında uluslararası hukukun yardımcı kaynağı kabul edilen yargı kararlarının, uluslararası hukukun bağlayıcı kaynağı olan teamül hukukunun gelişiminde ne gibi rolleri olduğuna değinmeye çalışacağız. Ancak öncelikle teamülün belirsiz niteliğinin ne gibi sonuçları olduğundan kısaca bahsetmek gerekmektedir. Zira uluslararası yargı kuruluşlarının[861] teamül gelişimindeki rolleri, en belirgin şekilde bu belirsizlik ekseninde ortaya çıkmaktadır.

Yazılı olmayan bir hukuk kaynağı olan teamülün belirsizliği, uygulanması açısından bir öngörülemezlik sorunu oluşturur. Teamülün tespiti de özellikle bu sorunu çözmeye dönüktür. Böyle bir sorunun ortaya çıkmış olması başlı başına bir dezavantaj olsa da bu sorun uluslararası yargı kuruluşlarına tespit ile birlikte yorum imkanı tanıması açısından bir avantaja dönüşebilmektedir. Her iki açıdan da bu belirsizliğe rağmen teamül hukuku, uzun yıllardan beri varlığını sürdürmekte ve önemini korumaktadır. Uluslararası hukuktaki birçok alanın teamüli bir kökene sahip olması bunun en önemli kanıtıdır. Örneğin, diplomatik dokunulmazlık hukuku, teamüli olarak ortaya çıkmıştır ve bu şekilde varlığı devam eden birçok kurala sahiptir. İlgili konular kodifikasyon yoluyla yazılı hale getirilmiş olsalar da teamül olarak varlıklarını, bağlayıcılıklarını ve gelişimlerini sürdürmektedirler[862]. Söz konusu teamüllerin devlet çıkarlarıyla bağdaşmadığı durumlarda bile bağlayıcı kurallar olduğu kabul edilmiştir[863].

Teamül hukukunun belirsizliğinin sonuçları hususunda bir diğer tartışma, teorik kabule göre teamül hukuku kuralının varlığının ne başka bir hukuk kuralından ne de

860 Villiger, s. 193.

861 Belirtmekte yarar görülmektedir ki, gerek bu başlık altında gerek çalışmanın bütününde uluslararası yargı kararları ifadesinin, önceki bölümlerde tespit edilen sınırlar çerçevesinde UAD, bazı *ad hoc* mahkemeler, UCM, UDHM, AİHM gibi belirli yargı kuruluşlarının kararlarını kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Ancak konunun niteliği gereği yer yer bu kapsam dışında kalan uluslararası yargı kararlarına değinmek elzem olabilmektedir.

862 Bodansky, Daniel M. (1995) "The Concept of Customary International Law", Michigan Journal of International Law, V. 16, I. 3, s. 668.

863 Bodansky, s. 668.

herhangi bir mahkemede uygulanmasından kaynaklanıyor olmasından ortaya çıkmaktadır[864]. Teamül kuralları mahkemelerce uygulanmadan önce de hem hukukun kendisi hem de hukukun kaynağı olarak vardır. Öğretide aksini iddia edenler ise, teamülün bir hukuk olarak kabul edilmesini, egemen tarafından benimsenmesine veya bir mahkeme tarafından uygulanmasına bağlamıştır[865].

Tek bir egemen güçten yoksun[866] uluslararası hukuk düzeninde uluslararası yargı kuruluşlarının kural oluşumundaki rolü konusunun tartışılageldiği görülmektedir. Yargı kuruluşlarının, özellikle yeni uluslararası hukuk kuralının uluslararası toplum tarafından kabulü konusunda bir baskı unsuru oluşturabileceği de ileri sürülmektedir[867].

Uluslararası toplum üzerinde bu denli etkili olduğu düşünülen uluslararası yargı kuruluşlarının, teamülün oluşum ve gelişimi noktasında temel etkilerinden birinin de ahlaki değerler bazlı karar vermelerinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Uluslararası yargı kuruluşlarının hukuk dışı, ahlaki mülahazalar temelinde kararlar vermelerinin hukuk yapımı anlamına geldiğini ve hatta bu gibi kararların yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralı için örnek teşkil edebildiklerini savunanlar vardır[868]. Gerçekten de bir bütün olarak yargılama faaliyetinin değerlendirmesi yapıldığında mahkemelerin, statüleri ile sınırlı kalmadıkları ve kalmayacakları da açıkça görülecektir. Zira Vicufia'nın ifadesiyle, bir mahkeme yargılama sırasında yeni bir tanımlamanın ya da herhangi bir uluslararası antlaşma kuralının ötesine geçmenin gerekli ve uygun olduğu her durumda sınır aşımı yapabilecek bir konuma gelmektedir[869]. Söz konusu sınır aşımı özellikle de ahlaki mülahazalar gereği yapılmış ise, uluslararası toplum tarafından da daha kolay kabul edilebilecektir[870].

---

864 Dahlman, s. 328.

865 Dahlman, s. 329.

866 Yoksun kelimesi uluslararası hukukun yapısı açısından, özellikle bir otoritenin gerekli olup olmadığı konusunda tartışmalı olabilir.

867 Decaux, Emmanual (2003) "Customary International Law: A Reappraisal": Terrorism, Victims and International Criminal Responsibility, SOS Anttentats in partnership with The Irish Center for Human Rights of Galway & The International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences of Syracuse (Italy) under the editorschip of Ghislaine Doucer, SOS Attentats, s. 326'dan aktaran: Öktem, s. 197.

868 Schilling, s. 86; Arajärvi (2008) s. 90.

869 Vicufia, F. (2005) "Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?", Estudios Internacionales, 148, p. 21, 25- 6'den aktaran: Chan, s. 51.

870 Bu konuya ilişkin karar örneklerine yeri geldikçe değinilecektir.

Yargı kuruluşlarının, hukuk kuralı yerine ahlak kurallarını uygulayarak[871], yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşumu sürecine katkı sağladığı durumlarda ise, hukuku uygulamama eyleminin uluslararası hukuk sistemine dahil edileceği sonucu çıkarılabilir.

Uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası teamül kurallarının oluşumuna ne gibi etkileri olduğu noktasında, çok daha basit gibi görünen ancak hayli efektif olgular karşımıza çıkar. Örneğin, bazen bir uluslararası yargı kuruluşunun bir açıklaması uluslararası toplumun dikkatini bir uygulamaya çekebilir ve böylece herhangi bir kuralın oluşumunu hızlandırabilir[872]. Bunun yanı sıra uluslararası yargı kuruluşlarının kararları, açıklamaları ve görüşleri üzerinden hukuk oluşumuna doğrudan katıldıkları söylenebilir[873]. Belirtmek gerekir ki teamül özelinde bu türden etkiler sadece uluslararası yargı kuruluşları tarafından değil, ulusal yargı kuruluşları tarafından da gerçekleştirilebilir.

Yargı kuruluşları tarafından uluslararası teamül kurallarının gelişimine yapılan katkı konusunda esas mesele, yapılan katkının fiiliyatta ne denli geçerli olduğu, diğer bir ifadeyle reelde bir karşılığının olup olmadığıdır[874]. Sadece yargı kuruluşlarının kendi aralarında değil, aynı zamanda UHK gibi uluslararası hukukun kodifikasyonunda önemli rol oynayan diğer uluslararası kuruluşlarının, öğretiyi oluşturan yetkin yazarların yazılarının, yargı kararlarına yaptığı atıflar bile[875], tek başlarına söz konusu inkara karşı güçlü bir argüman niteliğindedir. Zira böyle bir davranış, uluslararası yargı kuruluşlarının otoritesinin kabul edildiğine işaret etmekte, bu bağlamda uluslararası yargı kuruluşlarının uluslararası teamül kurallarının oluşumunda belli bir rolü olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır.

Yargı kararlarının uluslararası hukuktaki konumu noktasında mevcut hale göre

---

871 Bu görüşe göre, esas tartışılması gereken hukukun uygulanmaması değil, hukuku uygulamamanın hangi gerekçelere dayandırıldığıdır. Zira eylem ilk bakışta hukuka ya da ahlaka aykırıysa gerekçe gerekmektedir. Mahkemeler ilk bakışta mevcut hukuku uygulamanın hukuki ya da ahlaki olarak gerekli olup olmadığının muhakemesini yapmalıdırlar. İlgili görüşe göre yargı kuruluşları ya da hakimlerin bu şekilde davranmaları hukuka aykırı değildir. Hukuku uygulamamak, herhangi hukuki bir yasağı da ihlal etmemektedir. Hukuk sadece ilgili standartları göstermekte, hakimlere bir rehberlik süreci sunmaktadır. Mahkemelerin hukuku uygulamasının umulduğu zira bu düşünceyle oluşturuldukları da eklenmiştir (Schilling, s. 74).

872 Wolfke, s. 73.

873 Wolfke, s. 73.

874 Wolfke, s. 73- 74.

875 Wolfke, s. 74.

marjinal olan bir görüş ise Hukukçular Danışma Kurulu (HDK)'nun 1920 yılındaki müzakereleri sırasında ortaya atılmıştır. Buna göre yargı organı faaliyetleri, uluslararası antlaşmalar ve uluslararası teamüllerden sonra uluslararası hukukun üçüncü tür bağlayıcı kaynağı olarak kabul edilebilir. Bu iddia, özellikle yargı kararının uluslararası hukukun oluşum kaynağı olduğu kabulü üzerinde şekillenmektedir[876].

Belirtmek gerekir ki bahse konu marjinal kabul edilen görüş azınlıkta kalmış, baskın görüşün galip gelmesi sonucu yargı kararının hukuk kurallarının belirlenmesinde ikincil bir kaynak olduğu hükme bağlanmıştır. Bu kabulde siyasi tercihlerin önemli derecede etkisi vardır. Çoğunluğun tercihi, uluslararası yargı kuruluşlarının, uluslararası kuralların (konumuz özelinde teamül kurallarının) oluşumundaki etkisinin hep asgaride tutulması gerektiği yönünde olmuştur. Aksi halde uluslararası yargı kuruluşlarının takdir yetkilerini kötüye kullanabileceklerinden, hatta taraflarca kabul edilmemiş kurallara dayanabileceklerinden korkulmaktadır. Zira kötüye kullanımın belirsizliğin en çok olduğu yerde yaygın olduğu kabul edildiğinde, özellikle uluslararası teamül kurallarının belirsiz doğası göz önüne alındığında, bu korkunun tamamen yersiz olduğu söylenemez.

Bu korkunun tamamen yersiz olmadığı açık olmakla birlikte, teamül kuralları kapsamında değerlendirildiğinde, yazılı olmayan bir kaynak olması nedeniyle "emredici bir metine" sahip olmaması ile teamülün içeriğinin belirsizliği teamülü öngörülmez kıldığından, UAD'nin UAD Statüsü m.38'e ilişkin yorumlarına güvenilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir[877]. Aynı eksende Cassese, uluslararası hukukun gelişmekte olan niteliğinden yola çıkarak, "…merkezi bir yasama organı ve zorunlu yargı yetkisiyle donatılmış merkezi bir yargı kuruluşunun olmayışı sebebiyle, UAD gibi yetkili mahkemelerin kararlarının, teamül kurallarının; varlığının kabul edilmesi, içeriğinin, kapsamının belirlenmesi, yeni kavramların gelişiminin teşvik edilmesi konusunda çok büyük öneme sahip olduğu"[878] tezini savunmaktadır. Görüleceği üzere, normal şartlarda UAD Statüsü m.38/1-d'de "hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı bir kaynak" rolü verilen yargı kararlarına, pozitif hukukta olandan fazla bir rol biçilmektedir. İkincil kaynak olarak yalnızca uluslararası teamül kurallarının kanıtı olabilen ilgili kararlara uygulamada, "bu kanıtsal rolün ötesinde mevcut uluslararası hukukun emredici ifadeleri"

876 Wolfke, s. 74.

877 Chan, s. 44; Cassese (2005) s. 194- 195.

878 Cassese (2005) s. 194- 195.

olarak da bakılmaktadır[879].

İhtiyatlı yaklaşımlara rağmen, uluslararası yargı kuruluşlarının kendilerini sadece uluslararası teamül kurallarının belirlenmesi ile sınırlı görmedikleri bilinmektedir. Yargı kuruluşlarının, hukuk oluşum alanlarına girerek rollerini genişlettikleri kabul edilmekle birlikte (bu şekilde bir görev ve yetkileri olmamasına rağmen) devlet uygulaması ve devlet rızasından bahsetmeden teamül kuralı oluşturuyor gibi görünmeleri sorunlu bulunmaktadır[880]. Özellikle deniz alanlarının sınırlandırılması gibi teamül kurallarının tespitinin konu edildiği davalarda, mahkemelerin konuyla ilgili devlet uygulaması araştırmak yerine, önceki davalara atıf yapmaları sorunlu görülmektedir. Öyle ki bu durumda, tespit edilen kural için teamül kuralı adlandırmasının yerinde olmayacağı, hakimin takdir yetkisinin ön planda olması nedeniyle, hakim yapımı kural adlandırmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir[881]. Uluslararası yargı kuruluşlarının birbirlerinin teamülü tespit ettikleri kararlarını bu şekilde sorgulamaksızın uygulamaları, halihazırda kendisinden şüphe duyulan teamül kurallarının belirsizliğini arttıracak ve dolayısıyla teamül kurallarının meşruiyetine halel getirecektir[882]. Bu durum teamülü, "hukuki bir faraziyeden öte olmayan gizemli bir fenomene"[883] dönüştürmektedir.

1. KARARLARI IŞIĞINDA ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDEKİ ROLÜ

UAD'nin uluslararası teamül hukukunun gelişimindeki rolüne dair UAD kararlarını ele almadan önce, UAD'nin rolüne ilişkin genel değerlendirmelerden bazılarına değinmek konunun daha iyi anlaşılmasına vesile olacaktır. Teamül konusunda UAD, kimi uluslararası mahkemeler tarafından kararlarına başvurulan bir otorite olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda UAD kararları, bir uluslararası antlaşma kuralının teamüli karakterinin tespitinde başvuru kaynağı olabilmektedirler. Örneğin YUCM birçok kararında, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. maddenin teamüli karakterinin belirlenmesinde, UAD'nin 1986 Nikaragua Kararı'nda ortaya koyduğu "ortak

879 Higgins, Rosalyn (2002) Problems and Process: International Law and How We Use it, Clarendon Press, Oxford, s. 202'den aktaran: Chan, s. 46.

880 Chan, s. 44.

881 Thirlway, Hugh (2005) "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960- 1989", British Yearbook of International Law, V. 76, I. 1, s. 116'den aktaran: Chan, s. 48; Chigara, s. 438.

882 Chigara, s. 438.

883 Dunbar, N. C. H. (1983) "The Myth of Customary International Law", Australian Year Book of International Law, V. 8, S. 1, s. 18- 19; Chigara, s. 438.

3. maddenin uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilecek belirli kuralları tanımladığı"[884] yönündeki görüşüne atıf yapmaktadır[885]. Bu genel bilginin ardından ilgili UAD kararlarını sırasıyla incelemek yerinde olacaktır.

1.1. Bozkurt-Lotus Kararı

Konumuzun başlığı her ne kadar UAD kararlarını incelemeye dönük olsa da UAD'nin selefi USAD'nin vermiş olduğu meşhur Bozkurt-Lotus Kararı'na değinmek elzemdir. Zira UAD gibi USAD da özellikle bu kararıyla uluslararası hukukun gelişiminde önemli bir rol almıştır.

2 Ağustos 1926 tarihinde Bozkurt isimli Türk bandıralı gemi ile Lotus isimli Fransız Ticaret gemisinin Ege Denizi açıklarında çatması sonucu, Bozkurt gemisi batmış ve mürettebattan sekiz kişi boğulmuştur. Lotus gemisi, Bozkurt'un kurtarılan kaptanı ve birkaç mürettebatıyla birlikte İstanbul'a demirlemiştir. Mağdur aileleri tarafından İstanbul'da taksirle adam öldürme iddiasıyla Bozkurt'un kaptanı ve Lotus'un yardımcı kaptanı aleyhine açılan davada her iki kaptan da suçlu bulunmuş ve haklarında hapis ve para cezasına hükmedilmiştir. Türk Mahkemesi'nin kendisini açık denizde meydana gelen çatma hadisesinde yabancı bayraklı gemi kaptanını yargılamaya yetkili görmesine, Fransız devleti itiraz etmiştir. İtiraz üzerine Türkiye Cumhuriyeti konuyu USAD'a götürmeyi teklif etmiş ve bu teklif Fransa tarafından kabul görmüştür[886].

USAD, önüne gelen davayı teamül hukuku bağlamında incelemiş, Türkiye'nin yargılama yapmasını engelleyen bir uluslararası teamül kuralının gelişip gelişmediği sorusuna cevap aramıştır. İncelemesi sonucunda Mahkeme, bu konuda sadece birkaç mahkeme içtihadı bulunduğunu ve bunların Türk tarafının yargı yetkisi kullanmasını

---

884 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 113- 114, p. 218, K.T. 27.06.1986.

885 YUCM'nin UAD'ye atıf yaptığı kararlar şu şekildedir: Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-94-1, p. 93, 98, 102, 117, p. 220, K.T. 02.10.1995; Furundžija Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-95-17/1-T, s. 53, p. 138, K.T. 10.12.1998; Aleksovski Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-95-14/1-T, s. 18, p. 50, K.T. 25.06.1999; Halilovic´ Kararı, YUCM Kararı, Dava No. IT-01-48-T, s. 9, p. 25, K.T. 16.11.2005; Mrksic´ Temyiz Kararı, YUCM Kararı, Dava No. IT-95-13/1-A, s. 28, p. 70, K.T. 05.05.2009; Delalic´ Kararı, YUCM Kararı, Dava No. IT-96-21-T, s. 111, p. 303, K.T. 16.11.1998. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rauter, Thomas (2017) Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege, Salzburg, Springer, s. 216. Belirtmek gerekir ki ileride, UAD ya da başka bir uluslararası mahkemenin uluslararası teamül hukuku kuralı ilanına yapılan atıflara getirilen olumlu ve olumsuz eleştiriler ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

886 Tezcan, Durmuş (1994) "Bozkurt-Lotus Davasının Uluslararası Hukuktaki Önemi ve Yeri", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 4, s. 267 -268.

engelleyecek bir kural meydana getirmediklerini ifade etmiştir[887].

Davada Türk tarafı, yargılama yetkisinin varlığını mağdura göre şahsilik prensibine dayandırırken uluslararası hukuk öğreti ile ulusal yargı örneklerinin bu prensibin bir teamül normu olduğuna kanıt oluşturduğunu ileri sürmüştür. Türk tarafına göre bunun aksini gösteren bir kural da söz konusu değildir. USAD ise kararında, cezai konularda münhasır yargı yetkisinin bayrak devletine ait olduğunu gösteren bir kuralın varlığı iddiasını kabul etmemiş, dava konusu olayda her iki devletin de yargılama yetkisinin bulunduğu sonucuna varmıştır[888].

Teamül hukukunun oluşumu bakımından önem taşıyan Bozkurt-Lotus kararının dikkat çeken bir diğer yönü muhalif görüşlerdir. Kararın bütününe ve özellikle muhalif görüşlere bakıldığında, bütün uluslararası hukuk kurallarının oluşumunun iradeci teoriye dayandığı görülmektedir. USAD'a göre, devletin salt pasif bir davranışı, bir kuralın teamül olarak kabulü için yeterli olmayacaktır. Bir ihmale kanıt değeri atfedilebilmesi için her zaman bundan fazlası gerekecektir[889].

Kararın bir diğer dikkat çekici noktası teamülün odağı (esası) noktasında görüş ayrılıklarıdır. Hakimlerin bir bölümü teamül oluşumunda esas olanın *opinio juris* unsuru olduğunu vurgularken diğer bazı hakimler teamülün esas unsurunun devlet uygulaması olduğunu savunmaktadır[890]. Hakim Weiss ise muhalif görüş yazısında, uluslararası hukukun tek kaynağının konsensüs (*consensus omnium*) olduğunu ileri sürmüştür[891].

1.2. Sığınma Hakkı Kararı

UAD ve teamül hukuku temelinde inceleyeceğimiz ilk karar, 3 Ocak 1949 tarihinde, Peru vatandaşı olan ve askeri bir isyanı başlatmakla suçlanan siyasi lider Victor Raúl Haya de la Torre'ye Lima'daki Kolombiya Büyükelçiliği tarafından siyasi sığınma verilmesi üzerinde açılan davanın sonucunda ortaya çıkmıştır[892].

İlgili davada Kolombiya, Latin Amerika Devletleri arasında dolayısıyla diğer Latin

887 Bozkurt- Lotus Davası, USAD Kararı, Series A.-No. 10, s. 28, K.T. 07.09.1927.
888 Bozkurt- Lotus Davası, USAD Kararı, Series A.-No. 10, s. 30, K. T.07.09.1927.
889 Schlütter, s. 125.
890 Schlütter, s. 126.
891 Bozkurt- Lotus Davası, USAD Kararı (Hakim Weiss'in Muhalif Görüş Yazısı), Series A. No. 9, s. 43-44, K.T. 07.09.1927.
892 http://www.icj-cij.org/en/case/7, s.e.t. 08.07.2018.

Amerika devletleri için de geçerli-bağlayıcı ve kesin olan bölgesel bir teamül kuralına vücut veren diplomatik sığınma geleneğinin olduğunu iddia etmiştir. Kolombiya bu iddiasını da 19. yy. başlarındaki uluslararası sözleşmelerle[893] ve iade antlaşmalarıyla desteklemeye çalışmıştır[894].

Davada sunulan bilgiler ışığında UAD ileri sürülen diplomatik sığınma uygulamasında tutarsızlıklar olduğunu; gerek devletler tarafından verilen birbiriyle çelişkili resmi görüşlerin gerekse de bazısı kabul gören bazısı ise reddedilen çok sayıda sözleşmenin hukuk olarak kabul edilebilecek bir kurala kanıt oluşturamayacağına karar vermiştir. UAD ayrıca siyasi çıkarlar etrafında çevrelenen ilgili bulguların, düzenli ve tutarlı bir uygulama oluşturmadığını da belirtmiştir[895]. Bu gerekçelerle UAD, Kolombiya'nın diplomatik sığınma verme yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir.

1.3. Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı

Uluslararası teamül hukukunun varlığının tespiti amacıyla UAD önüne götürülen bir diğer dava, 1969 tarihli Almanya Federal Cumhuriyeti ile Danimarka ve Almanya Federal Cumhuriyeti ile Hollanda arasındaki kıta sahanlığının sınırlandırılması mevzusunda ortaya çıkan bir uyuşmazlıkla ilgilidir. 1964 yılında Almanya ve Hollanda arasında, 1965 yılında ise Almanya ve Danimarka arasında yapılan antlaşmalar ile kıta sahanlığı, sadece kıyı çevresindeki alan için belirlenmişti. Ancak Kuzey Denizi'nde birbirine komşu olan söz konusu ülkelerden Hollanda ve Danimarka'nın, Federal Almanya'nın menfaatlerine aykırı olan 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m.6'da[896] geçen eşit uzaklık prensibini

---

893 Bahsi geçen sözleşmelerden biri 1928 tarihli Pan-Amerikan Havana Sığınma Sözleşmesi'dir. İlgili Sözleşme, siyasi sığınma ile ilgili belli kurallar içermekte ancak bir devlete ihlali belirleme konusunda tek taraflı bağlayıcı bir yetki vermemektedir. Bununla birlikte Kolombiya bu yetkinin Sözleşmede ima edildiğini ve bunun iltica kurumunun gereği olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sığınma Hakkı Davası, UAD Kararı, s. 275, K.T. 20.11.1950.

894 Schlütter, s. 127.

895 Sığınma Hakkı Davası, UAD Kararı, s. 277- 278, K.T. 20.11.1950; Schlütter, s. 127; Cassese (2005) s. 163- 165.

896 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir:
"Aynı kıta sahanlığı, sahilleri karşı karşıya bulunan iki ya da daha çok devletin ülkelerine bitişik bulunması halinde, bu devletlerden her birine ait olan kıta sahanlığının sınırları bunlar arasındaki antlaşma ile belirlenir. Böyle bir anlaşmaya varılamazsa veya hususi şartlar başka bir sınır hattı kabulünü haklı göstermiyorsa, kıta sahanlıkları arasındaki sınır, bütün noktaları bu devletlerden her birinin karasularını genişliğini sınırlamada başlangıç olarak kabul edilen esas hatların en yakın noktalarına eşit mesafede bulunan bir orta hat (median line) ile belirlenecektir".
1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir:

benimsemiş olmaları üzerine Federal Almanya, UAD'ye başvurmuştur. Ayrıca kıta sahanlığı sınırlandırmasında esas alınması gereken uluslararası hukuk kural ve prensiplerinin belirlenmesini istemiştir[897].

Başvurusunda Federal Almanya, 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesini onaylamadığını, Sözleşme'nin ilgili hükmünün bir teamül kuralı oluşturmadığını gerekçe göstererek Sözleşme hükmüyle bağlı olmadığını iddia etmiştir. Nihayet başvuruya konu uyuşmazlık üzerinde bahsi geçen üç devletin yaptığı antlaşma ile UAD'den, aralarındaki kıta sahanlığı sınırlarının belirlenmesi değil, bu konudaki geçerli kuralların belirlenmesi talep edilmiştir[898].

Bahse konu davada UAD ilk olarak 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin daha önce var olan veya gelişmekte olan bir uluslararası teamül kuralını somutlaştırıp somutlaştırmadığını incelemiştir. UAD bu incelemesine ise, herhangi bir uluslararası antlaşma hükmünün uluslararası teamül hukuku statüsü kazanabileceği kabulüyle başlamıştır. Bu kabul için de UAD, hükmün genel bir hukuk kuralının temelini oluşturmak gibi kural oluşturan bir karaktere sahip olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Ayrıca UAD ilgili olay bazında Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin ne kodifikasyonu esnasında ne de daha sonraki devlet uygulamalarında böyle bir sonuca ulaşılabildiğine hükmetmiştir[899]. Dolayısıyla genel bağlayıcı bir norm oluşturduğuna dair inancın görülmediğini ifade etmiştir.

Tüm bu çıkarımlardan hareketle UAD, Hollanda ve Danimarka'nın ileri sürdüğü eşit uzaklık prensibinin; uluslararası teamül hukukundan bağımsız bir prensip olduğuna ve tarafların ileri sürdüğünün aksine, kıta sahanlığının sınırlandırılmasında kullanılan esas

---

"Aynı kıta sahanlığının, bitişik iki devletin ülkelerine bitişik olması halinde, kıta sahanlığının sınırı bu devletler arasındaki antlaşma ile belirlenecektir. Böyle bir anlaşmaya varılamazsa veya hususi şartlar başka bir sınır hattı kabulünü haklı göstermiyorsa, sınır bu iki devletten her birinin karasularının genişliğini sınırlamada başlangıç olarak kabul edilen esas hatların bütün noktalarına eşit mesafede bulunma prensibinin uygulanması ile tespit edilir".

Sözleşme metni için bkz. http://treaties.fco.gov.uk/treaties/treaty.htm, s.e.t. 12.07.2018; Meray, Seha L. (1958) "Kıta Sahanlığı Hakkında Cenevre Sözleşmesi (1958)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 4, s. 92.

897 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı, UAD Kararı, K.T. 20.02.1969.

898 Schulte, Costanze (2004) Compliance with Decisions of the International Court of Justice, First Edition, Oxford, Oxford University Press, s. 137- 138.

899 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı, UAD Kararı, s. 41, p. 71, K.T. 20.02.1969.

olan tek yöntem (usul) de olmadığına dikkat çekmiştir[900]. Buna karşın, hakim Sørensen muhalif görüşünde (*dissenting opinion*) Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin, devlet uygulamaları için yetkin bir rehber ve yeni teamül kurallarının kristalize olabileceği bir çekirdek (*nukleus*) olarak hizmet edebileceğini de ifade etmiştir[901].

Kararın bütününe bakıldığında, sık sık teamülün oluşumunun ve diğer kurallardan ayırt edilmesinin zorluğuna değinilmiş, BM Antlaşması ışığında gelişen sözleşme süreçlerinin bile (çoğunluk tarafından kabul edilmiş bir sözleşme olan BM Antlaşmasına uyum normatif değeri arttıran bir faktör olarak görülmektedir) teamül oluşum ve tespit sürecinin zorluğunu azaltmadığı vurgulanmıştır[902]. Belirtmek gerekir ki bu yönüyle karar, UAD Statüsü m.38/1-b'de önerilen uluslararası teamül hukuku oluşum yönteminin yetersizliğini de teyit eder niteliktedir[903].

Karar incelendiğinde görülmektedir ki UAD, pozitivist ve muhafazakar bir yaklaşımla, Hollanda ve Danimarka'nın uygulamasının teamül kuralı oluşturabilmesi için, uygulamanın hukuki bir yükümlülük bilinciyle, menfaatleri özel olarak etkilenen devletler dahil bütün devletlerin temsil edici bir çoğunluğu tarafından paylaşılması ve tekdüze olması gerektiği vurgusu yapmaktadır. Buradan hareketle UAD, dava konusu Cenevre Sözleşmeleri m.6/1 ve m.6/2'nin, iddia edildiği gibi bir uygulamaya konu olmadığını hatta bu maddelere karşı çekinceler ileri sürüldüğünü ifade etmiştir[904]. Ayrıca ileri sürülmektedir ki Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda UAD, *opinio juris* unsuruna ağırlık vermemiş,

---

900 Schlütter, s. 131.

901 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı, UAD Kararı (Hakim Sørensen'in Muhalif Görüş Yazısında), s. 244, K.T. 20.02.1969. Uluslararası antlaşma ve uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişkiye dönük benzer yönde bkz. Cunningham, s. 539.

902 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı, UAD Kararı (Hakim Sørensen'in Muhalif Görüş Yazısında), s. 246, K.T. 20.02.1969.

903 Schlütter, s. 132.

904 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı, UAD Kararı, s. 42, p. 73, K.T. 20.02.1969; Roach, J. Ashley (2014) "Today's Customary International Law of the Sea", Ocean Development and International Law, V. 45, I. 3, s. 247. Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davasında ileri sürüldüğü şekilde eşit uzaklık prensibinin uluslararası bir teamül kuralı olmadığı, teamüli niteliğini destekleyecek devlet uygulamalarına da rastlanmadığı söylenebilir. Hatta kıta sahanlığının sınırlandırılmasında eşit uzaklık prensibini savunanların bile bu prensibi destekleyecek devlet uygulaması ortaya koymadıkları ileri sürülmüştür. Dolayısıyla, hakça prensiplerin uygulamadan ortaya çıktığı iddiası da tamamen varsayımsal görülmektedir [Cai, Ying (2006) "International Law Principles of Continental Shelf Delimitation and Sino-Japanese East China Sea Disputes" (Yüksek Lisans), World Maritime University, s.33].

çoğunlukla devlet uygulaması unsuru üzerinden ilerlemeye çalışmıştır[905].

Her ne kadar teamül hukuku kuralının unsurlarının mahkeme tarafından belirlenmesi basit bir tespit işlemi gibi görünse de hukuk oluşumuna dönüşebilecek niteliktedir. Örneğin, herhangi bir teamül kuralının tespitinde *opinio juris* unsurunun işlevinin önemi, objektif unsur olan uygulamanın hukuki yükümlülük bilinciyle yapıldığının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Yani bu tespiti yapabilmek yeni bir kural oluşturmakla eşdeğer de görülmektedir[906]. Zira çoğu durumda kuralın kural olarak kabulü, mahkemenin bu tespitleri yapması ile aynı zamana denk gelmektedir. Kanımızca bu tespitin kurala katkısı öngörülebilirlik olmakta; bu tespit belirsizliği ve şüpheyi ortadan kaldırmaktadır. Bu tespitin yarattığı etki, yazılı bir kuralın ilanıyla eş tutulmaktadır.

1.4. Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Kararı

Kıta sahanlığının sınırlandırılmasında esas alınması gereken prensip ve kuralların anlaşmazlık konusu edildiği bir diğer dava Tunus ve Libya arasındaki 1982 yılında antlaşma üzerine UAD önüne götürülen Tunus/Libya Kıta Sahanlığı Kararı'dır. Taraflar, UAD'ye gerektiğinde hakça prensipleri, ilgili alanı karakterize eden koşulları ve III. BM Deniz Hukuku Konferansı'nda kabul edilen prensipleri dikkate alabileceği çağrısında bulunmuşlardır.

Davanın kıta sahanlığı ile ilgisi nedeniyle her ne kadar ilk anda Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı'nın bu davada esas alınabilir olabileceği düşünülebilir olsa da UAD, iki davanın koşullarının esaslı farklar içerdiğini belirtmiştir. UAD'ye göre kıta sahanlığının sınırlandırılmasına esas olacak kural ve prensiplerin uygulanması ve yorumu her iki dava açısından farklı sonuçlar doğurabilecektir[907].

Davanın taraflarından Tunus, sınırlandırmaya esas alınması gereken noktanın "kıtanın doğal uzantısı" olması gerektiğini savunurken[908]; Libya, doğal uzantı kavramının adaletsiz sonuçlara yol açtığını bu yüzden de "ölçülülük prensibinin" uygulanması

905 Arajärvi (2008) s. 93.
906 Chan, s. 48.
907 Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 44, p. 38, K.T. 24.02.1982.
908 Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.icj-cij.org/files/case-related/63/9523.pdf, s. 289- 290, p. 378, s.e.t. 16.07.2018.

gerektiğini ileri sürmüştür[909]. Ayrıca Libya, eşit uzaklık prensibinin gerek yapılan uluslararası antlaşmalardaki ifade biçimini gerekse de konuya ilişkin devlet uygulamasının sorgulanabilir olduğunu belirtmiştir. Yine Libya'ya göre; UAD de kıta sahanlığı konusundaki devlet uygulamalarını baz almalıdır. Nitekim UAD'de de doğal uzantı kavramını, uluslararası teamül hukuku ve devlet uygulaması bağlamında ele almış, kavramın ülkeye "kıyı devleti ünvanı" sağlayan bir etmen olmakla birlikte ilgili devletin bölgedeki haklarının belirlenmesinde tek başına yeterli olmadığını belirtmiştir[910].

Ortak bir kıta sahanlığı alanında bulunan iki ülkenin dayandıkları jeoloji, coğrafya ve deniz yatağı topografyası gibi alan verilerinin yanı sıra eşit uzaklık prensibi ile desteklenen iddiaları inceleyen UAD, çözümü hakça prensipler[911] (*equitable principles*) temelinde aramaya karar vermiştir.

UAD, hakça prensiplerin belirli bir tanımının yapılmasının güç olduğunu bu bağlamda, adil bir sonuca ulaşmak için uygun kural ve prensiplere atıfta bulunduğunu belirtmiştir[912]. UAD ayrıca, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'ndaki görüşünü tekrarlamış ve hakça prensiplerin UAD Statüsü m.38/1-c'de bahsi geçen hukukun genel

---

909 Ayrıntılı blgi için bkz. http://www.icj-cij.org/files/case-related/63/063-19810929-ORA-01-00-BI.pdf, s. 289, s.e.t. 17.07. 2018.

910 Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 46, p. 43, K.T. 24.02.1982.

911 Pazarcı'ya göre hakça prensipler, hakkaniyet (*equity*) kavramının iki anlamından birine karşılık gelmektedir. Dolayısıyla hakkaniyetin iki anlamının tespiti gerekir. Hakkaniyet kavramının ilk anlamı, "…hukukun toplumsal yetersizlikleri görülen durumlarda bu durumun giderilmesi ve adaletin sağlanması için uygulanan hukuk kuralları dışında yer alan toplumsal kurallar ve değer yargılarına da başvurulmasını gerektirmektedir… Hakkaniyetin bu anlamıyla uygulamaya yansıması 'hakkaniyet ve nısfet' (ex aequo et bono) çerçevesinde uyuşmazlıkların çözüme bağlanması ile gerçekleşmektedir". Pazarcı hakkaniyetin ikinci anlamı konusunda ise, "hukukun içinde ve uygulanan hukuk kurallarının yetersizliklerini ve boşluklarını hukuk düzeninin iç mantığı çerçevesinde gidermeye çalışan bir kavramı belirtmektedir" şeklinde bir tanımlama yapmıştır. Söz konusu bu manada "hakkaniyetin, bütün hukuk düzenlerinin temelini oluşturan adalet ve iyi niyet duygularının, uygulanan hukukta açığa vurulmuş kurallarını belirtmekte olup uygulanan hukukun bir parçası" olduğunu da eklemiştir. "Hakkaniyet yalnızca soyut bir adalet düşüncesi değil, fakat hakça prensiplere başvurmayı buyuran bir hukuk kuralı olarak da uygulanmaktadır…" Söz konusu bu ikinci anlamıyla hakkaniyet, "'hakça prensipler' adı altında bir hukuk genel prensibini oluşturmaktadır… Hakça prensiplerin birinci kurucu öğesi, eşit koşullara sahip tarafları eşit olarak ve koşulları değişik olan tarafları da bu farkları oranında farklı olarak değerlendirmek biçiminde ortaya çıkmaktadır… Hakça prensiplerin ikinci kurucu öğesi, her somut olaya ilişkin temel hukuksal ve maddi verilerin hakça prensiplerin içeriğinin saptanmasında hesaba katılmasıdır" [Pazarcı (2011) s. 248- 251]. İlgili husus kısmen UAD'nin 1969 yılındaki Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda da belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı, UAD Kararı, s. 47, p. 85, K.T. 20.02.1969.

912 Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.icj-cij.org/en/case/63, s.e.t. 17.07.2018.

prensipleri statüsünde olduğunu ifade etmiştir[913].

1.5. Libya/Malta Kıta Sahanlığı Kararı

Kıta sahanlığı ile ilgili bir diğer uyuşmazlık Libya ile Malta arasında ortaya çıkmıştır. Libya ve Malta, uyuşmazlığın çözümünde teamül hukukunun uygulanması hususunda anlaşmışlardır. Zira her iki tarafın imzalamış olduğu 1982 BMDHS, o zaman için henüz yürürlüğe girmediğinden, tarafların ortak taraf olduğu ve uyuşmazlığa uygulanabilir herhangi bir antlaşma mevcut değildi. 1982 BMDHS her ne kadar yürürlükte olmasa da Sözleşme hükümlerine, bu alandaki teamül hukuku kurallarının karşılığı/yansıması olarak bakılmaktaydı[914].

UAD'ye göre, BMDHS'nin devletlerin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olması, UAD'ye tarafların talebine gerek duyulmaksızın Sözleşme hükümlerinden herhangi birinin taraflar için bağlayıcı olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğü getirmektedir[915].

UAD, teamül hukuku kuralları eksenindeki incelemesinde, teamülün iki kurucu unsuru olan devlet uygulaması ve *opinio juris* unsurlarının gerekli olduğu vurgusu yapmak suretiyle geleneksel bir yaklaşım sergilemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, kıta sahanlığını sınırlayan kuralların ve prensiplerin tespiti hem uluslararası hukukun hem de teamül kurallarının yazısız niteliğinin meydana getirdiği birtakım sorunlar yüzünden kolay olmamıştır. Nitekim taraflar, kendi lehlerine olan teamül kurallarını kanıtlamak veyahut aleyhlerine olan teamül kurallarını çürütmek adına sayısız devlet uygulamasına başvurmuşlardır. Bunun bir tezahürü olarak taraflar, 1982 Sözleşmesi'nin hangi hükümlerinin teamüli nitelik taşıdığı konusunda, hükümlerin kapsamı ve onların uygulamadaki yerlerinin belirlenmesi konularında anlaşamamışlardır[916].

Tarafların bu iddialarına karşın UAD, tarafların sınırlama konusunda savundukları yöntemleri sadece devlet uygulamalarına dayandırıyor olmalarının, kuralın varlığını kanıtlamaktan uzak olduğunu ifade etmiştir. UAD'ye göre uygulama gerek eşit uzaklık metodunun gerekse diğer metotların kullanımını tanımlayan bir kuralın varlığını kanıtlama

913 Schlütter, s. 134.
914 Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 29, p. 26, K.T. 03.06.1985.
915 Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 30, p. 27, K.T. 03.06.1985.
916 Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 29, p. 26, K.T. 03.06.1985.

noktasında yetersiz kalmaktadır[917]. Bununla birlikte UAD, Libya ve Tunus arasındaki kıta sahanlığının sınırlandırmasında esas alınan hakça prensiplerin bu olayda da uygulanması gerektiğine kanaat getirmiştir[918].

1.6. Nükleer Silahlar Danışma Görüşü

UAD uluslararası teamül hukukuna iki unsur yaklaşımını sürdürmüş ve 1996 yılında nükleer silahlara ilişkin vermiş olduğu danışma görüşünde de sergilenmiştir. BM Genel Kurulu'nun almış olduğu bir kararla UAD'ye, nükleer silah tehdidi ya da kullanımına uluslararası hukuk bünyesinde izin veren herhangi bir kural olup olmadığı sorulmuştur. Bu soru üzerine UAD, haliyle nükleer silah kullanımına izin veren uluslararası bir teamül kuralı olup olmadığının değerlendirmesini yapmıştır[919].

Teamül incelemesi neticesinde UAD, uluslararası teamül hukuku için devlet uygulaması ve *opinio juris* unsurlarının varlığının gerekliliğine vurgu yapmış, nükleer silah kullanımını engelleyen bir *opinio juris* unsurunun bulunmadığını ifade etmiştir. Belirtmek gerekir ki UAD bu sonuca hem uluslararası teamül kuralları hem de uluslararası hukukun diğer kaynakları açısından ulaşmıştır. Zira umulanın aksine, bu konuda uluslararası toplumun üyeleri birbirine tamamen zıt fikirlere sahiptir[920].

Süreç içinde BM Genel Kurulu'nun 15 Aralık 1994 Nükleer Silahların Kullanımının veya Tehdidinin Hukukiliğine dair UAD'den danışma görüşü talebiyle ilgili kararının[921], yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığı için *opinio juris* unsuruna kanıt oluşturup oluşturmayacağı hususu gündeme gelmiştir. Örneğin, ilgili başvuruda diğer birçok devlet gibi UAD'ye taleplerini sunan Meksika Hükümeti'nin beyanlarından,

---

917 Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 38, p. 44, K.T. 03.06.1985.

918 Hatta bu konuda farklı gerekçe (*separate opinion*) bildiren hakimlerden Ruda, Bedjaoui ve Jiménez de Aréchaga'nın, uluslararası teamül hukukunun sıradan bir normunun kapsamının çok ötesine geçebilen hakça prensiplere özel bir önem atfettiği iddia edilmektedir (Schlütter, s. 136). Zira belirtilen farklı gerekçelerde, deniz hukuku alanının hala ilkel ve az sayıda kurala sahip olmasından dolayı "temel normun" tüm deniz sınırlama alanlarını kuşatabilecek ve adil sonuca götüren hakça prensipler olarak anlaşılması gerektiği vurgusu yapılmıştır (Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı (Hakim J. M. Ruda, Mohammed Bedjaoui ve Eduardo Jiménez de Aréchaga'nın Farklı Gerekçesi), s. 90, p. 37, K.T. 03.06.1985).

919 Schlütter, s. 137; Alpkaya, s. 105.

920 Schlütter, s. 137. Umulanın aksinedir çünkü ilgili silahların doğrudan ve gerektiğinde tehdit aracı olarak kullanımını savunan tarafların bu davranışı, son derece tehlikelidir. İnsan hakları açısından sakıncalı nükleer silahların kullanımına herhangi bir şartta dahi izin verilmemesi gerektiği gerçeğiyle çelişmektedir.

921 BM Genel Kurulu Kararı, A/RES/49/75K, K.T. 15.12.1994.

BM'nin ana organları tarafından kabul edilmiş kararların uluslararası hukukun kaynağı gibi değerlendirildiği çıkarılmaktadır. Meksika, özellikle uluslararası teamüllerin gelişiminde, etkinleştirilmesinde ve yeniden oluşumunda söz konusu kararların önemli roller oynadıklarını dile getirmiştir[922]. Meksika gibi düşünen diğer çok sayıda devlet Genel Kurul kararlarının devletlerin *opinio juris*'inin ifadesi olduklarını ve buna yaygın ve tekdüze devlet uygulamasının eşlik etmesiyle yeni bir uluslararası teamül kuralına vücut verebileceğini savunmuşlardır[923].

Rusya, BM Genel Kurulu dahil olmak üzere ana organlarının kararlarının uluslararası hukuk oluşumunda etkili oldukları yönündeki iddiaları reddetmiştir. BM'nin bu türden kararların tavsiye niteliğinde olduğunu ifade eden Rusya, kararların kural oluşturucu ya da herhangi bir kuralın oluşumunu onaylayıcı bir karaktere sahip olmadığını dile getirmiştir. Zira Rusya'ya göre, devletler bu kararları onayladıkları takdirde bile herhangi bir yükümlülük altına girmemektedirler[924]. Rusya ile paralel biçimde Amerika Birleşik Devletleri[925], Birleşik Krallık[926] ve Fransa[927] gibi büyük devletler de ilgili kararların, uluslararası teamül hukukunun beyanı niteliğinde olmasının mümkün olmadığını

---

922 Meksika Hükümeti'nin yazılı açıklaması için bkz. http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/8694.pdf, s. 2, p. 4, s.e.t. 25.07.2018.

923 Schlütter, s. 138.

924 Meksika Hükümeti'in yazılı açıklaması için bkz. http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/8796.pdf, s. 16, s.e.t. 26.07.2018.

925 Yazılı ifadesinde Amerika Birleşik Devletleri, nükleer silahların kullanımı ile ilgili çıkarları en çok etkilenen devletler olan nükleer silahlara sahip devletlerin itirazı nedeniyle bu konuda bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşmadığını savunmuştur. ABD ayrıca, hukuken gerekli olduğu inancından öte, nükleer silahların insani, askeri ve siyasi sebeplerle kullanımından kaçınmanın teamül kuralı oluşturmayacağını da belirtmiştir. Öte yandan ABD bu alandaki devlet uygulamasının kanıtları arasında, nükleer silahları yasaklamayan ancak onlar hakkında düzenleme getiren uluslararası antlaşmaların, önemli askeri güçler tarafından nükleer silahların satın alınması ve dağıtımı ile devletlerin bu konuda ifade ettikleri resmi beyanlarının gösterilebileceğini de belirtmiştir. Nihayet ABD, BM kararlarının devletlerin *opinio juris*'ini yansıtmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. ABD Hükümeti'nin yazılı açıklaması için bkz. http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/8796.pdf, s. 16, s.e.t. 26.07.2018.

926 Birleşik Krallık yazılı ifadesinde, ilgili BM Genel Kurul kararının, nükleer silahları tamamen yasaklayan bir teamül kuralının beyanı olmadığını, kararın 26 çekimser ve 20 karşı oya karşılık 55 olumlu oyla kabul edildiğine vurgu yapmıştır. Sovyetler Birliği karar lehinde oy kullanırken, Fransa, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri olumsuz oy kullanmıştır. Birleşik Krallığa göre bu sonuç göstermektedir ki, karar bir konsensusun varlığını değil, aksine görüş ayrılıklarını göstermektedir. Birleşik Krallığa göre BM'nin daha sonraki kararları da bu kararın uluslararası teamül hukukunun beyanı olduğunu gösterecek kanıtlar sunmamaktadır. Birleşik Krallık Hükümeti'nin yazılı açıklaması için bkz. http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/8802.pdf, s. 33, p. 3, 27, s.e.t. 26.07.2018.

927 Fransız Hükümeti'nin yazılı açıklamasının Fransızca metni için bkz. http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/8701.pdf, s.e.t. 26.07.2018.

belirtmişlerdir.

Nükleer silahların kullanımı hakkındaki BM Genel Kurul kararının teamül kuralı oluşumundaki rolü hakkında devletler arasından bir birlik olmamasına rağmen UAD, Genel Kurul kararlarının bağlayıcı olmamakla birlikte, ancak normatif bir değere sahip olduklarını belirtmiştir. UAD ayrıca, bu türden kararların belli bazı durumlarda bir kuralın varlığının kabul edilmesinde veya bir *opinio juris* unsurunun ortaya çıkmasında önemli bir rol üstelenebileceklerini ifade etmektedir. Bu bağlamda, birden fazla karar belli koşullar altında yeni bir kuralın oluşumuna ilişkin *opinio juris* evrimini gösterebilecektir[928]. Dolayısıyla ilgili kararlar; *opinio juris*'in doğrudan belirleyicisi olarak değil, onun ortaya çıkmasında veya bir kuralın varlığının belirlenmesinde önemli bir kanıt sağlama[929] yolu olarak görülmektedir. Zira ilgili kararlar, UAD'ye gerek devlet uygulaması unsuru açısından gerekse de *opinio juris* unsuru açısından geniş bir analiz malzemesi sunmaktadırlar[930].

Sonuç olarak UAD, nükleer silah tehdidi ya da kullanımını yasaklayan bir kuralın varlığını tespit edememiştir[931]. Bu konudaki devlet taleplerinden hareketle denilebilir ki, yeni bir teamül kuralının ortaya çıkması, yasak yönünde oluşma ihtimali olan *opinio juris* unsuruna karşıt yönde oluşmaya başlayan başka bir *opinio juris* ile mücadelesi yüzünden mümkün olmamıştır.

1.7. Korfu Boğazı Kararı

UAD'nin şimdiye kadar incelemiş olduğumuz iki unsur yaklaşımıyla sonuca bağlamış olduğu kararları dışında, bu yaklaşımından farklılaşarak, tümdengelim yöntemini

928 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü, s. 32, 33, p. 70, K.T. 08.07.1996. UAD'nin bu Danışma Görüşü ile Nikaragua Kararı'nda yer verdiği bu tür kararların *opinio juris* unsurunu doğrudan belirleyemeyeceği yönündeki görüşünden sapmış olduğu da iddia edilmektedir (Chan, s. 63).

929 Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü, s. 33, p. 71, K.T. 08.07.1996.

930 Chan, s. 64. BM Genel Kurul kararlarının normatifliği konusunda muhalif görüşe sahip hakimlerden Schwebel, bu nitelikteki bir kararın sadece oybirliği ya da konsensus ile kabul edilmesi ve gerçek devlet uygulamasıyla hayata geçmesi halinde uluslararası hukukun beyanı niteliğinde olabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla kararlar tek başlarına *opinio juris* unsurunu oluşturmazlar (Nükleer Silahların Kullanımı veya Tehdidinin Hukukiliği Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü (Hakim Schwebel'in Muhalif Görüş Yazısında), s. 319, K.T. 08.07.1996).

931 Alpkaya, s. 105; Schlütter, s. 138.

benimsediği[932] kararlar vardır ki bunlardan en önemlilerinden biri Korfu Boğazı Davası'dır.

22 Ekim 1946 tarihinde iki Birleşik Krallık gemisinin Korfu Boğazı'nda Arnavutluk'un döşediğini iddia ettiği mayınlara çarpması ile gemileri hasara uğramış ve mürettebattan ölenler ve yaralananlar olmuştur[933]. BM önüne götürülen olay, Güvenlik Konseyi tarafından UAD'ye sevk edilmiştir[934].

İlgili uyuşmazlığın UAD'ye götürülmesinin nedeni Birleşik Krallık savaş gemilerinin, uluslararası nitelikte bir boğaz olan Korfu Boğazı'ndan zararsız geçiş hakkı ile ilgili bağlayıcı bir kural olup olmadığı meselesidir.

Birleşik Krallık hükümetinin, boğazlar aracılığıyla zararsız geçisin uluslararası hukuk tarafından tanınan bir hak olduğunu; Arnavutluk hükümetinin ise, yabancı ticaret ve savaş gemilerinin önceden izinsiz bir şekilde Arnavut karasularından geçme haklarının olmadığını ileri sürdüğü davada UAD şu şekilde bir yaklaşım sergilemiştir[935]:

> "*Genel olarak kabul edildiği üzere ve uluslararası teamüle uygun olarak, barış zamanında devletler, önceden kıyı devletinin iznini almaksızın, açık denizlerin iki kısmı arasındaki uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlar yoluyla savaş gemilerini gönderme hakkına sahiptirler. Uluslararası bir sözleşmede aksi belirtilmediği sürece, bir kıyı devletinin barış zamanında boğazlardan bu geçişi yasaklama hakkı yoktur. Yeter ki bu geçiş zararsız olsun*"[936].

Uyuşmazlıkla ilişkili olarak UAD, Arnavutluk'un barış zamanında Korfu Boğazı'ndaki mayınların varlığını gemilere bildirme yükümlülüğü olduğunu ve bunun Birleşik Krallık hükümetinin iddia ettiğinin aksine, 1907 VIII Sayılı Lahey Sözleşmesi hükümlerinden değil[937] (ki halihazırda ilgili Sözleşme'de savaş zamanında böyle bir

---

932 Schlütter, s. 140.

933 Olayda kırk dört kişi ölmüş, kırk iki kişi yaralanmıştır.

934 Korfu Kanalı Davası, UAD Kararı, K.T. 09.04.1949. Ayrıca bkz. Gündüz/ Günel (Editör), s. 301.

935 Korfu Kanalı Davası, UAD Kararı, s. 27, K.T. 09.04.1949. Ayrıca bkz. Chigara, s. 442.

936 Korfu Kanalı Davası, UAD Kararı, s. 28, K.T. 09.04.1949.

937 UAD'ye göre 1907 Tarihli VIII. Sayılı La Haye Sözleşmesi'nin uygulanması savaş zamanıyla sınırlıdır. Mevcut olaydaki iki devlet arasındaki gerginlik ise savaş boyutunda değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Chigara, s. 442.

yükümlülük öngörülmüştür) temel insani mülahazalar (*elementary considerations of humanity*); denizde haberleşme özgürlüğü, her devletin kendi topraklarını diğer devletlerin haklarına aykırı olarak kullanmama yükümlülüğü gibi "genel kabul görmüş- *general and well-recognized* " prensiplerden kaynaklandığına hükmetmiştir[938].

Korfu Boğazı Kararı'nın inceleme konumuz açısından asıl önemi, UAD'nin mayınlı bölgenin bildirilmesi yükümlülüğünü, temel insani mülahazalar (*elementary considerations of humanity*) kapsamında değerlendirilmek suretiyle, sonuca gitmesidir[939]. Belirtmek gerekir ki, UAD'nin temel insani mülahazalar ile neyi ifade etmeye çalıştığı açık değildir ve kararda temel insani mülahazalar prensibinin UAD Statüsü m.38'de yer alan uluslararası hukuk kaynakları ile ilişkisi, bu prensibin kaynaklar üzerindeki etkisini, rolünü ele almamıştır. Bunun yerine, kapsamı hayli geniş olan temel insani mülahazalar prensibinden hareketle mayınlı bölgenin diğer devletlere bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.

Mahkemenin bu şekilde daha geniş bir prensipten bir yasak ya da yükümlülük çıkarması ile tümdengelim yöntemini benimsediği kabul edilmektedir[940]. Gerçekten de UAD'nin, davaya uygulanabilir somut bir uluslararası hukuk kuralının yokluğuna karşın, temel insani mülahazalar prensibinden devletlere dönük bir yasak çıkarmak suretiyle devletlere yükümlülük getiren bir kural inşa ettiği söylenebilir. UAD'nin bu yaklaşımı, UAD Statüsü m.38/1-b'de geçen bir uluslararası teamül kuralının iki unsurunun mevcut olaydaki varlığını araştırmaksızın bir bakıma kendi takdiri ile teamül olarak değerlendirmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Zira ilgili davada UAD, bildirim yükümlülüğünü, uluslararası teamül kuralı olarak kabul ettiği[941] temel insani mülahazalar prensibine dahil etmiştir. Ancak ne Birleşik Krallık Hükümeti ne de Arnavutluk hükümeti, böyle bir teamül hukuku kuralının varlığını ortaya koyacak bir ifadede bulunmuştur[942].

Belirtmek gerekir ki UAD'nin bu şekilde yapmış olduğu ve daha önce varlığı

938 Korfu Kanalı Davası, UAD Kararı, s. 22, K.T. 09.04.1949. Ayrıca bkz. Chigara, s. 442.

939 Talmon, Stefan (2015) "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", The European Journal of International Law, V. 26, N. 2, s. 424; Chigara, s. 442- 443.

940 Schlütter, s. 141.

941 UAD'nin, temel insani mülahazalar prensibini bir uluslararası teamül kuralı olarak kabulünün "genel kabul görmüş" prensipler ifadesinden çıkartılabileceği belirtilmektedir (Korfu Kanalı Davası, UAD Kararı, s. 22, K.T. 09.04.1949. Ayrıca bkz. Chigara, s. 443).

942 Chigara, s. 443.

bilinmeyen uluslararası teamül hukuku kuralı ilanının, tüm uluslararası mahkemeler tarafından yapılabilmesi ihtimalini endişe verici bulanlar vardır[943]. Bu konudaki temel çekince bir devlet uygulaması ya da *opinio juris* unsurunun kanıtı aranmadan ve bunları değerlendirmeden bir uluslararası hukuk kuralı ilan edilmesinin uluslararası mahkemelere tehlikeli bir kural başlatma özgürlüğü vereceğidir.

1.8. Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Yasaklanması Hakkında BM Sözleşmesi'ne Çekinceler ile İlgili Danışma Görüşü

UAD Korfu Kararı'ndakine benzer bir yaklaşımı, 1951 yılındaki Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Yasaklanması Hakkında BM Sözleşmesi'ne Çekinceler ile ilgili danışma görüşünde[944] sergilemiştir. Başvuru, soykırım suçu gibi evrensel nitelikli bir suç hakkında yapılan uluslararası bir sözleşmeye çekince konulup konulamayacağı üzerine bir görüş talebi ile sınırlı olsa da kararın çıktıları, uluslararası teamül hukukuna ilişkin önemli bulgular içermektedir[945]. Tıpkı Korfu Boğazı Davası'nda bahsi geçen "temel insani mülahazalar" kavramı gibi soykırım suçunun nitelendirilmesine esas oluşturan bazı hususlar vardır. BM Antlaşması'nın amacına ve ruhuna aykırı olan, ahlak kurallarına aykırılık taşıyan, insanlık vicdanını sarsan, insanlık için büyük kayıplara yol açan, insan gruplarının var olma hakkının inkarı anlamına gelen eylemlerin, nitelik belirleme konusunda UAD'ye yeterli argümanı sunduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda, her iki davada bahsi geçen kavramların, esasında pozitif hukuk tarafından korunan ve teşvik edilen çekirdek haklara yönelik olduğu kabul edildiğinde, teamüli niteliklerinin belirlenmesinde sıkıntı yaşanmayacağı açıktır[946]. Zira söz konusu kavramların herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesinden bağımsız olarak devletleri bağladıkları kabul edilmektedir[947].

UAD'nin bu danışma görüşünde soykırım suçuna teamüli bir değer atfetmiş olduğu ileri sürülmektedir. Soykırım gibi evrensel nitelikte bir suçu düzenleyen uluslararası

---

943 Chigara, s. 443.

944 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Yasaklanması Hakkında BM Sözleşmesi'ne Çekinceler ile ilgili danışma görüşü bundan sonra, Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler danışma görüşü şeklinde ifade edilecektir.

945 Schlütter, s. 142; Chigara, s. 443.

946 Toufayan, Mark (2005) "The World Court's Distress When Facing Genocide: A Critical Commentary on the Application of the Genocide Convention Case [Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbiaand Montenegro)]", Texas International Law Journal, V. 40, N. 2, s. 234; Schlütter, s. 143.

947 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Yasaklanması Hakkında BM Sözleşmesi'ne Çekinceler Hakkında Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü, s. 23, K.T. 28.05.1951.

sözleşmeye koyulacak bir çekince ile suçun evrensel niteliği etkilenmeyecek, olsa olsa ilgili uluslararası sözleşmenin evrensel niteliği etkilenecektir[948].

Bu yargının temel nedeni olarak soykırım yasağının evrensel niteliği gösterilmektedir. Muhalif görüş bildiren hakimlerden bazıları bu yargıyı destekler görünmekte ve "uluslararası toplumun ortak refahını arttırmak için devlet egemenliğinin kısıtlanmasının" da uluslararası ilişkileri yönlendirecek yeni bir eğilim olduğu vurgusu yapmaktadırlar[949].

Belirtmek gerekir ki bu yeni eğilim, soykırım suçunun niteliği ile de örtüşmektedir. Soykırım yasağının niteliğinin gündemde olduğu bu davadaki muhalif görüşünde hakim Alvarez, uluslararası hukuk yapımında kamuoyunun önemli bir faktör olabileceğini vurgulamış ve Soykırım Sözleşmesi gibi birçok devlet tarafından imzalanan bir uluslararası antlaşmanın, diğer devletler için teamüli nitelikte olduğundan, bağlayıcı olduğunu belirtmiştir[950].

Sözleşme'nin içeriği konusunda ülkeler farklı fikirlere sahiptir. Örneğin İngiltere Soykırım Sözleşmesi ile ilgili olarak, "toplumsal hukuk yapma, sistem oluşturma türü" gibi tabirler kullanmış, bu türden sözleşmelerin, toplumsal etkileri sebebiyle dolaylı ve somut bir fayda sağladığına vurgu yapmıştır[951]. İsrail ise özellikle II. Dünya Savaşı boyunca meydana geliş şekliyle soykırım suçunun evrensellik niteliğini hak ettiğini, ancak Soykırım Sözleşmesi'nin ise çok sayıda devlet tarafından kabul edilmekle evrensel bir etkiye kavuştuğunu savunmuştur[952].

Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler danışma görüşünde UAD'nin tutumu, öteden beri ağırlıklı olarak süren teamül oluşumunda devlet uygulaması ve *opinio juris* unsurlarını esas alan iki unsur yaklaşımından ayrışmış, teamüli bir kural için bazı temel prensiplerden yola çıkmak şeklinde gelişmiştir. UAD, Soykırım Sözleşmesi tarafından da esas alınan,

948 Schlütter, s. 144.

949 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Yasaklanması Hakkında BM Sözleşmesi'ne Çekinceler Hakkında Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü (Hakim Guerrero, Hakim McNair, Hakim Read, Hakim Mo'nun Muhalif Görüş Yazısı), s. 46, K.T. 28.05.1951.

950 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Yasaklanması Hakkında BM Sözleşmesi'ne Çekinceler Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü (Hakim Alvarez'in Muhalif Görüş Yazısı), s. 52- 53, K.T. 28.05.1951.

951 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Yasaklanması Hakkında BM Sözleşmesi'ne Çekinceler Danışma Görüşü, UAD Danışma Görüşü s. 67- 68, p. 29, K.T. 28.05.1951.

952 Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510410-ORA-01-00-BI.pdf, s. 332- 333, s.e.t. 03.08.2018.

kendisine karşı çekince ileri sürülemeyecek prensiplere işaret etmiştir. Söz konusu bu temel prensiplerle güdülen insani amaçlar, çekince ile bağdaşmaz bir nitelik arz etmektedir[953].

UAD gerek Korfu Boğazı Kararı gerekse de Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler danışma görüşünde benimsediği temel haklardan yükümlülük çıkarma yöntemini, daha sonraki Barselona Traction Kararı ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması ile ilgili Sözleşme'nin uygulanması hakkındaki Bosna Hersek-Yugoslavya Kararı'nda da sürdürmüştür. Bahse konu Bosna Hersek-Yugoslavya Kararı'nda soykırım yasağının *erga omnes* bir yükümlülük olduğu özellikle vurgulanmıştır[954]. Tüm bu davalarda vurgulanan ve özellikle Barselona Traction davasında belirtilen saldırganlık, soykırım, kölelik ve ırk ayrımcılığı gibi temel insani prensip ve haklara aykırı eylemler tümdengelim yöntemiyle irdelenmiştir. Tümdengelim yöntemi kullanılarak bu hakların ulusal ve uluslararası bağlamda korunması adına yükümlülükler getirilmektedir[955].

1.9. Güney Batı Afrika Davası

Belirtmek gerekmektedir ki UAD tümdengelim yaklaşımında istikrarlı değildir. Bu konuda farklı saikler gündemde iken verilen ilk karar, 1966 tarihli Güney Batı Afrika Kararı'dır. Söz konusu dava, 1960 yılında Milletler Cemiyeti'nin eski üyeleri olan Etiyopya ve Liberya'nın, mandater güç olan Güney Afrika Cumhuriyeti'ne karşı ırk ayrımcılığı politikası yürüterek manda rejimini ihlal ettiği gerekçesiyle açtıkları davadır. Dava bağlamında UAD'den istenen Güney Batı Afrika'nın manda rejimi altındaki bir bölge olmasının etkilerinin yanı sıra Güney Afrika'nın bu rejim gereği birtakım yükümlülüklere sahip olduğunun ve nihayet manda rejiminin BM gözetimine tabi olduğunun beyan edilmesidir[956]. Buna karşın Güney Afrika manda rejiminin Milletler Cemiyeti döneminin sona ermesiyle ortadan kalktığını ve o dönemden kaynaklı bir uyuşmazlık kapsamında BM sistemine karşı bir yükümlülüğünün olmadığını iddia etmiştir. Bu gerekçeyle Güney Afrika UAD'nin yargı yetkisini reddetmiş ancak UAD kendisini bu dava açısından yetkili görerek başvurudaki talepleri değerlendirmiştir[957].

---

953 Schlütter, s. 146.

954 Bosna Hersek/Yugoslavya arasında Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması Hakkında Dava, UAD Kararı, s. 615- 616, p. 31, K.T. 11.07.1996.

955 Barselona Traction Davası, UAD Kararı, s. 32, p. 34, K.T. 05.02.1970.

956 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.icj-cij.org/en/case/47, s.e.t. 08.08.2018.

957 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.icj-cij.org/en/case/47, s.e.t. 08.08.2018.

Davanın tümdengelim yaklaşımı bağlamında tartışılan kısmı, manda rejimini düzenleyen Milletler Cemiyeti Misakı m.22'de[958] yer alan "kutsal uygarlık misyonu" (*sacred trust of civilisation*) kavramı ile ilgilidir. Etiyopya ve Liberya, "kutsal uygarlık misyonu" kavramından hukuki bir hak veya menfaat çıkarılabileceğini iddia etmişlerdir. Davacı devletlere göre, Milletler Cemiyeti Misakı m.22'de de belirtildiği şekliyle, manda rejimine tabi halkların refah ve gelişmelerini sağlamakla ilgili olan bu misyon doğasında temel insani mülahazaları barındırdığından bu misyonun icrasında, tüm uygar ulusların menfaati vardır. Nihayet Güney Afrika'nın manda rejimine tabi halklara uygulamış olduğu

---

958 Milletler Cemiyeti Misakı m. 22:

"1. Savaştan sonra, daha önce kendilerini yöneten Devletlerin egemenliğine bağlı olmaktan çıkmış ve çağdaş dünyanın özellikle güç koşulları altında kendi kendilerini yönetme yeteneğinden henüz yoksun halkların oturduğu sömürgelere ve ülkelere şu prensipler uygulanır: Böyle halkların refah ve gelişmeleri kutsal bir uygarlık görevidir ve bu görevin yerine getirilmesi için işbu Misak'a güvenceler konulması gerekir.

2. Bu prensibin uygulamada gerçekleştirilmesi için en iyi yöntem, bu halkların korunmanlığı [vesayetini], kaynakları, görgüleri ya da coğrafya durumları bakımından, bu sorumluluğu yüklenmeğe en elverişli bulunan ve bunu kabule razı olan uluslara emanet etmektir. Bunlar mandat'yı (4) , mandataire (5) sıfatıyla ve Cemiyet adına yapacaklardır.

3. Mandataire'liğin niteliği, halkın gelişme derecesine, ülkenin coğrafya durumuna, ekonomik koşullarına ve buna benzer bütün öteki durumlara göre değişik olmasını gerektirmektedir.

4. Eskiden Osmanlı İmparatorluğu'na bağlı bulunan kimi topluluklar, kendi kendilerini yönetmeye yetenekli olacakları zamana kadar, yönetimlerine bir mandataire'in öğütleri ve yardımı kılavuz olmak koşuluyla, bağımsız uluslar olarak varlıkları geçici nitelikte tanınabilecek bir gelişme düzeyine erişmişlerdir. Mandataire'in seçilmesinde, her şeyden önce, bu toplulukların dilekleri göz önünde tutulmalıdır.

5. Öteki halkların, özellikle Orta Afrika halklarının, içinde bulundukları gelişme derecesi, mandataire'in, buralarda ülkenin yönetimini, köle ticareti, silah ve alkol alımsatımı gibi kötüye kullanmaları yasaklamayı; kamu düzeniyle ahlak kurallarının sürdürülmesinin gerektirdiklerinden başka kısıtlamalara bağlı olmaksızın, inanç ve din özgürlüğünü sağlamayı; berkitilmiş yerler [tahkimat] ya da kara ve deniz üsleri kurmayı ve yerli halka ülkenin kolluk [zabıta] düzenini ve savunmasını sağlamak amacı dışında, askerlik eğitimini yasaklamağı güvence altına alacak ve, aynı zamanda, Cemiyet'in öteki üyelerine de alışveriş ve ticaret konularında eşit olanaklar sağlayacak koşullar içinde, üstüne almasını gerektirmektedir.

6. Son olarak, Afrika'nın Güney Batısı ve kimi Güney Pasifik Adaları gibi ülkeler vardır ki, bunlar, nüfus yoğunluğunun azlığı, yüzölçümünün küçüklüğü, uygarlık merkezlerinden uzaklığı, mandataire'in ülkesine bitişikliği ya da birtakım başka durumlar yüzünden, yerli halkın yararına, yukarıda sözü edilen güvenceler saklı kalmak koşuluyla, en iyi biçimde ancak mandataire'in yasaları ile ve sanki kendi ülkesinin bir parçasıymış gibi yönetebilirler.

7. Her bir durumda, mandataire, yönetimini üzerine aldığı ülkeye ilişkin olarak, Konseye yıllık bir rapor gönderecektir.

8. Mandataire'in kullanacağı yetkinin (otoritenin) denetimin ya da yönetimin derecesi, Cemiyet Üyeleri arasında önceden yapılmış bir sözleşmeye konu olmamışsa, bunlar, her bir durumda, konseyce kesin olarak saptanacaktır.

9. Mandataire'lerin yıllık raporlarını almak, incelemek ve mandat'ların yürütülmesine ilişkin bütün sorunlar üzerinde Konseye görüş bildirmekle görevli, bir sürekli Komisyon kurulacaktır".

Ayrıntılı bilgi için bkz. www.erdemdenk.com/mcmisaki.doc, s.e.t. 08.08.2018.

ırkçı politikalar, bu misyona açıkça aykırıdır.

Söz konusu talepleri değerlendiren UAD ise, "kutsal uygarlık misyonunun" doğasında bulunan insani mülahazalar kavramından bir hak veya menfaat çıkarılabilmesi için, bahsi geçen menfaatin özel bir hukuki niteliğe sahip ve dolayısıyla ahlaki ya da insani bir idealden daha fazlası, olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu gibi menfaatlerden hukuki hak ve yükümlülük çıkabilmesi için, söz konusu menfaatlerin hukuki bir forma bürünmeleri gerekmektedir. Birtakım ahlaki prensiplere dayanan böyle bir misyon da ancak hukuki olarak yeterli derecede ifade edilebildiği ölçüde dikkate alınabilecektir.

UAD'ye göre hukuk sosyal bir ihtiyaca hizmet etmek için vardır ve tam da bu sebepten kendi disiplin sınırları içerisinde ve aracılığıyla gerçekleştirilmelidir. Aksi takdirde, verilecek olan hukuki bir hizmet değildir. İnsani mülahazalar, BM Antlaşması'nın başlangıç bölümleri gibi, hukuk kuralları için ilham verici bir temel oluştururken, daha sonra ortaya konacak belirli hukuki hükümler için ise ahlaki ve politik temeli oluşturur. Ancak bu tür mülahazalar kendi içinde hukuk kuralları anlamına gelmez. Böyle bir menfaate sahip olan tüm devletler, bu gibi konularla ilgilenmektedir. Ancak bir menfaatin varlığı tek başına bu çıkarın özel bir hukuki karakteri olduğunu göstermez[959]. UAD'nin bu prensip konusundaki yaklaşımının kısıtlayıcı olduğu ifade edilirken, UAD'ye göre kutsal uygarlık misyonu prensibinin tek hukuki ifadesinin (karşılığının) manda sistemi olduğu ileri sürülmektedir[960].

Buna karşın yapılan bir diğer eleştiri, UAD'nin davanın getirmiş olduğu siyasi gerilim ortamının sakıncalarından kaçınmak için davanın sadece hukuki yönlerine dikkat çekmeyi seçtiğidir. Görüldüğü üzere UAD, tümdengelim metoduyla ilgili daha önceki davalarda benimsemiş olduğundan farklı bir bakış açısıyla değerlendirme yapmıştır. UAD'nin bu tutumu, önceki yaklaşımından tam anlamıyla bir sapma olarak değil de tümdengelim yönteminin bilinçli kullanılması gerektiği yönünde atılan bir adım olarak görülmüştür[961].

UAD'ye göre, tümdengelim yönteminin bu davada uygulanması için bir başlangıç

959 Güney Batı Afrika Davaları, UAD Kararı, s. 34, p. 49- 50, K.T. 18.07.1966.

960 Alexandrowicz, Charles H. (1971) "The Juridical Expression of the Sacred Trust of Civilization", The American Journal of International Law, V. 65, N. 1, s. 151.

961 Schlütter, s. 149.

noktası mevcut değildir[962]. Diğer bir anlatımla Liberya ve Etiyopya'nın yürürlükten kalkmış olan Milletler Cemiyeti Misakı'nda yer alan uygarlığın kutsal misyonu prensibinden manda rejimi ile ilgili teamüli bir hak ve yükümlülük çıkarma iddiası, UAD tarafından, hukuki olarak yeterli netliğe kavuşmamış prensiplerden hak ve yükümlülük çıkarılamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

1.10. Maine Körfezi Kararı

Tümdengelimci uluslararası teamül yaklaşımının Güney Batı Afrika Davası'ndan sonra dar bir yoruma tabi tutulduğu diğer bir karar 1984 tarihli Maine Körfezi Kararı'dır. Kanada ve Amerika, Maine Körfezi bölgesinde bulunan kıta sahanlığı ve balıkçılık bölgelerini ayıran deniz sınırının belirlenmesi konusunda aralarında çıkan uyuşmazlık üzerine yaptıkları bir anlaşmayla UAD'ye başvurmuşlardır[963]. Bu başvuru üzerine görülen davada UAD, tüm deniz alanlarının hakça sonuçlara ulaşmak için hakça prensiplere uygun olarak sınırlanmasının uygun olacağını ve tüm ilgili sonuçların bu süreçte dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir. Deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda bahsi geçen UAD'nin bu kabulü gerek içtihat hukukunda gerekse de Kanada ve Amerika tarafından zaten benimsenmişti.

UAD, söz konusu alanda temel bir norm olarak değerlendirilen bu kuralı geliştirmeye ve genişletmeye çalışmıştır[964]. Diğer yandan taraflar her ne kadar temel normdan yeni kurallar türetme konusunda farklı düşünüyor olsalar da UAD temel normdan benzer başka kurallar çıkarabileceği kanaatine varmıştır. Bu yöntem ve sonuç tümdengelim yaklaşımı olarak değerlendirilmekle birlikte, var olan kuraldan yeni kurallar türetilirken eski kuralın kapsamının dışına çıkılmaması gerektiği özellikle vurgulanmaktadır[965].

Söz konusu bu metodolojik girişimlerin ardından, UAD'nin aynı kararda yaptığı bir teamül tanımından yola çıkılarak tümdengelim yönteminin yanı sıra tümevarım yönteminin kullanıldığı da göze çarpacaktır.

UAD teamül tanımı yaparken, ilk olarak uluslararası teamül hukukunda ayrıntılı bir

---

962 Schlütter, s. 149.

963 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.icj-cij.org/en/case/67, s.e.t. 11.08.2018; Collins, Edward/ Rogof, Martin (1986) "The Gulf of Maine Case and the Future of Ocean Boundary Delimitation", Me. L. Rev., V. 38, N. 1, s. 1.

964 Collins/ Rogof, s. 9.

965 Schlütter, s. 151.

kurallar bütünü aranmayacağını belirtmiştir. Bahsi geçen kuralların, uluslararası toplumun üyeleri arasında "ortak varlığı ve yaşamsal iş birliğini" sağlamak amaçlı ve "sınırlı" kurallar olduğunu da ifade etmiştir. Ayrıca bu kuralların, "devletlerin *opinio juris*'lerindeki varlıkları, ön kabullü fikirlerden tümdengelimle değil, yeterince yaygın ve ikna edici uygulamanın analizine dayalı tümevarım ile test edilebilir" olduğunu da eklemiştir[966].

UAD'nin yapmış olduğu bu tanım, uluslararası teamül hukuku oluşumunda hem tümdengelim yöntemi hem de iki unsur yaklaşımına dönük tümevarım yöntemine dayanak olarak gösterilebilir niteliktedir. Hakeza öğretide her iki şekilde değerlendirmelere rastlamak mümkündür[967]. Bununla birlikte UAD'nin ortaya koyduğu "temel norm" yaklaşımı, kararda baskın bir tümdengelim yöntemi uygulandığını gözler önüne sermektedir. Bu yönüyle karar, tümdengelim yaklaşımı noktasında önemli bir karardır.

1.11. Nikaragua Kararı

Uluslararası teamül hukukuna metodolojik yaklaşımlar dendiğinde akla ilk gelen kararlardan biri, birden fazla yaklaşımın değerlendirildiğinin görüldüğü 1984 yılındaki Nikaragua Kararı'dır.

Karara konu başvuru Nikaragua tarafından yapılmış olup, Amerika'nın Nikaragua'daki askeri ve yarı askeri faaliyetlerinden kaynaklı sorumluluğuyla ilgili çıkan uyuşmazlıkta geçici tedbirlerin belirtilmesi taleplidir[968]. Nikaragua bu başvurusunu, ihlal iddiasına konu ettiği, sözleşme metinlerinde de yer alan teamüli ve genel uluslararası hukuk prensiplerine dayandırmıştır.

Nikaragua'nın bu başvurusu üzerine ABD, UAD'nin yargı yetkisini kabul ederken, çok taraflı antlaşma hükümlerinin kendisi açısından geçerli olmayacağını belirterek ilgili

966 Maine Körfezi Davası, UAD Kararı, s. 299, p. 111, K.T. 12.10.1984.

967 Schlütter, s. 151.

968 Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.icj-cij.org/en/case/70, s.e.t. 13.08.2018. "1979 yılında, Nikaragua'da sağ Samoza Hükümeti, sol Sandinistan Hükümeti tarafından ihtilalle devrilmiştir. 1981 yılında ABD Başkanı Reagan, SSCB silahlarının Nikaragua'nın limanlarından ve ülkesinden El Salvador'a geçmesine müsaade ederek ABD ile iyi ilişkiler içerisinde bulunan El Salvador Hükümeti'ne karşı savaşan gerillalara yardım ettiği gerekçesiyle Nikaragua'ya yardımı kesti. Nikaragua, ABD'nin uluslararası teamüllere aykırı olarak: Nikaragua'nın iç suları ve karasularına mayın dökmek, Nikaragua ticaret gemileriyle yabancı ticaret gemilerine zarar vermek ve Nikaragua'nın limanlarına, petrol tesislerine ve bir donanma üssüne saldırmak suretiyle kendisine karşı doğrudan güç kullanıldığını; (2) Sandinistan Hükümetini devirmek için savaşan Nikaragua gerillalarına yardım ettiğini; öne sürdü. Nikaragua, ayrıca, ABD'nin 1956 tarihli ABD- Nikaragua Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Antlaşması'nı ihlal ettiğini de ileri sürdü". Bu alıntı ve daha fazlası için bkz. Gündüz/ Günel (Editör), s. 132 vd.

Sözleşme hükümlerinin ve dahi BM Antlaşması hükümlerinin kendisi açısından uygulanmasına engel olma çabası içerisine girmiştir[969]. Bu bağlamda ABD, BM Antlaşması m.2/4 (kuvvet kullanma yasağı) ve m.51'de (meşru müdafaa hakkı) yer alan hükümlerin kendisini bağlamadığını iddia etmiştir. Nikaragua hükümeti ise ilgili hükümlerin uluslararası teamül hukuku kuralı olarak zaten bağlayıcı olduğunu ileri sürmüştür[970].

ABD ayrıca, çok taraflı bir uluslararası antlaşmada kodifiye edilmiş ya da somutlaşmış bir uluslararası teamül hukuku kuralının bu davada geçerli olmayacağını ileri sürmüştür[971]. Zira ABD, 26 Ağustos 1946 tarihinde UAD'nin zorunlu yargı yetkisini, çekince koymak suretiyle kabul etmiştir. Bu çekinceye göre, "…karardan etkilenen antlaşmaya taraf olanların tümü, ayrıca UAD önündeki bir davaya taraf olmadıkça veya ABD Mahkeme'nin yetkisini özel olarak kabul etmedikçe, UAD'nin yargı yetkisi çok taraflı antlaşmalardan kaynaklanan uluslararası uyuşmazlıklara"[972] uygulanamayacaktır.

Bu iddialar üzerine UAD ise, bu tür teamül kurallarının bağlayıcılığının ilgili Antlaşmaya taraf olan devletler için bile devam ettiğini dile getirmiştir[973]. Bu türden kurallara dava bağlamında örnek olarak da davayla ilgili, kuvvet kullanma yasağı, müdahale etmeme, devletin ülkesel bütünlüğü ve bağımsızlığına saygı gösterme, seyrüsefer serbestisi gibi teamüli nitelikte kabul ettiği prensipleri vermiştir. Bu tür prensiplerin teamüli olarak, tarafı olunan herhangi bir sözleşme hükmüne rağmen var olduklarını belirtmiştir[974].

UAD, ABD'nin ileri sürdüğü çekince konusunda, artık yargılama aşamasında (1984 Nikaragua Kararı'nda çekincenin belirli yönleriyle ilgili beyanlar yer alsa da) çekincelere

---

969 Chigara, s. 445; Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 33- 35, p. 46- 48, K.T. 27.06.1986. Amerika Birleşik Devletleri ve Nikaragua arasında 1956 tarihinde imzalanan, Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Antlaşması m. 24/ 2'e göre, iki ülke arasında bu antlaşma dolayısıyla çıkacak uyuşmazlıklar UAD aracılığıyla çözümlenebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülgeç, s. 385; Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 31, p. 43, K.T. 27.06.1986.

970 Chigara, s. 445- 446.

971 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Mahkeme'nin Yargı Yetkisi ve Başvurunun Kabul Edilebilirliği), s. 424, p. 73, K.T. 26.11.1984.

972 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0140.pdf, s.e.t. 29.04.2019. Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 21, p. 42, K.T. 27.06.1986.

973 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Mahkeme'nin Yargı Yetkisi ve Başvurunun Kabul Edilebilirliği), s. 424, p. 73, K.T. 26.11.1984; Chigara, s. 446.

974 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Mahkeme'nin Yargı Yetkisi ve Başvurunun Kabul Edilebilirliği), s. 424, p. 73, K.T. 26.11.1984.

ilişkin sorunlar hakkında bir pozisyon almanın ne mümkün olduğu ne de gerekli olduğu şeklinde bir ifade kullanmıştır[975]. Her ne kadar UAD bu şekilde ifade etmiş olsa da netice itibarıyla dolaylı olarak ABD'nin ilgili çekincesinin dikkate alınması durumundaki sonuçla aynı sonuca ulaşılmıştır. Şöyle ki ABD'nin Nikaragua Davası'nda uygulanamayacağını ileri sürdüğü Sözleşmeler, 12 Ağustos 1949 tarihli Savaş Mağdurlarının Korunması ile ilgili dört ayrı Cenevre Sözleşmesi ile BM Antlaşması'dır.

Cenevre Sözleşmeleri özelinde bakıldığında UAD, ilgili Sözleşme hükümlerini çekince koyulan sözleşme üzerinden değil, teamül hukuku kuralı olmaları dolayısıyla uygulamıştır. Zira ABD'nin insancıl hukuktan doğan yükümlülükleri teamüli olarak ve dolayısıyla Sözleşmeden bağımsız olarak devam etmektedir[976]. Nitekim Nikaragua da başvurusunda, ihlalleri sadece çok taraflı antlaşmalarla sınırlı tutmamış, 1956 tarihli ABD-Nikaragua Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Antlaşması ile genel ve teamüli uluslararası hukuk prensiplerini de iddialarına dayanak göstermiştir[977].

UAD'nin bu yaklaşımını bir örnekle açıklamak gerekirse, Cenevre Sözleşmeleri ortak m.1'de yer alan "yüksek akit taraflar, bütün koşullar altında bu sözleşmeye saygı göstermeyi ve saygıyı sağlamayı garanti eder" ifadesinin sadece sözleşme hükmü olması dolayısıyla değil, aynı zamanda genel bir insancıl hukuk prensibi olması nedeniyle de ABD'yi bağladığını belirtmektedir. Dolayısıyla, ABD'nin Nikaragua'da ihtilafa karışmış kişi veya grupları ortak m.3'e[978] aykırı davranmaya teşvik etmeme yükümlülüğü her zaman

---

975 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 21, p. 42, K.T. 27.06.1986.

976 Meron, s. 352.

977 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 21, p. 43, K.T. 27.06.1986; Czapliński, s. 98.

978 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde ortak olan m. 3 şu şekildedir:
"Milletlerarası mahiyette olmayan bir silahlı anlaşmazlıkların yüksek akit taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaktır:
l. Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silahlarını terkedenler ve hastalık, yaralılık, mevkufluk veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar, ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiç bir tefrik yapılmadan insani surette muamele göreceklerdir.
Bu sebeple, yukarıda bahis konusu kimselere; aşağıdaki muamelelerin yapılması, nerede ve ne zaman olursa olsun, memnudur ve memnu kalacaktır:
a) Hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz her nevi katil, sakatlanma, vahşlice muamele, işkence ve eziyet,
b) Rehine almak,
c) Şahısların izzeti nefislerine tecavüz, bilhassa hakaretamiz ve haysiyet kırıcı muameleler,
d) Medeni milletlerce elzem olarak tanınan adli teminatı haiz nizami bir mahkeme tarafından önceden bir yargılama olmaksızın verilen mahkûmiyet kararları ile idam cezalarının infazı.

söz konusudur[979].

Belirtmek gerekir ki UAD bu durumu her ne kadar insancıl hukukun genel prensiplerinden kaynaklanan yükümlülükler olarak ifade etse de burada esas kastedilen bir teamül hukuku kuralıdır[980]. Meron'a göre, Cenevre Sözleşmeleri'nin müzakere-hazırlık aşamasına bakıldığında bu Sözleşmelerin hukuk kurallarını (teamül kurallarını) kodifiye ettiklerine dair bir kanıt yoktur ve UAD'de de Cenevre Sözleşmeleri'nin teamüli karakterini netleştirmede başarısız olmuştur[981]. Bunlarla birlikte, kararda ABD'ye düşen ihlali teşvik etmeme yükümlülüğünün devam ettiği sonucuna, iyiniyet prensibi ya da ortak m.3'teki kimi hükümlerin buyruk kural niteliği üzerinden ulaşılabilmektedir[982].

Uluslararası teamül hukuku kurallarının kaynak olarak değerinin ve rolünün, diğer kaynaklarla olan münasebetinin en açık şekilde yer bulduğu dava olan Nikaragua Davası'nda bu minvalde ele alınan kurallardan biri de kuvvet kullanma yasağı olmuştur. UAD'nin kuvvet kullanma yasağının teamüli niteliği üzerinde yaptığı değerlendirmeye bakıldığında, BM Antlaşması'ndaki varlığı ve uluslararası teamülde ortak bir prensip olması üzerinden çıkarım yaptığı anlaşılmaktadır[983]. İlgili davada asıl tartışma konusu edilen nokta, tarafların uluslararası teamül hükmü olmaları sebebiyle kuvvet kullanımına ilişkin ilgili kurallarla bağlı olduklarının belirlenmesi değil, bu belirlemenin yapılma şekli olmuştur. Belirtildiği üzere UAD, BM Antlaşması hükümlerinin, antlaşma hükmü olmalarından bağımsız biçimde teamül kuralı olduklarını ifade ederken, bunların antlaşma kaleme alınmadan önce de var olduklarını dile getirmiştir. Burada dikkat çeken nokta, UAD'nin bunu dile getirirken teamül hukukunun unsurlarını tartışmayıp, sadece bahse konu sonucu belirtmekle yetinmiş olmasıdır. UAD, kuvvet kullanımına ilişkin devlet

---

2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir.
Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insani bir teşkilat, anlaşmazlık halinde taraflara hizmetlerini arzedebilecektir.
Anlaşlmazlık halindeki taraflar, bundan başka; hususi antlaşmalar yolu ile işbu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamı veya bir kısmını yürürlüğe getirmeye çalışacaklardır.
Yukardaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukuki durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir".
Ayrıntılı bilgi içi bkz. https://www.icrc.org›file›sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols, s.e.t. 14.09.2019.

979 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 114, p. 220, K.T. 27.06.1986; Meron, s. 352.

980 Meron, s. 353.

981 Meron, s. 353, s. 358.

982 Meron, s. 354- 356.

983 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 96- 97, p. 181, K.T. 27.06.1986.

uygulamalarının zaman içinde nasıl gerçekleştiğine ve istikrar kazandığına dair bir inceleme yapmamıştır. Bu doğrultuda kuvvet kullanım yasağına uymayan devletlerin durumundan da bahsedilmemiş[984], kuvvet kullanma yasağının bir teamül kuralı olduğunun ifade edilmesiyle yetinilmiştir.

Hakim Jennings'in karara muhalif görüşünde belirttiği üzere, bu yaklaşımına rağmen UAD, BM Antlaşması hükümlerini uygulamaktan kaçamamış ve dolaylı da olsa, uluslararası teamüllerle aynı hükümleri içeren BM Antlaşmasını, teamül kurallarının uygulanması vasıtasıyla, kısmen uygulamıştır[985].

Kontrgerilla tarafından Nikaragua vatandaşlarına yönelik yaralama ve adam kaçırma fiillerinin gerçekleştirilmesinin hem teamüli nitelikteki kuralların hem de genel uluslararası hukuk kurallarını ihlal ettiği iddiası[986] ve bu ihlalin ABD'ye atfedilip atfedilemeyeceği konusu üzerinde durulmuştur. Sorumluluk konusunda "Temel insani mülahazalar" prensibini yansıtan Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. maddesinden[987] yola çıkan UAD,

---

984 Chigara, s. 446.

985 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası, Hakim Jennings'in Muhalif Görüş Yazısı), s. 532, K.T. 27.06.1986; Chigara, s. 446.

986 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 112- 113, p. 216, K.T. 27.06.1986.

987 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde ortak olan m. 3 şu şekildedir:
"Yüksek Akit Taraflardan birinin topraklarında çıkacak fakat beynelmilel bir mahiyet arz etmeyecek olan silahlı bir ihtilaf takdirinde ihtilaf halinde bulunacak taraflardan her biri hiç değilse aşağıdaki hükümleri tatbik etmekle mükellef bulunacaktır:
1. Silahlarını teslim eden silahlı kuvvetler mensuplarıyla hastalık, mecburiyet, mevkufiyet dolayısıyla veya diğer herhangi bir sebeple harp dışı olan kimseler de dahil olmak üzere, muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen şahıslara, bilcümle ahvalde, ırk, renk, din veya itikat, cinsiyet, doğum, servet veya bunlara mümasil diğer herhangi bir kıstasa dayanan gayrimüsait fark gözetilmeksizin, insani muamele yapılacaktır:
Bu bapta, yukarıda zikredilen şahıslara karşı her ne zaman her nerede olursa olsun, şu muamelelerde bulunmak memnudur:
a) Hayatta veya beden bütünlüğüne kasıtlar, bilhassa her şekilde katil, tadili uzuv, zulüm, azap ve işkenceler,
b) Rehine almalar,
c) şahısların haysiyet ve şerefine tecavüzler, bilhassa tehzil ve terzil edici muameleler,
d) Nizami şekilde teessüs etmiş bir mahkeme tarafından ve medeni milletlerce zaruri addedilen adli teminat altında verilmiş hükümlere dayanmayan mahkûmiyetler ve idamlar.
2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi olunacaktır.
Beynelmilel Kızılhaç Komitesi gibi bitaraf insani bir teşkilat, ihtilafa dahil Taraflara hizmetlerini arz ve teklif edebilecektir.
İhtilafa dahil taraflar, işbu Sözleşmenin diğer hükümlerini de tamamen veya kısmen hususi antlaşmalarla meriyete koymaya çalışacaklardır".
Yukarıdaki hükümlerin tatbiki, ihtilafa dahil Tarafların hukuki statülerine tesir etmeyecektir.

ABD'yi bu fiillerden sorumlu tutacak bir teamül kuralına ulaşmaktadır[988]. Böylelikle ABD, Nikaragua'daki çatışmada yer alan kişi veya grupları, 1949 Cenevre Sözleşmelerinde ortak madde 3'e aykırı hareket etmeye teşvik etmemekle yükümlüdür[989]. Söz konusu bu yükümlülük için UAD tarafından "temel insani mülahazalar" prensibine dayalı bir hüküm kurulmuş olması, UAD'nin UAD Statüsü m.38/1-b'de kabul edilen iki unsur yaklaşımından kesin olarak sapmış olduğu ve tam anlamıyla tümdengelim yaklaşımının benimsendiği yönünde eleştirilere neden olmuştur[990].

Diğer yandan aynı kararda tümdengelim yaklaşımının yanı sıra iki unsur yaklaşımından da bahsedilmiştir. Buna göre, bir teamül kuralının içeriğinin tespiti için, o kurala dair *opinio juris*'in devletlerin uygulamasıyla desteklendiğinin tespit edilmesi gerektiği vurgulanmıştır[991]. Bu da demektir ki, devletlerin iradelerinin bir sözleşmede somutlaştırılması, kural olarak o kuralın teamüli değerinin tek kanıtı değildir[992]. Teamül hukuku kuralının varlığının tespiti için UAD'ye düşen, devlet davranışlarının ilgili kuralla genel anlamda uyum içinde olması gerektiğini tespit etmektir. Eğer kural ve davranış arasında tutarsızlık varsa, bu yeni bir kuralın oluşumunu değil, ilgili kuralın ihlalini ifade etmektedir. Bununla birlikte UAD, yine davayla bağlantılı prensipler üzerinden verdiği örnekler bağlamında kuvvet kullanma yasağı ya da birbirlerinin iç işlerine müdahale yasağı konusunda devletlerin hiçbir aksi uygulama olmaksızın bu yasaklardan kaçındıklarının beklenemeyeceğini eklemiştir[993]. Belirtmek gerekir ki öğretide böyle bir beklenti içinde olmanın UAD'ye olan güveni azaltacağı ifade edilmektedir[994].

Daha önce de ifade edildiği üzere, UAD'nin Nikaragua Kararı uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunda birden fazla yaklaşımın tartışılmasını yansıtan bir karardır. Ancak karar bunun da ötesinde, teamül hukuku oluşumunda eski ve yeni

---

Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.icrc.org/ar/download/.../sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf, s. 121- 122, s.e.t. 14.08.2018.

988 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 114, p. 220, K.T. 27.06.1986; Chigara, s. 446.

989 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 114, p. 220, K.T. 27.06.1986.

990 Schlütter, s. 157.

991 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 98, p. 184, K.T. 27.06.1986.

992 Schlütter, s. 152.

993 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 98, p. 186, K.T. 27.06.1986; Yoo, John/ Stradner, Ivana (2018) "Customary International Law": Mayali, Laurent/ Mousseron Pierre (Editörler), Customary Law Today, Cham, Springer, s. 326.

994 Arajärvi (2007) s. 5; Charlesworth, s. 29.

uluslararası hukuk düzeni arasındaki gerilimi en iyi yansıttığı iddia edilen kararıdır[995]. Bu minvalde, yukarıda da görüldüğü üzere, kararda tümdengelim yaklaşımı ile iki unsur yaklaşımı bir arada değerlendirilmiştir. Ayrıca bu kararda UAD'nin, herhangi bir uluslararası antlaşmaya katılma ya da uluslararası bir kararın ortaya çıkmasında oy kullanmanın, uluslararası teamülün iki unsurunun oluşumu için yeterli görülebileceğini belirtmesi yani anlık (*instant*) teamül oluşabileceği yönündeki hükmü farklı yönde eleştirilere uğramıştır.

Kararda iki unsur yaklaşımının esas alındığı ve değerlendirildiği bir diğer kısım daha bulunmaktadır. BM Genel Kurul'nun, 2625 (XXV) Sayılı "BM Antlaşması Gereğince Devletlerarası Dostça İlişkiler ve İşbirliğiyle İlgili Uluslararası Hukuk Prensipleri Deklarasyonu" kararı özelinde yaptığı irdeleme neticesinde, devletlerin BM Genel Kurul kararlarına ilişkin tutumundan *opinio juris* unsuru çıkabileceği sonucuna varılmıştır. Böylece dava özelinde ele alınan BM Kararı'nda düzenlenen kurallara devletlerin rıza göstermeleri, kuralların kabulünün gerçekleştiğini kanıtlamakta bu da *opinio juris* unsurunun varlığını gündeme getirmektedir.

Bu değerlendirmesi doğrultusunda UAD, devletlerin ülkesel bütünlüklerine ya da bağımsızlıklarına karşı kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidi yasağının ilgili BM Kararı'ndan çıkartılabileceğini ve söz konusu kararın bu konudaki *opinio juris* unsurunu yansıttığını belirtmiştir[996].

Bir hukuk kuralını açıklayan, tavsiye niteliğindeki bir BM Genel Kurul Kararı'nın (bağlayıcı olmayıp sadece niyet bildiren bir amaç taşısa da) UAD tarafından hukuk oluşturucu bir karar olarak değerlendirilmesi bu kararın bağlayıcı olarak kabul edilebileceğini göstermektedir. Nikaragua Kararı'nın teamül hukuku üzerindeki etkilerini ele alan Charlesworth, bu kararla teamülün kapsamının genişlediğini, zira "*soft*" normların bir hareketle "*hard*" normalar haline gelebildiğini ve böylece devletlerin konsensüse ihtiyaç duymayabileceklerini belirtmektedir. Charlesworth'a göre, BM Genel Kurul kararları gibi, ahlaki bir yükümlülük olarak görülmesi dışında bağlayıcılığı olmayan karar, bildiri gibi metinlerin hukuki statüsünün arttırılması "ısrarlı itirazcı" prensibine ilgiyi

---

995 Charlesworth, s. 1.

996 Nikaragua Davası, UAD Kararı (Davanın Esası), s. 99- 100, p. 188, K.T. 27.06.1986. Eklemek gerekir ki BM Genel Kurul kararları yanında, uluslararası örgütlerin deklerasyonları, devlet temsilcilerinin beyanları *opinio juris* unsurunun kanıtı olarak değerlendirilebilmektedir (Schlütter, s. 153; Chan, s. 63).

yeniden arttırabilecektir. Zira bu UAD kararı sonrası mümkün olan her platformda olumsuz oyların dile getirilmesi hayli önemli bir role sahip olacaktır. Buna karşın, bu türden kararlara atfedilen bu değer, uluslararası antlaşma ile karar arasındaki ayrımı önemsizleştirebilecektir[997].

UAD'ye Nikaragua Kararı dolayısıyla getirilen eleştirilerden bir diğeri, uluslararası teamül kuralı oluşumunda devletlerin gerçek davranışlarının, onların kamusal ifadelerinden daha önemsiz olduğu imasıdır. UAD'nin bu yönlü yaklaşımı ile uluslararası teamül kuralının oluşumunu, *opinio juris* unsurunun kanıtlarıyla birleşmiş gerçek bir devlet uygulamasına değil, devletlerin ifadeleri gibi basit ve belirsiz bir kıstasa dayandırdığı görülmektedir[998]. UAD'nin iki unsurlu teamül teorisinden uzaklaşan bu yaklaşımı, uluslararası teamül hukukunun varlığının devamına hizmet etmediği gerekçesiyle sert biçimde eleştirilmektedir[999]. Bununla birlikte bu yaklaşımda uluslararası teamül hukuku kıstaslarının esnetildiği, daha esnek modern teamül kurallarının geliştiği de ileri sürülmektedir[1000]. UAD'nin bu şekilde, tek tek devletlerin ulusal amaçlarındansa uluslararası toplumun amaçlarını öncelemesi, bunu yaparken temel insani değerler ve uluslararası toplumun refahını öne çıkarması, araç olarak uluslararası teamül hukukunu kullanması, Nikaragua Kararı'nın vurgulanması gereken diğer bir önemli noktasıdır[1001].

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin, 4 Ağustos 2004 tarihindeki Kaundo ve Diğerleri/Güney Afrika Cumhuriyeti Davası'nda hakim Ngcobo, "teamül hukuku kurallarının en büyük ironilerinden biri, tanınmasının kendisini çıkaran devletlerin uygulamasına bağlı olmasıdır"[1002] şeklindeki ifadesiyle, devletlerin çıkarları aleyhine gördükleri herhangi bir kuralın oluşumuna karşı pozisyon almak suretiyle kuralın oluşumunu engelleyebilme imkanlarına vurgu yapmıştır. UAD'nin Nikaragua Kararı'nda, bu tür engellemelere mahal vermeyecek şekilde "istenen topluluk hedeflerine daha kolay ulaşılabileceği" kabulüyle devlet uygulamalarını asgaride tutmasında hiçbir sakınca olmadığı ileri sürülmüştür[1003]. Belirtmek gerekir ki UAD'nin bu tutumunu, ilgili hedeflere

997 Charlesworth, s. 28.
998 Charlesworth, s. 28.
999 Charlesworth, s. 31.
1000 Chan, s. 65.
1001 Chan, s. 65.
1002 Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/5.pdf, s. 69, s.e.t. 04.04.2019.
1003 Chan, s. 68; Vicuña, s. 38.

ulaşmak için "teamül icat etmek" şeklinde değerlendirenler olmuştur[1004]. Hakeza, UAD'nin Gabcikovo-Nagymaros Davası'nda da aynı şekilde "çevresel kaygıları gidermek" amacıyla teamül oluşturmaya çalıştığı ileri sürülmüş ve UAD'nin bu tutumu ciddi şekilde eleştirilmiştir.

UAD'nin modern teamül hukuku yaklaşımına, devlet uygulamalarının göz ardı edilebildiği ve bu bağlamda devlet rızasından yoksunluk nedeniyle teamül kurallarının meşruiyetinin sorgulanabilir hale geldiği, zayıf *opinio juris* kanıtlarına dayanıldığı, teamül hukuku kurallarını tanımlamak bahanesiyle aşırı yorum ve aktivizme kapı aralamak suretiyle yeni teamüller yaratılarak kural koyucu gibi görebilmesi tehlikesine yol açtığı[1005] ileri sürülmektedir. Bu iddialar bağlamında UAD'nin, UAD Statüsü m.38/1-d'de öngörülen uluslararası yargı kararlarının yardımcı kaynak rolü dışına çıkacağı şeklinde çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Bu eleştirileri ileri sürenlere göre UAD, teorik teamül anlayışının gerekli gördüğü şartları hukuki bir temele dayanmaksızın esneterek sıkıntılı bir uygulamaya imza atmaktadır[1006].

2. KARARLARI IŞIĞINDA ULUSLARARASI *AD HOC* MAHKEMELERİN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDEKİ ROLÜ

Bölüm mahkeme kararlarının incelenmesi başlığını taşısa da, bu bölümde sadece ilgili mahkemelerin verdikleri kararlar incelenmeyecek, bir bütün olarak onların uluslararası teamül hukukuna katkıları ele alınacaktır. İlgili mahkemelerin Statüleri ve kararları da bu minvalde değerlendirilecektir. Bu doğrultuda, teamül hukukunun oluşumuna etkileri bakımından ele alınacak ilk *ad hoc* mahkeme Nürnberg Mahkemesi'dir[1007]. NUACM Statüsü, daha önceki bölümlerde açıklamasını yapmış olduğumuz uluslararası hukuka "*Grotian Moment*" olarak isimlendirilebilen birtakım yenilikler girmiştir. Hem Nürnberg Mahkemesi kararlarında hem de Mahkeme Statüsü'nde

---

1004 Chan, s. 68.

1005 Chan, s. 68. Hatta Nikaragua davasında UAD'nin devlet uygulaması ve *opinio juris* unsuru ayrımına bile gitmediği, BM üyesi olmayan devletlerin uygulamalarını incelemediği eleştirisi getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Czapliński, s. 99.

1006 Chan, s. 68- 69.

1007 Nürnberg Mahkemesi, ABD, Fransa, Büyük Britanya ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği tarafından 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması ile kurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf, s. 10, s.e.t. 27.12.2018. Bahse konu savaş hukukunun ve savaş teamüllerinin ağır ihlali niteliğindeki fiilleri gerçekleştirenleri yargılamak amacıyla müttefiklerce oluşturulan bir mahkemedir (Başak, s. 28).

yer alan ve literatürde "*Nürnberg Prensipleri*"[1008] olarak ifade edilen prensiplerin BM Genel Kurulu tarafından 1946 yılında kabulü[1009] de bu yeniliklerin kurallaşma sürecini hızlandıran bir etken olmuştur. Hatta BM Genel Kurul Kararı ile aşağıda bahsi geçecek olan "ortak suç girişiminin *(joint criminal enterprise)*", uluslararası teamül kuralı halini aldığı iddia edilmektedir[1010].

Söz konusu prensipler ile ilgili uluslararası teamül hukuku açısından tartışma yaratan, uluslararası cezai sorumluluk konusundaki hususlar. *Common law* karakterli

---

1008 Nürnberg Prensipleri şunlardır:
"I. Prensip
Uluslararası hukuka göre suç kabul edilen bir eylemde bulunan şahıs, bundan sorumludur ve cezalandırılması olasıdır.
II. Prensip
Uluslararası hukuka göre suç kabul edilen bir eyleme karşı bir ceza öngörülmese de bu, şahsı uluslararası hukuk önünde işlediği suçun sorumluluğundan kurtarmaz.
III. Prensip
Uluslararası hukuka göre suç kabul edilen bir eylemde bulunan şahısların, devlet başkanı ya da sorumlu hükümet memuru olmaları, işbu şahısları uluslararası hukuk önünde sorumluluktan kurtarmaz.
IV. Prensip
Bir şahsın üstü ya da hükümetinin emrine uygun davranması, ahlaki irade bir şahıs için her zaman bir olanak olduğundan, uluslararası hukuk önünde sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.
V. Prensip
Uluslararası hukuka göre suç işlediği iddia edilen şahıs, gerçeklere ve hukuka uygun olarak adil yargılanma hakkına sahiptir.
VI. Prensip
Aşağıda sıralanan suçlar uluslararası hukuk önünde cezai suçlar olarak belirlenmiştir:
(a) Barışa karşı işlenen suçlar
(i) Saldırgan ya da uluslararası antlaşma, sözleşme ve garantileri ihlal eden bir savaşı planlama, hazırlık ya da kışkırtma,
(ii) Ortak plana işbirliği yapma ya da (i) maddede belirtilen eylemlerin başarılması karşı komplo;
(b) Savaş suçları
Yasaların ya da savaş âdetlerinin ihlalleri, örneğin: köle işçilere ya da herhangi bir amaçla sivil halka ya da işgal altındaki bölge halkına, savaş tutsaklarına, denizdeki insanlara, kötü davranma ya da onları, rehineleri öldürme, sınırdışı etme; kamu ya da özel mülklerin yağmalanması, kent, kasaba ve köylerin ahlaksızca yıkımı ya da askeri gereklilikle açıklanamayacak biçimde tahrip edilmesi;
(c) İnsanlığa karşı işlenen suçlar
Cinayet, kitle imha, köleleştirme, sürgün ve sivil halka yapılan diğer insanlık suçları ya da siyasi, etnik ya da dini nedenlerle eziyet ya da savaş suçu ya da insanlığa karşı işlenen suçlarla ilgili idam ya da eziyet ya da eylemler sürdürülmesi.
VII. Prensip
Savaş suçu ya da insanlığa ya da barışa karşı işlenen suçların eyleme geçirilmesinde suç ortaklığı, VI. Prensipte belirtildiği üzere uluslararası hukuka göre bir suçtur" (https://tr.wikipedia.org/wiki/N%C3%BCrnberg_ilkeleri, s.e.t. 19.12.2018; https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/390?OpenDocument, s.e.t. 19.12.2018).

1009 Ayrıntılı bilgi için bkz. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_e.pdf, s.1, s.e.t. 19.12.2018.

1010 Scharf (2010) s. 468.

"*felony murder rule*" ile yoğun bir benzerlik gösteren[1011] ortak suç girişimi, bir suç örgütü bünyesinde bir suç teşebbüsüne isteyerek katılmış bir kişinin, örgütün diğer üyelerinin öngörülebilir fiillerinden, kendisi planın bir parçası olmasa da sorumlu olacağını öngören sorumluluk şeklidir[1012].

Cezaların şahsiliği prensibiyle uyuşmayan ortak suç girişimi, kişileri sırf bir suç örgütüne mensubiyet dolayısıyla sorumlu tutmaktadır[1013]. Özellikle terör suçları, soykırım, savaş suçları gibi suç tiplerinin ancak bir örgüt çerçevesinde işlenebileceği (ki Nürnberg örneğinde Nazi Liderler Grubu, Schutzstaffel ve Gestapo bu gruba dahildir), yapıları itibarıyla toplu bir suçluluğu ifade etmeleri, yapısal bir tehdit oluşturmaları ve bu tip suçlarda suçun işlenmesine yapılan katkının tespitinin ve cezalandırmasının zor olması, böyle bir sorumluluk (joint criminal enterprise) tipini ortaya çıkarmıştır[1014].

Ortak suç girişimi için gerek BM Genel Kurul kararıyla kabul edilmiş olması gerekse de mahkeme kararlarıyla teyit edilmiş olması, bu sorumluluk türünün teamüli karakterinin kanıtı niteliğindedir. Söz konusu BM Genel Kurul Kararı hukuki değer itibarıyla tavsiye niteliğinde[1015] olsa da ilgili Karar sorumluluk türünün devletler genelinde duyurulması, yayılması ve benimsenmesi açısından önem arz etmektedir. Böylelikle ilgili sorumluluk şekli ve Nürnberg yargılamalarının diğer prensipleri devlet uygulamalarına konu

---

1011 Bahse konu "*felony murder rule*" ile "*joint criminal enterprise*" aynı kavramlar olmamakla birlikte, benzer bir sorumluluk anlayışını ifade ettikleri için ilgili çalışmalarda da birlikte kullanımına rastlanmaktadır.

1012 Scharf (2010) s. 440. Nürnberg Mahkemesi Statüsü m.6'da mahkeme tarafından yargılanacak suçlar, barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar olarak üç başlık altında toplanmış olup, aynı maddenin son fıkrasında söz konusu suçlardan "…herhangi birini ika için mukarrer bir planın veya komplonun hazırlanması ya da icrasına iştirak etmiş olan idareciler, teşkilatçılar, tahrikçiler veya suç ortakları bu planın tatbiki için her şahsın ika ettiği bütün fiilerden dolayı mesuldürler" şeklinde bir sorumluluk şekli öngörülmüştür [Lütem (1951) s. 65- 66; http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, s. 288, s.e.t. 04.01.2019].
Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nde yer alan ve Nürnberg Yargılamaları sırasında sıklıkla gündeme gelen "ortak plan (*common plan*)", "komplo (*conspiracy*)" mefhumları; sonraki diğer mahkeme yargılamaları ile öğretideki tartışmalarla gelişen "*joint criminal enterprise*" kavramı ve getirmiş olduğu sorumluluk anlayışı; Nürnberg Mahkemesi'nin yanı sıra, YUCM, RUCM, Sierra Leone Özel Mahkemesi ile Doğu Timor'daki ağır suçların yargılanmasına yönelik özel panellerde de kullanılmıştır [Scharf (2010) s. 442].

1013 Scharf (2010) s. 456- 458; Başak, s. 31.

1014 Scharf (2010) s. 458.

1015 Sar, Cem (1966) "Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararının Hukuki Değeri", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 4, s. 272- 273.

olabilmekte ve ilgili bu Karar teamül kuralının oluşumuna katkı sağlayabilmektedir[1016].

Nürnberg yargılamalarında, uluslararası teamül hukuku ile ilgili ortaya çıkan bir diğer tartışma, Mahkeme'nin 1907 tarihli IV sayılı Karadaki Savaş Kanunlarına ve Teamüllerine Dair Sözleşme'nin mevcut uluslararası hukukun beyanı olduğunu ifade edip ilgili davalarda doğrudan uygulanabileceğini kabul etmesiyle ortaya çıkmıştır[1017]. Mahkemenin özellikle 1928 Briand-Kellogg Paktı ile yasaklanmasından evvel var olduğunu iddia ettiği saldırı savaşı yasağının bu Pakt ile kodifiye edilmiş bir teamül kuralı haline geldiği ifadesi eleştirilerin odağı olmuştur[1018]. Bu bağlamda 1907 tarihli IV Sayılı Lahey Sözleşmesi'nin bağlayıcı olmadığı, ayrıca uygulamada ilgili teamüle işaret eden devlet uygulamasından ziyade aksi uygulamanın yaygın olduğu ileri sürülmektedir[1019]. Schwarzenberger'e göre gerek Briand-Kellogg Paktı gerekse de Mahkeme tarafından saldırı savaşı ile ilgili teamül kuralına dayanak gösterilen diğer mevzuat, bağlayıcı nitelikte değildir[1020].

Saldırı savaşının teamüli bir karakter arz ettiğini ileri sürenler ise, iddialarını doğal hukuka dayandırmaktadırlar. Bu görüş sahiplerine göre, doğal hukuk gereği var olan söz

---

1016 Daha evvelki bölümlerde ele alınmış olan ve B. Cheng tarafından ortaya atılan anlık teamül kuralı oluşumu "Nürnberg Prensiplerinin" 95(I) sayılı BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilmesi bağlamında da tartışma konusu olmuştur. B. Cheng'in iddia etmiş olduğu gibi, oybirliği ile kabul edilmiş BM Genel Kurul Kararlarının anlık teamül kuralı oluşturması durumu bu örnekte de Scharf tarafından ele alınmış ancak tam olarak aynı sonuca ulaşılmamıştır. BM Genel Kurul Kararlarına tam anlamıyla güvenilmemesi gerektiği (devletlerin çoğu zaman kendi siyasi çıkarları doğrultusunda ilgili kararlara olumlu oy verebildikleri), Cheng'in iddia ettiği gibi devlet uygulamasının teamülün esas unsuru olmaktan çıkması ile değil de söz konusu uygulamanın süresi ve kapsamının en aza indirilmesi gerektiği savunulmaktadır [Scharf (2010) s. 467]. Belirtmek gerekir ki BM tarafından kabulün, teamül açısından katkının ötesine geçerek anlık teamül olup olmadığı gündeme gelmiştir.

1017 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/, s. 148, s.e.t. 11.09.2019; Arajärvi (2008) s. 94.

1018 Arajärvi (2008) s. 94.

1019 İlgili iddia ile kastedilen tarih, iki savaş arası dönemi de kapsamaktadır. Schwarzenberger'in iddiasına göre bu dönemde Mançurya'nın 1929'da Sovyetler Birliği ve 1931'de Japonya tarafından işgali, Arnavutluk'un 1939'da İtalya tarafından işgali, Sovyetlerin 1939'da Finlandiya'ya karşı önleyici savaş gibi örnekler, saldırı savaşı yasağının Mahkemenin iddia ettiği teamüli niteliğe aykırı örneklerdir [Schwarzenberger, Georg (1946- 1947) "Judgment of Nuremberg", Tulane Law Review, V. 21, N. 3, s. 345- 347; Arajärvi (2008) s. 95].

1020 Mahkeme, kararında Briand Kellogg Paktı'nın yanı sıra, 1923 Karşılıklı Yardım Antlaşması Taslağı, 1924 Cenevre Protokolü ve 1927 Milletler Cemiyeti Asamblesi Kararı gibi bağlayıcı olmayan diğer enstrümanlara da atıf yapmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.legal-tools.org/doc/45f18e /pdf/, s. 54, s.e.t. 11.09.2019.

konusu yasağın kristalize olması Briand-Kellogg Paktı ile olmuştur[1021]. Ancak Mahkeme, Londra Antlaşması öncesi saldırı savaşının bir suç olup olmadığını ve ne ölçüdeki bir eylemin suç sayılacağını ele almayı gereksiz görmüştür[1022].

Kararları ışığında uluslararası *ad hoc* mahkemelerin uluslararası teamül hukukunun gelişimindeki rolü kapsamında ele alınacak diğer *ad hoc* mahkemeler YUCM ve RUCM'dir. Her iki mahkemenin teamül hukukunun gelişimi üzerindeki etkilerinin karşılaştırmasını yapan Schlütter'e göre, teamül hukukunun gelişiminde oynadıkları rol açık olsa da mahkemeler bu konuda ortak bir yaklaşım sergilememişlerdir. Bunun sebebi, söz konusu mahkemelerin; farklı olay ve olgular (ulusal/uluslararası boyutta olma) üzerine kurulan iki farklı mahkeme olmaları, statülerinde farklı suç tiplerini düzenlemeleridir[1023]. Örneğin, YUCM Statüsü kapsamında yargılanabilecek suçlar, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlali, savaş kanunlarının ve teamüllerinin ihlalleri, soykırım ve insanlığa karşı suçlar ile sınırlıyken; RUCM Statüsü soykırımı, insanlığa karşı suçları, Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. madde ile bu Sözleşmelere Ek Protokol II'nin ihlalini kapsamaktadır[1024]. Ortak 3. madde ile ek Protokol II'nin içeriğine bakıldığında, RUCM Statüsü'nün sadece uluslararası olmayan silahlı çatışmaları kapsadığı (ki zaten Ruanda örneği de uluslararası boyutta kabul edilmez) görülecektir[1025].

Bahse konu iki mahkeme hakkındaki bu ayrımın ardından, YUCM'nin uluslararası teamül hukuku konusunda yaptığı değerlendirmelere bakıldığında, bu konudaki en verimli örneklerinden birinin 1995 tarihli Tadic Davası olduğu görülecektir. İlgili davada YUCM Temyiz Dairesi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3'ün uluslararası teamül hukukunu yansıttığını kabul etmesine rağmen, fiili devlet uygulamasının kanıtlarını bulmanın zor olduğunu ifade etmiştir. Zira Mahkemeye göre, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında bağımsız gözlemciler tarafından, çatışmanın karşı tarafının davranışlarının gözlemlenmesine çoğu zaman izin verilmemektedir. Bu bağlamda

---

1021 Wright, Quincy (1947) "The Law of the Nuremberg Trial", American Journal of International Law, V. 41, N. 1, s. 42.

1022 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/, s. 52, s.e.t. 12.09.2019.

1023 Schlütter, s. 177. Bahse konu edilen iki mahkeme arasındaki kimi farklar bunların içtihatlarındaki farklılığı gerekçelendirmekte kullanılmıştır.

1024 Mackenzie/ Romano/ Shany/ Sands, s. 194- 195; http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, s.e.t. 21.09.2018; https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statuteinternationalcriminaltribunalforrwanda.aspx, s.e.t. 21.09.2018.

1025 Schlütter, s. 178.

zorluklarla karşılaşan Mahkeme, teamül kuralının maddi unsuru olan devlet uygulamalarının tespitinde, resmi devlet beyanlarının, askeri kılavuzların ve yargı kararlarının daha güvenilir sonuçlar verdiğini gözlemlemiştir[1026]. Tüm bunların yanı sıra YUCM'nin, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ciddi ihlallerin savaş suçu olarak cezalandırılması amacıyla teamüli bir kural oluşturmaya çalıştığı da ileri sürülmektedir[1027].

Tadic davası özelinde yapılan değerlendirmelerin benzerleri, YUCM'de 1998 yılında Furundzija Kararı'nda[1028] ele alınan işkence yasağı ile ilgili de yapılmıştır. Mahkemenin, işkence yasağının, koruduğu değerler ve istisna kabul etmeyen doğası gereği, uluslararası hukuk normları hiyerarşisinde üst sırada yer aldığını, bu yüzden ilgili yasağın buyruk kural olduğunu ifade etmesi, kural ihdası olarak değerlendirilmektedir[1029]. Şüphesiz ilgili kararın bu şekilde değerlendirilmesinde, karardaki işkence tanımının; o ana kadar yapılan tanımlardan daha geniş olması, potansiyel ihlalleri kapsaması ve nihayetinde işkence yasağının *erga omnes* etkiye sahip olmasının vurgulanması[1030] etkili olmuştur.

Furundzija Kararındaki önemli değerlendirmelerden bir diğeri, uluslararası bir antlaşmanın teamül kuralının kanıtı olup olamayacağı konusunun gündeme gelmiş olmasıdır. Bu davada YUCM, UCM'yi kuran Roma Statüsü'nün, uluslararası teamül hukukuna kanıt oluşturduğunu kabul etmiştir. YUCM, Roma Statüsü'ne taraf olan devletlerin, pozisyonlarını belli ettiklerinden bahisle *opinio juris*'in varlığını kabul etmiştir[1031]. Mahkeme Roma Statüsü'nün, dava konusuyla ilgili teamül kuralını; yeniden

---

1026 Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-94-1, p. 99, p. 220, K.T. 02.10.1995; Arajärvi (2007) s. 12; Maresca, s. 229.

1027 Meron (1996) s. 241- 242, 244.

1028 Mayıs 1993'te Hırvat Savunma Konseyi'nin "Jokerler" adı verilen özel bir biriminin komutanı olan Anto Furundžija'nın, komutası altındaki görevi sırasında, Bosna Hersek'in Nadioci kasabasında "Jokerler" in merkezinde gözaltına alınan Bosnalı müslümanların, sorgulanmaları sırasında cinsel saldırılara, tecavüzlere, fiziksel ve zihinsel acılara maruz kalmaları üzerine YUCM'de görülen davadır. Dava sonunda, gerçekleştirilen fiillerin savaş suçunun unsurlarını oluşturdukları kabul edilmiştir. Komutan Furundžija'nın ise ilgili fiilleri doğrudan işlemese de varlığının ve yardımlarının ilgili fiillerin gerçekleştirilmesine hizmet gerekçesiyle müşterek fail olduğuna hükmedilmiştir (http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/89, s.e.t. 09.03.2018).

1029 Shenk, Maury D. / Rhoads, Carrie A. / Howe, Amy L. (1999) "International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda", International Lawyer (ABA), V. 33, I. 2 s. 550- 551; Schilling, s. 85.

1030 Marzen, Chad G. (2010) "The Furundzija Judgment and its Continued Vitality in International Law", Creighton Law Review, V. 43, I. 2, s. 511.

1031 Furundzija Davası, ICTY Kararı, Dava No. IT-95-17/1-T, p. 227, K.T. 10.12.1998; Tan, s. 102. İlgili davada, işkence yasağının teamüli varlığını ispata dönük başvurulan diğer yazılı kaynaklar 1863 Lieber Kodu, 1907 La Haye Sözleşmeleri, 1899 La Haye Sözleşmesi'nin önsözünde yer alan Martens Kaydı,

şekillendirmek, kristalize etmek, netleştirmek amacıyla değerlendirilebileceğini ve Statünün bazı alanlarda yeni bir hukuk oluşturabileceğini ve hatta var olan hukuku değiştirebileceğini kabul etmiştir. Statü her haliyle devletlerin hukuki fikirlerini yansıtmaktadır. Konferansa katılan devletlerin büyük bir çoğunluğu tarafından onaylanmış olan Roma Statüsü, bu şekilde *opinio juris*'in kanıtı niteliğindedir[1032].

Belirtmek gerekir ki YUCM'nin, Roma Statüsü'nün teamüle ilişkin niteliği (etkisi) konusundaki içtihadı tutarlı değildir. Nitekim, YUCM'nin Krnojelac Kararı'nda Furundzija Kararı'ndaki içtihadından farklı olarak, Roma Statüsü'nü *opinio juris*'in değil, devlet uygulamasının kanıtı olarak değerlendirdiği söylenebilir. Bu iddianın temel dayanağı, Mahkemenin ilgili kararında "…analizin Roma Statüsü'nde de yansıtıldığı gibi son devlet uygulamalarıyla da desteklendiği…" şeklindeki ifadedir[1033]. Görüldüğü üzere, YUCM'nin uluslararası antlaşmaların uluslararası teamül hukuku kuralına kanıt olarak gösterilmesi uygulamasında bir tutarlılık yoktur.

3. KARARLARI IŞIĞINDA BM DENİZ HUKUKU MAHKEMESİ'NİN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDEKİ ROLÜ

UDHM'nin değerlendirme konusu ilk kararı, aynı zamanda Mahkemenin ilk kararı olan ve literatürde M/V Saiga Davası olarak bilinen davadır. Bu dava Saint Vincent ve Grenadinler'in 13 Kasım 1997 tarihinde Gine'ye karşı UDHM'de açmış olduğu ve 1999 yılında karara bağlanan davadır[1034].

Saint Vincent ve Grenadinler bayraklı bir petrol tankeri olan M/V Saiga'nın Gine'nin münhasır ekonomik bölgesinin güneyine girmesi sonucu gerçekleşen olaylar sırasında, mürettebattan iki kişi yaralanmış ve tüm mürettebat Gine'nin başkentinde alıkonmuştur. Bunun üzerine bayrak devleti olan Saint Vincent ve Grenadinler, BMDHS'deki "gemi ve

---

1946 tarihli 10 Sayılı Müttefik Kontrol Konseyi Kanunu şeklinde sıralanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arajärvi (2014) s. 54.

1032 Furundzija Davası, ICTY Kararı, Dava No. IT-95-17/1-T, p. 227, K.T. 10.12.1998; Tan, s. 103.

1033 Krnojelac Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-97-25-A, s. 98- 99, p. 221, K.T. 17.09.2003; Tan, s. 103.

1034 Uyuşmazlık konusu olay, Saint Vincent ve Grenadinler bayraklı bir petrol tankeri olan M/V Saiga'nın, hem olay günü olan 28 Ekim 1997'de hem de öncesi günlerde Gine açıklarında ve Gine'ye ait Alcatraz Adası'nın 32 deniz mil uzağından Gine'nin münhasır ekonomik bölgesine girmesi ve balıkçı tekneleri ve diğer teknelere yakıt sağlaması üzerine Gine gümrük devriye gemileri tarafından tutuklanmasıyla çıkmıştır (Keskin, Funda (1998) "1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nden Doğan Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 53 S. 1, s. 196; M/V "Saiga" Davası, UDHM Kararı, Dava No. 2, K.T. 01.07.1999)

mürettebatın derhal serbest bırakılması" başlıklı m.292[1035]'nin ihlali gerekçesiyle UDHM'ye başvurmuştur[1036]. Başvurusunda Saint Vincent ve Grenadinler, Saiga'nın Gine karasularına girmediğini, bu yüzden Gine'nin tutuklama yetkisinin olmadığını; ayrıca tutuklamanın bayrak devletine bildirilmediğini ve "tutuklanan gemi ve mürettebatın, makul bir kefalet veya diğer bir teminatın verilmesi üzerine derhal serbest bırakılmasını" öngören BMDHS m.73/2'nin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Gine ise, başvurunun UDHM'nin kurallarına[1037] uygun olmadığını, söz konusu geminin de m.292 kapsamında olmadığını,

---

[1035] Gemilerin ve mürettebatın derhal serbest bırkılması başlıklı, 1982 BMDHS m. 292 şu şekildedir:
"1. Bir taraf devletin yetkililerinin, başka bir taraf devletin bayrağını taşıyan bir gemiyi tutukladığı ve tutuklamayı yapan devletin makul bir tazminatın veya diğer bir mali güvencenin yaratılması üzerine gemiyi ve personelini derhal serbest bırakmasını öngören Sözleşme hükümlerine uymadığının iaddia edildiği durumlarda, tutukluluktan kurtarma sorunu, tarafların üzerinde mutabık kaldıkları herhangi bir mahkemeye veya yargı yerine veya tutuklama zamanından itibaren 10 gün içinde böyle bir antlaşmaya varılamaması halinde, tutuklayan devletin 287. maddeye göre kabul ettiği bir mahkeme veya yargı yerine veya Milletlerarası Deniz Hukuku Mahkemesine sunulabilir. Ancak, taraflar bunun aksini de kararlaştırabilirler.
2. Serbest bırakma ile ilgili müracaat sadece geminin bayrağını taşıdığı devlet tarafından veya onun adına yapılabilir.
3. Mahkeme veya yargı yeri, gecikmeksizin serbest bırakma ile ilgili müracaatı inceleyecek ve gemi, gemi sahibi, veya gemi personeli aleyhine yetkili bir merciide görülen herhangi bir davanın esasına halel getirmeksizin sadece serbest bırakma konusunu ele alacaktır. Tutuklamayı yapan devletin yetkilileri, herhangi bir zamanda gemiyi, mürettebatını serbest bırakmakta yetkilidir.
4. Mahkeme veya yargı yerinin saptadığı teminat veya diğer mali güvencenin yatırılması üzerine tutuklamayı yapan devletin yetkilileri, geminin veya mürettebatının serbest bırakılması ile ilgili mahkeme veya yargı yeri kararına derhal uyacaklardır".
Çeviri için bkz. Kuran, Selami (2016) Uluslararası Deniz Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 445- 446.

[1036] Keskin, Funda (1998) "1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nden Doğan Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 53 S. 1, s. 196; M/V "Saiga" Davası, UDHM Kararı, Dava No. 2, K.T. 01.07.1999.

[1037] Burada mahkeme kurallarından kasıt, 28 Ekim 1997'de kabul edilip, 15 Mart 2001, 21 Eylül 2001, 17 Mart 2009 ve 25 Eylül 2018'de değişikliklere uğrayan Mahkeme Kuralları isimli mevzuattın 110. maddesidir. Bu madde gemi ve mürettebatının derhal serbest bırakılması (Prompt release of vessels and crews) başlıklı m. 110'dur ve İngilizce madde metni şu şekildedir:
"1. An application for the release of a vessel or its crew from detention may be made in accordance with article 292 of the Convention by or on behalf of the flag State of the vessel.
2. A State Party may at any time notify the Tribunal of:
(a) the State authorities competent to authorize persons to make applications on its behalf under article 292 of the Convention;
(b) the name and address of any person who is authorized to make an application on its behalf;
(c) the office designated to receive notice of an application for the release of a vessel or its crew and the most expeditious means for delivery of documents to that office;
(d) any clarification, modification or withdrawal of such notification.
3. An application on behalf of a flag State shall be accompanied by an authorization under paragraph 2, if such authorization has not been previously submitted to the Tribunal, as well as by documents stating that the person submitting the application is the person named in the authorization. It shall also contain a certification that a copy of the application and all supporting documentation has been delivered to the

Saiga'nın kaçakçılık yaptığını ve Gine'nin sadece gümrük kanunlarını ihlal ettiğini iddia etmiştir[1038]. Ancak UDHM kendisinin bu dava bakımından yetkili olduğuna karar vermiştir. Taraflarca ileri sürülen iddiaları değerlendiren Mahkeme, kaçakçılık iddialarının doğru olmadığına, mali bir güvence ile gemi ve mürettebatının serbest bırakılmasına ve diğer hususlarda karar vermiştir[1039]

Saiga Davası'nın konumuz açısında önemi, UDHM'nin ilk kararında, uluslararası teamül hukukunun şartlarını dolaylı da olsa ihmal ettiği iddiasının ileri sürülmesidir[1040]. UDHM, dava hakkında yaptığı değerlendirmede, hem USAD'nin 1926 Yukarı Silezya'da Kimi Alman Çıkarları Davası'na hem de BMDHS m.58/3[1041]'e atıf yapmıştır[1042]. Buna göre UDHM, Saiga'ya kendi kanunlarını uygulayan Gine'nin, Saint Vincent ve Grenadinler'e karşı BMHDS ve genel uluslararası hukuk kaynaklı yükümlülüklerinin tespitinde, ulusal ve uluslararası hukuk değerlendirmesi yapabilecektir. Diğer bir ifadeyle UDHM ulusal kanunların uluslararası hukuka uygun olup olmadığını değerlendirme yetkisini kendisinde görmüştür.

UDHM'nin, USAD'nin Yukarı Silezya'da Kimi Alman Çıkarları Kararı'na atıf yapmasının nedeni de ulusal kanunların uluslararası hukuka uygunluk inceleme yetkisine dayanak oluşturmaktır. Nitekim USAD'nin ilgili karardaki yaklaşımı tam anlamıyla bu hususa dönüktür. Söz konusu Karar'da USAD hem uluslararası hukukta hem de kendisi açısından ulusal hukuka, devletlerin iradesinin ifadesi olarak bakıldığını (hukuki kararlar ve idari tedbirlerde olduğu gibi) ifade etmiştir. Mahkeme'den Polonya kanunlarını bu şekilde yorumlaması kesinlikle istenmemektedir. Ancak USAD, Polonya'nın hukuku uygularken, Almanya'ya karşı yükümlülüklerine (Cenevre Sözleşmesi uyarınca) uygun davranıp davranmadığı konusunda Mahkeme'nin karar vermesini engelleyecek bir şey

---

flag State" (https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/Itlos_8_E_25.09.18.pdf, s. 41, s.e.t. 10.05.2020).

1038 Keskin, s. 196; Chigara, s. 439.

1039 Keskin, s. 201- 203.

1040 Chigara, s. 439.

1041 BMDHS'nin, "Diğer Devletlerin Münhasır Ekonomik Bölgedeki Hakları" başlıklı 58. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir:
"Devletler, münhasır ekonomik bölgede bu Sözleşmeden doğan kendi haklarını kullanırken veya vazifelerini ifa ederken kıyı devletinin haklarına ve görevlerine gereği gibi saygı gösterecekler ve kıyı devletinin bu Sözleşmenin hükümlerine ve milletlerarası hukuk kurallarına uygun şekilde kabul ettiği kanunlarına ve düzenlemelerine bu kısımla çatışmadıkları ölçüde riayet edeceklerdir (Gündüz/ Günel (Editör), s. 199).

1042 M/V "Saiga" Davası, UDHM Kararı, Dava No. 2, s. 52, K.T. 01.07.1999; Chigara, s. 440.

olmadığını[1043] da eklemiştir.

USAD'nin böyle bir karar vermesindeki temel dayanağının, "ulusal hukukun uygulanabilirliğini ve kapsamını inceleme" konusundaki yetkiyi kendisine tanıyan uluslararası bir teamül kuralı olduğu iddia edilmektedir[1044]. Chigara'ya göre, UDHM de Saiga Davası'nda, USAD'nin başlatmış olduğu uluslararası teamüle dayanarak hükme varmıştır. Üstelik UDHM, unsur değerlendirmesi yapmadan, sadece başka bir mahkeme kararına atıf yapmak suretiyle, bir anlamda yeni bir uluslararası teamül kuralının varlığını onaylamıştır[1045]. Söz konusu uluslararası teamül kuralı, UDHM'ye Gine'nin ulusal hukukunun geçerliliğini değerlendirme yetkisi vermektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere Mahkeme'nin bu yetkisinin diğer dayanağı BMDHS'nin 58. maddesinin 3. fıkrasıdır. UDHM ilgili fıkradaki, "devletler…kıyı devletinin bu Sözleşmenin hükümlerine ve uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde kabul ettiği kanunlarına ve düzenlemelerine bu kısımla çatışmadıkları ölçüde riayet edeceklerdir" şeklindeki ifadenin Mahkeme'yi yetkilendirdiğini ifade etmektedir.

Chigara'nın Saiga Davası'nda özet olarak ortaya koyduğu durum, USAD'nin teamül kuralı ilanının, UDHM pratiğindeki hukuki sorunlara uygulanmasının, bu teamül hukuku kuralının sadece UAD Statüsü m.38/1-b'ye uygun şekilde oluşturulması ve uygulanması durumunda yargılamayı kolaylaştıracağı[1046] üzerinedir. UAD m.38/1-b'deki şartları karşılamayan bir teamül kuralı yargı pratiğinde sorunlara neden olabilmektedir[1047]. Bu bağlamda uluslararası bir mahkeme yeni bir teamül kuralı ilanına gidecekse, teorik yaklaşımla uyumlu olacak şekilde, aynı anda devlet uygulamaları ve *opinio juris*'in tamamlanmış olduğunu da onaylamalıdır[1048]. Aksi halde ilgili uluslararası teamül hukukunun meşruiyeti sorgulanmaya açık bir hale gelecek ve mahkemenin tutumu uluslararası teamül hukukunun ihlali olarak görülebilecektir. Diğer yandan, uluslararası teamül kurallarının unsurlarının ortaya çıkıp çıkmadığını araştırmaksızın doğruluğunu kabul edip uygulamak mahkemelerin etkililiğine de ket vuracaktır. Üstelik bu yaklaşım

---

1043 Yukarı Silezya Davası, USAD Kararı, Dava No. Serie A- No. 7, s. 19, K.T. 25.05.1926.

1044 Chigara, s. 440.

1045 Chigara, s. 440.

1046 Chigara, s. 441.

1047 Chigara, s. 441. Yazar bu sorunların, 1949 yılındaki Korfu Boğazı Davası'nda ve 1986 yılındaki Nikaragua Davası'nda görüldüğünü ileri sürmektedir.

1048 Chigara, s. 444.

yüzünden mahkemelerin eşit ve tutarlı olmaları gerekliliği (beklentisi) zedelenmiş olacak, aynı zamanda daha önceden görülmemiş oluşum metotları peyda olacaktır[1049].

4. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ VE ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU

Uluslararası teamül kuralını uygulama yetkisine sahip olan UCM'nin bu yetkisi Mahkeme'yi oluşturan Roma Statüsü'nün tanıdığı bir yetkidir. Roma Statüsü'ne bakıldığında, diğer mahkeme statülerinden farklı olarak, uluslararası teamüle uygulanma sırası anlamında ikincil bir pozisyon[1050] tanındığı görülecektir. Bu ikincil pozisyon nedeniyle UCM'nin uluslararası teamül kurallarına dönük uygulaması genel uygulamadan farklılık göstermektedir. Öncelikle kendi hükümlerinin uygulanmasını öngören Roma Statüsü, Statüde hüküm bulunmayan hallerde yani ikincil olarak ve Statüye uygun düştükleri ölçüde teamül kurallarına başvurulmasını kabul etmektedir. UCM dışındaki inceleme konumuz dahilindeki diğer uluslararası mahkemelerin çoğu, UAD Statüsü m.38'e uygun olarak, uygulanacak kaynaklar arasında herhangi bir sıralama takip etmemiştir. Roma Statüsü'nün içerdiği bu hüküm dolayısıyla nasıl bir mahkeme uygulaması oluştuğu ve bu uygulamanın uluslararası teamül hukukunun gelişimine nasıl etki ettiği üzerinde durulması gereken hususlardır.

4.1. Uluslararası Ceza Hukukunda Uluslararası Teamülün Rolü

Öğretide, genel anlamda uluslararası hukukun kaynaklarından biri olan uluslararası teamülün, belirsiz yapısı nedeniyle uluslararası ceza hukukunun kaynağı olamayacağının ileri sürüldüğü görülmektedir. Teamülün söz konusu yapısal belirsizliği, kanunilik prensibine aykırıdır.

Kanunilik prensibi gereği; soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma konusu yapılan suç hakkında gerçekleştirilecek bu eylemlerin, suçun işlendiği anda belli olan kurallara dayandırılarak yapılması gerekmektedir[1051]. Teamülün bu yapısal belirsizliğinin, teamülü

1049 Chigara, s. 451.

1050 Vurgulamakta yarar görülmektedir ki teamüle biçilen bu ikincillik onun, Roma Statüsü tarafından yardımcı kaynak olarak kabul edildiği anlamını taşımaz. Sadece teamülün uygulanma sırası bakımından Roma Statüsü'nden sonra geldiği ifade edilmek istenmektedir.

1051 Tan, s. 93. Kanunilik prensibinin katı uygulanmasının kıstaslarını; belirlilik prensibi, geçmişe yürüme yasağı, kıyas yasağı ve şüpheden sanık yararlanır prensibi şeklinde dört başlık olarak saymak mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cassese, Antonio (2008) International Criminal Law, Second Edition, New York, Oxford University Press, s. 41- 51.

uluslararası antlaşmalardan daha az değerli bir kaynak haline getirmediği ileri sürülür[1052]. En basitinden, birbiriyle sıkı ilişki içinde olan uluslararası ceza hukuku ile uluslararası insancıl hukuk uygulamalarına bakıldığında, uluslararası bir antlaşmaya taraf olmayanların dilediklerini yapmakta özgür olduklarını düşünmenin oldukça tehlikeli sonuçlara yol açabileceği açıktır[1053].

Bizim de taraftarı olduğumuz, uluslararası teamül hukukunun kanunilik prensibini ihlal etmediği yönündeki görüşe[1054] göre, uluslararası ceza hukukunun kökenleri uluslararası teamüllere dayanmaktadır[1055]. Özellikle ilk andan itibaren yargılamalarda dayanak tutulan bireysel cezai sorumluluk, büyük ölçüde uluslararası teamül kaynaklıdır[1056]. Roma Statüsü'nde teamülün kaynak olma vasfını koruyan bir düzenleme benimsenmiştir.

Uygulanabilir hukuk başlıklı Roma Statüsü m.21[1057], uluslararası teamülün UCM yargılamasındaki rolüne dair önemli bir çerçeve çizmektedir. Söz konusu bu madde

---

1052 Henckaerts, Jean- Marie/ Doswald- Beck, Louise (2005) Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules, Cambridge, Cambridge University Press, Çevirenler: Öktem, Emre/ Batur Yamaner, Melike/ Özbek, Dolunay/ Kurtdarcan, Bleda R./ Uzun, Mehmet Cengiz/ Kaya, Abdullah, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt 1: Kurallar, İstanbul, Beta Basım A.Ş., s. xiii.

1053 Henckaerts/ Doswald- Beck, s. xx.

1054 Sadat, Leila Nadya (2002) The International Criminal Court and The Transformation of International Law, New York, Transnational Publishers, s. 181'den aktaran: Karakehya, Hakan (2008) "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 2, s. 147, dipnot 50.

1055 Aksar (2007) s. 132; Karakehya, s. 146.

1056 Pocar, Fausto (2016) "International Criminal Justice and the Unifying Role of Customary Law" Uniform Law Review, V. 21, N. 2- 3, s. 171.

1057 Uygulanabilir hukuk başlıklı Roma Statüsü m. 21'de, önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde UCM'ye şu şekildeki bir sırayı takip etmesi öngürülmüştür:
"1 (a) İlk olarak bu Statü'yü, Suçun Unsurları ve Usul ve Delil Kurallarını,
(b) İkinci sırada, uygun olduğu takdirde uygulanabilir antlaşmalar ve uluslararası hukukun silahlı çatışmalara dair yerleşik prensipleri de dahil uluslararası hukukun prensip ve kurallarını;
(c) Aksi takdirde, Mahkeme'nin uygun olduğu takdirde doğal olarak suç üzerinde yargı yetkisi olan ülkelerin, bahsi geçen prensiplerin bu Statü'yle ve uluslararası hukukla ve uluslararası anlamda kabul görmüş normlar ve standartla uyumlu olması halinde ulusal hukukları da dahil olmak üzere dünya hukuk sistemlerinin ulusal hukuklarından çıkardığı hukukun genel prensiplerini, uygular.
2. Mahkeme önceki kararlannda yorumladığı prensip ve hukuk kurallarını da kullanabilir.
3. Bu madde uyarınca hukukun uygulanması ve yorumlanması, uluslararası kabul görmüş insan haklarıyla tutarlı olmalıdır ve 7. maddenin 3. paragrafında tanımlanan cinsiyet yaş, ırk, renk, dil, din veya kanaat siyasi ya da diğer düşünce, ulusal, etnik veya sosyal köken, varlık, doğum veya diğer statüler gibi temellere dayandırılan herhangi bir olumsuz ayrımı içermemelidir". Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz/Günel (Editör), s. 169; https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf, s. 13, s.e.t. 07.01.2019.

özellikle Statü m.21/1(a) ve m.21/1(b) birlikte incelendiğinde de uluslararası teamüle hem UAD'den hem de diğer *ad hoc* mahkemelerden farklı bir statü belirlemiş ve uluslararası teamüle ikincil bir rol vermiştir[1058]. Bu hususu açmakta yarar görmekteyiz.

İlk fıkranın (a) bendinde, UCM'nin öncelikle "Roma Statüsü'nün, suçun unsurlarının ve usul-delil kurallarının" uygulamasını bildiren bu ifadeye yer verilmiştir. İlk fıkranın (b) bendinde ise UCM'nin, "İkinci sırada ve uygun olduğu takdirde uygulanabilir antlaşmalar ve uluslararası hukukun silahlı çatışmalara dair yerleşik prensipleri de dahil uluslararası hukukun prensiplerini ve kurallarını" uygulaması gerektiği ifade edilmiştir[1059]. İki bent birlikte değerlendirildiğinde, Roma Statüsü'ne açıkça uygulanma önceliği tanındığı görülmektedir. İlk bentte öncelikle uygulanacak Roma Statüsü'nden bahsedilmişken, ikinci bentte *uluslararası hukukun prensip ve kuralları* olarak ifade edilen uluslararası teamül hukuku kurallarına[1060], sonrasında yer verilmiştir.

Öğretide bahse konu m.21/1'in (a) ve (b) bentlerinin kurallar arasında bir hiyerarşi kurduğu ileri sürülmektedir[1061]. Kanaatimizce bu görüş, teknik açıdan yerinde değildir. Hiyerarşi basamaklanma gerektirir ve hiyerarşide kuralların geçerliliklerini birbirinden alma mantığı geçerlidir. Oysa m.21'de bahsi geçen, davada uygulanacak kuralın tespitine ilişkindir. İlgili madde hükmü, ulusal hukuklardakine benzer şekilde, Statüde bir düzenleme bulunmaması halinde UCM'nin, ikinci bentte belirtilen prensip ve kuralları uygun düştükleri ölçüde uygulayabileceğini öngörmektedir[1062]. Belirtmek gerekir ki

---

1058 Pocar, Fausto (2018) "Transformation of Customary Law through ICC Practice", American Journal of International Law, V. 112, s. 182.

1059 Ayrıca, ikinci fıkrada geçen "…yerleşik prensipler de dahil uluslararası hukukun prensipleri ve kuralları…" ifadesinde hem uluslararası teamülü hem de hukukun genel presiplerini bulmak mümkündür. Roma Statüsü'nün hazırlık çalışmaları sırasında da, "…yerleşik prensipler de dahil uluslararası hukukun prensipleri ve kuralları…" ifadesinin yerine neden uluslararası teamül hukuku ve hukukun genel prensiplerinin kullanılmadığına yönelik bir veriye ulaşılamadığı ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cassese, Antonio/ Gaeta, Paola/ Jones, John R.W.D. (2002) The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, V. II, Oxford University Press, Oxford, s. 1070-1071.

1060 İlgili "uluslararası hukukun prensip ve kuralları" olarak geçen ifadenin, uluslararası teamül hukuku olduğunun kabul edildiği bir UCM Kararı, 21 Mart 2016 tarihli Bemba Gombo Kararı'dır. Bemba Gombo Davası, UCM Kararı, No. ICC-01/05-01/08, s. 44, p. 71, K.T. 21.03.2016.

1061 Cassese/ Gaeta/ Jones, s. 1079.

1062 Uluslararası hukukun eşitler arası hukuk olmasından ve tüm kuralların devlet iradesinden kaynaklanmasından dolayı, uluslararası hukuk kuralları arasında hiyerarşi olmadığını savunanlar olduğu gibi (Pierre- Marie Dupuy), tam tersi Roma Statüsü m.21'in lafızdan hiyerarşik bir ilişkinin çıkartılabileceğini savunanlar (Cassese ve diğerleri) da vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Shelton, Dinah

Mahkemenin kurulmasına rıza gösteren ve Roma Statüsü'nü oluşturan devletlerin iradesini yansıttığı için Roma Statüsü'nün öncelikle uygulanması kadar doğal bir sonuç yoktur. Buna karşın aynı konuda bir buyruk kuralın var olması halinde VAHS m.53 gereği bu buyruk kural uygulanacaktır ve buyruk kural ile Statü kuralı arasında bir hiyerarşiden bahsedilebilecektir. Zira Statü hükümleri, buyruk kurala aykırı olamazlar. Hakeza Statü m.21/3 gereği insan haklarıyla tutarlı olmanın zorunlu tutulması da bununla paralellik gösterir. Ancak burada, temel amaç insan haklarına saygıyı güvence altına almak olduğundan, "tüm insan hakları kurallarının buyruk kural olup olmadığını değerlendirmek zorunda bırakılmadan insan haklarının tüm diğer kurallardan önceliği"[1063] esas alınmaktadır.

Diğer uluslararası mahkeme statülerinden farklı olarak, uluslararası teamülü kendisinden sonra uygulanabilecek bir kaynak pozisyonuna getiren Roma Statüsü, m.21/3'te geçen "bu madde uyarınca hukukun uygulanması ve yorumlanması, uluslararası kabul görmüş insan haklarıyla tutarlı olmalıdır…" ifadesi ile esasında ilk maddede oluşturulmaya çalışılan öncelik ilişkisine, uluslararası teamüli insan hakları kurallarıyla sınır getirilmektedir denebilir. Uluslararası ceza hukuku ile insan hakları birbiriyle sıkı ilişki içerisinde olduklarından, Roma Statüsü'nün içerdiği kuralların, insan haklarıyla ilgili teamül kuralları ile de tutarlı olmaları gerektiği açıktır. Bu doğrultuda söz konusu tutarlılık anlayışı, UCM'yi Statü'deki öncelikli uygulama kuralından saparak doğrudan teamüli uygulama sonucuna götürecektir. Böyle bir yaklaşımın UCM'ye geniş bir takdir alanı tanıyacağı kuşkusuzdur[1064].

Roma Statüsü m.21'in UCM uygulaması Statü'de öngörülenden farklı olmamıştır. Yani UCM, hiyerarşi fikrini benimsemiştir. UCM, 7 Mart 2014 tarihli Katanga Kararı'nda, m.21 ile uygulanabilir hukuk kaynakları arasında bir hiyerarşi oluşturulduğunu, Statü hükümlerinin öncelikli uygulanacağını, m.21/1(b) ve m.21/1(c)'de bahsi geçen ikincil kaynakların ise Statü'de bir boşluk bulunması halinde uygulanacağını ifade etmiştir[1065]. UCM'nin, 21 Mart 2016 tarihli Bemba Gombo Kararı da aynı yöndedir. Kararda UCM, Roma Statüsü m.21/1(b)'de bahsi geçen uluslararası teamül hukuku kurallarına, boşluk

(2006) "Normative Hierarchy in International Law", American Journal of International Law, V. 100, N. 2, s. 291- 292; Cassese/ Gaeta/ Jones, s. 1079.

1063 Dinah (2006) s. 294.

1064 Cassese/ Gaeta/ Jones, s. 1080.

1065 Katanga Davası, UCM Kararı, No. ICC-01/04-01/07, s. 27- 28, p. 39, K.T. 07.03.2014.

doldurmak amacıyla başvurulabileceğini belirtmiştir[1066]. Daha önce de belirttiğimiz üzere, kaynaklar arasında var olduğu iddia edilen ilişki, mahkemenin savunusunun aksine, hiyerarşik bir ilişki olmayıp, uygulanacak kuralın tespitine ve bu bağlamda kurallar arası uygulanma önceliğine ilişkin bir düzenlemedir. Zira Statü'deki düzenlemede, bir hiyerarşi ilişkisinde olduğu gibi birbirine üstün kurallar ya da birbirinden kaynaklanan kurallar arası bir ilişki söz konusu değildir.

Diğer yandan Katanga Kararı'nda UCM, teamüllere sadece boşluk doldurma amacıyla değil, Roma Statüsü'nün yorumunda da başvurulabileceğini belirtmiştir. UCM bu sonuca, Statü m.21 ve VAHS m.31/3(c)'nin birlikte değerlendirilmesi ile ulaşmıştır. UCM, VAHS m.31/3(c)'de ele alınan ve genel yorum kurallarından biri olan, "taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun uygulanması mümkün herhangi bir kuralının antlaşmanın bütünüyle birlikte dikkate alınacağı" hükmünden başka bir antlaşmaya, teamül kuralına, hukukun genel prensiplerine veya başka bir mahkeme kararına gidilebileceğini düşünmektedir[1067].

UCM'nin bu yaklaşımında yer alan Mahkeme kararlarının, Statü hükümlerinin yorumlanmasında kullanılabileceği kabulüne güzel bir örnek, UCM'nin 14 Mart 2012 tarihli Lubanga Kararı'dır. Bu kararda UCM, mahkeme kararlarının m.21'e göre doğrudan uygulanabilecek kaynak niteliğinde olmadıklarını, Roma Statüsü'nün hükümlerinin yorumunda potansiyel yardımcı kaynak niteliğinde olduklarını ifade etmiştir[1068].

Tam da bu noktada önemli bir tartışma ortaya çıkmaktadır. Söz konusu tartışma, UCM'nin uygulanacak hukuk konusunda karşılaşacağı (Statü'deki) boşluk halinde ya da yorum amacıyla uluslararası teamül hukukuna ne ölçüde gidebileceği konusundadır. Mahkemenin bu teamül kullanımı (boşluk doldurma ve yorum amacıyla) yaklaşımı

1066 Bemba Gombo Davası, UCM Kararı, No. ICC-01/05-01/08, s. 47, p. 79, K.T. 21.03.2016. UCM'ye göre, bir boşluğu m. 21/ 1 (b)'de öngörülen bir "ikincil hukuk kaynağı" ile doldurmak amacıyla kullanılacak teamül kurallarının belirlenmesinde, yardımcı kaynak olarak mahkeme kararlarına başvurulabilecektir.

1067 Bemba Gombo Davası, UCM Kararı, No. ICC-01/05-01/08, s. 47, p. 79, K.T. 21.03.2016. Antlaşma metni için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, s. 12, s.e.t. 10.01.2019; Pocar (2018) s. 184.

1068 Aynı kararda, Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü'ndeki 15 yaşın altındaki çocukların askere alınması ve kullanılmasını yasadışı kabul eden hükmün, Roma Statüsü 8 / 2 (e) (vii) ile aynı olduğu ve Sierre Leone Özel Mahkemesi içtihatlarının bu şekilde potansiyel bir yardımcı kaynak pozisyonunda olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords /CR2012_03942.PDF, s. 275, p. 603, s.e.t. 11.01.2020.

özellikle, Statü'ye taraf olmayan bir ülkede gerçekleşen eylemlerin (Roma Statüsü m.5'te yer verilen dört suç tipi), Güvenlik Konseyi tarafından UCM'ye getirildiği örnekler önemli ve kapsamlı bir tartışmaya neden olmaktadır. Güvenlik Konseyi tarafından Roma Statüsü m.5'te bahsi geçen suçların ihlali nedeniyle UCM'ye bildirilen vakalarda, ne ilgili devletin Roma Statüsü'ne taraf olması ne de failin Roma Statüsü'ne taraf bir devletin vatandaşı olması aranmaktadır[1069]. Dolayısıyla esasen UCM'nin yargı yetkisini kabul etmemiş bir devletin iradesine aykırı hareket edilmiş olunmakta, açıkça BM Antlaşması VII. Bölüm gerekçe tutularak devlet egemenliği prensibi ihlal edilmektedir[1070]. Bu noktada sorun böyle bir durumda UCM'nin nasıl tutum alacağındadır. Roma Statüsü m.21 gereği, öncelikle kendi kurucu antlaşmasını uygulamaya devam mı edecektir? Yoksa, doğrudan uluslararası teamül hukukunu mu uygulayacaktır? Veyahut Roma Statüsü'nde yer alan bir kuraldan daha geniş bir teamül kuralıyla (aynı hükmün hem antlaşma kuralı hem teamül kuralı olması halinde) karşılaşması halinde, bu teamül kuralını uygulayabilecek midir?

Tüm bu soruların cevaplandırılması önem arz etmektedir. Roma Statüsü m.21 gereği, öncelikli olarak Roma Statüsü'nün ilgili hükümlerinin uygulanması şeklindeki genel kuraldan saparak, uygulanabilir kural olarak teamüle başvurması gerektiği[1071] söylenebilir. Uluslararası hukukta genel kural, Statüye taraf olmayanlar, aynı kuralın hem uluslararası antlaşmada hem de uluslararası teamülde düzenlenmiş olması halinde, antlaşma ile olmasa da teamüli niteliği gereği aynı kuralla yine bağlıdırlar. Söz konusu bu genel kural gereği, UCM'nin de Statü'ye taraf olmayanlara Statüden ziyade uluslararası teamül hukukunu uygulaması gerektiği söylenebilir[1072]. Ancak kanaatimizce bu durumda dahi UCM, teamüle aykırı olmadığı müddetçe kendi Statüsünü, yani Roma Statüsü'nü uygulayabilmelidir.

Yukarıdaki yaklaşımın tam tersi de ileri sürülebilir. UCM'nin, kendi yargı yetkisini

---

1069 Erdal, Selcen (2010) "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.1, s.149, 179-180; Pocar (2018) s.185; Zorlu, Süleyman Emre (2016) "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşunda Tarihsel Süreç ve BM Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi Üzerindeki Yetkileri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakiltesi Dergisi, C.24, S.2, s.146. Belirtmek gerekir ki Güvenlik Konseyi'nin bu yetkisi, Roma Statüsü m.13(b)'den kaynaklanmaktadır. Roma Statüsü için bkz. https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf, s. 9, s.e.t. 13.01.2020.

1070 Erdal, s. 200.

1071 Pocar (2018) s. 185. İlgili iddia, üçüncü devletlerle ilgili genel kural başlıklı VAHS m. 34'te yer alan "bir andlaşma, rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır", kuralına da uygundur. Antlaşma metni için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, s. 13, s.e.t. 13.01.2020.

1072 Pocar (2018) s. 185.

kabul etmemiş bir devlet vatandaşını, Güvenlik Konseyi tarafından yapılan bir başvuru ile yargılaması -her ne kadar devlet egemenliği prensibine ve daha özelde VAHS m.34'e aykırılık taşısa da- uygulanabilir hukuk bakımından Statü'ye uygundur. Zira Roma Statüsü m.21/1(a) gereği doğrudan Statü hükümleri uygulanır. Bu sonucu destekleyen diğer bir argüman, devlet egemenliği prensibi ile uluslararası suç arasında bir değer mukayesesi yapıldığında, devlet egemenliği prensibinin ikinci planda tutulabileceği argümanıdır. Kanunilik prensibi bağlamında yazılı kuralın yazısız kuraldan önce uygulanırlığı prensibi de aynı sonuca ulaştırmaktadır. Ayrıca nihayetinde Güvenlik Konseyi'nin UCM prosedürünü başlatma yetkisi de Roma Statüsü'nde düzenlenmektedir. Bu şekilde bir yetki öngören Roma Statüsü'nü oluşturan iradenin, uygulanabilir hukuk bakımından farklılık arzuladığı söylenemez. Bu bağlamda UCM Roma Statüsü m.21'deki uygulama sırasını gözetmeye devam edecektir. Ancak bu noktada teamül kurallarının, Roma Statüsü'ne aykırı olmadığı müddetçe uygulanabileceğini de eklemek elzem görünmektedir.

Sonuç olarak evrensel bir nitelikte olduğu ileri sürülen uluslararası ceza hukukunun belirli sayıda devlet tarafından kabul edilmiş antlaşma ile kurulmuş bir mahkeme tarafından uygulanmasının, söz konusu evrensel niteliğe gölge düşürdüğü söylenebilir. Zira uluslararası ceza hukuku, evrensel niteliği gereği belirli sayıda devletin iradesi ile idame ettirilecek bir alan değildir. Özellikle iki dünya savaşını kapsayan süreçte yaşanan vahşet, işlenen ağır suçlar ile gerçekleştirilen ağır hak ihlalleri, ulusal sınırlar içerisinde gerçekleşmiş olmalarına rağmen, uluslararası toplumun müdahalesini gerektiren ve görmezden gelinemeyecek hususlardır. Doğrudan uluslararası ceza hukukunun alanına giren bu tip konular, tüm uluslararası toplumun müdahalesine ihtiyaç duymaktadır.

UCM'nin kurulmasını da sağlayan bu tip gelişmeler, UCM'nin uluslararası teamülü uygulamasını gerekli kılmaktadır. Zira uluslararası teamül herhangi bir uluslararası antlaşmanın bağlayıcılık sahasını aşıp evrensel bir etkiye yaklaşabilmektedir. Bu bağlamda UCM'nin aynı olaya Roma Statüsü hükümlerini uygulamış olması ile bir teamül kuralını uygulamış olmasının sonuçları doğal olarak farklı olabilecektir.

Uluslararası mahkemelerin teamülü uyguladıkları kararlar, özellikle teamülün tespitinde diğer mahkemelerce referans alınmaları bağlamında etki alanlarını *inter partes* etkinin ötesine taşımaktadırlar. Bu anlamda, yani teamülün gelişimi konusunda genç bir mahkeme olan UCM'nin içtihatlarının önemli bir potansiyeli olduğunu söylemek de

yerinde bir yaklaşım olacaktır[1073]. Zira Pocar'ın değindiği gibi, UCM uluslararası teamül hukukunu Roma Statüsü'ne uygun şekilde uygulayarak, yorumlayarak ortaya çıkaracağı sürekli içtihadı ile bir anlamda yeni bir teamül kuralına da vücut verecektir[1074].

4.2. Kararları Işığında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Teamül Hukukunun Gelişimindeki Rolü

UCM kararları ile teamül arasındaki ilişki noktasında önemli bir husus, UCM'nin inceleme konumuz kapsamında ele almış olduğumuz diğer mahkemelerden daha genç olması nedeniyle, bazı konulardaki yaklaşımına ilişkin yeterli veriye henüz sahip olunmadığı gerçeğidir. Bu eksikliğe karşın, UCM'nin şimdiye kadar sonuçlanmış kararları ışığında değerlendirme yapmaya çalışılacaktır. Ancak vurgulamak gerekir ki Mahkemenin kısıtlı kararları nedeniyle salt teamül hukukunun gelişimi ekseniyle sınırlı kalınmayacak, UCM'nin genel hatlarıyla uluslararası hukukun oluşumundaki rolü de inceleme konusu edilecektir. Bunu yaparken de bir bütün olarak yargılama faaliyeti kapsamındaki tespit ve yorum yoluyla ne gibi sonuçlara ulaşıldığı görülecektir.

UCM'nin ele alınacak ilk kararı, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde yaşayan ve Kongolu Vatanseverler Birliği (*Patriotic Force for the Liberation of Congo*) adlı silahlı grubun başkanı Thomas Lubanga Dyilo hakkında, 12 Mart 2012 tarihinde verilen karardır. Kısaca Lubanga Kararı olarak da ifade edilen bu kararda Thomas Lubanga Dyilo, 15 yaşın altındaki çocukları askere almaktan ve onları çatışmalarda aktif olarak kullanmaktan suçlu bulunmuştur[1075]. Roma Statüsü m.8/2 (e) (vii)'de "on beş yaşın altındaki çocukları silahlı kuvvetlere veya gruplara dahil etmek veya onları askere almak veya onları çatışmalara aktif olarak katılmak için kullanmak" eylemleri, savaş suçu olarak kabul edilmektedir[1076]. İlk bakışta UCM'nin, doğrudan Roma Statüsü'nü uygulamış olduğu ve kararda uluslararası

1073 Farklı nedenlerle ve fakat aynı yönde görüş için bkz. Pocar (2018) s. 186.

1074 Pocar (2018) s. 186.

1075 Lubanga Davası, UCM Kararı, No. ICC-01/04-01/06, K.T. 14.03.2012.

1076 Roma Statüsü'nde çocukların asker olarak kullanılmasını bir savaş suçu olarak kabul edilmesi bu konudaki en etkili koruma olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda bkz. Kekevi, Serkan/Kılıçoğlu, Gökmen (2016) "Uluslararası Hukuk Açısından Çocuk Askerler ve Pkk'nın Çocuk Askerleri/Militanları", Ankara Barosu Dergisi, Y.74, S.3, s.495. Eğitim kurumlarına yapılan saldırıları savaş suçu sayılması, 18 yaş altı kişilerin UCM yargı yetkisi kapsamına dahil edilmemiş olması, tanıklık yapacak çocuklar için özel önlemler alınmış olması da Roma Statüsü tarafından çocukların korunmasına ilişkin diğer hükümlerdir. Bu konuda bkz. Azarkan, Ezeli (2009) "Uluslararası Antlaşmalar ve Uluslararası Mahkeme Kararları Çerçevesinde Çocuk Askerlerin Korunması", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergsi, C. 5, S. 19, s. 97.

teamüle başvurmadığı söylenebilir. Nitekim Temyiz Dairesi de UCM Dava Dairesi tarafından Roma Statüsü m.8/2 (e) (vii) hakkında yapılan yorumun hem Roma Statüsü hem de ilgili yorum kurallarına uygun olduğunu ifade etmiştir[1077].

Bu şekilde uygulanacak hukuk konusunda bir sorun olmamakla birlikte, üzerinde durulması gereken esas "silahlı çatışmalarda çocukların kullanılması" ifadesinin yorumu hususudur. Dava Dairesi tarafından yapılan yorumda, Roma Statüsü m.8/2 (e) (vii)'de geçen kavramlar, Statü hükümlerinin lafzı, amacı ve bağlamı çerçevesinde yorumlanmış ve böylece hükümde geçen "aktif katılım" ibaresine, çatışmaya doğrudan katılımın ötesinde bir anlam yüklenmiştir[1078].

Temyiz Dairesi, amaçsal yorum çerçevesinde uluslararası insancıl hukuk ve çocuk haklarıyla ilişkili uluslararası belgelerde çocuklara, çatışmalardaki risk bağlamında, olağan sivillerden daha geniş koruma sağlandığına vurgu yapmıştır. Bu bağlamda Temyiz Dairesi, öncelikle sivillerin çatışmalardaki durumuna dikkat çekmiştir. Daire, normal şartlarda uluslararası insancıl hukukta sivillerin, çatışmaların doğrudan parçası olmadıkları sürece dokunulmazlığa sahip olduklarını belirtmiştir. Sivillerin korunması hususundaki bu kural ekseninde değerlendirildiğinde, çocuklar askere alınmakla birlikte sivil statülerini kaybedecekler, silahlı kuvvetlerin bir üyesi olarak görülüp saldırılarda meşru birer hedef haline geleceklerdir. Daire, askere alınmayla sivil statüsünü kaybeden çocukların ölüm ve yaralanma gibi büyük risklerle karşı karşıya kalacaklarını; çatışmalarda aktif olarak kullanılmak üzere askere alınmanın ise bu riskleri daha da arttıracağını belirtmiştir. Temyiz Dairesi'ne göre çocukların çatışmaya doğrudan ya da dolaylı katılımına bakılmaksızın, konuşlandırma (*deployment*) eyleminin suç olarak kabul edilmesi, amaçsal yorum çerçevesinde olağan sivillerden daha katı ve daha geniş korumaya sahip olmaları gereken çocuklar için mümkün olan en geniş korumayı sağlayacaktır[1079].

UCM'nin, Lubanga Kararı'nda silahlı çatışmalara doğrudan katılım kavramını

[1077] Özellikle Roma Statüsü uygulanacak hukuk başlıklı m. 21 ile Nullum crimen sine lege başlıklı m. 22'nin ikinci fıkralarına atıf yapılmıştır. Roma Statüsü m. 22/ 2'de suçun tanımının dar bir şekilde yapılması gerektiği ve suçun kapsamının kıyas yoluyla genişletilmemesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Maddenin devamında, tanımın belirsizliği durumunda ise araştırılan, kovuşturulan veya hüküm giymiş kişi lehine yorumlanacağını düzenlemektedir. Lubanga Davası, UCM Kararı (Temyiz Dairesi), No. ICC-01/04-01/06, s. 91- 92, p. 202, K.T. 18.02.2013.

[1078] Lubanga Davası, UCM Kararı (Temyiz Dairesi), No. ICC-01/04-01/06, s. 91-92, p. 202, K.T. 18.02.2013.

[1079] Lubanga Davası, UCM Kararı (Temyiz Dairesi), No. ICC-01/04-01/06, s. 92, p. 203, K.T. 18.02.2013.

teamül hukukundan da geniş yorumladığı ileri sürülmektedir. Mahkeme'nin bu yorumu özellikle çocukların silahlı çatışmalarda meşru bir hedef olma riskini arttırdığı için eleştirilmektedir. Hatta böyle bir durumda, Statü ile uluslararası insancıl hukuk arasındaki uyumsuzluk riskinden koruyacağı için teamüle başvurmanın daha yerinde olabileceği ileri sürülmüştür[1080]. Çocukların askere alınmaları yasağının teamüli bir insancıl hukuk kuralı olduğu kabulü bağlamında, UCM Dava Dairesi'nin "aktif katılım" hususunda yaptığı genişletici yorumun ilgili teamül kuralı ile ne kadar bağdaştığı da tartışmalara neden olacaktır.

UCM'de görülen Lubanga Davası ile ilgili altı özellikle çizilmesi gereken husus, UCM tarafından uluslararası teamül hukukuna karşı nasıl bir pozisyon geliştirildiği hususudur. Bu noktada, UCM'nin Lubanga Kararı inceleme konusu edilen diğer yargı kuruluşlarının kararlarından nispeten farklıdır. UCM, Lubanga Kararı'nda teamül kurallarını ikincil kaynak olarak kabul eden Roma Statüsü'yle uyumlu görüntü çizmektedir. Davada doğrudan Statü hükmü uygulanmış ve bir anlamda teamül kuralları göz ardı edilmiştir[1081]. Nihayetinde, Statü'nün teamüle biçtiği role uygun bir sonuç ortaya çıkmıştır.

UCM'nin bu yaklaşımı ortaya konduktan sonra, uygulanabilir hukuk kapsamında uluslararası teamülün ve diğer kaynakların, UCM tarafından nasıl ele alındığının incelenmesi gerekir. Bu minvalde inceleme konusu edeceğimiz ilk karar 7 Mart 2014 tarihli Germain Katanga Kararı'dır.

UCM Dava Dairesi (II), Germain Katanga'yı biri insanlığa karşı suç (adam öldürme) ve diğer dördü savaş suçu (adam öldürme, sivil nüfusa saldırma, mülkiyetin tahribi ve yağma) olmak üzere beş suçtan suçlu bulmuştur[1082].

Söz konusu Karar'da UCM Dava Dairesi (II), insanlığa karşı suçların yer aldığı

1080 Pocar (2016) s. 175. Özel Sierre Leone Mahkemesi Temyiz Dairesi tarafından 2004 yılında verilen Norman Kararı'nda, çocukların gönüllü ya da zorla askere alınması yasağının teamül kuralı statüsünü kazandığı ilan edilmiştir. Kararın İngilizce metni için bkz. Norman Davası, Sierre Leone Özel Mahkemesi Kararı (Temyiz Dairesi), Dava No. 2004-14-AR72(E), p. 17- 24, 37- 51, K.T. 28.05.2004; Ochoa, Juan Carlos S. (2008) "The ICC's Pre- Trial Chamber I Confirmation of Charges Decision in the Case of Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo: Between Application and Development of International Criminal Law", European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, V. 16, N. 1, s. 44.

1081 Pocar (2016) s. 175.

1082 Katanga Davası, UCM Kararı, No. ICC-01/04-01/07, s. 1, K.T. 07.03.2014.

Roma Statüsü m.7'nin ve gerektiğinde "Suçun Unsurları"nın yorumlanmasının üzerinde özellikle durmuştur. Daire, yorum hususunda VAHS m.31/3(c)'ye uygun olarak, ilgili bir teamül kuralını tanımladığı ölçüde *ad hoc* mahkemelerin içtihatlarına başvurmanın gerekli olduğunu ifade etmiştir[1083]. VAHS'nin genel yorum kuralı başlıklı m.31'in üçüncü fıkrasının c bendine göre yorumda, taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir uluslararası hukukun ilgili her kuralının dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir[1084].

Daha önce belirtildiği üzere, Lubanga Kararı'nda Roma Statüsü katı bir şekilde yorumlanmak suretiyle uygulanmıştır. Karar'da UCM, Statüde hüküm bulunması nedeniyle m.21/1(a)'yı Statü'ye uygun ve katı biçimde uygulamıştır. Katanga Kararı'nda ise uyuşmazlığı çözecek hüküm Statü'de bulunmadığından, bu defa m.21/1(b)'yi yine Statü'ye uygun biçimde uygulamıştır.

Teamülün UCM yargılamalarındaki konumuna ilişkin bir diğer UCM kararı, UCM Dava Dairesi (III)'nin 21 Mart 2016 tarihli Bemba Gombo Kararı'dır. Kongo Demokratik Cumhuriyeti vatandaşı olan Jean-Pierre Bemba Gombo'nun, iki insanlığa karşı suç (adam öldürme ve tecavüz) ile üç savaş suçundan (adam öldürme, tecavüz, yağma) suçlu bulunduğu bu davada, Daire, ilgili ve uygun oldukları takdirde, teamül hukuku kurallarını belirlemek için diğer uluslararası mahkemelerin içtihatlarına başvurulabileceğini belirtmiştir[1085]. Bu kararda Mahkeme Katanga Kararı'na benzer biçimde ve fakat daha geniş kapsamda[1086], diğer mahkeme kararlarını uluslararası teamül kuralının tespitinde bir araç olarak kullanmıştır. UCM'nin Katanga ve Bemba Gombo Kararları'ndaki bu yaklaşımının, yargı kuruluşlarının kararlarının teamülün uluslararası ceza hukukundaki gelişiminde katalizör görevi görebileceği söylenebilir.

UCM'nin, teamüle ikincil olarak ve boşluk doldurma amacıyla başvurduğu Bemba Gombo Kararı'nda da görülmektedir. Kararda, teamüle bir yandan boşluk doldurma amacıyla başvurulabileceği ifade edilirken; diğer yandan uygulanacak hukukun yorumlanmasında başvurulabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla teamül, her iki şekilde

---

1083 Katanga Davası, UCM Kararı, No. ICC-01/04-01/07, s. 415, p. 1100, K.T. 07.03.2014.

1084 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf, s.e.t. 21.01.2020.

1085 Bemba Gombo Davası, UCM Kararı, No. ICC-01/05-01/08, s. 44, p. 71, K.T. 21.03.2016. UAD kararlarına başvurulabileceği ifade edilmiştir.

1086 Katanga Kararı'nda teamüle başvuru şeklinin *ad hoc* mahkemelerin içtihatları aracılığıyla olacağı ifade edilmiştir.

kullanılabilir olmakla birlikte kullanımın şekli, durumun koşullarına bağlı olarak belirlenmek durumundadır[1087].

UCM'nin söz konusu Bemba Gombo Kararı ile teamülün UCM yargılamasındaki rolü Lubanga Kararı'nda olduğundan daha görünür kılınmıştır. Lubanga Kararı'ndan farklı olarak UCM, teamülün Roma Statüsü ve suçun unsurlarının yorumuyla ilgili rolünün yanı sıra, Statü ve ilgili diğer mevzuattaki boşluğun doldurulması rolünün de olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak UCM tarafından verilen bahse konu üç kararda, uluslararası teamül hukuku bakımından -özellikle de Roma Statüsü'nde öngörülen ikincil pozisyon noktasında- herhangi bir yenilik söz konusu değildir. UCM Roma Statüsü'nün öncelikli uygulama kuralına yargılamalarında riayet etmiş ve özellikle Lubanga Kararı'nda Statü hayli katı şekilde uygulanmıştır. Söz konusu bu katı uygulama, UCM'nin Katanga ve Bemba Gombo Kararları'nda teamülü dikkate almaya başlamasıyla yumuşamıştır. Belirtmek gerekir ki bu yumuşatıcı yaklaşım, uluslararası ceza hukukunun hedeflerine ve bu hukuk çerçevesinde koruma altında olan haklara daha uygun sonuçlar doğuracaktır.

5. KARARLARI IŞIĞINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN GELİŞİMİNDEKİ ROLÜ

AİHM'in, uluslararası teamül kurallarının oluşumu ve gelişimi bölümü altında ele alınma sebebi, esasen tartışmalı bir konu olan uluslararası yargı kuruluşlarının kendileri için biçilmiş görev tanımını aşacak faaliyetlerde bulunmalarından kaynaklanmaktadır. AİHM özelinde, özellikle dinamik/evrimsel yorum adı altında AİHS'de yer alan pek çok hakkın kapsamının genişletilmesi, uluslararası yargı kuruluşlarının klasik görev tanımını sorgulanmasına neden olmuştur. Bu yönüyle AİHM, her ne kadar araştırma konumuz boyunca incelediğimiz diğer klasik uluslararası yargı kuruluşlarından farklı olsa da aynı bölüm altında incelenmeye değer görülmüştür. Bu sayede başlık altında AİHM'in uluslararası teamül kuralı (özelde bölgesel teamül kuralı) oluşumuna veya gelişimine ne gibi katkılarının olduğu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

Bölgesel ve sadece insan hakları hukuku ile sınırlı bir uluslararası yargı kuruluşu

[1087] Bemba Gombo Davası, UCM Kararı, No. ICC-01/05-01/08, s. 47, p. 79, K.T. 21.03.2016; Pocar (2016) s. 175- 176.

olan AİHM'in uygulamasında, uluslararası teamül hukuku kurallarının nasıl bir role sahip olduğu incelemesini, genel-bölgesel uluslararası teamül hukuku kuralı ayrımı üzerinden yapmakta fayda vardır. Zira genel uluslararası teamül kuralları ile bölgesel teamül kuralları, birbirleriyle etkileşim içerisindedir. Bu etkileşim, AİHM kararlarına da yansımakta ve AİHM her iki teamül türüne de atıf yapmaktadır[1088].

AİHM'in uluslararası teamüle ilişkin en önemli rolü, teamül kuralı inşasından öte uluslararası mahkemelerin yargısal fonksiyonu üzerinde kendini göstermektedir. Bilindiği üzere yargısal fonksiyonun teamülün kurucu unsuru olmadığı savı[1089] ve ikincil nitelikte olduğu savı ekseninde değerlendirildiğinde, uluslararası yargı kuruluşlarının, kuruculuk fonksiyonundan yoksun oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa AİHM, özellikle yorum uygulamasıyla klasik kabulü çok güçlü şekilde zorlamaktadır. Bu noktada, yargı yetkisi içerisinde yer alan yorum uygulamasının sınırları aşıp aşmadığının değerlendirilmesi gündeme gelmektedir ki AİHM, bu konuda en sık işaret edilen mahkemedir[1090].

AİHM'in uluslararası teamül kurallarına başvurabileceği hallerden bahseden AİHM hakimi Inete Ziemel, AİHM'in uluslararası hukukta düzenlenen bir konuyla ilgilendiğinde ve Avrupa konsensüsü oluşturmaya çalıştığında, uluslararası teamüle başvurabildiğini ifade etmektedir. Zira AİHM'den beklenen Sözleşmeyi yorumlarken, Sözleşme dışı hukuk kurallarını, Avrupa devletlerinin uygulamalarını ve bu devletlerin söz konusu kuralları ele alış şeklini dikkate almasıdır ki özellikle AİHS'in yaşayan bir metin olarak kabulü de bunu zorunlu kılmaktadır[1091]. Belirtmek gerekir ki AİHM'den, genel uluslararası yargı

1088 Cunningham, s. 540.

1089 Tzevelekos, Vassilis P. / Dzehtsiarou, Kanstantsin (2016) "International Custom Making and the ECtHR's European Consensus Method of Interpretation", European Yearbook on Human Rights, V. 16, s. 313.

1090 AİHM'in popülerliğinin nedeni ve göstergesi başvuru ve karar sayılarında kendini göstermektedir. AİHM kurulduğundan beri AİHS'nin korumuş olduğu hakların ihlali gerekçesiyle 800.000 farklı başvuru yapılmıştır. Söz konusu sayıdaki yükseklik, AİHS'in gerçekleştirdiği koruma mekanizmasının etkililiğinin de bir göstergesidir (Dothan, s. 770).

1091 Devlet dokunulmazlığı ile ilgili her davada, uluslararası teamül kurallarının göz önünde bulundurulduğu ifade edilmektedir. Bu konuda 2010 yılındaki Cudak/Litvanya Kararı örnek verilmektedir. Ayrıca Sözleşme dışı diğer kural ve verilerin dikkate alınması gerektiği hakkında spesifik bir örnek, 2008 yılındaki Demir Baykara/ Türkiye Kararı'dır [Ziemele, Ineta (2013) "Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights - The Method", Law and Practice of International Courts and Tribunals, V. 12, N. 2, s. 245- 246, 248; Dzehtsiarou, Kanstantsin (2015) European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, s.161].

kuruluşlarının aksine, bir uluslararası teamül kuralı tespiti beklenmemektedir. Bununla birlikte AİHM gördüğü dava ile ilgili uluslararası bir teamül kuralı olup olmadığını bilmekle yükümlüdür[1092].

Tüm bu hususlarla ilişkili olarak, Avrupa kamu düzenini korumakla görevli kılınan AİHM'in, yorum yetkisi çerçevesinde oluşturmuş olduğu Avrupa konsensüsü, AİHM ve uluslararası teamül kuralları ilişkisi bağlamında irdelenmesi elzem hususlardan biri olarak karşımıza çıkar. Zira teamül kuralıyla benzerlik gösterdiği belirtilen Avrupa konsensüsü ile desteklenen bir hukuk kuralının veya prensibinin, uluslararası teamül kuralı veya hukukun genel prensipleriyle aynı ağırlığa sahip olduğu ileri sürülmektedir[1093].

Avrupa konsensüsünün, "ahlaki/politik açıdan hassas sorunları içeren davaları yargılamak için" kullanıldığı ifade edilmektedir[1094]. Belirtmek gerekir ki AİHM uygulamalarında bu anlama gelebilecek herhangi bir ifade kullanılmamıştır. Bununla birlikte, kavram olarak Avrupa konsensüsü; Avrupa standardı, ortak payda, yerleşik Avrupa konsensüsü, ortak yaklaşım, hakim görüş, genel eğilim gibi birbirlerinin yerine de kullanılabilecek kavramlarla ifade edilmektedir[1095]. Görüldüğü üzere ne kavram olarak ne de tanım olarak netliğin olduğu Avrupa konsensüsünün bu belirsizliğinin, AİHM'in bilinçli bir tercihini yansıttığı söylenebilir. Yorumla yetki alanının geniş tutulması olarak görülebilecek bu durum, AİHM'in ve kararlarının meşruiyetinin sorgulanmasına neden

---

AİHS sisteminin diğer uluslararası hukuk uygulamalarından ayrıldığı, kendine özgü olduğu göz ardı edilmemelidir. Francioni'ye göre AİHS sistemi, ölüm cezasının yasaklanması, mülkiyet hakkının korunması ve çekinceler konularında, uluslararası hukukun diğer düzenlemelerinden ayrışmaktadır. Sonuçta AİHS, Avrupa toplumunun ortak amaçlarının bir görünümüdür ve onun için AİHS sisteminin diğer sistemlerden farklı olduğu belirlemesini yapmak yanlış olmayacaktır (Francioni, s. 21). Ayrıca devletlerin yargılanması ve dokunulmazlığı ile ilgili uluslararası teamül kurallarının büyük bir bölümünün ulusal mahkemelerin uygulamalarına uygun geliştirildiğini belirtmek gerekir. Bu alan, ulusal hukuk ve uluslararası hukuk ilişkisinin en bariz örneklerinden birini oluşturmaktadır (Nollkaemper, s. 282).

1092 Ziemele, s. 248.

1093 Dzehtsiarou, s. 6, 210.

1094 Tzevelekos/ Dzehtsiarou, s. 313. Heringa, Aalt Willem (1996) "The Consensus Principle- The Role of Common Law in the ECHR Case Law", Maastricht Journal of European and Comparative Law, V. 3, N. 2, s. 108.

1095 Avrupa Konsensüsü kavramına, çok sayıda AİHM kararında farklı şekillerde yer verilmiştir. Söz konusu kararlardan bazıları şu şekildedir: 2018 Naït- Liman/ İsviçre Kararı, 2013 Shindler/ Birleşik Krallık Kararı, 2008 Kafkaris/ Kıbrıs Kararı, 2007 Evans/ Birleşik Krallık Kararı, 2006 Stec ve Diğerleri/ Birleşik Krallık Kararı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bal, Ali (2019) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, s. 30- 34; Dzehtsiarou, s. 11.

olmaktadır[1096].

Avrupa konsensüsüne getirilen bu eleştiri, Avrupa konsensüsünün keyfiliğe neden olabileceği ihtimaline yöneliktir. İşte tam da bu noktada, Avrupa konsensüsünün uluslararası teamül hukukuyla gerekçelendirilmesinin, kavramın ve AİHM'in meşruiyetini güçlendireceği iddia edilmektedir[1097].

Avrupa konsensüsünün teamül hukukuyla gerekçelendirilmesi konusu bile tek başına AİHS'nin, uluslararası hukukun bir diğer kaynağı olan uluslararası teamül ile iç içeliğine vurgu niteliğindedir. Uluslararası hukukun iki farklı kaynağı olmalarına karşın, AİHS oluşturulurken uluslararası hukukun teamüli niteliğindeki prensip ve kuralların esas alınmadığı düşünülemez[1098]. AİHS m.35/1'de[1099] yer verilmiş olan, "iç hukuk yollarının tüketilmesi" kuralının teamüli niteliği bu durumun kanıtı ve örneği olarak gösterilebilir.

AİHM, konsensüs sağlanması hususunda AİHS'te yer alan hakları yorum yoluyla olağan anlamlarının ötesine genişletme hakkını kendisinde görmektedir[1100]. Bu durum AİHM'in evrimsel veya dinamik yorumuyla benzerlik göstermektedir. AİHM'in, 1978 Tyrer/Birleşik Krallık Kararı, 1989 Soering/Birleşik Krallık Kararı ve 1995 Loizidou/Türkiye Kararı'nda AİHS için yaptığı "…günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge" yorumu[1101], söz konusu dinamik yorum yönteminin temelini

---

1096 Dzehtsiarou, s. 11.

1097 Dzehtsiarou, s. 149.

1098 Francioni, s. 13.

1099 Kabul edilebilirlik başlıklı 35. maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: "Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensipleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir" (https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 20, s.e.t. 10.12.2019). İç hukuk yollarının tüketilmediğinden bahisle kabul edilemez bulunan örnek bir karar için bkz.Ahmet Sadık/ Yunanistan Davası, AİHM Kararı, Başvuru No. 18877/91, K.T. 15.11.1996. Her ne kadar madde metninde "uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensipleri" ifadesi geçse de, daha önce de belirtildiği üzere, ilgili tüketme kuralı, uluslararası teamül kuralı olarak kabul edilmektedir (Francioni, s. 13- 14).

1100 Tzevelekos/Dzehtsiarou, s. 314.

1101 Dutertre, Gilles (2003) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayınları, s.19; Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 7; Sartori, Daria (2014) "Gap-Filling and Judicial Activism in the Case Law of the European Court of Human Rights", Tulane European and Civil Law Forum, V. 29, s. 47- 48. Dinamik yorum prensibi, insan haklarının her an değişebilen yapısı nedeniyle insan haklarının yorumuna en uygun yorum prensiplerinden biri olarak görülmektedir. Zira bu yorum prensibinde, normu oluşturanların iradesi ya da tarihsel veriler değil günün koşulları ön planda tutulmaktadır [Eren, Abdurrahman (2016) "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 33, s. 270].

oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu manada Avrupa konsensüsünün de dinamik yoruma zemin hazırladığı söylenebilir.

Tyrer/Birleşik Krallık Kararı'nda AİHM, bedensel cezayı, işkence yasağı başlıklı AİHS m.3 kapsamında değerlendirirken, Avrupa toplumunun halihazırdaki suç ve ceza politikalarını göz önünde bulundurmayı gerekli görmüştür[1102]. Avrupa konsensüsü bu kararda devreye girmiş ve Avrupa toplumunun benimsediği standart esas alınmıştır. Benzer şekilde Soering/Birleşik Krallık Kararı'nda AİHM bir kişinin devlet tarafından sınır dışı edilmesini, AİHS m.3'teki işkence yasağı kapsamında değerlendirmiştir[1103].

Özel ve aile hayatına saygı hakkı başlıklı AİHS m.8'in çevre hakkı ile ilişkilendirilmesi aynı türden bir değerlendirmenin sonucudur[1104]. Konuyla ilgili 1994 yılında verdiği López Ostra/İspanya Kararı'nda AİHM, dinamik yorumunun en bariz örneklerinden birini ortaya koymuştur. Atıkların işlenmesi için kurulan bir fabrikanın yakınlarında oturan davacının iddiasına göre fabrika; gaz sorunlarına, gürültüye, zararlı kokulara ve kirlenmeye yol açmakta ve birçok insan için sağlık sorunlarına ve rahatsızlığa neden olmaktadır. Davacı bu gerekçelerle, AİHS m.8'de yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, ciddi hava kirliliğinin sağlıklarını tehlikeye atabileceğine refahını etkileyebileceğine ve nihayet evlerini özel ve aile yaşamlarını olumsuz yönde etkileyecek şekilde kullanmalarına neden olabileceğine hükmetmiştir[1105].

AİHS'in oluşum aşamasında belirlenen hakların, bu şekilde günümüz toplum koşullarına göre yorumu, söz konusu hakların genişletildiğini göstermektedir. AİHM içtihadı aracılığıyla oluşturulan söz konusu hakların, AİHS'te de yer bulacağı ileri sürülmektedir[1106]. Bu durum esasen AİHS'de yer alan haklara ve kavramlara AİHM tarafından yeni anlamlar yüklenebileceğinin kabul edildiği *otonom kavramlar* doktrinini de

---

1102 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 7; Dothan, s. 775.

1103 İlgili karar bazında yapılan değerlendirmelerden birine göre, AİHS m. 3'te bir kimsenin Avrupa Konseyi tarafından yasaklanan eylemlerin serbest olduğu bir ülkeye iadesiyle ilgili hiçbir ifade yer almamaktadır. Bu durum Mahkemeyi genişletici bir yoruma sevketmiştir (Dothan, s. 773- 774).

1104 Harris/ O'Boyle/ Warbrick, s. 8; Sartori, s. 56- 57.

1105 López Ostra/ İspanya Davası, AİHM Kararı, Başvuru No. 16798/90, s. 15, p. 51, K.T. 09.12.1994. AİHM'in AİHS m. 8 kapsamında değerlendirdiği çevre kirliliği, gürültü kirliliği ile ilgili örnek olarak verilen diğer davalardan bazıları şu şekildedir: 1998 Guerra ve Diğerleri/İtalya Kararı, 2004 Moreno Gomez/İspanya Kararı, 2003 Kyrtatos/ Yunanistan Kararı, 2003 Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı, 2011 Apanasewicz/ Polonya, 2014 Howald Moor ve Diğerleri/ İsviçre (Sartori, s. 57- 58).

1106 Sartori, s. 58.

gündeme getirmektedir. Sözleşme'nin konu ve amacı bağlamında, Sözleşme'deki kavramlara istediği anlamı yükleyebilecek olan AİHM bu şekilde özerk yorum yapma imkanını da kullanmış olmaktadır[1107]. Sonuçta genişletici yorum yoluyla ortaya çıkarılan bu yaklaşımın gerekçelendirilmesi, yine AİHS'in koruma kapsamı olan insan hakları ve tüm insanlığın yararı üzerinden yapılmaktadır. "İnsanlık mefhumu" şeklindeki bu gerekçe, esasen ulusal ve uluslararası tüm kurumların yetkisinin kaynağı olarak görülebilir[1108].

AİHM ile uluslararası teamül hukuku ilişkisi bakımından söylenebilecek bir diğer husus, ulusal mahkemelerce AİHS'e yapılan atıfların, ilgili kararlarda uygulanan kuralların teamüli değerine önemli bir etkisinin olduğudur. Özellikle AİHS'e yapılan sürekli atıflar, söz konusu yükümlülüğün uluslararası bir teamül kuralı olarak kabulüne kuvvetli bir delil olarak görülebilmektedir[1109].

6. ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ AKTİVİST KARARLARI

Ulusal uygulama ve teoride ortaya çıkmış olan yargısal aktivizm kavramı, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk bağlamında farklı özellikler göstermektedir. Bununla birlikte yargısal aktivizmin söz konusu alanlardaki uygulaması tam bir farklılık göstermez. Bu doğrultuda yargısal aktivizm kavramsal açıdan, mümkün mertebe ulusal ve uluslararası hukuk teorisindeki ortak hususlar temelinde kısaca incelenecek ve bazı uluslararası yargı kararları aktivizm açısından değerlendirilecektir.

6.1. Yargısal Aktivizm Kavramı

Yargısal aktivizm, yargı kuruluşlarının yargısal faaliyetlerini açıklamakta kullanılan yakın tarihli ve henüz tam netlik kazanmamış Amerikan hukuku menşeli bir kavramdır. Amerikan hukuku ile de sınırlı kalmayıp hızla diğer ülkelerde de uygulanıp tartışma konusu yapılan bir kavram halini almıştır. Yargısal aktivizm kavramı ilk defa 1947 yılında Arthur M. Schlesinger tarafından yazılan "*The Supreme Court: 1947*" isimli makalesinde yer almış olup, bu makalede Amerika'daki anayasa yargısı çerçevesinde yargısal faaliyetlerin toplumsal gelişmeye katkı sağlayabileceğini düşünen hakimlerin varlığına

1107 Eren, s. 263.
1108 Dothan, s. 768- 769.
1109 Cunningham, s. 565.

dikkat çekilmiştir[1110].

Bahse konu makale, her ne kadar genele hitap eden bir dergide yayınlanmış olsa da Amerikan Yüksek Mahkemesi hakimlerinin yargısal rollerine ve bu rolleri algılayışlarındaki farklılıklara yeni bir kavram üzerinden değinmesi açısından önem arz etmiştir. Yazar makalesinde ele aldığı hakim profilini, "yargısal aktivistler" ve "kendi kendini sınırlama yanlıları" adını verdiği ikili ayrım üzerinden sürdürmüştür[1111]. Schlesinger aktivist hakimlerin, belirsiz hukuk kuralları ile hukuk ve siyasetin ayrılamaz olduğu kabulünden yola çıktıklarını; kendi kendini sınırlandırma yanlıları olarak nitelendirdiği hakimlerin ise, hukukun sabit bir anlamının olduğu ve bu bağlamda açık bir hata durumunda dahi, yasamanın alanına müdahale niteliği taşıyacak herhangi bir eylemden kaçınılması gerektiğini esas aldıklarını dile getirmiştir[1112].

İdeal olan yargılama faaliyeti, "özgün hukuk kaynaklarında yer alan hukuk kurallarının mevcut davaya uygulanması" şeklinde genel bir tanımla kabul edilebilir. Ancak aktivizm yanlısı hakimler hukuk kurallarını davaya uygularken, kuralda yer alan ifadelerin belirsizliğinden kaynaklı yorum faaliyetine girişmekte ve yasama organı tarafından o kuralda kastedilen anlamı genişleten ve hatta kastedilen anlamın dışında bir sonuca ulaşabilmektedirler. James Thayer'a göre bu durumda ilgili yargısal faaliyetin anti-çoğunlukçu niteliği gündeme gelmektedir. Thayer, atanmış hakimlerin, yargısal aktivizm yoluyla seçilmiş yasama organının faaliyet alanına girdiğini bunun da demokratik sistemi zayıflattığını savunmaktadır. Ona göre kanunların belirsiz olduğu yerde, hakimlerin değil yasama organının söz sahibi olması gerekir[1113].

Daha çok anayasa yargısı ile birlikte anılan ve bu alanda tartışma konusu olan yargısal aktivizm kavramının, "sonuç odaklı yargılama, kabul edilen yorum metodolojisinden sapma, yargısal yasama, içtihatlara uymama, yasama ve yürütme işlemlerinin tartışmalı biçimde geçersiz kılınması"[1114] gibi ifadelerle görülmektedir. Söz

---

1110 Korucu, Serdar (2013) "Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi", Liberal Düşünce, Y. 18, S. 69- 70, s. 203.

1111 Appazov, s. 3- 4.

1112 Appazov, s. 4.

1113 Appazov, s. 4.

1114 Kmiec, Keenan D. (2004) "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", California Law Review, V. 92, I. 5, s. 1444. Yargısal aktivizmin farklı şekilleri vardır ve tanımlanması konusunda da farklı sınıflandırmalar vardır. Bu sınıflandırmalardan biri William Marshall tarafından şu şekilde yapılmıştır: Çoğunluk karşıtı aktivizm, orijinalist olmayan aktivizm, içtihadi aktivizm, yargılama yetkisi

konusu ifadeler hem yargısal aktivizm şekillerini tarif etmekte hem de yargısal aktivizmin tanımlanması noktasında belirli bir çerçeve oluşumuna katkı sağlamaktadır. Bunlara ek olarak, "demokratik olmayan yasa yapma, kişisel karar ve ahlaka dayalı kararlar verme ve yorumlama kisvesi altında kuralı yeniden yazma"[1115] gibi ifadelerle yapılan betimlemelerle bir yandan yargısal aktivizm eleştirisi iken, diğer yandan kavramın zihinlerde canlandırılmasına hizmet etmektedirler.

Yargı kuruluşlarının yargılama yetkisinin sınırları dışındaki faaliyetlerine dikkat çeken yukarıdaki ifadeler, yargı kuruluşlarının hukukun yapısını ve içeriğini değiştirmedeki potansiyel rolüne de işaret etmektedir. Bu boyut, genellikle olumsuz bir anlam yüklenmeye çalışılan yargısal aktivizmin olumlu yönleri üzerinde düşünmeye sevk etmektedir. Örneğin, yargısal faaliyetin en önemli amacının haksız bir sonucu engellemek olduğu düşünüldüğünde, bazı durumlarda mevcut kuralların katı bir şekilde uygulanması, haksız sonuçlara neden olabilecektir. Bu gibi durumlarda hakimin olayın şartları nispetinde, ilgili kuralın sınırlarını aşarak karar verebilmesi yargısal aktivizmin olumlu algılanmasına neden olabilecektir[1116]. Belirtilmelidir ki amacımız bir tercihte bulunmak olmayıp aktivizmin, onu tanımlamaya yardımcı olacak olumlu-olumsuz tüm yönlerini ortaya koymaktır.

Hugh Thirlway yargısal aktivizm konusundaki tespit ve çerçeve oluşturma çabalarını bir adım öteye taşıyacak şekli-maddi aktivizm ayrımı yapmaktadır. Bu ayrımda şekli yargısal aktivizm, "hakimin hukuki konularla ilgili…, kendi kararına giden mantıksal yapıyı oluşturmak için yeterli olabilecekler dışında, hukukun gelişmesi olarak algıladığı şeye katkıda bulunması" olarak tanımlanırken; maddi yargısal aktivizm, "var olan hukukla tatmin olmama veya mevcut hukuktaki boşluklardan memnun olmama ya da hakimin

---

aktivizmi, yargısal yaratıcılık, telafi edici aktivizm, partizan aktivizm (Marshall, William P. (2002) "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism", University of Colorado Law Review, V. 73, I. 4, s. 1220). Bir diğer ayrım da Ernest Young tarafından; "federal politik dalların veya eyalet hükümetlerinin sorgulanması, anayasa metni ve/veya tarihten sapmak, yargısal içtihatlardan sapmak, sınırlı veya "*minimalist*" kararlar vermek yerine kapsamlı veya "*maximalist*" kararlar vermek, kapsamlı telafi edici yetkiler kullanmak, partizan politik referanslara göre karar vermek", şeklinde yapılmıştır. (Young, Ernest A. (2002) "Judicial Activism and Conservative Politics", University of Colorado Law Review, V. 73, N. 4, s. 1144; Korucu, s. 206).

[1115] Harwood, Sterling (1993) Judicial Activism: a Restrained Defense 2, supra note 5, 3'ten aktaran: Pair, Lara M. (2001), "Judicial Activism in the ICJ Charter Interpretation", ILSA Journal of International & Comparative Law, V. 8, I. 1, s. 184.

[1116] Pair, s. 184.

kararını temellendirmesi için hukuk oluşturma sürecine yakın bir şey yapmasına izin verme"[1117] olarak ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, yargısal aktivizm kavramı, berraklaştırma çabalarına ve yıllar içinde artan kullanımına rağmen, belirsizliğini de o ölçüde korumuştur. Bununla birlikte, ulusal hukuklar açısından daha geniş bir uygulama ve tartışma alanına sahip olan yargısal aktivizmin bu durumu, ulusal yargı organlarının merkezi rolünden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda ulusal hukuklarda, daha etkin bir organ olan mahkemenin yetkisiyle daha sık karşı karşıya kalınmaktadır. Haliyle daha sık muhatap olunan bir alanda yargısal aktivizm konusu daha çok gündeme gelmektedir[1118].

Yargısal aktivizm kavramının açıklanmasında üzerinde durulması gereken bir nokta da bu açıklamanın hukuk siyaset ayrımı üzerinde şekillendiğidir. Daha açık bir ifadeyle, hakimlerin siyasi konular hakkında karar verebilmeleridir[1119]. Daha önce de ifade edildiği üzere, hukukla siyasetin çoğu durumda iç içe geçmişliği nedeniyle bunlar arasındaki ayrımın yapılmasının zorluğu bunun sebebi olarak gösterilebilir.

Kanaatimizce bu hukuk siyaset ayrımı güçlüğü sebebi, kolaya kaçmacılık olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte katı bir şekilciliğin, sorunu tümden çözeceğini söylemek de mümkün değildir. Bu bağlamda, hukukun her sorun için bir çözüme sahip olduğu ve yargısal takdir yetkisine ve siyasete yer bırakmayacağı söylenemeyecektir[1120]. Öyle ki bu tip hukuk kurallarının yorumlanması yoluyla ulaşılan yargısal çözümler zaman zaman çizilen sınırların dışına çıkabilmekte ve yargısal aktivizm gündeme gelebilmektedir.

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında, uluslararası hukukun yargısal aktivizme olanak sağlayan bir yapıda olduğunu söylemek gerekir. Bu durumun, merkezi bir yasama organının bulunmadığı uluslararası hukukun ulusal hukuklardan daha fazla belirsizliklere sahip olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Yargısal aktivizm de bu belirsizlikte ortaya çıkan olumlu ve olumsuz yönleri tartışılan bir konudur.

Örgütlü bir uluslararası yargı sisteminin yokluğu, uluslararası alanda her

---

[1117] Zarbiyev, Fuad (2012) "Judicial Activism in International Law- A Conceptual Framework for Analysis", Journal of International Dispute Settlement, V. 3, N. 2, s. 250.

[1118] Zarbiyev, s. 247.

[1119] Zarbiyev, s. 250.

[1120] Zarbiyev, s. 251.

mahkemenin kendi içerisinde kararlar alabilmesi, kararları inceleyecek üst bir merci olmaması nedeniyle kararlarının denetlenememesi, uluslararası yargı kuruluşlarının sınırsız bir takdir yetkisine sahip oldukları anlamına gelmemektedir. Üstelik uluslararası hukukun aktörü olarak kabul edilen uluslararası yargı kuruluşlarının, bu gibi faaliyetlerinin diğer uluslararası aktörlerin menfaatleriyle çatıştığı ölçüde sınırlandırılabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

6.2. Bazı Uluslararası Yargı Kararlarının Yargısal Aktivizm Açısından Değerlendirilmesi

Uluslararası yargı kararlarının incelenmesi yoluyla, yargı kuruluşlarının kendi yetkilerinin sınırlarını nasıl genişletebildiklerinin ve yeni kavramların kazandırılmasında nasıl öncü rol oynayabildiklerinin kolaylıkla anlaşılabileceği ileri sürülmektedir[1121]. Bu bağlamda AİHM önemli bir örnek olarak karşımıza çıkar. AİHM tarafından verilen birçok kararın, görülen davanın çözümü ile sınırlı kalmadığını, aynı zamanda AİHS kurallarının yorumu ve gelişimini kapsadığı kabul edilmektedir[1122].

Benzer bir açıdan durum uluslararası ceza hukuku alanında, özellikle *ad hoc* ceza mahkemeleri açısından sıklıkla gündeme gelmiştir. Belirtmek gerekir ki yargısal aktivizm, hakimin boşluk doldurması, yargısal yaratıcılık ve yargısal yorumlama gibi kavramların bir arada görülebildiği yargısal süreçlerin uluslararası hukuk boyutu, ulusal hukuktan daha karmaşıktır. Uluslararası hukukun yapısından kaynaklı olan bu durum, uluslararası yargı kuruluşlarının (konumuz özelinde uluslararası mahkemelerin) yapı ve faaliyetlerinden açıkça anlaşılabilmektedir. Nürnberg, Tokyo, Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri'nin Statülerine bakıldığında, suçların tanımlarının genişletilebileceği konusunda hakimlere açıkça yetki verilmesi gibi kimilerince sert şekilde eleştirilen hususlar bu durumun tipik örnekleridir denebilir[1123]. Bahse konu genişletme yetkisinin uygulaması, ceza davasına konu olayın gerçekleşmesinden sonra meydana geldiğinden cezai yasama olarak görülüp kanunilik prensibinin ihlali niteliği taşıdığı yönünde eleştiriler almaktadır[1124].

1121 Zarbiyev, s. 248- 249.

1122 Zarbiyev, s. 258.

1123 Bahsi geçen Nürnberg, Tokyo, Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri'nin statülerinde hakimlere açıkça yetki verildiği iddiası, suçların tanımı ve unsurları konusunda bahsi geçen mahkeme statülerinde yer alan "bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla" gibi ifadelere dayandırılmaktadır (Appazov, s. 8).

1124 Appazov, s. 8. *Ad hoc* ceza mahkemeleri her ne kadar kuruluşundan önceki eylemleri yargılamış olsalar da bunların gerçekleştirdikleri yargılamalar teori ve uygulama açısından hukuka aykırı olarak

Genişletme yetkisi bağlamında, Ruanda Mahkemesi'nin Akayesu Davası önemli bir örnektir. Bu davada Mahkemenin tecavüz ve cinsel şiddet eylemlerinin, kısmen veya tamamen belirli bir grupta imha etme niyetiyle işlenen soykırım suçunu oluşturduğuna karar vermesiyle, tecavüz eyleminin, geleneksel anlamından insanlığa karşı suç veya soykırım niyeti ile birlikte bir savaş suçu boyutuna geçecek şekilde genişletici bir yoruma tabi tutulduğu kabul edilmektedir[1125].

Aktivizm bakımından değinilmesi gereken bir diğer karar UCM'nin Lubanga Kararı'dır. Bu kararda, UCM Statüsü'nün cezaların şahsiliği başlıklı 25. maddesinin 3 (a) fıkrasındaki, "tek başına veya diğer bir şahsın cezai sorumluluğu olsun ya da olmasın, başka bir şahısla müştereken veya başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi halinde" cümlesinde yer alan müşterek failliğin belirlenmesinde "esaslı bir katkının" var olması gerektiğine karar vermiştir[1126]. Bu karar, *ad hoc* ceza mahkemelerinin sorumluluk için herhangi bir katkıyı yeterli görme anlayışındaki değişimi gözler önüne sermiştir[1127].

Bu başlık altında değinilmesi gerekli görülen son husus, uluslararası yargı kuruluşlarının davranışı ya da faaliyeti diyebileceğimiz yargısal aktivizmin denetiminin mümkün olup olamayacağı hususudur. Aktivizmin etkisinin ölçülmesi olarak de bahsi geçen aktivizmin denetimi, uluslararası hukukun yapısından kaynaklı farklılıklar sebebiyle pek mümkün gözükmemektedir. Ulusal yargı yerlerinin kararlarına karşı kararın tekrar incelenmesini sağlayan temyiz gibi mekanizmalar söz konusu iken[1128], uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarının denetimini sağlayan herhangi bir mekanizma bulunmamaktadır. Örneğin UAD kararlarına karşı BM sistemi içerisinde başvurulabilecek herhangi üst bir organ bulunmamaktadır. Böyle bir durumda başvurulabilecek bir olanak sadece BM

---

nitelendirilemezler. Zira bu yargılamalar ilgili suçların teamül hukuku kurallarına yer alıp almadığı araştırılmış ve böylece belirsiz teamül kurallarının ayrıntılandırılmasına vesile olmuştur (Appazov, s. 20).

1125 Appazov, s. 10; Akayesu Davası, RUCM Kararı, Dava No. ICTR-96-4-T, K.T. 02.09.1998.

1126 Lubanga Davası, UCM Kararı (Dava Dairesi I), No. ICC-01/04-01/06, s. 485- 486, K.T. 14.03.2012.

1127 Belirtmek gerekir ki esaslı bir katkıya vurgu yapan bu yeni anlayış, geleneksel yaklaşımdan farklı olarak suça katkının niteliğinden çok katılım oranına odaklanmayı gerektirmektedir (Appazov, s. 24).

1128 Bu argüman ulusal hukuklar için her durumda geçerli değildir. Örneğin, aktivizmin yoğun olarak görüldüğü anayasa yargısında, aktivist kararlara karşı her ne kadar bir denetim mekanizması olmasa da tali kurucu iktidarın, bu kararlara karşı hızlı bir şekilde cevap verdiği ve durumu dengede tuttuğu da ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal (1998) "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 15, s. 227- 228.

Antlaşması'nın değiştirilmesi yoluna gidilebileceğidir[1129].

UAD özelinden hareketle uluslararası hukukta, bu hukukun yapısından kaynaklı olarak, yargısal aktivizmle ilişkili kavramlar farklı anlaşılabilmektedir. Yargısal aktivizm ve yargısal yaratıcılık davranışlarının ele alınmasında, yargısal faaliyetin ulusal düzenden farklı anlaşılması kaçınılmazdır. Ulusal ve uluslararası hukukun yapısal farklılıkları, yargısal aktivizmle ilişkili kavramların meşruiyet ile bağlantılı olarak da farklı anlaşılmalara neden olmaktadır. Bu bağlamda BM'nin yargı kuruluşu olan UAD'nin; BM Antlaşmasını yorumlama, BM organları ile üye devletler arası sorunları çözme gibi görevleri yerine getirirken meşruiyetini nereden aldığı önem kazanmaktadır[1130]. Kendi ülkelerinin temsilcisi olmayan UAD hakimlerinin, yargısal aktivizm yoluyla yaptıkları kabul edilen hukukun meşruiyeti var mıdır? Varsa bu meşruiyeti nereden almaktadır?[1131].

Gerçekten de uluslararası hukuk yapımında esas aktörler olan devletleri temsil etmeyen hakimlerin gerçekleştirdiği hukuk yapım sürecinin demokratik olduğu söylenemez. Pair'e göre, esasen uluslararası hukukta böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle uluslararası hukuk, demokratik meşruiyete dayanmaz ve dayanması da gerekmez[1132]. Bu bağlamda UAD meşruiyetini, kendisini oluşturan uluslararası hukuk metinlerinden almaktadır. Dolayısıyla UAD'ye bu metinlerde verilen yetkiler UAD tarafından yargısal aktivizm yoluyla aşılırsa, kararın meşruiyetinin zayıflayabileceği söylenebilir. Diğer bir anlatımla UAD'nin, BM Antlaşması ile kendisine verilen yetkileri aşması ya da diğer uluslararası yargı kuruluşlarının yetkilerinin türedikleri uluslararası hukuk kaynaklarından ayrı hukuk yapmaya devam etmeleri, bu kuruluşların meşruiyetine ciddi zararlar verecektir. UAD özelinde yapılan değerlendirme sonunda şöyle bir sonuca varılabilir: Uluslararası barış ve güvenliği sağlamak ve korumakla görevli BM sisteminin ana denetim organı tarafından, yargısal aktivizm yoluyla bu görevinin sekteye uğratılması, ilgili sistemin güvenirliğini de riske atabilecektir[1133].

[1129] Pair, s. 193- 194. Bunun ortaya çıkması mahkemelerin yargısal aktivizmine izin verilmemesi gerektiği anlamı taşımamaktadır. Belli sınırlar dahilinde ve kabul edilen yorum yöntemleri çerçevesinde yargısal yaratıcılığa (aktivizmi de kapsayacak şekilde ve aktivizmden geniş bir kavram olarak kabul edildiğinde) izin verilmelidir (Appazov, s. 22).

[1130] Pair, s. 216.

[1131] Pair, s. 217.

[1132] Pair, s. 217.

[1133] Pair, s. 217.

BEŞİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI YARGI KURULUŞLARININ TESPİT VE DEĞERLENDİRMESİNE KONU OLMUŞ BAZI TEAMÜLİ KURAL VE PRENSİPLER

Dördüncü bölümde çeşitli uluslararası yargı kararlarında teamül kurallarının ne şekilde değerlendirildikleri, yargı kuruluşlarının bu kuralların gelişimi ve oluşumunda ne gibi rolleri olduğu ve hangi teorik yaklaşımları benimsedikleri üzerinde durulmuştu. Bu bağlamda, ilgili mahkemelerin kendi statüleri doğrultusunda ve farklı teorik yaklaşımlarla gerçekleştirdikleri teamülün varlığına ya da yokluğuna ilişkin tespitleri, teamül kurallarını yorumlamaları ve bu kararlarından itibaren ulaştıkları yeni teamüller ele alınmıştır.

Bu bölümde ise, teamüli kural ve prensiplerin bu niteliklerini ilk mahkeme kararları ve varsa bu ilk kararı sürdüren diğer kararlar ele alınacaktır. Çoğu örnekte de görüleceği üzere, yargı kuruluşlarının teamül kuralları hususunda birbirlerine yaptıkları referanslarla teamül kurallarının gelişimine bir katkı sunup sunmadıkları üzerinde durulacaktır.

Uluslararası yargı kararlarında teamüli nitelikte oldukları kabul edilen söz konusu kural ve prensiplere tek tek bakıldığında; insancıl hukuk, deniz hukuku, antlaşmalar hukuku gibi uluslararası hukukun farklı alanlarını kapsayan bir çerçeve göze çarpacaktır. Belirtmek gerekir ki "konu" kapsamının genişliği, yargı kuruluşunun yargı yetkisinin kapsamı ile doğrudan ilişkilidir. Örneğin UAD'nin yargı yetkisi UDHM ve AİHM gibi örneklerin aksine konu bazlı bir sınırlandırmaya tabi değildir[1134].

Başta UAD olmak üzere incelediğimiz yargı kuruluşlarının kararları, aşağıda on başlık altında ele almış olduğumuz uluslararası hukukun ilgili kurallarının teamüli niteliğini ortaya çıkaran ya da geliştiren kararlardır. Uluslararası yargı kararlarında teamüli niteliği kabul edilmiş kuralların bu bölümde yer verdiklerimizle sınırlı olmadıkları açıktır. Ancak, çalışma kapsamının sınırları göz önüne alındığında, bu bölümde teoride ve uygulamada öne çıkan karar ve kurallar ele alınmaya çalışılmaktadır.

[1134] Bu bağlamda UAD birçok farklı konudaki devletlerarası uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuştur. Bu nedenle UAD içtihadı, uluslararası teamül hukuku konusunda pek çok örnek sunmaktadır.

A. İÇ ÇATIŞMALARDA SİVİLLERİN KORUNMASI PRENSİBİ

Uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk bakımından farklılıklar göstermekle birlikte siviller, içerisinde çeşitli hakları barındıran bir korumaya sahiptir. Silahlı çatışmalar[1135], uluslararası çatışmalar ve iç çatışmalar şeklinde bir ayrıma tabidir. Konumuz gereği önem arz eden ise iç çatışmalar ya da uluslararası olmayan çatışmalardır[1136].

12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ortak m.3'te[1137] de düzenleme konusu edilmiş olan iç çatışmalarda sivillerin[1138] korunması prensibinin, 1995 Tadic Davası'nda

---

1135 Silahlı çatışmalar, uluslararası insancıl hukuk ya da silahlı çatışmalar hukukunun bir bölümü olarak da geçmektedir [Başak, s. 9; Batur Yamaner, Melike (2007) Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, önsöz].

1136 Ius ad bellum ve Ius in bellum ayrımındaki, Ius in bellum savaş başladığı zaman uygulanacak kuralları ifade etmektedir ve kendi içerisinde Lahey ve Cenevre Hukuku olarak da anılmaktadır. Konumuz itibarıyla bizi ilgilendiren Cenevre Hukuku da, savaşa doğrudan katılmayanları koruyucu düzenlemeler içermektedir. Savaşa doğrudan katılmayanlardan en önemli kişi grubu ise sivillerdir. İnsan hakları çerçevesinden (hem savaş zamanı hem barış zamanı koruma sağlar) bakıldığında bile en temel hak olan yaşam hakkından başlayarak çeşitli haklar açısından korumaya sahip olan sivillerin iç çatışmalarda korunması prensibinin teamüli niteliği incelenecektir (Başak, s. 9; Batur Yamaner, s. 19- 20).

1137 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde ortak m. 3 şu şekildedir:
"Milletlerarası mahiyette olmayan bir silahlı anlaşmazlıkların yüksek akit taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaktır:
l. Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silahlarını terkedenler ve hastalık, yaralılık, mevkufluk veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar, ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiç bir tefrik yapılmadan insani surette muamele göreceklerdir.
Bu sebeple, yukarıda bahis konusu kimselere; aşağıdaki muamelelerin yapılması, nerede ve ne zaman olursa olsun, memnudur ve memnu kalacaktır:
a) Hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz her nevi katil, sakatlanma, vahşice muamele, işkence ve eziyet,
b) Rehine almak,
c) Şahısların izzeti nefislerine tecavüz, bilhassa hakaretamiz ve haysiyet kırıcı muameleler,
d) Medeni milletlerce elzem olarak tanınan adli teminatı haiz nizami bir mahkeme tarafından önceden bir yargılama olmaksızın verilen mahkûmiyet kararları ile idam cezalarının infazı.
2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir.
Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insani bir teşkilat, anlaşmazlık halinde taraflara hizmetlerini arzedebilecektir.
Anlaşmazlık halindeki taraflar, bundan başka; hususi anlaşmalar yolu ile işbu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamı veya bir kısmını yürürlüğe getirmeye çalışacaklardır.
Yukardaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukuki durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir".
Ayrıntılı bilgi içi bkz. https://www.icrc.org›file›sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols, s.e.t. 14.09.2019.

1138 Siviller, 1977 Sayılı ek I No'lu Protokol m. 50 (I)'de, "silahlı güçlerle herhangi bir ilişkisi bulunmayan kişiler" olarak tanımlanırken, II No'lu Protokol'de, "düşman kuvvetlere bağlı olmayan veya katılmayan

YUCM tarafından uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilmesi büyük öneme sahiptir. Bu davada YUCM, önceki uluslararası mahkemelerden ve önceki teamül hukuku kuralı tespiti faaliyetlerinden olduğundan farklı olarak, teamülün unsurları üzerinde tam anlamıyla bir incelemeye girişmiştir. Önceki uygulamalarda genellikle, örneğin bir antlaşma hükmünün teamül kuralına dönüşümü incelenirken, ayrıntılı bir analizden kaçınılmakta ve kuralın doğrudan doğruya teamül kuralı olduğu tespiti ile yetinilmekteydi[1139]. YUCM, bu yöntemle yetinmemiş Tadic Davası'nda, uluslararası teamül kuralının unsurlarına dönük kanıt arama yoluna gitmiştir.

Tadic Davası'nda, iç çatışmalarda sivillerin korunmasıyla ilgili geçmiş devlet uygulamaları ve *opinio juris* unsurlarının tespiti için, İspanya İç Savaşı (1936-1939) sırasındaki beyannameler[1140] ile İspanya İç Savaşı ve Çin-Japon Savaşı'yla ilgili Milletler Cemiyeti Genel Kurulu tarafından verilen kararlar incelenmiştir[1141]. Genel Kurul kararlarının incelenmesiyle daha ziyade, devlet beyannamelerinde geçen sivillerin korunması prensibinin doğruluğunu teyit etmek veya bir anlamda devlet uygulamasının doğrulanması amaçlanmıştır[1142].

Tadic Kararı'nda YUCM, bunlarla sınırlı kalmamıştır. UAD'nin, 1949 Cenevre Sözleşmeleri m.3'te belirlenen iç silahlı çatışmalara uygulanabilecek asgari zorunlu kuralların, uluslararası teamül hukuku uyarınca ulusal ya da uluslararası bütün silahlı çatışmalara uygulanabilecek "insanlığın temel mülahazalarını" yansıttığı yönündeki hükmü

---

kişiler"olarak ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Azarkan, Ezeli (2003) "Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, s. 288- 289; https://ww.icrc.org/ar/download/.../sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf, s. 213, s.e.t. 27.09.2019. Francois Bugnion, insancıl hukukun teamüli kuralları listesinde uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak teamül kuralları şeklinde bir ayrıma gitmiştir. Bugnion'un çalışmasının ilk bölümü veya listesinin 5. maddesinde hem uluslararası hem uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda geçerli bir teamül kuralı olarak kabul edilen sivil tanımı yer almaktadır. Buna göre sivil, "…silahlı kuvvetler üyesi olmayan kişidir ve sivil nüfus, sivil olan herkesi kapsamaktadır". Bu ve insancıl hukukun teamüli niteliğe sahip kabul edilen pek çok kuralı için bkz. Bugnion, Francois (2007) "Customary International Humanitarian Law", ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law, V.7, I.1, s.34; Henckaerts, Jean-Marie (2005) "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict", The International Review of the Red Cross, V. 87, N. 857, s. 198.

1139 Maresca, s. 229; Meron (1989) s. 37- 41; Arajärvi (2014) s. 59.

1140 Ayrıca Kararda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti iç savaşı sırasında ülke başbakanı tarafından yayınlanan beyannameye de atıf yapılmıştır (Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-94-1, K.T. 02.10.1995).

1141 Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-94-1, K.T. 02.10.1995; Arajärvi (2008) s. 99.

1142 Arajärvi (2008) s. 99.

de bu Karar'da ele alınmıştır[1143]. Vurgulanmasında fayda vardır ki, Nikaragua Kararı'na yapılan bu atıftaki temel motivasyon, ilgili karardaki söz konusu ifadenin sivillerin korunması prensibinin teamüli niteliğine kanıt olduğu düşüncesidir[1144].

YUCM Tadic Davası'nda, sivillerin korunması prensibinin teamüli niteliğine kanıt sunarken, bu prensibin ortaya çıkışında ve etkinleşmesinde en etkili aktörlerden biri olan Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne de ayrı bir yer vermiştir. YUCM, Kızılhaç Komitesi çalışmalarının, insancıl hukukun gelişimi, uygulanması ve yayılması bakımından kuvvetli bir "uluslararası uygulama unsuru" olduğuna vurgu yapmıştır. YUCM uygulama unsuru kavramının ise uluslararası teamül kurallarının ortaya çıkmasında veya kristalleşmesinde önemli araçsal bir unsur olduğu belirtilmiştir[1145]. Belirtmek gerekir ki, YUCM'nin Komite'nin sivillerin korunması prensibi konusundaki faaliyetleri hakkında yaptığı değerlendirmenin, "teamül kuralının oluşumuna etki" hakkında bir değerlendirmeyi kapsamadığı da ileri sürülmektedir[1146].

Tadic Davası'nda ayrıca BM Genel Kurulu'nun oybirliğiyle kabul ettiği "Silahlı Çatışmada İnsan Haklarına Saygı" (1968) ve "Silahlı Çatışmalarda Sivil Nüfusun Korunması için Temel Prensipler" (1970) isimli kararlara, uluslararası teamül hukukunun var olan prensiplerinin beyanı olarak atıf yapılmıştır[1147]. Oybirliği ile kabul edilmiş olan bu iki Genel Kurul kararı, her ne kadar bağlayıcı olmasalar da devletlerin ya da diğer uluslararası hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilen uluslararası hukuk yapımında önemli bir rol oynamıştır. Tadic Kararı'nda ifade edildiği üzere bahse konu Genel Kurul kararları, sivillerin korunmasına ilişkin prensiplerin netleştirilmesinde ve ayrıca bu prensiple ilgili uluslararası antlaşma yapmaya devletleri teşvik etmede itici güç olmuşlardır[1148].

1143 Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No.IT-94-1, p. 102/ 2, K.T. 02.10.1995.

1144 Arajärvi (2008) s. 99.

1145 Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-94-1, p. 109, K.T. 02.10.1995.

1146 Arajärvi (2008) s. 99.

1147 Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-94-1, p. 110, p. 111, K.T. 02.10.1995.

1148 Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-94-1, p. 112, K.T. 02.10.1995; Arajärvi (2008) s. 100. Tadic Davası'nda, iç çatışmalarda sivillerin korunması prensibinin teamüli niteliğini kuvvetlendirmek amacıyla başvurulan kaynaklar devletlerin uygulama ve beyanları ile BM Genel Kurul kararlarına yapılan atıflarla sınırlı değildir. Kararda bazı BM Güvenlik Konseyi kararları (788 Sayılı Karar, 794 Sayılı Karar, 972 Sayılı Karar, 1001 Sayılı Karar vd.) Avrupa Birliği'nin yetkili organlarının çeşitli ülkelere ilişkin karar ve beyannameleri, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda sivillerin korunmasına ilişkin genel prensip ve kuralların açıklanması olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-94-1, p. 114, p. 115, p. 116, K.T. 02.10.1995.

Tadic Davası'nda, iç çatışmalarda sivillerin korunması prensibinin teamüli niteliğinin ispatına dönük verilen örneklerden de görüldüğü üzere, uluslararası teamül hukuku kuralının unsurlarına dönük incelenen karar ve beyannamelerde doğrudan 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak m.3'e atıf yapılmamıştır. Mahkeme, buna rağmen bu maddede ele alınmış olan prensibin içermiş olduğundan daha geniş bir kapsamın ortaya çıktığını ifade etmiştir. Mahkeme'nin söz konusu bu tespiti ya da kabulü, kişilerin korunması konusunda daha geniş bir çerçeve arayışını ortaya koyması bakımından önemli bir gelişme olmasının yanı sıra, bir teamül kuralı tespit ederken sadece uluslararası antlaşmalarla sınırlı kalmayacaklarını göstermesi bakımından da oldukça önemlidir[1149].

Belirtmek gerekir ki Temyiz Dairesi Kararı'nda, bir antlaşma kuralının bu antlaşmadan çıkarılamayacak şekilde teamüli olarak genişletilmesi ile ilgili bir sonuç da çıkarılmıştır. Antlaşma kuralının yorum yoluyla genişletilmesi sonucu yeni bir teamül kuralı ortaya çıktığı söylenebilir. Hatta bu Karar'ın, Daire'nin esaslı sayılabilecek derecede devlet uygulaması ve *opinio juris* unsurları olmasa bile, uluslararası silahlı çatışma kurallarının genişletilmesi konusunda hayli istekli olduğunu açık ettiği ileri sürülmektedir. Daire'nin, uluslararası insancıl hukukun teamüli kurallarının çoğunun buyruk kural statüsüne sahip olduğu yönündeki inancı bu iddiaya dayanak olarak gösterilmektedir[1150].

Diğer yandan Tadic Kararı'nda, Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokol II'nin çeşitli hükümlerinin, var olan uluslararası hukuk kurallarının beyanı olduğu veya ortaya çıkmakta olan uluslararası teamül kurallarında kristalize olmuş sayılabileceği ve hatta teamüllerin gelişiminde genel prensip olarak güçlü bir araç olduğu kabul edilmiştir[1151]. Tadic Davası'nda Ek Protokol II'nin bazı hükümlerinin teamül olarak kabulü esasında, tartışmalı olan bir konuya (belirsiz kurallar konusunda) açıklık getirilmeye çalışılması bakımından hayli önemlidir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, her ne kadar Dava Dairesi teamüli statüyü destekleyici beyanlara (ABD ve El Salvador) başvursa da diğer başka devletlerden ilgili statüye dönük tam bir destek durumu ortaya çıkmamıştır[1152]. Hatta YUCM'nin Statüsü'nün kabulü sırasında Güvenlik Konseyi'ne üye devletlerden hiçbiri Statü hükümlerinin teamüli statüsüne ilişkin bir beyanda bulunmamıştır. Aksine, sunulan ifadelerden ve UCM Statüsü Taslağı'nda Protokol'ün uluslararası suçların bir kaynağı

1149 Arajärvi (2008) s. 99; Maresca, s. 229- 230.
1150 Maresca, s. 230; Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-94-1, p. 74, K.T. 02.10.1995.
1151 Tadic Davası, YUCM Kararı, Dava No.IT-94-1, p. 117, K.T. 02.10.1995; Maresca, s. 225.
1152 Maresca, s. 225.

olarak görülmemesinden, Ek Protokol II'nin araçsal bir uygulamaya sahip olduğu çıkarımı yapılmıştır[1153].

İnsancıl hukuk kurallarının teamüli niteliğine dönük yargısal içtihat eksikliğine rağmen[1154] Tadic Kararı bu noktadaki önemli bir basamağı temsil etmektedir. *Ad hoc* bir mahkeme olan YUCM'nin vermiş olduğu bu karara, uluslararası mahkeme kararlarının yardımcı kaynak vasfından dolayı önem atfetmemek, onun devlet uygulamaları üzerindeki etkilerini (kararın farklı devletler tarafından kabulü yeni devlet uygulamaları ortaya çıkaracaktır)[1155] görmezden gelmek anlamına gelecektir. Kabul etmek gerekir ki yeni bir uluslararası teamül kuralının oluşumu için önemli bir gelişme sayılabilecek olan bu karar ya da benzerleri, devlet uygulamalarınca yeterli şekilde desteklenmedikleri takdirde kuralın teamül olarak ilanıyla varılan sonucun etkisi kırılganlaşacak ve belirsiz kalacaktır.

B. İŞKENCE YASAĞI

YUCM, RUCM ve UCM gibi mahkeme statülerinde ve çok sayıda uluslararası mevzuatta, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları kategorilerinde düzenlenmiş olan suçlardan biri de işkencedir[1156]. Ancak çalışmamızın mahiyeti gereği işkence konusu, ilgili düzenlemelerde ele alındığı şekliyle değil, uluslararası mahkemeler tarafından teamül açısından değerlendirilmesi boyutuyla ele alınmıştır[1157].

YUCM'nin 1998 yılında verdiği Furundzija Kararı'nda, uluslararası insancıl hukukta işkenceye karşı genel bir yasağın teamüli olarak geliştiği ifade edilmiştir[1158]. Karar'da bireysel cezai sorumluluğun tesisi bağlamında incelenen suçlardan biri olan işkencenin,

---

1153 Maresca, s. 225; Meron, ek Protokol II'nin Mahkeme Statüsü'nün dışında bırakılmasının sebebinin, uluslararası suçların kodifiye edilmesiyle ilgili olmadığını, mahkemenin kabulünü kolaylaştırmak amaçlı olduğunu ileri sürmektedir. Meron, Theodor (1995) "International Criminalization of Internal Atrocities", The American Journal of International Law, V. 89, N. 3, s. 559- 560.

1154 Maresca, s. 220.

1155 Maresca, s. 220.

1156 YUCM Statüsü m. 5/ f, RUCM Statüsü m. 3/ f, Roma Statüsü m. 7/ 1- f. Ayrıntılı bilgi için bkz. Azarkan, s. 283; Başak, s. 145- 146.

1157 Belirtmek gerekir ki işkence yasağını ele alan mahkeme kararlarının tamamen ele alınması mümkün değildir. Bu bağlamda özellikle ilgili yasağın teamüli niteliğine vurgu yapan ve hatta bu niteliği tespit eden kararlar, herhangi bir sıralama ya da sınıflandırmaya tabi tutulmaksızın ele alınacaktır.

1158 Furundzija Davası, ICTY Kararı, Dava No. IT-95-17/1-T, s. 52, p. 137, K.T. 10.12.1998; Meron, Theodor (2000) "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience", The American Journal of International Law, V. 94, N. 1, s. 82.

teamüli bir savaş suçu olduğunu ispatlamaya dönük metinler ele alınmıştır. Karar'da insancıl hukuk başlığı altında işkencenin teamüli bir yasak olduğunu kanıtlamak için bazı yazılı belgelere başvurulmuştur. Bunlar, 1863 Lieber Kanunu, 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri, 10 No'lu 1946 İttifak Kontrol Konseyi Kanunu[1159] şeklinde belirtilmiştir[1160]. Karar'da tüm bu belgelerin 1899 Lahey Sözleşmesi önsözünde yer verilen Martens Kaydı (*Martens Clause*) ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmiştir[1161].

Furundzija Kararı'nda işkence yasağının teamüli niteliğini ispatlamaya dönük ele alınan tüm bu belgelerin incelenmesinin yanı sıra, işkencenin teamüli niteliği ile ilgili tartışılan[1162] esas hususlardan biri de 1984 İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.1'de[1163] düzenlenen işkence tanımına yapılan atıftır. Sözleşme m.1'deki özellikle "…bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın…" ifadesi üzerinde durulmuştur.

Görüldüğü üzere ilgili maddede, işkence faili için "devletin resmi bir görevlisi olması" şartının aranması yoluyla esasında devletlerin sorumluluğunun düzenlendiği

---

1159 10 No'lu 1946 İttifak Kontrol Konseyi Kanunu, işkenceyi insanlığa karşı suçlardan sayan belgelerden biridir.

1160 Henckaerts/ Doswald-Beck, s. 353, 355. İşkencenin de dahil olduğu birçok uluslararası suçun uluslararası sözleşmelerle tespit edildiğini belirten görüş için bkz. Bassiouni, "Codification of International Criminal Law", s. 335- 336.

1161 Arajärvi (2008) s. 101; Furundzija Davası, ICTY Kararı, Dava No. IT-95-17/1-T, s. 52, p. 137, K.T. 10.12.1998. Belirtmek gerekir ki Karar'da yapılan (Karar s. 53) yapılan Martens Kaydı tanımının yorumu noktasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Yapılan bir yoruma göre bu kayıt, uluslararası bir antlaşma ile yazılı hale gelmiş teamüli bir kuralın, teamüli olarak var olmaya devam edeceğini içermektedir. Geniş bir yoruma göre ise uluslararası bir antlaşmada açıkça yasaklanmayan bir durum için, fiilen izin verildiği anlamı da çıkarılmamalıdır. Martens Kaydı konusunda yapılan diğer bir yoruma göre, silahlı çatışmalardaki eylemler sadece antlaşmalara ve teamüllere göre değil, aynı zamanda Martens Kaydı'nda belirtilen uluslararası hukukun prensiplerine göre de değerlendirilmelidir (Ticehurst, s. 125).

1162 İşkence yasağının teamüli niteliği konusunda, 1984 İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 1'deki işkence tanımı Furundzija Kararı dışında, Kunarac ve YUCM'nin diğer bazı kararlarında da tartışılmıştır.

1163 10 Aralık 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme m. 1 şu şekildedir:
"Sözleşme amaçlarına göre, 'İşkence' terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızi olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez"
(http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf, s. 38, s.e.t. 29.09.2019).

söylenebilir. 12 Haziran 2002 tarihli Kunarac Kararı'nda, söz konusu tanımın uluslararası teamül hukukunu yansıttığının düşünülebileceğini belirten YUCM, Furundzija Kararı'nda olduğu gibi, ilgili tanımın devletlere hitap ettiğini ve devlet davranışlarını düzenlemeye dönük olduğunu ifade etmişti. Görülmektedir ki sadece resmi bir sıfatla hareket eden bireyin eylemi yasak kapsamında değerlendirilmiştir. Kunarac Kararı'nda Temyiz Dairesi, Furundzija Kararı'ndaki Temyiz Dairesi'nin m.1 tanımının kamu görevlisi gerekliliği de dahil olmak üzere uluslararası teamül hukukunu yansıttığı yönündeki içtihadını doğrulamıştır[1164].

Furundzija Kararı'nda Dava Dairesi ise, 1984 İşkence Sözleşmesi'nde yapılan tanımın anlamlandırılmasının Sözleşme'nin amaçlarıyla sınırlı olduğunu dile getirmiştir. Dava özelinde ise sanığın, özel bir sıfatla hareket etmediği ancak silahlı çatışmalar sırasında silahlı kuvvetler üyesi olarak hareket ettiği de eklenmiştir. Ancak bu aşamada Dava Dairesi, m.1'deki işkence tanımının uluslararası teamül hukukunu yansıtıp yansıtmadığını sorgulamamıştır[1165].

Furundzija Kararı'nda, işkence suçunun unsurları üzerinde duran Temyiz Dairesi şu ifadelere yer vermiştir:

> "*...işkence sürecine katılan kişilerden en az birinin bir kamu görevlisi olması gerektiği veya her halde özel olmayan bir sıfatla örneğin bir devletin veya başka herhangi otorite sahibi bir kuruluşun de facto organı olarak hareket etmesi gerektiği...*"[1166].

Bu ifade aynı şekilde YUCM'nin Temyiz Dairesi tarafından Kunarac Kararı'nda da tekrarlanmıştır.

Kunarac Kararı'nda ayrıca, İşkence Sözleşmesi'nde yer alan işkence tanımının devlet yükümlülüğüyle ilgili olduğu sürece uluslararası teamül hukukunu yansıttığına dair bir ifade ile eşdeğer olan bu iddianın (Furundzija Kararı'nda yer alan iddia), aynı maddenin işkence suçunun anlamıyla ilgili uluslararası teamül hukukunun bütününü yansıttığı

1164 Kunarac Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-96-23&IT-96-23/1-A, s. 45, p. 146, K.T. 12.06.2002.

1165 Kunarac Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-96-23&IT-96-23/1-A, s. 45, p. 147, K.T. 12.06.2002.

1166 Furundzija Davası, ICTY Kararı (Temyiz Dairesi), Dava No. IT-95-17/1-A, s. 34, s. 64 p. 111(v), p. 162(v), K.T. 21.07.2000.

iddiasından ayırmak gerektiği de ilave edilmiştir[1167]. Yani m.1'deki işkence tanımının devlet sorumluluğu bakımından teamüli bir değer taşımakla birlikte, teamüli işkence tanımından daha dar kapsamlı olduğu anlatılmak istenmiştir.

Bahse konu ayrım bağlamında, Kunarac Davası'nda Temyiz Dairesi, Furundzija Davası'nda Dava Dairesi'nin, İşkence Sözleşmesi dışında işkence eylemi sebebiyle bireysel cezai sorumluluk için kamu görevlisi şartının, teamüli bir gereklilik olmadığı yönündeki tutumunu haklı bulmuştur[1168]. Kunarac Davası'nda Dava Dairesi de bu tezi desteklemek için AİHS m.3'te yer alan işkence yasağı[1169] düzenlemesinin böyle bir şart öngörmediğini örnek göstermiştir. Bu bağlamda Daire, devletin veya görevlilerinden birinin eylemde yer alması şartının, işkence eyleminin tanımlayıcı bir unsuru değil, İşkence Sözleşmesi'nin genel şartı olduğunu belirtmiştir[1170]. Nitekim AİHM de 29 Nisan 1997 tarihli H.L.R./Fransa Kararı'nda, AİHS m.3'teki yasağın, korunan hakların ihlalinde, devlet organ veya temsilcilerinin dahili olmadığı durumlarda da uygulanabileceğine hükmetmiştir. Bu durum işkence yasağının mutlak niteliğinin bir tezahürüdür[1171].

Dava Dairesi, ilgili maddenin teamüli niteliğini değerlendirirken, 1984 İşkence Sözleşmesi'nde yapılan tanımın, teamüli işkence tanımının tümünü değil sadece bir kısmını yansıttığını ifade etmektedir[1172]. Bu minvalde teamüli işkence suçu, resmi görevliler dışında, bireysel olarak işlenmiş işkence fiillerini de kapsamaktadır. Dava

---

1167 Kunarac Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-96-23&IT-96-23/1-A, s. 46, p. 147, K.T. 12.06.2002.

1168 Kunarac Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-96-23&IT-96-23/1-A, s. 46, p. 148, K.T. 12.06.2002.

1169 İşkence Yasağı başlıklı AİHS m. 3 şu şekildedir: "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz". Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, s.e.t.05.10. 2019. Kunarac Kararı'nda YUCM Dava Dairesi, AİHM'in bireysel cezai sorumluluk belirleyen bir ceza mahkemesi olmadığını, devletlerin AİHS'e uygun hareket etmesini kontrol eden bir organ olduğu notunu düşmeyi ihmal etmemiştir. Kunarac ve Diğerleri Davası, YUCM Kararı (Dava Dairesi), Dava No. IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, s. 163, p. 478, K.T. 22.02.2001.

1170 Kunarac ve Diğerleri Davası, YUCM Kararı (Dava Dairesi), Dava No. IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, s.163, p.478, K.T.22.02.2001. Kararda, işkence failinin resmi bir görevli olması gerekmediği iddiasını desteklemek için atıf yapılan bir diğer düzenleme, 1966 BM Kişisel ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'nin 7. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz". (http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf, s.e.t. 06.10.2019; http://www.un.org.tr/humanrights/tr/ birlesmis-milletler-insan-haklari-belgeleri, s.e.t. 06.10.2019).

1171 H.L.R. / Fransa Davası, AİHM Kararı, Başvuru No. 24573/94, p. 40, K.T. 29.04.1997; Kunarac ve Diğerleri Davası, YUCM Kararı (Dava Dairesi), Dava No. IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, s. 163- 164, p. 479, K.T. 22.02.2001.

1172 Öktem, s. 205- 206.

Dairesi'nin bu tutumunun, ilgili Sözleşme'de geçen tanımın Sözleşme'nin amaçlarına ilişkin olduğu yönündeki kabulünden ileri geldiği savunulmaktadır[1173].

İşkence tanımı konusundaki farklı kabullerin inceleme konumuzun kapsamı dışında kaldığını belirtmek gerekir. Bununla birlikte belirtmekte fayda vardır ki, YUCM, tıpkı Furundzija Kararı'nda olduğu gibi Delalic Kararı'nda da 1984 İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.1'de yapılan işkence tanımının, silahlı çatışmalarda uygulanabilecek uluslararası teamül hukuku kapsamında olduğuna hükmetmiştir[1174]. Kunarac Kararı'nda ise Dava Dairesi, işkencenin uluslararası antlaşmalarda ve uluslararası teamülde hem barış hem de savaş zamanında yasak olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Daire, tıpkı Delalic Kararı'nda ifade edildiği gibi işkence yasağının bir buyruk kuralı oluşturduğunu da ilave etmiştir[1175].

Furundzija Kararı'nda, 1984 Sözleşmesi m.1'de yapılan tanımın teamüli bir işkence tanımı olduğunun kanıtlanması amacıyla, 1985 Amerikalılararası İşkenceyi Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi'ne[1176], 1975 BM Genel Kurulu'nda oybirliğiyle kabul edilmiş BM İşkence Deklerasyonu'na[1177], AİHM ve BM Özel Raportörü tarafından yapılan işkence tanımlarına atıflar yapılmıştır[1178]. İlgili kararda, işkence tanımına dönük girişimler de dahil olmak üzere hakim tarafından gerçekleştirilen faaliyetleri uluslararası teamül oluşumu olarak kabul eden yaklaşımlar mevcuttur. Bu yaklaşımlardan birinde, hakim yapımı uluslararası teamül kuralı anlamına gelen söz konusu faaliyet, uluslararası teamül

---

1173 Furundzija Davası, ICTY Kararı, Dava No. IT-95-17/1-T, s. 62, p. 160, K.T. 10.12.1998; Öktem, s. 205.

1174 Henckaerts/ Doswald- Beck, s. 356; Arajärvi (2008) s. 101; Delalic´ Kararı, YUCM Kararı, Dava No. IT-96-21-T, s. 118, p. 321, K.T. 16.11.1998.

1175 Kunarac ve Diğerleri Davası, YUCM Kararı (Dava Dairesi), Dava No. IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, s. 158, p. 466, K.T. 22.02.2001; Delalic´ Kararı, YUCM Kararı, Dava No. IT-96-21-T, s. 166, p. 454, K.T. 16.11.1998.

1176 Sözleşme metni için bkz. https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-51.html, s.e.t. 29.09.2019.

1177 Deklerasyon metni için bkz. https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx, s.e.t. 29.09.2019.

1178 Arajärvi (2008) s. 102; Furundzija Davası, ICTY Kararı, Dava No. IT-95-17/1-T, s. 62, p. 160, K.T. 10.12.1998. Kunarac Kararı'nda, işkence konusunda kendisine atıf yapılan yazılı hukuk metinlerinin tamamının insan hakları enstürmanları olduğu vurgusu yapılmıştır. Hatta Dava Dairesi, hedefler, değerler ve terminoloji bakımından benzerlikleri nedeniyle, bu tür bir başvurunun genellikle insancıl hukuk alanındaki uluslararası teamül hukukunun içeriğini belirlemek için ihtiyaç duyulan bir yardım olduğunu düşünmektedir. Uluslararası insancıl hukukun insan hakları hukukuyla pek çok hususta iç içeliğine de vurgu yapılmıştır. Kunarac ve Diğerleri Davası, YUCM Kararı (Dava Dairesi), Dava No. IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, s. 158, p. 467, K.T. 22.02.2001.

oluşumunda değişim anlamına gelmekteydi[1179]. İşkence tanımının ilgili Sözleşme'de ve teamül hukukundaki kapsamının karşılaştırılması sonucu, yazılı dayanak gösterme çabalarına karşın, görece zayıf argümanlarla, teamüli işkencenin daha geniş kapsamlı olduğu iddiası ile hakimlerin işkence faillerini her halükarda cezalandırmaya dönük girişimlerinin sonucu olan bu kararlar, bu yönleri nedeniyle "hakim tarafından oluşturulmuş hukuk" olarak nitelendirilebilmektedirler[1180]. Hatta böyle durumlarda oluşturulan kuralın (teamül) "açık dış gerçeklerden" değil, bizzat hakimden kaynaklandığı iddia edilmektedir[1181].

Furundzija Kararı'nda YUCM, kararın verildiği tarihte henüz yürürlüğe girmemiş olan, ancak çok sayıda devlet tarafından kabul edilen Roma Statüsü'ne yaptığı atıfla, Statü'nün içerdiği birçok hüküm hakkında *opinio juris* unsurunun oluştuğuna işaret etmektedir. Mahkeme Statü'nün, pek çok uluslararası teamül kuralının yeniden şekillendirilmesi, netleştirilmesi veya kristalleştirilmesi amacıyla, bazı konularda ise yeni bir hukuk oluşturucu veya mevcut hukuku değiştirici olarak dikkate alınabileceğini ifade etmektedir[1182].

Başta Furundzija Kararı örneği olmak üzere, uluslararası mahkemeler tarafından uluslararası teamül hukukunun varlığını kanıtlamak amacıyla, uluslararası antlaşmalara atıf, uluslararası teamülün teorik oluşumu bağlamında eleştirilmektedir[1183]. Söz konusu eleştirinin temel çıkış noktası, uluslararası antlaşmalara yapılan atıf yoluyla *opinio juris* unsurunun tespiti mümkün olmakla birlikte, devlet uygulaması unsuruna ulaşılamayacağıdır. Davalarda kanıt olarak sunulan uluslararası antlaşmalara katılımın, ne

---

1179 Arajärvi (2008) s. 91. Uluslararası bir suç özelinde ele alınması durumunda, hakimlerin suçun unsurlarını belirlemek için uluslararası teamül hukukuna başvurmaları ve bu şekilde unsurları ve bir bütün olarak suçu belirleyip ilgili davada uygulamaları, yarı-yasama işlevi olarak isimlendirilebilmektedir. Bu şekilde hakimler, hukuk boşluğunu doldurmakta ve yeni bir kural ortaya çıkartmaktadırlar [Mundis, Daryl A. (2001) "The Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the *ad hoc* International Criminal Tribunals", International Criminal Law Review, V. 1, N. 3- 4, s. 198].

1180 Öktem, s. 206; Swart, s. 75; Mundis, s. 198. Aynı yorum sadece YUCM kararları için değil UAD'nin 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı kararı için de yapılmıştır.

1181 Arajärvi (2008) s. 103.

1182 Furundzija Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-95-17/1-T, s. 87- 88, p. 227, K.T. 10.12.1998.

1183 Orekhelashvili, Alexander (2008) Peremptory Norms in International Law, Oxford University Press, Oxford, s. 121'den aktaran: Öktem, s. 198.

kadar çok olursa olsun, devlet uygulaması unsurunu vermediği ifade edilmektedir[1184].

Söz konusu eleştiriye, en azından mahkeme uygulamaları açısından, Martens Kaydı'ndan yararlanmak suretiyle bir cevap verilebilir. Zira Martens Kaydı, devlet uygulamasının yetersiz ya da tutarsız olduğu durumlarda, diğer teamüli prensipler, kamu vicdanı, insanlığın talepleri sonucu yeni bir teamülün oluşabileceğine işaret etmektedir. YUCM 2000 yılında vermiş olduğu Kupreskic Kararı'nda bu durumu tasdik etmektedir. Esasında bu şekildeki bir iddianın temel dayanağı, kamu vicdanı ya da insaniyet gereklilikleri olarak ortaya çıkanın *opinio juris* unsuru olduğu ve bu şekilde bir teamül kuralının oluşmaya başladığı düşüncesidir[1185].

Kupreskic Kararı'nda, Martens Kaydı nedeniyle *opinio juris* unsurunun devlet uygulamasından daha çok rol oynayabilen bir unsur olduğuna dikkat çekilmiştir. Daha önce belirtildiği üzere konu hakkında devlet uygulamasının yetersiz ya da sınırlı olması durumu etkilemeyecektir. İnsanlığın veya kamu vicdanının zorunluluklarının bir sonucu olarak kristalleşen *opinio necessitatis* (*juris*), genel bir kuralın veya insancıl hukuk prensibinin ortaya çıkmasının habercisi olan belirleyici unsur olabilecektir[1186].

Görüldüğü üzere, bu bakış açısıyla iki unsurdan birinin diğerine göre daha fazla kanıtı varsa, hakkında kanıt bulunamayan ya da daha az kanıt bulunan unsur göz ardı edilebilecektir. Kirgis, bu yaklaşıma "değişken ölçek" teorisi adını vermektedir[1187]. Yazara göre, kuvvet kullanımının yasaklanması, insan hakları gibi[1188] istikrarın korunmasının aciliyet taşıdığı konularda, karar vericilerin, söz ve tutarlı eylem birleşiminden ziyade normatif kelimelere güveni açıklaması yerinde olacaktır. Bu nedenle bu tarz durumlarda hakimlerin yeni teamül arayışında olmaları da makul karşılanabilecektir[1189].

1184 Öktem, s. 198.

1185 Kupreskic ve Diğerleri Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-95-16-T, s. 207- 208, p. 527, K.T. 14.01.2000; Cassese (2000) s. 214; Swart, s. 74.

1186 Kupreskic ve Diğerleri Davası, YUCM Kararı, Dava No. IT-95-16-T, s. 207- 208, p. 527, K.T. 14.01.2000.

1187 Kirgis, Frederic L. (1987) "Custom on a Sliding Scale", American Journal of International Law, V. 81, I. 1, s. 146 vd.; Arajärvi (2008) s. 92.

1188 Kirgis ilgili yaklaşımını sadece kuvvet kullanma yasağı ya da insan hakları konularıyla da sınırlı tutmamıştır. Ayrıca Kirgis, "değişken ölçek" yaklaşımını açıklarken, UAD'nin 1986 Nikaragua Kararı, 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı, 1974 Balıkçılık Kararı, 1927 Bozkurt- Lotus Kararı'nı (USAD) örnek olarak göstermektedir (Kirgis, s. 148).

1189 Kirgis, s. 147- 148.

C. İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ

AİHM başta olmak üzere, birçok uluslararası mahkemeye başvurunun ön şartı olarak öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmiş olması kuralı, özellikle uluslararası antlaşmalarla öngörülen uluslararası denetim mekanizmalarının ikincilliğinden (*subsidiarite*) kaynaklanmaktadır[1190]. Söz konusu ikincillik devlet egemenliğine saygı prensibinden doğmaktadır[1191]. Devlet egemenliğine saygı prensibinden kaynaklı iç hukuk yollarının tüketilmiş olması kuralının, çalışmamız için önem taşıyan kısmı ise teamül olarak addedilmesidir. İç hukuk yollarının tüketilmesi özellikle diplomatik himayenin ön şartı olma yönüyle teamüli nitelikte kabul edilmektedir.

UDHM'nin 14 Nisan 2014 tarihinde verdiği, M/V "Virginia G" (Panama/Guinea-Bissau) Kararı'nda, diplomatik himayenin kullanılmasının ön şartlarından biri olan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, uluslararası teamül hukukunun bilinen bir prensibi olduğuna hükmedilmiştir[1192]. Nitekim teamüli nitelikte kabul edilen iç hukuk yollarının tüketilmiş olması kuralının, BMDHS m.73/1'e[1193] uygun şekilde kıyı devletinin yargısal süreçleri başlatma hakkıyla bağlantılı anlaşılması gerektiği hakim Sérvulo Correia'nın muhalif görüşünde belirtilmiştir[1194].

İlgili kararda, 2006 yılında UHK tarafından kaleme alınan Diplomatik Himaye Hakkında Taslak Maddeler m.14/1 hükmünde bu prensibin yansıtıldığına yönelik atıf yapılmıştır. Kararda özellikle Taslak m.14/1'de yer alan, "zarar görmüş şahıs tüm iç hukuk yollarını tüketmeden, devletin zarar görmüş vatandaşı bakımından uluslararası bir talep hakkının doğmayacağı" ifadesine vurgu yapılmıştır[1195]. Belirtmek gerekir ki ilgili Taslak

---

1190 Değerli, s. 77; Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 63.

1191 Gözübüyük/ Gölcüklü, s. 63.

1192 Karar metni için bkz. http://www.worldcourts.com/itlos/eng/decisions/2014.04.14_Panama_v_Guinea_Bissau.pdf, s. 49, p. 153, s.e.t. 16.10.2019.

1193 BMDHS m. 73, kıyı devletinin kanun ve kurallarının yürürlüğe konulması başlığını taşımaktadır. Maddede münhasır ekonomik bölgede egemenlikten kaynaklı haklarını kullanması için çıkardığı kanun ve kurallara uyulmaması durumunda kıyı devletinin alabileceği tedbirler düzenlenmiştir. Bunlardan biri de yargısal yollara başvurudur (Ertuğrul, s. 51; Sözleşme metni için bkz. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/ unclos_e.pdf, s. 52, s.e.t. 1.10.2019).

1194 İngilizce karar metni için bkz. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, s. 52, s.e.t. 1.10.2019.

1195 Karar metni ve taslak metni için bkz. M/V "Virginia G" Davası, UDHM Kararı, Dava No. 19, s. 49, p. 153, K.T. 14.04.2014; http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/chp4.pdf&lang=EFSRAC, s. 25, s.e.t. 16.10.2019.

m.14'ün yorumunda ise, ilgili maddenin diplomatik himayenin ön şartı ve bir uluslararası teamül hukuku kuralı olan iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının bu maddede kodifiye edilmek istendiği belirtilmiştir[1196].

UDHM'nin ilgili kararına dönük hakim Cot ve hakim Kelly'nin ortak farklı gerekçesinde, İsviçre ve ABD arasındaki uyuşmazlık üzerine, UAD'nin 1959 Interhandel Kararı'na atıf yapılmıştır[1197]. Uluslararası hukuktaki yasal süreçlerden önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği kuralının teamüli bir kural olduğu, bu kararda da açıkça belirtilmiştir. Kararda UAD bu hak genel olarak, başka bir devlette kendi vatandaşının haklarının uluslararası hukuka aykırı şekilde ihlal edildiğini iddia eden devletler tarafından kullanıldığını eklemiştir. Bu manada tüketme kuralı ile zarara sebep olduğu düşünülen devlete kendi hukuk sistemi içerisinde telafi imkanı da sunulmuş olmaktadır[1198].

Nihayet, bahsi geçen her iki davada da iç hukuk yollarının tüketilmiş olması kuralının, teamüli bir uluslararası hukuk kuralı olduğu dile getirilmiş olsa da herhangi bir şekilde devlet uygulaması ya da *opinio juris* unsurlarının incelemesine girilmemiş, bu unsurların varlığına dönük kanıtlar ortaya konmamıştır.

D. KUVVET KULLANMA VE KUVVET KULLANMA TEHDİDİ YASAĞI

Uluslararası hukukta buyruk kuralların en başta gelenlerinden olan kuvvet kullanma yasağı[1199], şimdiye kadar en çok ihlal edilmiş-edilmeye devam eden ve muhtemeldir ki hakkında en çok düzenleme bulunan kuralıdır. Uluslararası hukukun en bilinen kuralı genellemesi yapılmaya en müsait kuraldır[1200]. Ayrıca kuvvet kullanma yasağı ihlali, birçok

---

1196 Taslak metni için bkz. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/chp4.pdf &lang=EFSRAC, s. 44, s.e.t. 16.10.2019.

1197 M/V "Virginia G" Davası, UDHM Kararı, Dava No. 19, s. 156, p. 2, K.T. 14.04.2014.

1198 Interhandel Davası, UAD Kararı, s. 27, K.T. 21.03.1959.

1199 Kuvvet kullanımı yasağının buyruk kural karakterinin UHK tarafından kabulü hakkında ayrıca bkz. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_191.pdf&lang=EFSRC, s. 247, s.e.t.22.10.2019. İlgili kuralın buyruk kural niteğine atıf yapan bir UAD kararı için bkz. Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 90, p. 190, K.T. 27.06.1986. Buyruk kuralların teamül hukukunun bir parçası olduğu yönünde görüşler için bkz. Öktem, s. 332- 333, 439- 440.

1200 Kuvvet kullanma yasağını ele alan uluslararası belgelerin bilinen ilk örneği, beş devlet arasında imzalanan 1925 Ren Misakı'dır. 1928 Briand-Kellogg Paktı ise, çok sayıda devletin katılımıyla, kuvvet kullanımı yasağı hususunda ilk çok taraflı antlaşma olarak kabul edilmektedir. İlgili yasağın bir anlamda evrensel kabulünü sağlayan ise, BM Antlaşması olmuştur. Belirtmek gerekir ki BM

devlet arasında çok sayıda uyuşmazlığa neden olmuş ve bu uyuşmazlıklar farklı mahkemelerin önüne gitmiştir.

17 Eylül 2007 tarihli (Guyana/Surinam) deniz alanlarının sınırlandırılması uyuşmazlığı[1201] hakkındaki hakemlik mahkemesi kararında[1202] bazı yazarlarca 20. yy. uluslararası hukukunun en temel kuralı olarak tanımlanan[1203] kuvvet kullanma yasağının teamüli niteliği üzerinde durulmuştur. Olayda Guyana ve Surinam arasında uyuşmazlık konusu olan deniz alanında, CGX şirket gemisinin sondaj çalışmalarına başlaması sonrası, Surinam donanmasına ait devriye botları duruma müdahale etmiş, CGX şirket gemisine çalışmalarına son vermesi ve alanı terk etmesi uyarısında bulunmuştur. Ayrıca, söz konusu ikazlara uyulmadığı takdirde müdahale edileceği de ifade edilmiştir. Bunun üzerine CGX şirket gemisi (Kanadalı şirket gemisi) ve personeli alanı terk etmek durumunda kalmıştır. Terk ediş boyunca Surinam donanmasına ait devriye botları tarafından takip edilmiştir[1204]. Olay hakemlik mahkemesine gelmiş ve devriye botlarının gerçekleştirdikleri eylemler, BMDHS, BM Şartı ve genel uluslararası hukuk çerçevesinde kuvvet kullanımı tehdidi

---

Antlaşması m. 2/ 4, kuvvet kullanımını ve kuvvet kullanımı tehdidini açıkça yasaklamaktadır [Pazarcı (2006) s. 112].

1201 Hatırlanacağı üzere Sömürge dönemlerinden beri iki ülke arasında devam etmekte olan sınırlandırılması tartışmalı deniz alanında 1998 yılında CGX Resources Incorporated isimli Kanadalı bir şirket Guyana devletinden tartışmalı alanda araştırma yapmak için imtiyaz elde etmiştir. Şirket 1999 yılında, imtiyaz elde ettiği alandaki deniz yatağında keşif sondajı yapmıştır. Bu sondaj planları resmi olmayan bir şekilde Surinam devleti tarafından öğrenilmiştir. Bunun üzerine 11 ve 31 Mayıs 2000 tarihlerinde diplomatik yollarla bu keşif çalışmalarını sonlandırılmasını istemiştir. Surinam, 31 Mayıs 2000 tarihinden ilgili şirketin faaliyetlerine son vermesini istemiş ancak sonuç alamamıştır. 3 Temmuz 2000 tarihinde, Surinam donanmasına ait iki devriye botu CGX Şirketinin sondaj gemisine yaklaşmış ve 12 saat içinde alanı terk etmesini istemiş, aksi halde sonuçlarına katlanılacağı ifade edilmiştir. Bunun üzerine ilgili gemi personeli ve gemi alandan (sondaj gemisi) ayrılmıştır. Surinam devriye gemileri bu ayrılış boyunca onları takip etmiştir. Bu son hadise Guyana'nın hakem prosedürünü başlatmasının temel argümanı olmuştur (Budike, Jurgen, "Depoliticizing Maritime Border Disputes Trough ITLOS: The Suriname- Guyana Case", https://www.academia.edu/11039329/Depoliticizing_Maritime_Border_Disputes_Trough_ITLOS_The_Suriname-Guyana_Case, s. 4-5, s.e.t. 19.0.2019).

1202 Aksar, Yusuf (2017) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 266; Gökdemir Işık, Nurser (2009) "Kıta Sahanlığı, Hukuki Rejimi ve Ege Sorunu" (Doktora), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 143. İlgili hakemlik mahkemesi BMDHS m.287 uyarınca oluşturulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Guyana/Surinam Davası, Hakemlik Mahkemesi Kararı, Dava No. 2004-04, K.T. 17.09.2007.

1203 Hovell, Devika (2004) "Chinks in the Armour: International Law, Terrorism and the Use of Force", University of New South Wales Law Journal, V. 27, N. 2, s. 400; Yapıcı, Utku (2006) "Uluslararası Hukukta Terörizme Karşı Kuvvet Kullanımı Sorunu", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 2, N. 7, s. 22.

1204 Budike, s. 5.

olarak kabul edilmiştir[1205].

Hakemlik mahkemesi ilk olarak UDHM'nin "M/V Saiga" Kararı'na atıf yapmıştır. İlgili kararda, Gine tarafından Saiga gemisinin alıkonulması sırasında gerçekleştirilen kuvvet kullanma eylemi göz önünde bulundurularak, alıkonma koşullarının yürürlükteki hukuka uygun olması gerektiğine hükmedilmiştir. UDHM bu kararında ayrıca, BMDHS'nin gemilerin tutulması sırasında kuvvet kullanımıyla ilgili açık hükümler içermediğini belirttikten sonra, BMDHS m.293 uyarınca, uygulanabilir olan uluslararası hukukun, kuvvet kullanımından mümkün olduğunca kaçınılmasını öngördüğünü ifade etmiştir. Mahkeme bu kaçınmanın mümkün olmadığı hallerde ise, makul ve gerekli olanın ötesine geçilmemesi gerektiğini ifade etmiştir[1206].

Guyana/Surinam Kararı'nda mahkeme kendisini, tıpkı atıf yaptığı UDHM gibi, sadece Sözleşmeyi değil, uluslararası teamül hukukunu uygulamakta yetkili görmüştür[1207]. Bu şekilde söz konusu kararda hakemlik mahkemesi UDHM tarafından, deniz hukukunda kuvvet kullanımının teamüli niteliğinin belirlendiğini kabul etmektedir[1208]

Hakemlik mahkemesinin atıf yaptığı bir diğer karar, UAD'nin kuvvet kullanma yasağı prensibini uluslararası teamül hukuku kuralı olarak nitelendirdiği 1986 Nikaragua Kararı'dır[1209]. Hakemlik mahkemesi, BM Şartı m.2/4'te ifadesini bulan uluslararası teamül hukukunun parçası olan kuvvet kullanma yasağı prensibinin UAD'nin kuvvet kullanımının daha hafif formlarına uygulanmasına (UAD'nin kendi ifadesiyle) işaret etme imkanı bulduğu Nikaragua Davası'ndaki bulguları da göz önünde bulundurmuştur[1210].

Nikaragua Kararı'nda UAD, kuvvet kullanımının "en ağır şekilleri" (silahlı saldırıyı oluşturan) "daha hafif şekilleri" şeklinde bir ayrım yapmak gerektiğine değinmiştir. Kuvvet kullanmanın hafif şekillerine uygulanacak hukuk kuralına ilişkin olarak UAD, BM Şartına uygun şekilde BM Genel Kurulu'nun 2625 (XXV) sayılı Kararı ile kabul edilen Devletler Arası Dostça İlişkiler ve İş birliği ile ilgili Uluslararası Hukuk Prensipleri

---

1205 Guyana/ Surinam Davası, Hakemlik Mahkemesi Kararı, Dava No. 2004-04, K.T. 17.09.2007.

1206 M/V "Saiga" Davası, UDHM Kararı, Dava No. 2, s. 61- 62, p. 155, K.T. 01.07.1999; Roach, s. 241.

1207 Guyana/ Surinam Davası, Hakemlik Mahkemesi Kararı, Dava No. 2004- 04, K.T. 17.09.2007.

1208 Roach, s. 241.

1209 Bozkurt, Enver (2007) Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma, 3. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, s. 14.

1210 Guyana/ Surinam Davası, Hakemlik Mahkemesi Kararı, Dava No. 2004- 04, K.T. 17.09.2007; Pazarcı (2006) s. 115.

Deklarasyonu'nda yer alan formülasyondan tekrar yararlanabileceğini ifade etmiştir. UAD ayrıca Deklarasyon'un devletler tarafından kabulünün, kuvvet kullanımı yasağına ilişkin teamül kuralıyla ilgili devletlerin *opinio juris*'inin bir göstergesi olduğunu, bu sonucun ilgili Deklarasyonun kabulü sırasındaki devlet oylarının analizinden çıktığını belirtmiştir[1211]. Belirtmek gerekir ki bahse konu Deklarasyonda, saldırıyı ifade eden bazı tanımların yanı sıra, kuvvet kullanımının hafif formlarını ifade eden tanımlara da yer vermektedir[1212].

Nikaragua Kararı'nda, anlaşmazlığın her iki tarafının da aynı şekilde kabul ettiği üzere, kuvvet kullanımı yasağının, BM Antlaşması öncesinde var olan bir uluslararası teamül kuralı olduğu[1213] ve BM Antlaşması'nın bu teamüli niteliği etkilemediği ileri sürülmektedir[1214]. Bu yorumun dayanağı olan Nikaragua Kararı'nın ilgili kısmında, uluslararası teamül hukuku kuralı olan kuvvet kullanma yasağının ayrıca BM Antlaşması'nda yer almasının bir farklılık ya da sapma yaratmadığını, sadece söz konusu kuralın BM Antlaşması'nda düzenlenmesinden sonra onun etkisi altında gelişmeye devam ettiği ifade edilmektedir. Hem BM Antlaşması'nın hem de uluslararası teamül hukukunun, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımını yasaklayan ortak bir temel prensipten kaynaklandığı da eklenmiştir[1215].

Nikaragua Kararı'nda UAD, olaya uygulanacak teamüli nitelikteki kuvvet kullanımı yasağını belirledikten sonra, bu teamül kuralının ispatı için devlet uygulamasına ve *opinio juris* unsuruna yönelmiştir. UAD bu yönelimine 1985 yılında verdiği Libya/Malta Kıta Sahanlığı Kararını dayanak tutmuştur. İlgili kararında UAD, uluslararası antlaşmaların uluslararası teamül kaynaklı kuralların kaydedilmesinde, tanımlanmasında ve geliştirilmesinde büyük bir rolü olduğunu ve fakat uluslararası teamül kurallarının kanıtlanması için öncelikle devlet uygulamalarına ve *opinio juris* unsurlarına bakmak gerektiğini ifade etmiştir[1216]. Bu doğrultuda UAD, devletlerin davranışlarının ve bu konu

---

1211 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 91, p. 191, K.T. 27.06.1986; Czapliński, s. 98.

1212 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 91, p. 191, K.T. 27.06.1986.

1213 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 89, p. 188, K.T. 27.06.1986.

1214 Enver, Kuvvet Kullanımı, s. 18; Toluner, Sevin (2004) "Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davası'ndaki Yargı ve Meşru Müdafaa Hakkı", Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, İstanbul, Beta Basım A.Ş., s. 442.

1215 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 86- 87, p. 181, K.T. 27.06.1986; Toluner (2004) s. 443.

1216 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 87, p. 183, K.T. 27.06.1986; Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 20- 21, p. 27, K.T. 03.06.1985.

hakkındaki *opinio juris* unsurunun tespiti için BM Antlaşması ve Amerikan Devletleri Örgütü Şartı'nın dikkate alınması gerektiğini dile getirmiştir. Hatta kendisini taraflardan biri olan ABD'nin eylemlerinin antlaşmalara aykırılığı hakkında bir belirleme yapmaya bizzat yetkili görmekle birlikte, ihlali iddia edilen uluslararası teamül hukuku kuralının içeriğini tespit ederken bunları dikkate alabileceğine ve alması gerektiğine vurgu yapmıştır[1217].

Diğer yandan UAD teamüli nitelikte olan kuvvet kullanımı yasağını değerlendirirken, bu konudaki devlet uygulamalarının kusursuz olmasının, ilgili teamül kuralıyla uygulamanın kesin olarak örtüşmesinin beklenemeyeceğine hükmetmiştir. Bu bağlamda davranışların kurala uygun olması gerektiği ve kurala aykırı davranışın kuralın yokluğuna işaret etmeyip sadece o kuralın ihlali anlamı taşıyacağı özellikle vurgulanmıştır[1218].

UAD'ye göre uluslararası teamül kuralının ihlali niteliğinde davranış sergileyen devlet, davranışının haklılığını aynı teamül kuralına ilişkin istisnalar ve gerekçelere dayandırıyorsa, kuralı zayıflatmaktan ziyade kuralı onaylamaktadır[1219]. Bu doğrultuda UAD öncelikle, kendisine sunulan anlaşmazlığa uygulanabilecek kuvvet kullanımıyla ilgili uluslararası teamül kurallarının içeriğinin belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir[1220].

Teamüli uluslararası hukuk kuralı niteliği tartışmasız olan kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi yasağının, farklı mahkemeler tarafından uygulanış şekline bakıldığında, ilgili yasağın insani mülahazalar gereği kesinlikle uygulanması gerektiği yönünde bir görüş birliği olduğu görülecektir. Ayrıca mahkemeler yasağın teamüli niteliği noktasında birbirlerinin kararından destek almaktadırlar.

Söz konusu prensibin teamüli niteliğini doğrulayan yargı kuruluşları kararlarına

---

1217 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 87, p. 183, K.T. 27.06.1986; Toluner (2004) s. 444. İlgili kararda ayrıca, iki devletin bir antlaşmaya belirli bir kuralı dahil etmeyi kabul etmesi durumunda, onların yaptıkları bu antlaşmanın, bu kuralı hukuki bir kural haline getirmek için yeterli olduğu fakat uluslararası teamül hukuku alanında, tarafların kural olarak gördükleri şeyin içeriği konusunda ortak görüşlerinin yeterli olmadığı ifade edilmiştir. Davaya bakan Mahkeme, devletlerin *opinio juris*'indeki kuralın varlığının, uygulama ile onaylandığı noktasında tatmin olmalıdır (Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 88, p. 184, K.T. 27.06.1986).

1218 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 88, p. 186, K.T. 27.06.1986; van Schaack (2008) s. 165; Meron (1996) s. 241.

1219 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 88, p. 186, K.T. 27.06.1986.

1220 Nikaragua Davası, UAD Kararı, s. 88, p. 187, K.T. 27.06.1986.

yapılan dayanak atıfları[1221] ile mahkeme kararlarının yardımcı uluslararası hukuk kaynağı niteliği sorgulanır hale gelmektedir. Uluslararası yargı kararlarının, sadece taraflar açısından bağlayıcı olması durumunda bile, teamülün devlet uygulaması ya da *opinio juris* unsuruna yapmış olduğu katkının önemli olduğu ifade edilmektedir. Uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarında yeni bir teamül kuralı oluşturabildikleri ve uyuşmazlık taraflarının bu yönde ikna olup, bu yönde tutum sergiledikleri göz önüne alındığında ise "yalnızca var olan hukuku uygulama" rollerinden sıyrıldıkları açıkça görülecektir.

Sonuç olarak, kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinin, hangi şekilde işlenirse işlensin, teamüli bir nitelik arz ettiğine işaret eden mahkeme kararları mahkemelerin klasik anlamdaki görev tanımlarından sıyrılmaları anlamına gelebilmektedir.

E. ZARARSIZ GEÇİŞ HAKKI

1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri'nden biri olan Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m.14/1'de "denizde kıyısı olsun veya olmasın, devletlerin bütün gemileri bu madde hükümlerine tabi bir şekilde karasularından zararsız geçiş hakkına sahiptir"[1222] şeklindeki düzenleme, sadece bir uluslararası antlaşma hükmü olmayıp aynı zamanda bir teamül kuralıdır[1223]. Nitekim 1991'de Katar ve Bahreyn arasında adalar üzerindeki egemenlik ve deniz alanlarının sınırlandırılması konularında çıkan uyuşmazlık üzerine 2001 yılında vermiş olduğu kararda UAD, karasularından zararsız geçiş hükmünün ayrıca bir teamül kuralı olduğunu ilan etmiştir[1224]. Belirtmek gerekir ki bu karar, uluslararası antlaşmada düzenlenmiş bir kurala teamüli statü kazandırılması nedeniyle ayrı bir önem taşımaktadır. Bu nedenle bu karara kısaca yer vermek gerekir.

Bahse konu kararda UAD, Katar'ın Hawar Adaları'nın güneyinde ve kuzeyinde yer alan deniz alanlarının yalnızca Hawar Adaları'nı yarımadadan ayıran kanalla bağlantılı

1221 Bu durum ilgili yargı kuruluşunun kendi kararına atıf yapması şeklinde gerçekleşebileceği gibi bir başka yargı kuruluşu kararına da atıf şeklinde gerçekleşebilir.

1222 Gündüz/ Günel (Editör), s. 169; Sözleşme metni için bkz. https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20516/volume-516-I-7477-English.pdf, s. 214, s.e.t. 22.10.2019.

1223 Zararsız geçiş hakkı, sadece ilgili 1958 Cenevre Sözleşmesi'nde de değil 1982 BMDHS m. 17'de de aynı içerikte yer almaktadır.

1224 Roach, s. 242.

olduğunu belirtmiştir. UAD ayrıca ilgili kanalın dar ve sığ olduğunu ve seyrüsefere çok uygun olmaması nedeniyle Bahreyn'in düz esas çizgi yöntemini uygulama hakkına sahip olmadığını, Hawar Adaları ile diğer Bahreyn adaları arasında kalan suların iç sular olmadığını ve fakat Bahreyn'in karasuları olduğunu ifade etmiştir. Netice itibarıyla diğer devletlerinki gibi Katar gemileri de bu sularda, uluslararası teamül hukukunun kabul ettiği zararsız geçiş haklarından yararlanabilecektir. Benzer şekilde Bahreyn gemileri de Katar karasularından bu zararsız geçiş hakkından yararlanacaktır[1225].

İlgili davada zararsız geçiş hakkının teamüli bir uluslararası hukuk kuralı olduğu belirlemesinin dışında UAD, söz konusu teamül kuralının ispatına dönük herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Bu bağlamda UAD, ne herhangi devlet uygulamasına atıf yapmış ne de kuralın teamüli niteliğinin var olduğuna dair *opinio jurisi* ortaya koymuştur.

F. SAVAŞ GEMİLERİNİN DOKUNULMAZLIĞI

Uluslararası hukukta, savaş gemilerinin mutlak dokunulmazlığa sahip oldukları kabul edilmektedir. Savaş gemilerine tanınan bu dokunulmazlık, bayrak devletlerinin egemenliğinden ileri gelmektedir. Bu bağlamda, bir savaş gemisinde yapılacak tüm düzenlemelerde, meydana gelecek olaylara müdahale etmede tek yetkili, bayrak devletini temsilen gemi kaptanıdır. Dolayısıyla kıyı devleti kaptanın izni olmadan, savaş gemisindeki bir olaya müdahale edemez, gemiye dokunamaz veyahut gemiye giremez[1226].

Uluslararası antlaşmalarla açıkça düzenlenmiş olan savaş gemilerinin dokunulmazlığı kuralı, aynı zamanda teamüli niteliği haiz olduğu kabul edilen bir uluslararası hukuk kuralıdır. Belirtmek gerekir ki bu niteliğin tartışmasız bir kabule şayan olduğu ve fakat bayrak devletinin yargı yetkisinin teamüli karakterinin tartışmalı olduğu iddia edilmektedir[1227].

Savaş gemilerinin dokunulmazlığı ile ilgili dikkat çeken uluslararası antlaşma

---

[1225] Katar/ Bahreyn Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası, UAD Kararı, s. 109- 110, p. 223, K.T. 16.03.2001.

[1226] Kuran, Selami (2005) "Savaş Gemilerinin Dokunulmazlığı ve Yargı Bağışıklığı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 25, S. 1- 2, s. 231; Meray (1968) s. 383.

[1227] Kuran, (2005) s. 229. Yazar, tartışmada savaş gemisinin dokunulmazlığı üzerinden de bayrak devletinin dokunulmazlığı sonucuna ulaşıldığı yönünde bir döngüden bahsetmektedir.

hükümleri vardır. Bunlardan ilki 10 Nisan 1926 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin 3. maddesidir[1228]. Diğerleri ise 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi m.8/1[1229] ile 1982 BMDHS m.95'tir[1230]. Her iki düzenlemede de açık denizlerdeki savaş gemilerinin, bayrak devleti dışındaki herhangi bir devletin yargı yetkisine karşı tam bir dokunulmazlığa sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki ne bu hükümlerde ne de diğer uluslararası teamül hükümlerinde, karasular ve iç sulardaki durumla ilgili açık ve ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, ARA Libertad Davası'nda ifade edildiği üzere, 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m.22/2 gereği, savaş gemilerinin dokunulmazlıklarının, kimi istisnalarla birlikte, karasuları ve iç sularda da devam ettiği sonucuna ulaşılabileceği söylenebilir[1231].

Savaş gemileri ile bayrak devleti arasındaki ilişki, egemenlikten kaynaklı *jura impreii* kapsamında değerlendirilse de kıyı devletinin kanunları dahil deniz hukukunun ihlali, egemenlik dışı yetkilerin kullanımı bağlamında *jura gestionis* kapsamında bayrak devletinin sorumluluğuna sebep olacaktır[1232].

Savaş gemilerinin dokunulmazlığı kuralının bir teamül kuralı olduğuna değinilen

---

1228 İlgili Sözleşmenin 3. maddesinde savaş gemilerinin dokunulmazlığından bahsedilirken, çarpışma, deniz kazaları gibi istisna durumlar da açıkça düzenleme altına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki bayrak devleti özellikle bu istisna durumlarda yargı bağışıklığından yararlanamayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuran, (2005) s. 233; http://www.fortunesdemer.com/mer/images/documents%20pdf/legislation/Internationale/International%20Convention%20unification%20rules%20Immunity%20State%20owned%20Vessels%20Brussels%201926%20RU.pdf, s. 1, s.e.t. 26.10.2019.

1229 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi m.8/1 şu şekildedir: "Savaş gemileri, açık denizde bayrak devletinden başka herhangi bir devletin yargı yetkisinden tamamıyla bağışıktır" (https://www.gc.noaa.gov/documents/8_1_1958_highseas.pdf, s. 3, s.e.t. 26.10.2019; http://www.turkishgreek.org/kuetuephane/item/137-1958-cenevre-deniz-hukuku-soezlesmeleriacik-deniz-soezlesmesi, s.e.t. 30.06.2020).

1230 Açık denizlerde savaş gemilerinin dokunulmazlığı başlıklı BMDHS m. 95 şu şekilde düzenlenmiştir: "Savaş gemileri, açık denizlerde, bayrağını taşıdıkları devlet dışında, diğer devletler yönünden mutlak yargı bağışıklığına sahiptirler" (https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, s. 59, s.e.t. 26.10.2019).

1231 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 22/ 2 ile 1982 BMDHS m. 32 benzer içeriğe sahiptir. Ancak söz konusu dokunulmazlık ve bağışıklıklarına rağmen savaş gemileri de kıyı devletinin kanun ve düzenlemelerine uymakla yükümlüdürler. İlgili gemilerin yapılan ikazlara uymamaları halinde kıyı devletinin karasularını derhal terk etmeleri istenebilir.
Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuran (2005) s. 233- 234. 1982 BMDHS m. 32 "bu Sözleşmedeki hiçbir şey" ifadesini kullanırken, 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 22 ise "bu maddelerdeki hiçbir şey" ifadesini kullanılmış ve iç sular, karasuları ve bitişik bölge ile ilgili maddelerin uygulanabilirliğini olaya sınırlamıştır [Oxman, Bernard H. (1984) "The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea", Virginia Journal of International Law, V. 24, I. 4, s. 816].

1232 Kuran (2005) s. 234.

kararlara bakıldığında, ilk olarak karşımıza UDHM tarafından görülen ARA Libertad Kararı çıkmaktadır. Arjantin ve Gana arasındaki uyuşmazlık, son olarak "ARA Libertad" isimli Arjantin savaş gemisinin Gana tarafından alıkonulması sonrasında UDHM'ye intikal ettirilmiştir. Olay üzerine Arjantin, Gana'ya karşı BMDHS m.290/5[1233] uyarınca geçici tedbir başvurusunda bulunmuştur[1234].

Gana, başlangıçta bir savaş gemisinin iç sulardaki dokunulmazlığının, Sözleşme'nin yorumu ve uygulanması kapsamında olmadığını[1235], ancak böyle kuralların Sözleşme dışında bulunabileceğini ifade etmiştir[1236].

UDHM, savaş gemilerinin genel uluslararası hukuka uygun olarak, iç sularda dahi dokunulmazlıktan yararlanabileceğine karar verirken, Gana'nın bu duruma bir itirazının olmadığının altını çizmiştir[1237]. Bunun yanı sıra UDHM Kararda, Arjantin'in BMDHS m.32 hükmünden, genel uluslararası hukukun bilinen bir kuralı olarak farkında olduğunu belirterek, savaş gemilerinin dokunulmazlığının uluslararası teamül hukukuna uygun olarak BMDHS'de yer verildiği şekliyle, bu gemilere tam dokunulmazlık sağlayan özel ve özerk bir tür dokunulmazlık[1238] olduğunu vurgulamıştır.

ARA Libertad Kararı'nda teamüli bir uluslararası hukuk kuralı olduğu tespit edilen

---

1233 BMDHS'nin savaş gemilerinin ve ticari amaçlar dışında işletilen diğer devlet gemilerinin dokunulmazlıkları başlıklı, 32. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "A alt bölümünde ve 30 ve 31. maddelerde belirtilen istisnalar dışında, bu Sözleşmedeki hiçbir şey, savaş gemilerinin ve ticari amaçlar dışında işletilen diğer devlet gemilerinin dokunulmazlıklarını etkilemez" (https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, s. 35, s.e.t. 25.10.2019).

1234 İlgili tutuklama, 2 Ekim 2012 tarihinde, Arjantin'in alacaklılarından biri olan NML Capital'in Akra'daki Gana Yüksek Mahkemesi'nden aldığı karar neticeinde meydana gelmiştir. Arjantin, Fırkateynin alıkonulmasının devamının, BMDHS m. 32'de düzenlenen savaş gemilerinin dokunulmazlıklarına, ayrıca bölgedeki zararsız geçiş ve açık denizde seyrüsefer özgürlüğü haklarıyla ilgili olan m. 18/ 1(b), m. 87 ve m. 90'a aykırı olduğunu iddia etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. https://hsfnotes.com/arbitration/2012/12/06/argentina-v-ghana-at-the-international-tribunal-for-the-law-of-the-sea-the-continuing-saga-of-the-ara-libertad/, s.e.t. 25.10.2019.

1235 Başlangıçta Gana m. 32'nin iç suları değil sadece karasularını kapsadığını dolayısıyla savaş gemilerinin iç sularda dokunulmazlığa sahip olmadığını iddia etmiştir. Gana BMDHS m. 32'nin, karasularındaki savaş gemilerinin dokunulmazlığına atıfta bulunduğunu ve iç sularda bu tür bir dokunulmazlığa atıf yapmadığı hatta liman ve iç sular rejiminin bu maddenin haricinde yer aldığını iddia etmiştir. Gana ayrıca, kıyı devletinin iç sular üzerinde tam egemenliğe sahip olduğunu ve iç sularda bulunan herhangi bir yabancı geminin kıyı devletinin yasama, yürütme ve yargı yetkisine tabi olduğunu belirtmiştir (Ara Libertad Davası, UDHM Kararı, Dava No. 20, s. 343, p. 55- 57, K.T. 15.12.2012.

1236 Ara Libertad Davası, UDHM Kararı, Dava No. 20, s. 343, p. 57, K.T. 15.12.2012.

1237 Ara Libertad Davası, UDHM Kararı, Dava No. 20, s. 348, p. 95, K.T. 15.12.2012.

1238 Ara Libertad Davası, UDHM Kararı, Dava No. 20, s. 341, p. 44, K.T. 15.12.2012.

"savaş gemilerinin dokunulmazlığı kuralı" hakkında herhangi bir devlet uygulaması ya da *opinio juris* unsurları araştırmasına girişilmemiştir. Ancak, Roach'ın makalesindeki sınıflandırmadan[1239] da anlaşıldığı üzere, BMDHS'deki yer alışından bağımsız olarak, savaş gemilerinin karasuları ve iç sularda dokunulmazlığı yönündeki kuralın, Mahkeme tarafından varlığına hükmedilen uluslararası bir teamül kuralı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

UDHM'nin bu kararından bağımsız olarak, 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi'nin önsözünde, Sözleşme'nin uzun süredir devam eden uluslararası teamül kurallarını kodifiye ettiği yönünde bir ifadeye yer verilmiştir. Önsözde geçen "savaş gemileri, aksine yeni sınırlamalar olmaması halinde, manevralar, devriye, demirleme, gözetleme ve silah tatbikatları da dahil olmak üzere, prensipte teamüli olarak yaptıklarını yapmaya devam etmekte özgürdür"[1240] ifadesinden yola çıkılarak böyle bir sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan BMDHS'nin birçok hükmünün, Sözleşmeyi onaylamayan devletler açısından da bağlayıcı olabileceği zira 1958 Cenevre Sözleşmeleri ile benzer ifadeler içerdiği ve bazı hükümleri tekrarladığı ileri sürülmektedir. Böylece iki Sözleşme'de de var olan ve devlet uygulamasının kodifiye edildiği, bu durumun sonraki devlet uygulamalarını etkilediği ve *opinio juris*'in kanıtı olarak görülmeye başlandığı ileri sürülmektedir[1241].

G. HAKÇA PRENSİPLER (*EQUITABLE PRINCIPLES*)

Uluslararası yargı kuruluşlarının gelişiminde ve oluşumunda etkili olduğu düşünülen teamül kuralları inceleme konumuzun odak noktası olduğundan, konuya UAD'nin hakkaniyet konusundaki tarifiyle başlamak yerinde olacaktır[1242]. UAD'nin 1982 tarihli Tunus/Libya arasında çıkan deniz alanlarının sınırlandırılması uyuşmazlığında yaptığı tarife göre hukuki bir kavram olarak hakkaniyet, doğrudan adalet düşüncesini ortaya

---

1239 Roach, s. 241.

1240 Oxman, s. 826; İçerdiği hükümlerin genel olarak, uluslararası hukukun yerleşik prensiplerini beyan ettiği ifadesine yer veren 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi önsözü için bkz. https://www.gc.noaa.gov/documents/8_1_1958_high_seas.pdf, s. 2, s.e.t. 27.10.2019.

1241 Oxman, s. 810.

1242 Doktrindeki ve uygulamadaki genel kabul, hakça prensiplerin hakkaniyet prensibinin bir türü olduğu yönünde olduğundan konuya doğrudan "hakkaniyet" tanımıyla başlanmıştır.

çıkarmaya yöneliktir. Ayrıca Mahkeme'ye biçilen görev tanımı içerisinde, adaleti yerine getirme yükümlülüğü vardır ve uygulama sırasında katı pozitif hukuk kurallarının somut olaya uygulanırken hafifletilmeleri yeri geldiğinde adaletli olacaktır[1243].

Hakkaniyet prensibinin üç farklı türünden[1244] biri olarak kabul edilen hakça prensipler ise, esasında tıpkı UAD'nin yaptığı tarifteki gibi, hukuk kuralının, somut olaya uygulanırken, yine hukuk çerçevesinde ve fakat yumuşatılarak uygulanması olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda kuralın ilgili somut olayın şartlarına göre ve bu şartların dengelenmesiyle uygulanması söz konusu olacaktır. Zira kuralın her olaya aynı şekilde uygulanması adaletsiz sonuçlara sebebiyet verebilecektir[1245].

Hakça prensipler ekseninde, kuralın uygulanması hukuki çerçeve içerisinde olduğundan ayrıca tarafların rızasını almaya gerek kalmamaktadır. Hakça prensipler bu yönüyle *ex aequo et bono*'dan ayrılmaktadır[1246]. Üstelik hakça prensiplerin uygulanması, UAD Statüsü m.38'de öngörüldüğü üzere, uluslararası hukuk kaynaklarından biri olarak, bu maddenin bir parçası olarak gerçekleşmektedir[1247].

Uygulamaya bakıldığında kıta sahanlığının sınırlandırılmasında hem ulusal çıkarların korunması hem de hakça bir çözüm yoluna gidilmesi amacıyla, ilgili alanın coğrafi ve diğer bazı koşullarının göz önünde bulundurulmasını öngören hakça prensipler, özellikle dağıtıcı ve düzeltici adalet unsurlar nedeniyle büyük önem taşımaktadır[1248].

Kıta sahanlığının sınırlandırılması konusundaki uyuşmazlıklarda, 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m.6/2'de[1249] kabul edilmiş olan eşit uzaklık prensibi uygulanıyor olsa

---

1243 Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 60, p. 71, K.T. 24.02.1982.

1244 Hakkaniyet, adil davranma, adaletli olma, doğruluk gibi kelimelerle ifade edilebilen ve esasında genel ve soyut hukuk kurallarını somut olaya uygularken, olayın ve kişilerin özelliklerini dikkate alarak adaletsiz sonuçlar ortaya çıkmasını engellemeye yarayan bir prensiptir. Genel kabul gören ayrıma göre hakkaniyet üç türdür. Bunlardan biri, yasanın içinde olarak da ifade edilen ve bizi ilgilendiren *infra legem*, diğeri yasanın yanında olarak tarif edilen *praeter legem* ve son olarak da yasanın karşısında olarak çevrilebilecek *contra legem*'dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Topsoy, s. 193.

1245 Topsoy, s. 193; Açıkgönül, Yunus Emre (2012) "Deniz Yetki Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması" (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Entitüsü, s. 60.

1246 *Ex aequo et bono*, tarafların rızası halinde hakime hukuk dışı verilere göre karar verme yetkisi tanımaktadır.

1247 Topsoy, s. 193; Pazarcı (2013) s. 373.

1248 https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Part-%203.pdf, s. 143, s.e.t. 27.10.2019.

1249 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m. 6/ 2 şu şekilde düzenlenmiştir: "Aynı kıta sahanlığının kıyıları yan yana olan iki devletin ülkesine bitişik olduğu yerlerde, kıta sahanlığının sınırı bu devletler

da ilgili 6. maddede düzeltici adalet prensibinin uygulanmasına fırsat tanıyan "özel koşullar" ifadesine yer verilmektedir[1250]. Belirtmek gerekir ki daha önceki dönemlerde de 1945 Truman Bildirisi de dahil olmak üzere, kıta sahanlığının sınırlandırılmasında hakça prensiplerin uygulanmasının öngörüldüğü metinler ile uygulandığı örnekler söz konusu olmuştur[1251]. Bununla birlikte konumuz açısından önem taşıyan nokta hakça prensiplerin ne zaman uluslararası teamül kuralı olarak kabul edildikleri ve uygulandıklarıdır.

Teamüli nitelikteki hakça prensiplerin uygulanmasının öngörüldüğü kararlardan bazıları, UAD tarafından görülen 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı, 30 Haziran 1977 tarihli İngiltere/Fransa Uluslararası Hakemlik Mahkemesi Kararı, UAD'nin 1982 Tunus/Libya Kıta Sahanlığı Kararı, 1984 Maine Körfezi Kararı, 1985 Libya/Malta Kıta Sahanlığı Kararı, 1993 Norveç/Danimarka arasındaki Grönland ve Jan Mayen Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Kararı ve son olarak da ad hoc hakemlik kararı olan 1992 Saint Pierre/Miquelon Adaları Kararı şeklinde sayılabilir[1252].

Kıta sahanlığının, özel koşullar göz önünde bulundurularak hakça prensiplere göre sınırlandırılmasının öngörüldüğü kararlardan ilki ve en bilineni 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı'dır. Daha öncede değinildiği üzere, bu davanın taraflarından Danimarka ve Hollanda sınırlandırmanın eşit uzaklık prensibine göre yapılması talebinde bulunmuş, ancak UAD bu talepleri reddetmiştir. Uyuşmazlığın bir diğer tarafı olan Almanya'nın iddiası ise, adil ve hakça bir paylaşım yapılması yönünde olmuştur. Almanya'nın eşit uzaklık prensibine getirdiği temel itiraz, bu prensibin kıta sahanlığının niteliği, kıtanın

---

arasında antlaşma ile tespit edilecektir. Antlaşma yoksa ve özel şartlar başka bir sınır hattını haklı kılmıyorsa, sınır, her bir devletin karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hatların en yakın noktalarından itibaren eşit uzaklık prensibinin uygulanması suretiyle tespit edilecektir" [Gündüz/ Günel (Editör), s. 174].

1250 https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Part-%203.pdf, s. 143, s.e.t. 27.10.2019. 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı'nda UAD, UHK'nin 1950- 1956 kayıtlarının hiçbirinde, Komisyon üyelerinin eşit uzaklık prensibini uyguladıklarına dair bir kanıtın bulunmadığını ifade etmiştir (Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 33, p. 49, K.T. 20.02.1969).

1251 Pazarcı (2013) s. 367, 372.

1252 Pazarcı (2013) s. 373. 1992 Saint Pierre/Miquelon Adaları tahkiminde de, UAD'nin 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı'nda geçen, "sınırlama ilgili tüm koşullar dikkate alınarak, hakça prensiplere uygun yapılan bir antlaşma ile olur" ifadesi teyid edilmiş ve ilgili tahkim uyuşmazlığı için de geçerli kabul edilmiştir. Yine aynı kararda ayrıca 1977 tarihli Channel Adaları tahkiminde kabul edilen eşit uzaklık prensibi- özel koşullar kuralının birlikte ele alınmasının hakkaniyet prensibini tatmin ettiği ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Blakeslee, Merritt R. (1991) "The Distant Island Problem: The Arbitration on the Delimiation of the Maritime Zones around the French Collectivite Territoriale of Saint-Pierre-and-Miquelon", Georgia Journal of International & Comparative Law, V. 21, I. 3, s. 375.

bitişikliği durumu ile doğal bir bağlantısı olmadığıdır. UAD'de eşit uzaklık prensibinin tek başına uygulanmasının adil sonuçlar vermeyeceği görüşündedir[1253].

Diğer yandan ilgili davada UAD, 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m.6/2'de yer alan eşit uzaklık prensibinin bir teamül kuralı olmadığına hükmetmiş ve hem bu durum hem de Sözleşme m.12/1 gereği, m.6/2'ye çekince ileri sürülebileceği sonucuna varmıştır[1254]. UAD Sözleşmenin kıta sahanlığının sınırlandırılmasında eşit uzaklık prensibine ilişkin m.6/2'yi değerlendirirken, söz konusu hükmün "kural oluşturucu ve genel bir hukuk kuralının temelini oluşturacak niteliğe sahip olmadığını" belirtmiş, teamüli unsurlar bakımından ise ortada yaygın ve tekdüze bir devlet uygulaması ile *opinio juris* unsuru bulunmadığı sonucuna varmıştır[1255]. Tam bu değerlendirmeler neticesinde UAD, kıta sahanlığının sınırlandırılmasının tüm koşullar göz önünde bulundurularak hakça prensiplere göre yapılması gerektiğine hükmetmiştir[1256].

Bu davadan itibaren özellikle düzenleyici adalet noktasında hakça prensiplerin, uluslararası teamül kuralına dönüştükleri ileri sürülmektedir[1257]. Kararda UAD, 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m.12'den hareketle, ilgili Sözleşme'nin ilk üç maddesine tek taraflı çekince ileri sürülemeyeceğine, zira bu maddelerin kıta sahanlığı ile ilgili ortaya çıkan uluslararası teamül kurallarını yansıttıklarına ve somutlaştırdıklarına hükmetmiştir[1258]. Bu doğrultuda bahse konu üç maddenin; kıta sahanlığının denize doğru genişliği, kıyı devletinin yetkisinin yargısal niteliği, uygulanabilir hakların niteliği, kıta sahanlığı üzerindeki suların açık deniz olan hukuki statüsünün korunması, kıta sahanlığının üstündeki havanın hukuki statüsü, bunların ilgili olduğu doğal kaynakların türü gibi

---

1253 https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Part-%203.pdf, s. 143, s.e.t. 27.10.2019; Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 46- 53, K.T. 20.02.1969.

1254 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m. 12'de, m. 1- 3 dışındaki maddelere çekince konulabileceği kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre kendisine çekince konulabilecek bir niteliğe sahip olan m. 6/ 2, var olan bir teamül kuralını ya da daha sonra ortaya çıkan bir kuralı kodifiye etmemiştir [Rothwell, Donald R. / Stephens, Tim (2010) The International Law of the Sea, First Edition, Oxford, Hart Publishing, s. 107; Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 41- 42, p. 72, K.T. 20.02.1969].

1255 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 41- 42, p. 72, K.T. 20.02.1969.

1256 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 47- 53, K.T. 20.02.1969.

1257 Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Part-%203.pdf, s. 143, s.e.t. 02.11.2019; Dundua, Nugzar (2006) "Delimitation of Maritime Boundaries Between Adjacent States", Division for Oceans Affairs and the Law of the Sea, https://www.un.org › los › dundua_0607_georgia, s. 12, s.e.t. 07.11.2019.

1258 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 38- 39, p. 63, K.T. 20.02.1969.

konularda ortaya çıkan uluslararası teamül kurallarını yansıttığı ifade edilmiştir[1259].

İlgili bu durum, UAD'nin bahse konu kararında geçen, "sınırlama, hakça prensiplere uygun olarak ve ilgili tüm koşulları dikkate alarak bir antlaşma ile her bir tarafa onun ülke topraklarının doğal bir uzantısını ve deniz altını oluşturan kıta sahanlığının bütün bölümlerini mümkün olduğunca ayıracak şekilde, diğerlerinin ülke topraklarının doğal uzantısına zarar vermeksizin gerçekleştirilir" ifadesiyle açıklanmaktadır[1260].

Hakkaniyet prensibi, tespiti zor olmakla birlikte hukuk kurallarının ahlaki temelinin bir parçasını oluşturur ve hakkaniyet içinde adil olmayı barındırır[1261]. Bununla birlikte, hakkaniyetli bir sonuca ulaşmayı sağlayacak kesin bir yöntem göstermek pek mümkün değildir. Ancak özellikle deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda hakkaniyetli bir sonuca ulaşabilmek için çeşitli noktalar öne çıkmaktadır. Yerbilimsel unsurlar, coğrafi unsurlar, ilgili bölgedeki diğer sınırların varlığı, devletlerin hayati çıkarları, tarihsel hakların varlığı vb.[1262], sınırlandırmada hakkaniyet bazlı gündeme gelebilen hususlardır.

Hakkaniyet bazlı hususlar konusunda, UAD'nin üzerinde en çok durduğu hususlara bakıldığında, doğal kaynakların oluşturduğu birliği sürdürme arzusu, olay bazında bir

---

1259 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 38- 39, p. 63, K.T. 20.02.1969. Kararda özetlenmiş olan 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin ilk üç maddesi şu şekildedir:
Madde 1-"Bu maddelerin uygulanması bakımından, 'kıta sahanlığı' terimi, (a) kıyıya bitişik fakat karasuları sahasının dışında 200 metre derinliğe kadar olan sualtı alanlarının deniz yatağını ve toprak altını veya o derinliğin ötesinde, üstteki suların derinliğinin zikredilen alanların doğal kaynaklarını işletmeye imkan tanıdığı yere kadar uzanan yerleri, (b) adaların kıyılarına bitişik olan benzeri sualtı alanlarının deniz yatağı ve toprak altını ifade etmek üzere kullanılmıştır".
Madde 2-"1. Kıyı devleti doğal kaynaklarını araştırma ve işletme amacıyla kıta sahanlığı üzerinde egemen haklar kullanır. 2. Bu maddenin 1. paragrafında zikredilen haklar, kıyı devleti kıta sahanlığını araştırmazsa veya kaynaklarını işletmezse bile, kıyı devletinin rızası olmadan hiç kimsenin bu faaliyetlere tevessül edemeyeceği veya kıta sahanlığı üzerinde talepte bulunamayacağı manasında inhisarıdır. 3. Kıyı devletinin kıta sahanlığı üzerindeki hakları, etkin veya farazi işgale veya herhangi bir açık duyuruya bağlı değildir. 4. Bu maddelerde zikredilen doğal kaynaklar, sabit türlere ait canlı organizmalarla, yani hasat safhasında ya deniz yatağının üzerinde ya da altında hareketsiz olan veya deniz yatağı veya toprak altı ile devamlı şekilde fiziki temas halinde olmadıkça hareket edemeyen organizmalarla, birlikte deniz yatağı ve toprak altının mineral ve diğer canlı olmayan kaynaklarından ibarettir".
Madde 3-"Kıyı devletinin kıta sahanlığı üzerindeki hakları, onun üzerindeki suların açık deniz olarak hukuki statüsünü veya bu sular üzerindeki hava sahasının hukuki statüsünü etkilemez" [Gündüz/ Günel (Editör), s.173].

1260 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 53, p. 101(C)(1), K.T. 20.02.1969; https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Part-%203.pdf, s. 143, s.e.t. 28.10.2019.

1261 Acer/ Kaya, s. 66.

1262 Pazarcı (2013) s. 374.

devletin kıta sahanlığının genişliği ve bununla kıyı çizgisinin uzunluğu arasındaki makul bir ilişkinin sağlanması olarak tanımlanabilen orantılılık prensibi, UAD'nin 1969 Kıta Sahanlığı uyuşmazlığında UAD'nin üzerinde durduğu hakkaniyet bazlı hususlardır[1263].

1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda hakça prensiplerin uluslararası teamül olarak kabulünden sonra, birçok uluslararası yargı kuruluşu, bu karara atıf yapmak suretiyle aynı yönde kararlar vermiştir. Bu kararlara kısaca yer vermekte yarar görmekteyiz.

Bahse konu kararlardan biri 30 Haziran 1977 tarihli İngiltere/Fransa arasında ortaya çıkan Channel Adaları'nın (Manş Adaları) içerisinde bulunduğu deniz alanında kıta sahanlığı uyuşmazlığı üzerine Uluslararası Hakemlik Mahkemesi tarafından verilen karardır[1264].

İlgili davada olaya uygulanacak kurallar için Fransa, özellikle 1969 Kıta Sahanlığı Davası'nda UAD tarafından belirlenip, daha sonra devlet uygulamalarıyla ve III. Deniz Hukuku Konferansı çalışmalarıyla onaylanan ve desteklenen uluslararası teamül kuralları olduğu şeklinde bir iddia ileri sürmüştür[1265].

Hakemlik Mahkemesi, 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m.6'nın, sınırlamada esas alınan eşit uzaklık-özel durumlar kuralının uygulanma koşullarını tanımlamadığını ancak eşit uzaklık-özel durumlar kuralı ve konu hakkındaki teamül kurallarının hakça prensiplere göre sınırlandırmayla aynı amaca sahip olduğunu belirtmiştir. Buradan yola çıkarak Mahkeme, uluslararası teamül hukuku kurallarının, 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m.6'yı tamamlama ve yorumlamada gerekli ve ilgili bulmuştur[1266].

Hakemlik mahkemesi, UAD'nin 1969 Kıta Sahanlığı Kararı'nda vardığı sonucu şu şekilde özetlemektedir. Antlaşmanın bulunmadığı durumlarda sınırlama, teamül hukukunda temel sınırlama prensibi olan hakça prensiplere göre yapılmalıdır. Bununla

---

1263 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 50- 52, K.T. 20.02.1969; https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Part-%203.pdf, s. 144, s.e.t. 01.11.2019.

1264 Pazarcı (2013) s. 373.

1265 İngiltere/ Fransa Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası, Hakemlik Mahkemesi Kararı, s. 9, p. 3, K.T. 30.06.1977.

1266 İngiltere/ Fransa Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası, Hakemlik Mahkemesi Kararı, s. 47- 48, p. 75, K.T. 30.06.1977.

birlikte yerine göre eşit uzaklık prensibi diğer yöntemlerle birlikte ya da tek başına uygulanabilecektir[1267]. Hakemlik mahkemesine göre ise ister eşit uzaklık prensibi isterse diğer yöntemler olsun, sınırlandırmada esas hedef hakça bir sonuçtur. Bu doğrultuda Mahkemeye göre, Channel Adaları'nda uygulanacak hukuk kuralları teamül kurallarıdır ve teamül hukuku gereği bölgenin doğal uzantısı prensibi uygulanırken, hakça prensiplere uygun bir sınırlama garanti altına alınmak hedeflenmiştir[1268].

UAD tarafından 1982 yılında verilen Tunus/Libya Kıta Sahanlığı Kararı, sınırlandırmanın teamüli nitelikteki hakça prensiplere uygun yapılmasının teyit edildiği bir başka karardır. Bu kararda, daha önceki kararlara benzer biçimde, eşit uzaklık prensibinin katı uygulanmasıyla mutlak surette hakça sonuçlar elde edilemeyeceği, ayrıca ne teamülde ne de bir antlaşma hükmüyle eşit uzaklık prensibinin uygulanmasını zorunlu kılan bir durumun söz konusu olmadığı ifade edilmiştir[1269].

UAD söz konusu kararında, 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı'na atıf yapmaktadır. Atıf yapılan hususlardan biri, 1969 Kararı'nda bahsi geçen "doğal uzantı" kavramının zaten uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğu, zira ilgili kıyı devletine kıyı devleti sıfatını kazandıran unsurlardan birini teşkil ettiği yönündeki tespittir[1270]. Bunun yanı sıra 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı'nda olduğu gibi bu Kararda da bir yandan bütün koşullar dikkate alınarak sınırlandırmanın hakça prensiplere göre yapılması gerektiği vurgulanırken[1271]; diğer yandan hakça sınırlamayı sağlayacak şartlar (örneğin sınırlandırmaya esas alan, her iki tarafın ülkesinin doğal uzantısı olarak tek bir kıta sahanlığıdır) da belirlenmiştir[1272].

UAD 1984 yılında verdiği Maine Körfezi Kararı'nda, 1969 yılında verdiği Kuzey Denizi Kararı'ndan, kıta sahanlığının sınırlandırılması konusunda uluslararası teamül hukuku oluşumuna en büyük katkı sağlayan karar olarak bahsedilmiş ve yine aynı kararda da kabul edildiği şekliyle sınırlandırmanın hakça prensiplere uygun bir antlaşma ile

---

1267 İngiltere/ Fransa Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası, Hakemlik Mahkemesi Kararı, s. 50, p. 82, K.T. 30.06.1977; Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 47, p. 85(b), K.T. 20.02.1969.

1268 İngiltere/ Fransa Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası, Hakemlik Mahkemesi Kararı, s. 92, p. 195, K.T. 30.06.1977.

1269 Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 31- 32, p. 13, K.T. 24.02.1982.

1270 Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 46, p. 43, K.T. 24.02.1982.

1271 Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 92, p. 133(1), K.T. 24.02.1982.

1272 Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 93, K.T. 24.02.1982.

yapılması gerektiği vurgusu yapılmıştır[1273].

Kıta sahanlığının sınırlandırılması konusunda dikkat çekilmesi gereken kararlardan bir diğeri de 3 Haziran 1985 tarihli Libya/Malta Kıta Sahanlığı Kararı'dır. Dava sırasında 1982 BMDHS'nin imza edilmiş (uyuşmazlığın her iki tarafınca da imzalanmıştır) ancak yürürlüğe girmemiş olması bu kararda dikkat çekilmesi gereken önemli bir husustur. Bu durumu önemli kılan, henüz yürürlüğe girmemiş olsa da ilgili antlaşma hükümlerinin teamül kuralı olarak uygulanabilmesidir. Bu bağlamda UAD, olaya uygulanacak teamül kurallarını kodifiye eden, geliştiren ya da tanımlayan çok taraflı uluslararası antlaşmalar var olsa dahi, uluslararası teamül kuralının öncelikle devlet uygulamasında ve *opinio juriste* aranması gerektiği düşüncesindedir. Ancak bu belirlemeye karşın, uygulanacak kural konusunda yapılan müzakereler neticesinde, BMDHS m.76 ve m.83/1'e başvurulmuştur[1274]. Kıta sahanlığının tanımının yapıldığı m.76'dan ziyade esas vurgulanması gereken BMDHS m.83/1'de, hakça bir çözüme ulaşılması için kıyıları bitişik ya da karşı karşıya olan devletler arasındaki kıta sahanlığının sınırlandırılmasının, uluslararası antlaşma ile yapılması öngörülmüştür. UAD'ye göre bu hüküm, teamüli niteliği nedeniyle tarafları bağlamakta olup mevcut uyuşmazlığa uygulanabilir.

UAD 1985 Libya/Malta Kıta Sahanlığı Kararı'nda, bir diğer kararı olan 1982 yılında Tunus/Libya Kararı'ndaki, 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı'ndaki uygulanacak tüm kural ve prensiplerin hakça bir çözüme ulaşmak amacıyla yapıldığı vurgusuna atıf

---

1273 Maine Körfezi Davası, UAD Kararı, s. 293, p. 91, K.T. 12.10.1984. Sadece 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı'na da değil, bu kararı teyit eder nitelikteki 30 Haziran 1977 tarihli İngiltere/Fransa arasında çıkan Channel Adaları (Manş Adaları) Kıta Sahanlığı Uluslararası Hakemlik Mahkemesi Kararı ve 1982 Tunus/ Libya Kıta Sahanlığı Kararı'dır (Maine Körfezi Davası, UAD Kararı, s. 293-294, p. 92- 93, K.T. 12.10.1984).

1274 Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 29- 30, p. 27, K.T. 03.06.1985. 1982 BMDHS m.76 kıta sahanlığının tanımlanması başlığını taşıyan uzun bir maddedir. Bu maddenin son bendinde, "İşbu madde, sahilleri bitişik veya karşı karşıya olan devletler arasında kıt'a sahanlığının sınırlandırılması sorununa halel getirmez" ifadesine yer vermiştir. Aynı Sözleşme'nin, kıyıları karşı-karşıya veya yan-yana olan devletler arasında kıta sahanlığının sınırlandırılması başlıklı m. 83'ün ilk fıkrası da şu şekildedir: "Kıyıları karşı- karşıya veya yan- yana olan devletler arasında kıt sahanlığının sınırlandırılması, hakça bir çözüm bulmak üzere, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38 inci maddesinde zikredilen milletlerarası hukuka göre antlaşma ile gerçekleştirilecektir" [Gündüz/ Günel (Editör), s. 206]. Bu davada UAD ayrıca, kıta sahanlığı kavramının teamül hukukundan doğmuş olduğunu ve 1982 BMDHS m. 76 ve m. 83'e de bu şekilde (kıyıdan uzaklık faktörü ve kıyı devletinin kara ülkesinin doğal uzantısı arasındaki ilişki bağlamında) yansıtıldığını eklemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 55, p. 77, K.T. 03.06.1985.

yapmıştır[1275]. Bu kararda ayrıca hakça bir sonuca ulaşılabilmesi için dikkate alınması gereken bazı faktörler sayılmıştır. Bunlardan ilki, kıyıların genel yapısı, yapılandırılması, karşılıklı oluşları ve onların genel coğrafi yapı içerisinde birbirleriyle ilişkileridir. İkinci faktör ise, ilgili kıyaların arasındaki mesafe ile uzunluklarındaki eşitsizliktir. Hakça bir sonuca ulaşabilmek için bu davada dikkate alınması öngörülen üçüncü ve sonuncu faktör ise, kıyı devletine ait kıta sahanlığı alanlarının kapsamı ile kıyı şeridi yönünde ölçülen kapsam arasındaki sınırlamada aşırı orantısızlıktan kaçınılması gerekliliğidir[1276]. Sonuç olarak, 1985 tarihli Libya/Malta Kıta Sahanlığı Kararı'nda, hakça prensipler ve ilgili koşulların birlikte değerlendirilmesi esas alınmıştır[1277].

Somut olayın şartlarının değerlendirilmesi ve adil bir sonuca ulaşılması ile yükümlü olan uluslararası yargı kuruluşlarının, bu açıdan geniş bir takdir yetkisi alanına sahip oldukları sonucuna ulaşılabilmektedir. Örneğin, uyuşmazlık konusu kıta sahanlığı sınırlandırması olan bazı davalarda, jeolojik, hidrolojik, sosyo-ekonomik özelliklerin göz önünde bulundurulması kaçınılmazken, farklı tür bir davada bu gerekli olmayabilir[1278]. Uluslararası yargı kuruluşlarının bu geniş takdir yetkisi, işin doğası gereği kaçınılmazdır. Zira yargı kuruluşları pozitif hukuk kurallarını uygularken tarafların içinde bulundukları durumları değerlendirmek, göz önünde tutmak, yorumlamak zorundadırlar. Dundua'nın ifade ettiği gibi yargı kuruluşlarına bu yükümlülüğü veren uluslararası toplumdur[1279].

Nihayet, daha önce belirtildiği üzere referans karar niteliğindeki 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı'nda, uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu ilan edilen hakça prensiplere ilişkin, devlet uygulaması ve *opinio juris* unsurlarının incelemesine girilmemiştir. Bu şekilde bir yargı kuruluşu tarafından teamül kuralı olarak ilan edilmiş olan hakça prensiplerin, diğer yargı kuruluşlarınca da teyit edilerek desteklenmesi "teamülün unsurları" konusunu tartışmaya açmaktadır. Şöyle ki, sadece uyuşmazlığın taraflarını bağlayıcı nitelikte olan uluslararası yargı kuruluşları kararlarının etki gücü, yargı kuruluşlarının birbirlerini referans alması yoluyla uyuşmazlık taraflarını aşarak neredeyse bütün uluslararası hukuk kişilerini bağlayacak düzeye gelebilmektedir. Üstelik bu kararları uygulayan devletlerin eylemleri teamüle yönelik devlet uygulaması ve *opinio juris*

[1275] Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 30, p. 28, K.T. 03.06.1985.
[1276] Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 57, p. 79(B), K.T. 03.06.1985.
[1277] Libya/ Malta Kıta Sahanlığı Davası, UAD Kararı, s. 31, p. 29, K.T. 03.06.1985; Blakeslee, s. 375.
[1278] Açıkgönül, s. 73; Dundua, s. 37.
[1279] Dundua, s. 37.

unsurunu oluşturabilecektir. Bu doğrultuda bu ilk mahkeme kararı, bir bakıma işleyen bir teamül gelişim sürecinin başlangıç noktası sayılabilir.

Hakça prensipler konusunda yer verilen yargı kuruluşu kararlarında dikkati çeken bir diğer husus, deniz alanlarının sınırlandırılmasında devlet uygulamasına çok az ağırlık verilmiş olması durumudur. Bu nedenle yargı kuruluşları, devlet uygulamalarını ortaya koymak yerine, önceki yargı kuruluşu kararlarında ele alınan özel koşulları yeni uyuşmazlıklara uyarlamak suretiyle daha yaratıcı çözümler peşine düşmüşlerdir[1280].

Devlet uygulaması noktasındaki soruna karşın, uluslararası yargı kuruluşlarının kıta sahanlığının sınırlandırılması konusunda benimsemiş oldukları söz konusu bu yaklaşım, teamül olduğu kabul edilen kuralın desteklenip gelişmesi açısından son derece önemlidir. İlgili kararlar, kuralın uluslararası hukuk kişileri arasındaki uygulanabilirliğini güçlendiren etkenlerden biridir. Farklı davalarda aynı kurala yapılan atıflar, ilgili teamül kuralını onaylamakta, ayrıca önceki kararlarda müphem hususlar açıklığa kavuşturularak kuralın gelişim ve berraklaşma sürecine katkı sağlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, hakça prensiplerin teamül kuralı olarak kabulü konusundaki yargı kararları, bu durumun güzel bir örneğidir.

H. SEYRÜSEFERDE ULUSLARARASI BOĞAZLARIN SERBEST KULLANIMI

Literatürde ulusal ve uluslararası şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulan boğaz kavramı genel hatlarıyla, "kara parçaları arasındaki iki deniz alanını birleştiren, doğal ve genellikle dar deniz yolları" şeklinde tanımlanabilmektedir[1281].

Aynı tanımın benimsendiği 9 Nisan 1949 tarihli Korfu Kanalı Kararı'nda UAD,

[1280] Blakeslee, s. 375- 376; McDorman, Ted L. (1990) "The Canada-France Maritime Boundary Case: Drawing a Line Arond St. Pierre and Miquelon", American Journal of International Law, V. 84, N. 1, s. 158.

[1281] Ulusal-uluslararası boğaz ayrımında esas alınan husus ise genellikle coğrafi özelliklerdir. Tek bir devlete kıyısı bulunan veya kapalı denize bağlanan dar deniz yolları, ulusal boğaza karşılık gelirken; iki açık denizi birbirine bağlayan deniz yolları ise uluslararası boğaz ya da uluslararası ulaşımda kullanılan boğaz olarak ifade edilmektedir. Pazarcı (2013) s. 343; Çelik (1987) s. 134; Meray (1968) s. 425- 426. Ancak her açıdan ulusal bir nitelik arz ederken, uluslararası bir antlaşmanın konusunu oluşturması bakımından uluslararası kabul edilen boğazlar da vardır [Demir, İsmail (2018) "Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Feshi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 31, S. 136, s. 335. ss. 327- 358].

uluslararası teamül hukuku gereği devletlerin, barış zamanı savaş gemilerini açık denizlerin iki kısmı arasındaki uluslararası ulaşım için kullanılan boğazlardan, kıyı devletinin izni olmadan (zararsız geçmek şartıyla) gönderme hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir[1282]. UAD, teamüli niteliğini ortaya koymuş olduğu uluslararası boğazlardan geçiş rejimi hususunda, diğer bazı karar örneklerinde de öngörüldüğü gibi, devlet uygulaması ile *opinio juris* unsurunun araştırılması yoluna gitmemiştir.

Korfu Kanalı Kararı'nda dile getirilen geçiş rejiminin ise ilk defa 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nde kodifiye edildiği ileri sürülmekle birlikte, bunu şüpheli bulanlar da vardır[1283]. Zira bu Sözleşme öncesinde Danimarka, boğazlarından geçişi düzenleyen 1857 Kopenhag Antlaşması[1284] ile teamüli olarak var olan boğazlardan geçiş serbestisinin zaten onaylandığı ileri sürülmektedir[1285].

İlgili 1857 Kopenhag Antlaşması ile ticaret gemileri için geçiş vergisinin kaldırıldığı ve geçişin bu gemiler için serbest olduğunu, aynı durumun savaş gemileri için geçerli olup olmadığının netleşmediği ileri sürülmektedir[1286]. Teamüli nitelikte uluslararası boğazlardan geçiş serbestisi ile ilgili dayanılan referans ise 1949 Korfu Kanalı Kararı'dır[1287]. Bu kararda yer verilen, savaş gemilerinin uluslararası boğazlardan geçiş serbestisi kuralının teamüli nitelik taşıdığı bilgisiyle söylenebilir ki, ticaret gemileri için zaten teamüli nitelik taşıyan bu serbesti kuralı, ilgili kararla hem ticaret hem de savaş gemileri için geçerlilik kazanmıştır.

Daha önce de belirtildiği üzere, UAD tarafından teamüli nitelikte temel bir prensip olarak kabul edilen uluslararası boğazlardan geçiş serbestisi, karardan sonra 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi ile düzenleme altına alınmıştır. İlgili Sözleşme m.16/4'e göre, iki açık deniz arasında ya da bir tarafın açık deniz bir tarafın da yabancı bir devletin karasuları olduğu iki bölüm arasında, uluslararası seyrüseferde kullanılan, yabancı gemilerin zararsız geçiş hakkı ertelenemeyecektir[1288]. Esasında Sözleşme'nin bu hükmü, karasularından zararsız geçiş hakkıyla, uluslararası boğazlardan zararsız geçiş hakkının farkını ortaya koymaktadır. Zira karasularından zararsız geçiş, gerekli şartlar oluştuğu

---

1282 Korfu Kanalı Davası, UAD Kararı, s. 28, K.T. 09.04.1949; Mahmoudi, s. 164.

1283 Somers, Eddy (2002) "The Regal Regime of the Danish Straits", The Proceedings of the Symposium on the Straits Used For International Navigation, İstanbul, Publication Number: 11, s. 15, dipnot 11.

1284 Meray (1968) s. 427; Çelik (1987) s. 139.

1285 Somers, s. 18.

1286 Çelik (1987) s. 139- 140.

1287 Çelik (1987) s. 139- 140.

1288 Gündüz/ Günel (Editör), s. 170.

takdirde kıyı devletince süresiz olarak askıya alınabilmektedir. Uluslararası boğazlarda, kıyı devleti için böyle bir imkan yoktur[1289].

Ayrıca, 1949 Korfu Kanalı Davası'nda UAD, sadece savaş gemilerini belirtmişken; m.16/4'te yabancı devlet gemileri ibaresi tercih edilmiştir. Pazarcı'ya göre de uluslararası teamül hukuku hem ticari gemilerin hem de savaş gemilerinin geçişini kapsamaktadır[1290].

1982 BMDHS'nin, uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlar başlıklı III. kısmının 1. bölümünde yer alan m.35/c'ye[1291] göre, bu kısımda yer alan geçiş rejiminin, geçişi yürürlükte ve uzun bir geçmişe sahip uluslararası sözleşmelerle düzenlenen boğazlardaki hukuki rejimi etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır[1292].

BMDHS ile ilgili önemli bir husus, Türkiye Cumhuriyeti gibi önemli boğazları elinde bulunduran devletlerce onaylanmayan Sözleşme'nin bütün hükümlerinin teamüli niteliği haiz olmadığıdır. Bununla birlikte uluslararası boğazlardan transit geçiş rejimini düzenleyen ilgili kural için, teamüli bir kural olarak halen gelişim sürecinde olduğu iddia edilmektedir[1293]. Bu noktada ABD gibi ilginç bir örnek de vardır. ABD, 1982 BMDHS'yi onaylamamış olmasına rağmen, boğazlardan transit geçiş serbestisini uluslararası teamül

---

1289 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 16/ 3 şu şekilde kaleme alınmıştır:
"Paragraf 4 hükümleri saklı kalmak üzere, kıyı Devleti yabancı gemiler arasında ayrım yapmadan, karasularının belirlenmiş bölümlerinden, güvenliğinin korunması için elzemse, yabancı gemilerin zararsız geçiş hakkını geçici olarak erteleyebilir" [Gündüz/ Günel (Editör), s. 170; Pazarcı (2013) s. 346].
Diğer yandan, boğazlardan geçiş rejimiyle ilgili BMDHS m. 38'de ise, münhasır ekonomik bölgeyi de hesaba katan bir rejim öngörülmüş ve belli koşullardaki geçişe transit geçiş rejimi adlandırması yapılmıştır [Pazarcı (2013) s. 346- 347].

1290 Pazarcı (2013) s. 346.

1291 BMDHS m. 35 şu şekilde kaleme alınmıştır:
"Bu Kısımda yer alan hiçbir hüküm:
a— yedinci maddede belirtilen yönteme uygun şekilde çizilen bir düz hatla daha önce iç sular olarak kabul edilmeyen alanların iç sular haline getirilmesi durumu saklı kalmak üzere, bir boğazın içinde yer alan herhangi bir iç su alanının hukuki statüsünü,
b— boğaz devletinin karasularının ötesinde bulunan suların münhasır ekonomik bölge veya açık deniz olarak hukuki statüsünü, veya,
c— geçişin, kısmen veya tamamen özellikle bu gibi boğazlarla ilgili olup yürürlükte ve uzun bir geçmişe sahip olan milletlerarası sözleşmelerle düzenlendiği boğazlardaki hukuki rejimi,
etkilemeyecektir" [Gündüz/ Günel (Editör), s. 193].

1292 Pazarcı (2013) s. 346; Somers, s. 18. BMDHS'nin öngördüğünden farklı bir antlaşmanın hukuki rejimine tabi olan boğazlardan bazıları, Türkiye Boğazları, Macellan Boğazı, Danimarka Boğazları, Aaland Boğazı şeklinde sayılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. van Dyke, Jon M. (2009) "Transit Passage Through International Straits": Chircop, Aldo/ McDorman, Ted L. / Rolston, Susan J. (Editörler), The Future of Ocean Regime- Building, Brill Nijhoff, s. 196- 197.

1293 van Dyke, Jon M. (2002) "The Legal Regime Governing The Gibraltar Straits", The Proceedings of the Symposium on the Straits Used For International Navigation, İstanbul, Publication Number: 11, s. 85.

hukukunun bağlayıcı bir kuralı olarak kabul etmiştir[1294]. Böyle bir uygulamadan (emsal niteliğindedir) ve yeni teamül kuralı oluşumundan dolayı, transit geçiş hakkı yeni tip uluslararası teamül kuralı kategorisi içerisine girmektedir. Söz konusu yeni oluşum esasında, teorik uluslararası teamül kabulündeki uzun ve sürekli uygulama unsurlarından farklılık arz etmektedir[1295]. Dolayısıyla uluslararası teamül oluşum sürecinin değişime uğradığı da söylenebilecektir.

I. İHTİYAT PRENSİBİ (*PRECAUTIONARY PRINCIPLE*)

İhtiyat prensibinin anlamı, karşılamış olduğu ihtiyaçlar ölçüsünde kendini göstermektedir. Alman doktrini kökenli olduğu iddia edilen prensip, özellikle çevrenin korunması hususunda, yaygın kullanımıyla telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasını önlemeyi amaçlamakta, belirsizliğin olduğu durumlarda hukuki boşluğun doğmasını engelleme düşüncesiyle birlikte anılmaktadır[1296]. Özellikle çevrenin korunması hususunda, bilimsel açıdan ortadan kaldırılması beklenen belirsizliğin kalkmasını bekleyerek oluşabilecek gecikmeleri önlemeye, azaltmaya dönük bir prensip olduğu söylenebilecektir.

İhtiyat prensibinin ilk uygulamalarının, denizlerin korunması hakkında çıktığı kabul edilmektedir[1297]. Bu minvalde, deniz çevresindeki kirliliği kontrol etme, azaltma ve önleme tedbirleri başlığıyla düzenlenmiş olan BMDHS m.194'ün ikinci fıkrası, uluslararası teamül kapsamında değerlendirmeye konu olmuştur. İrlanda ve Birleşik Krallık arasında ortaya çıkan Mox Plant uyuşmazlığı üzerine UDHM'de görülen davadaki (3 Aralık 2001) farklı gerekçesinde hakim Wolfrum, esas kararda doğrudan ele alınmayan İrlanda'nın BMDHS m.290 geçici tedbirler/ihtiyat prensibi talebine özel bir yer vermiştir[1298].

1294 Van Dyke, "Transit Passage…", s. 186.

1295 Mahmoudi, s. 167- 168.

1296 Turgut, Nükhet (1996) "İhtiyat İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.45, S.1, s.68-74; McIntyre, Owen/ Mosedale, Thomas (1997) "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", Journal of Environmental Law, V. 9, N. 2, s. 221.

1297 Turgut, s. 74.

1298 Brown, Chester (2002) "Provisional Measures before the ITLOS: The Mox Plant Case", International Journal of Marine and Coastal Law, V. 17, N. 2, s. 284; Forster, Malcolm J. C. (2003) "The Mox Plant Case- Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea", Leiden Journal of International Law, V. 16, N. 3, s. 611.

Birleşik Krallık, İrlanda Denizi'nde yer alan mox tesisinde, kullanılan plütonyum ve uranyum karışımı nükleer yakıtın, "mox" olarak bilinen bir yakıta dönüştürülüp yeniden işlenmesini amaçlamaktaydı. Tesisteki çalışmalar sonrası İrlanda, radyoaktif maddelerin uluslararası dağıtımı ve bunun yol açtığı deniz kirliliği sebebiyle yaşayacağı sorunları dile getirerek 2001 yılında, BMDHS Ek VII bağlamında UDHM nezdinde hakemlik sürecini başlatmıştır[1299].

Davada taraflar mox tesisinin, İrlanda Denizi ve çevresine potansiyel etkisi ile mevcut radyoaktif kirlilik noktasında uzlaşmaya varamamıştı[1300]. İrlanda'ya göre, bu tesis işlemeye başlarsa, kendisinin bilgi edinme ve iş birliği gibi konuları içeren usuli hakları ihlal edilecek ve İrlanda zarara uğrayacaktır. Bu nedenle İrlanda UDHM'den, ilgili hakemlik mahkemesi kuruluncaya kadar geçecek sürede oluşabilecek zararların önlenmesi amacıyla geçici tedbir kararı vermesi talebinde bulunmuştur[1301]. Yine İrlanda'ya göre, çevresel etki konusunda daha katı bir değerlendirme yapılmalı[1302] ve radyoaktivite Mahkemece, zararlı faaliyet olarak tanımlanmalıdır[1303].

İnceleme konumuz bağlamında İrlanda'nın ilgili iddialarını dayandırdığı

1299 Batır, Kerem (2008) "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Uyarınca Uyuşmazlıkların Çözümü: Mox Plant Davası ve Yargı Yetkilerinin Örtüşmesi", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 4, No. 16, s. 61- 63; https://globalissuelawsofthesea.weebly.com/mox-plant-case.html, s.e.t. 11.11.2019; Mox Tesisi Davası, UDHM Kararı, Dava No. 10, s. 96, K.T. 03.12.2001.

1300 Mox Tesisi Davası, UDHM Kararı (Hakim Wolfrum'un Farklı Gerekçesi), Dava No. 10, s. 133, K.T. 03.12.2001.

1301 Lowe, Vaughan/Churchill, Robin (2002) "The International Tribunal for the Law of the Sea: Survey for 2001", International Journal of Marine and Coastal Law, V. 17, N. 4, s. 477.
Tedbir kararı kapsamında talep edilenleri şu şekilde sıralamak mümkündür: 1. Birleşik Krallık, 3 Ekim 2001 tarihinde verilen tesisin yetkilendirmesini veya tesisin işletmesini askıya almalıdır. 2. Birleşik Krallık, üzerinde egemenlik veya egemen haklara sahip olduğu sular aracılığıyla, tesisle bağlantılı hiçbir radyoaktif maddenin hareket etmemesini sağlamalıdır. 3. Birleşik Krallık, anlaşmazlığı kötüleştirebilecek veya çözümünü daha zor hale getirebilecek eylemlerden kaçınmalıdır. 4. Birleşik Krallık, İrlanda'nın haklarına zarara verebilecek eylemlerden kaçınmalıdır (Lowe/ Churchill, s. 479).

1302 Mox Tesisi Davası, UDHM Kararı (Hakim Wolfrum'un Farklı Gerekçesi), Dava No. 10, s. 135, K.T. 03.12.2001.

1303 Mox Tesisi Davası, UDHM Kararı (Hakim Wolfrum'un Farklı Gerekçesi), Dava No. 10, s. 135, K.T. 03.12.2001. Belirtmek gerekir ki özellikle çevre konusunda olmak üzere ihtiyat prensibinin geçerli olduğu durumlarda objektif sorumluluk prensibi de gündeme gelebilmektedir. Bu bağlamda ihtiyat prensibinin tartışıldığı bir dava da, nükleer enerji üretimi gibi bir durum söz konusu ise, uluslararası hukuka aykırı herhangi bir eylemleri olmadan da devletlerin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu doğrultuda özellikle çevreye ilişkin kimi tehlikeli faaliyetlerden (örneğin nükleer enerjinin barışçıl kullanımı, uzay faaliyetleri, sınıraşan çevre kirliliğine yol açan faaliyetler) dolayı devletlerin objektif sorumluluğuna gidildiği bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksar, Uluslararası Hukuk II, s. 229; Bozkurt/ Poyraz/ Erdal, s. 282.

hükümlerden biri BMDHS m.194/2'dir. BMDHS m.194/2'ye göre;

> "*Devletler, yetki veya kontrolleri altındaki faaliyetlerin kirlenme yoluyla diğer devletlere veya çevrelerine zarar vermeyecek şekilde yürütülmesini ve yetki veya kontrolleri altındaki olay veya kazalardan ileri gelen kirlenmenin bu sözleşmeye uygun şekilde egemen haklar kullandıkları alanların ötesine yayılmamasını sağlayacak gerekli bütün tedbirleri alacaklardır*"[1304].

Hakim Wolfrum, İrlanda'nın dayanmış olduğu bu hükmü değerlendirmeye, "aynı zamanda uluslararası teamül hukukunu yansıtan" ibaresiyle başlamıştır[1305]. Mox Plant Davası'ndan evvel, BMDHS gereği hakemlik heyeti tarafından görülmüş olan 1999 Southern Bluefin Tuna Kararı'nda, hakim Laing'in farklı gerekçesi, ihtiyat prensibinin uluslararası teamül hukukunda kabul edilip edilmediğini tespit etmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir[1306]. Hakim Laing'in bu görüşü ile uluslararası çevre hukukunda ihtiyat prensibinin tartışmalı teamüli niteliğine rağmen hakim Wolfrum Mox Plant Kararı'nda, 1998'de yürürlüğe giren Kuzey-Doğu Atlantik'in Deniz Çevresi'nin Korunması Sözleşmesi'nde (Convention for the Protecting of the Marine Environment of the North-East Atlantic-OSPAR)[1307] bu prensibe yer verildiğini ifade etmiştir[1308].

İhtiyat prensibinin ele alınış şeklinin büyük önem taşıması nedeniyle her ne kadar ironik görünse de yazılı uluslararası hukuk kaynaklarında yer alıyor olması, prensibin teamül kuralı olduğunun kanıtı olmaktadır[1309]. Bu bağlamda, ihtiyat prensibinin BMDHS

1304 Gündüz/ Günel (Editör), s. 223.

1305 Mox Tesisi Davası, UDHM Kararı (Hakim Wolfrum'un Farklı Gerekçesi), Dava No. 10, s. 133, K.T. 03.12.2001.

1306 Southern Bluefin Tuna Davası, UAHM Kararı (Hakim Laing'in Farklı Gerekçesi), Dava No. 3 ve 4, s. 311, p. 16, K.T. 27.09.1999.

1307 Kuzey- Doğu Atlantik'in Deniz Çevresi'nin Korunması Sözleşmesini uyuşmazlığın her iki tarafı da onaylamıştır. Sözleşme için bkz. https://www.ospar.org/convention, s.e.t. 12.11.2019. İngilizce kısaltması OSPAR olan bu Sözleşme için bundan sonraki kullanımlarda, bu şekilde ifade edilecektir.

1308 Mox Tesisi Davası, UDHM Kararı (Hakim Wolfrum'un Farklı Gerekçesi), Dava No. 10, s. 134, K.T. 03.12.2001. İhtiyat prensibinin yer aldığı diğer örnekler şu şekilde sıralanabilir: Bergen Bakanlar Deklarasyonu, Monteal Protokolü Değişiklikleri, Bamako Sözleşmesi Sınırlarötesi Irmaklar ve Uluslararası Göllerin Kullanılması ve Korunması Sözleşmesi, Avrupa Birliği Maastricht Antlaşması, Rio Bildirgesi, İklim Değişikliği Sözleşmesi ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi. Bu konuda bkz. Turgut, s. 74; Güneş, Ahmet M. (2012) "Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S. 1, s. 93- 95, 101.

1309 Güneş, s. 101.

dışında diğer birçok uluslararası yazılı metinde ele alınması, ilgili prensibin teamül olarak uygulanma olasılığını arttırmaktadır. Kanımızca, uluslararası çevre hukukundaki yazılı metinlerin çoğunun başlangıçta yumuşak hukuk niteliğinde olması, özellikle devletlerin ulusal menfaatleri gereği ilgili kurallarla bağlanmak istemedikleri durumlarda bile, devlet uygulaması oluşturması bakımında bir farklılık ortaya çıkarmayacaktır. Hatta ihtiyat prensibinin yumuşak hukuk belgelerinde ortaya çıkmış olması durumu bile, bir teamül kuralının kristalize olmaya başlaması olarak yorumlanmaktadır[1310].

İhtiyat prensibinin ele alınış şekli açısından incelenmesi elzem görülen diğer metin, daha önce de bahsi geçtiği üzere OSPAR Sözleşmesi'dir. OSPAR Sözleşmesi'nde ilgili prensip, "…deniz çevresine doğrudan veya dolaylı şekilde bırakılacak enerji ya da kimyasalların insan sağlığına, diğer canlı varlıklara, deniz ekosistemine zararlar oluşturacağı veya denizin meşru kullanımlarını bozacağı konusunda 'makul dayanakların' varlığı halinde, girdi ve sonuçlar arasında inandırıcı kanıtlar olmasa da ihtiyat önlemlerinin alınması"[1311] şeklinde taraf devletlere yükümlülük getirmektedir. Mox Plant Kararı'nda da atıf yapılan Sözleşmenin, ihtiyat prensibinin uygulanma koşul ve şartlarına da yer verdiği görülmektedir[1312].

İçerik olarak bu şekilde bir görünüm arz eden ihtiyat prensibinin, Mox Plant Kararı'nda ve özellikle hakim Wolfrum'un farklı gerekçesindeki değerlendirmesi dikkat çekilmesi gereken hususlar içermektedir. Bu minvalde Wolfrum özellikle İrlanda'nın ihtiyat prensibinin uygulanmasına dönük talebiyle ve bu prensibin teamül olduğunun kesin kabul edildiğinin varsayılması halinde bile, tam olarak ona dayanmadığını vurgulamaktadır. Wolfruma'a göre Mahkeme, İrlanda yetkisi altındaki deniz çevresinin korunmasına ilişkin geçici tedbir kararı verse bile, bunu ancak İrlanda Denizi'nin radyoaktivite bakımından kısa bir değerlendirmesinden sonra, bu tesisin potansiyel etkileri ve böyle bir etkinin İrlanda'nın haklarına zarar verip vermeyeceği değerlendirmesinden sonra yapabileceğini belirtmişti. Wolfrum ayrıca bu işin esasının ele alınmasını gerektiren bir konu olduğunu belirtmiştir. Geçici tedbirin istisnai niteliğinden dolayı da, işin esasına

---

[1310] McIntyre/ Mosedale, s. 222- 223.

[1311] Turgut, s. 87; Sözleşme metni için bkz. https://www.ospar.org/site/assets/files/1290/ospar_convention_e_updated_text_in_2007_no_revs.pdf, s. 8, m. 2/ 2 (a), s.e.t. 16.11.2019.

[1312] İhtiyat prensibi sadece çevre hukukunda uygulanan bir prensip olmadığı için, farklı olaylarda farklı şartların aranabileceği de unutulmamalıdır. Ancak deniz çevresinin korunması konusunda (en azından bu sözleşmede), ilgili maddeyi yorumlayacakların payına da "makul dayanakların" tespiti düşmektedir.

ilişkin bir karar beklenmemesi gerektiğini de eklemiştir. İstisnai nitelikten kaynaklı bu sınırlama ihtiyat prensibiyle de aşılamayacaktır[1313].

Deniz çevresinin kirlenmesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde duran Wolfrum, farklı formlarda bulunabilen radyoaktif maddenin canlı kaynaklara ve deniz yaşamına olası zararlarının muhtemel olduğunu da belirtmiştir[1314]. Yanı sıra Wolfrum, uluslararası çevre hukukunda söz konusu zararların bilimsel olarak belirsiz olduğu durumlarda bile, bu konu hakkında harekete geçip önlemler alabilmeyi öngörmenin, ihtiyat prensibi gereği olduğunu belirtmiştir[1315]. İhtiyat prensibinin ilgili uluslararası antlaşmalardaki içeriğiyle örtüşen bir tarif veren Wolfrum, esasında prensibin teamüli niteliğine dönük doğrudan devlet uygulaması ve *opinio juris* araştırmasına ve delillendirmesine girişmemiştir.

Wolfrum'un farklı gerekçesinde yer verdiği hususlardan bir diğeri, devletlerin deniz çevresinin korunması konusunda iş birliği yükümlülüğünün[1316] olduğu ve bunun da çevrenin korunmasına ilişkin uluslararası teamül hukuku uyarınca, BMDHS Kısım XII'ın *grundnormu* niteliğinde olduğu dile getirilmiştir[1317]. Bahse konu bu iş birliği ve bilgi verme yükümlülüğü kapsamında İrlanda'nın, Birleşik Krallık'ın OSPAR Sözleşmesi gereği bilgi verme yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğu iddiası, bu yönde bir değerlendirme ile sonuçlanmıştır. Bu doğrultuda Kararda talep edilen diğer geçici tedbirlerden ziyade, tarafların iş birliği içerisinde olmasını ve bilgi alışverişi yapılması yönünde önlemlerin

---

1313 Mox Tesisi Davası, UDHM Kararı (Hakim Wolfrum'un Farklı Gerekçesi), Dava No. 10, s. 134, K.T. 03.12.2001; Forster, s. 619.

1314 Wolfrum, ilgili tedbirlerin teamüli niteliğini değerlendirirken öncelikle BMDHS m. 1/ 4'te yer alan deniz çevresinin kirlenmesi tanımına atıf yapmıştır. Deniz çevresinin kirlenmesi, "canlı kaynaklar ve deniz hayatı için zararlı olma, insan sağlığı için tehlikeler oluşturma, balıkçılık ve denizin diğer meşru kullanımları da dahil olmak üzere, deniz faaliyetleri için engel olma, deniz suyunun kullanılma kalitesinin bozulması ve güzelliğinin azaltılması gibi muzır tesirlere yol açan veya yol açması ihtimali olan maddelerin ve enerjinin insan tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak deniz çevresine (haliçler de dahil) getirilmesi anlamına gelir" [Gündüz/ Günel (Editör), s. 186; Mox Tesisi Davası, UDHM Kararı (Hakim Wolfrum'un Farklı Gerekçesi), Dava No. 10, s. 133, K.T. 03.12.2001].

1315 Yine ihtiyat prensibi gereği, faaliyette bulunan taraf, faaliyetinin herhangi zararlı bir sonucu olmadığını/olmayacağını kanıtlamakla yükümlüdür. Farklı gerekçe için bkz. https://www.itlos.org /fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/published/C10-O-3_dec_01-SO_W.pdf, s. 134, s.e.t. 12.11.2019.

1316 Öyle ki, ihtiyat prensibinin tamamlayıcısı olarak görülen işbirliği yükümlülüğü kendi içerisinde, bilgilendirme, bildirim yükümlülüğü gibi alt bölümlere ayrılabilmektedir [Kaya, İslam Safa (2017) "Nükleer Enerji Santrallerinin Uluslararası Teamül Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, C. 7, S. 1/ 1, s. 7].

1317 Mox Tesisi Davası, UDHM Kararı (Hakim Wolfrum'un Farklı Gerekçesi), Dava No. 10, s. 135, K.T. 03.12.2001; Forster, s. 619.

alınması gerektiğine hükmedilmiştir[1318].

Tüm bu ifade edilen hususların nihayetinde söylenebilir ki, doktrinde ve uluslararası mahkeme kararında teamüli bir uluslararası hukuk kuralı olduğu kabul edilen ihtiyat prensibinin bu teamüli niteliği, daha çok uluslararası antlaşmalarda tecessüm etmiş haliyle kanıtlanmaya çalışılmıştır. İlk anda bu bir kayıp olarak değerlendirilebilir. Ancak daha önce de bahsedildiği üzere, bir antlaşma maddesinde düzenleniyor olması, teamül kuralını zayıflatmaz aksine onun uygulanmasını güçlendirir ve destekler.

İhtiyat prensibinin, sadece çevre hukukunda uygulanan bir prensip olmaması ve ilgili uygulama alanlarına göre farklı şartlar gerektirmesi, ilgili prensibin uluslararası hukuktaki uygulanmasının, ulusal hukuklardaki ile AB hukukundaki uygulamalardan farklılıklar arz etmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle bir uluslararası teamül kuralı olan ihtiyat prensibinin taraflara açık bir yükümlülük getirmediği ileri sürülmektedir[1319].

Belirtmek gerekir ki bahse konu iddia, ancak ısrarlı itirazcı olunmadığı sürece kendisine uyma yükümlülüğü getiren uluslararası teamül kuralları için havada kalabilmektedir. Özellikle çevre hukuku açısından, UDHM'nin zorunlu yargı yetkisi kapsamında, çokça uygulanan bir prensip olan ihtiyat prensibi teamül kuralı olarak kabul edilmesiyle, çevre hukuku açısından önemli ve yeni bir yükümlülük haline gelmektedir. Böylece uluslararası bir yargı kuruluşu bakımından uluslararası çevre hukukuna yapılan önemli bir katkı gündeme gelmektedir[1320].

İ. GENEL YORUM KURALI OLARAK ANTLAŞMALARIN YORUMU

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m.31'de[1321] düzenlenmiş olan uluslararası antlaşmaların yorumu kuralının, 1994 Libya/Çad arasındaki Ülkesel

---

1318 İrlanda'nın geçici tedbir talebi, aciliyet şartı yerine gelmediğinden reddedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Brown, s. 267, 288; Churchill, Robin/ Scott, Joanne (2004) "The Mox Plant Litigation: The First Half- Life", International and Comparative Law Quarterly, V. 53, N. 3, s. 645.

1319 Güneş, s. 101.

1320 UDHM uygulamasında, geçici tedbir kararının, zorunlu yargı yetkisi kapsamında olmasının da etkisiyle, çok sayıda davaya konu olduğu bilinmektedir. Mox Plant Davası dışında, geçici tedbir kararının söz konusu olduğu diğer bazı davalar; Southern Bluefin Tuna Davası, Land Reclamation Davası, Jahor Boğazları'nın İçinde ve Çevresinde Singapur Tarafından Yapılan Arazi Islahına İlişkin Dava örnek olarak verilebilir [Aksar (2018) s. 31].

1321 1969 VAHS m. 31 için bkz. Dipnot 834.

Uyuşmazlık Kararı'nda[1322] uluslararası teamül kuralı olarak kabulü önemli ve dikkat çekilmesi gereken gelişmelerden biridir[1323].

İlgili kararda UAD, 1969 VAHS m.31'de yansıtılan uluslararası teamül hukukuna uygun olarak, bir uluslararası antlaşmadaki terimlerin, o antlaşmanın yapılma şartlarına, antlaşmanın konusu ve amacı ışığında verilen olağan anlama uygun olacak şekilde, iyi niyetle yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir. UAD, özellikle her şeyden önce yorumun antlaşma metnine dayanması gerektiğine vurgu yapmış; bahse konu yaklaşım dolayısıyla antlaşmanın hazırlık çalışmaları ile yapılma koşullarının tamamlayıcı tedbirler olarak dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir[1324].

UAD'nin bahse konu kararı incelendiğinde; iyi niyetle yorumlama, konu ve amaç ışığında yorumlama, terimleri olağan anlamlarına uygun yorumlama gibi farklı yorum yöntemlerine yer veren VAHS m.31 hükmünün, bu yorum türleri arasında herhangi bir sıralama olmaksızın bir bütün olarak uluslararası teamül kuralı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu konuda yapılan değerlendirmelerde de bu yorum yöntemlerinin gerek antlaşma hükmünde gerekse de uluslararası teamülde aynı şekilde var oldukları ve teamülün VAHS ile kodifiye edildiği ifade edilmektedir[1325].

1322 Libya ile Çad arasında çıkan sınır uyuşmazlığında, yoruma konu edilen uluslararası antlaşma, 1955 yılında Libya ile Çad'ın o dönem sömürgeci gücü olan Fransa ile akdettikleri Dostluk ve İyi Komşuluk Antlaşması'dır (https://www.icj-cij.org/files/case-related/83/6899.pdf, s. 63, s.e.t. 22.11.2019; Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 145). İlgili antlaşma m. 3'te geçen "tanıma (*recognize*)" kelimesi üzerinde duran UAD, bir sınırı tanımanın esas olarak o sınırı "kabul etmek" olduğunu, onun varlığından yasal sonuçlar çıkarmak, ona saygı duymak ve gelecekte ona itiraz etme hakkından vazgeçmek olduğunu belirtmiştir. UAD ayrıca tanıma kelimesinin, yasal bir zorunluluğu belirttiğini ifade etmektedir (Libya/ Çad Davası, UAD Kararı, s. 20, p. 42, K.T. 03.02.1994).

1323 Petersen (2017) s. 367; Aksar, Uluslararası Hukuk I, s. 145.

1324 Libya/ Çad Davası, UAD Kararı, s. 19- 20, p. 41, K.T. 03.02.1994; Naldi, Gino J. (1995) "Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/ Chad)", The International and Comparative Law Quarterly, V. 44, N. 3, s. 686.

1325 Linderfalk, Ulf (2007) On The Interpretation of Treaties, Dordrecht, Springer, s. 2.

SONUÇ

Uluslararası hukukta klasik yaklaşıma göre, hem uluslararası hukukun bağlayıcı bir kaynağını hem de bir kuralın oluşum sürecini ifade eden uluslararası teamülün gelişiminde ve oluşumunda esas aktör devletlerdir. Devlet merkezli bu klasik yaklaşımda, uluslararası hukukun kaynaklarının oluşumu ve gelişimi de haliyle esas aktörün iradesi etrafında şekillenmektedir. İki unsurlu teorik teamül anlayışı da devlet merkezli bu yaklaşımın tipik bir tezahürüdür. Bu doğrultuda, bir teamül kuralının varlığı için devlet uygulaması ve bu uygulamanın hukuk olduğu inancıyla gerçekleştiriliyor olması gerekmektedir.

Yakın geçmişte uluslararası topluma katılan yeni aktörlerle birlikte klasik devlet merkezli uluslararası hukuk oluşumu anlayışı esnek bir nitelik kazanmaya başlamıştır. Zira günümüzde uluslararası yargı kuruluşları, uluslararası sivil toplum kuruluşları gibi görece yeni aktörlerin uluslararası hukukun oluşumunda ve gelişiminde yer yer devletler kadar etkili olabildikleri güçlü biçimde ileri sürülür hale gelmiş ve bu durum uluslararası hukuk kaynaklarının niteliğinin gözden geçirilmesi gerektiği tartışmalarına sebebiyet vermiştir.

Uluslararası hukukta yaşanan bu dönüşüm karşısında, yetkili bir otoritenin iradesinin tezahürü olan kurallar şeklinde tanımlanan uluslararası hukuk kaynaklarının yalnızca devlet iradesinin ürünü olduğunu söylemek artık pek de mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda, günümüzde çok taraflı uluslararası antlaşmaların yapımında sivil toplum kuruluşlarının bilfiil yer almaları, bu kuruluşların devletlerin iradelerini büyük oranda etkilemek suretiyle ilgili uluslararası antlaşmaların biçimlenmesinde rol oynamaları, uluslararası hukukta salt devlet merkezli bir oluşumdan söz edilemeyeceğinin açık delilleri niteliğindedir. Bu gibi örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, başlı başına bu durum bile uluslararası toplumdaki aktör profilinin genişlediğini göstermektedir. Bahse konu aktör profilindeki genişleme, uluslararası hukukun konu bakımından da genişlemesine neden olmuştur. Örneğin, "BM'nin Çokuluslu Şirketlerin ve Diğer İş Girişimlerinin İnsan Hakları Konusunda Sorumlulukları Üzerine Kurallar" konulu taslak metin, uluslararası hukuka yeni aktörlerle birlikte yeni konuların da dahil olduğunu ve böylelikle uluslararası hukukun mahiyetinin değişime uğradığını açıkça göstermektedir.

Sadece devletlerin ve uluslararası örgütlerin antlaşma yapmaya ehil görüldüğü zamanlardan; antlaşma görüşmelerinin konferansla yapıldığı, devletler ve uluslararası

örgütler dışında yeni aktörlerin de antlaşma görüşmelerine katılımının sağlandığı yakın geleceğe uzanan süreç, uluslararası hukukun mevcut kaynaklarının mahiyetlerinin değişimine de kapı aralamıştır.

Altını özenle çizmek gerekir ki, uluslararası hukuktaki bu aktör genişlemesi ve dolayısıyla devlet dışı aktörlerin uluslararası hukukun oluşumu ve gelişimine katılım ve katkıları, büyük ölçüde devletlerin rızası ile olmuştur. Bu doğrultuda örneğin, çok taraflı antlaşmalarla kurulan uluslararası yargı kuruluşları, devletlerin rızaları çerçevesinde ilgili antlaşmalarla kendilerine verilen yetkiler kapsamında fonksiyonlarını icra etmektedirler. Aynı şekilde, sivil toplum kuruluşları da ancak devletler dilerse onlara çalışma konularıyla ilgili raporlar sunabilmektedirler.

Bahse konu "devlet rızası" genel kuralına karşın, uluslararası alandaki mevcut durumda, sivil toplum kuruluşları gibi yeni aktörlerin; kamuoyu oluşturma, medya desteği gibi yeni etki mekanizmaları aracılığıyla asli hukuk kişisi olan devletlerin görmezden gelemeyeceği faaliyetlerde bulundukları ve dolayısıyla kural oluşumunu etkiledikleri açıktır.

Nihayet uluslararası toplumdaki bu dönüşüm ile uluslararası hukuk tanımı değişmiş; uluslararası örgütler, çok uluslu şirketler, uluslararası yargı kuruluşları, devlet dışı kuruluşlar ve gerçek kişiler devletlerin yanında bir uluslararası hukuk süjesi olarak yerlerini almışlardır.

Uluslararası hukukun kaynaklarını, icra ettikleri faaliyetleriyle değişime uğrattıkları düşünülen devlet dışı aktörlerin en önemlilerinden biri, uluslararası yargı kuruluşlarıdır. Esasen uluslararası yargı kuruluşlarından beklenen, kendilerine verilen olağan yargısal görevleri icra etmeleri iken, gelişen bir hukuk dalı olan uluslararası hukukun dinamik yapısının bir tezahürü olarak, yer yer görev ve yetkilerinin sınırlarını zorladıkları hatta aştıkları ifade edilmektedir. Uluslararası hukukun açıklanmasında görevli olan uluslararası yargı kuruluşlarının kendilerine tayin edilen görevlerinin dışına çıkmaları, devletlerin iradeleri hilafına hareket edip etmedikleri sorununu gündeme getirmektedir ki bu durum, bahse konu açıklama faaliyetinin kapsamı ile sıkı sıkıya ilişkilidir.

Uluslararası hukukun açıklanmasıyla görevli olan uluslararası yargı kuruluşlarının bu açıklama faaliyetleri temel olarak; somut olayla ilgili kuralın belirlenmesini, kuralın

anlamının tespitini, kuralın yorumlanmasını ve yorum esnasında yeni kuralların ortaya çıkmasını kapsamaktadır. Olağan parçalardan ayrıksı duran "yorum esnasında yeni kuralların ortaya çıkması" esasen açıklama faaliyetinin bir tezahürü olması bakımından kapsama dahil olmaktadır. UAD'nin 1996 yılındaki Nükleer Silah Tehdidi ve Kullanımının Hukukiliği Hakkındaki danışma görüşünde ortaya çıkan "her devletin varlığını sürdürme temel hakkı", açıklama faaliyeti içerisindeki tespit ve yorum kapsamında ortaya çıkan yeni kuralın tipik bir örneğidir.

Uluslararası yargı kuruluşlarının kural açıklama faaliyeti, toplumsal değer ve ihtiyaçları en iyi yansıtan uluslararası hukuk kaynağı olarak görülen ve başlangıçta bilinçsiz bir şekilde ortaya çıkıp sonrasında uluslararası toplum tarafından korunup uygulanarak geçerlilik kazandıkları ileri sürülen teamüllerin oluşum ve gelişimi noktasında çarpıcı bir hal almaktadır. Bu bağlamda, uluslararası hukukun hayli tartışmalı konularından biri olan uluslararası teamül hukuku ile diğer bir tartışmalı konu olan uluslararası yargı kuruluşları arasındaki ilişki ayrı bir önem kazanmaktadır.

Kuruluşları itibarıyla sorunlu görülen *ad hoc* mahkemeler başta olmak üzere, yargı kuruluşlarının uluslararası teamül hukukuna yaptıkları katkılar, getirdikleri yenilikler ile bu katkı ve yeniliklerin mahkemelerin meşruluğuna etkileri, bu ilişkinin temel tartışma alanlarını oluşturmaktadır. Gerçekten de bazı yargı kararları göstermektedir ki, yargı kuruluşlarının egemenlik devri anlamına geldiği ileri sürülen yargı yetkisi gibi sorunlu bir alanda yeni bir kural ihdas etmelerinin, yetkinin sınırının aşılması anlamına geldiği ileri sürülmektedir. Bu durumun yargı kuruluşlarının meşruluğunu sorgulanır kıldığı da ifade edilmektedir.

İlgili yetki sınırı tartışması açısından bakıldığında, özelde ortaya çıkış ve bağlayıcılık bakımından en tartışmalı uluslararası hukuk kaynağı olan uluslararası teamül hukuku olmak üzere, yeni bir uluslararası hukuk kuralının, tespit ve yorum yetkisiyle donatılmış olan uluslararası yargı kuruluşları eliyle hukuk uygulamasına sunulması noktasında, birbirinden çok farklı kabuller karşımıza çıkmaktadır. Özellikle yabancı öğretinin önemli bir bölümü, uluslararası yargı kuruluşları eliyle yeni bir uluslararası hukuk kuralı oluşumunun mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bu iddia, temelde uluslararası hukukun gelişmekte olan bir hukuk olduğu kabulüne dayandırılmaktadır. Uluslararası hukukun genişleyen uygulama (konu) alanı ve uluslararası hukuka yeni

aktörlerin dahli ise, bu iddiayı güçlendirmek amacıyla kullanılan argümanlardan bazılarıdır.

Uluslararası yargı kuruluşları eliyle uluslararası hukukun gelişmesi kapsamında uluslararası teamül hukukunun yorumunda ve oluşumunda bir değişim olup olmadığına bakıldığında ise, teamül kuralının unsurlarının yargı kuruluşlarının kararlarındaki yansımasının oldukça dikkat çekici olduğu görülmektedir. Bir teamül hukuku kuralının unsurlarının tespiti ve delillendirilmesi gibi zor bir görevi yerine getiren bazı *ad hoc* mahkemeler dışında, uluslararası yargı kuruluşlarının büyük bir çoğunluğu, unsur tespitinden kaçınmak suretiyle teamül kuralının var olduğunu ilan etmekle yetinmektedirler. Diğer bir ifadeyle, uluslararası yargı kuruluşlarının büyük çoğunluğu, teamül kuralını tespit ederken teorik anlamda "devlet uygulaması" ve ona eşlik eden "*opinio juris*" unsurunun araştırmasına girişmemektedirler. Bu noktada yaşanan delillendirme boşluğu ise, ağırlık olarak, uluslararası antlaşmalara, hakkaniyet, insan hakları gibi genel prensiplere veya devlet iradesinin beyanı sayılabilecek diğer yazılı metinlere yapılan atıflarla doldurulmaya çalışılmaktadır.

Uluslararası yargı kuruluşlarının büyük çoğunluğu tarafından gerçekleştirilen bu uygulama, teorik iki unsurlu teamül yaklaşımından tamamıyla vazgeçildiği ya da artık teorik iki unsur yaklaşımının sonuç vermediği anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte, önemli bir değişimin varlığı da ortadadır. Uluslararası hukuktaki değişen aktör algısı göz önüne alındığında, uluslararası yargı kuruluşlarının tek başına bu uygulamasından bile, uluslararası hukuk oluşum pratiğinde (özelde teamül oluşumunda) bir değişim yaşanmaya başladığı sonucu çıkarılabilir. Tüm keskin söylemlerin dışında bu durumun, iki unsur arasındaki bağlantıyı zayıflatabileceği, daha esnek bir oluşum sürecine sebebiyet verebileceği veyahut uluslararası insancıl hukukta sıkça karşılaşıldığı üzere bir unsurun diğerine göre daha ağır basabileceği örnekler ortaya çıkarabileceği söylenebilir.

Uluslararası yargı kuruluşlarının bu genel teamül yaklaşımından özele doğru inildiğinde, UAD'nin teamül uygulamasında tek tip bir yaklaşımı esas almadığı görülmektedir. UAD gerek teamül kuralının tespitinde gerekse de yorumunda farklı yöntemlere başvurabilmektedir.

UAD'nin benimsediği yöntemlerden ilki, iki unsur yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma yer verdiği önemli kararlarında UAD, teamül kuralının oluşup oluşmadığını incelerken her iki

unsurun gerekli olduğu vurgusu yapmakla birlikte, genellikle devlet uygulaması temelli bir araştırma yapmaktadır. Bu minvalde devlet uygulaması unsurunun varlığı için UAD, uluslararası yargı kuruluşları uygulamasında sıklıkla başvurulan resmi devlet beyanları, askeri kılavuzlar, diğer yargı kuruluşları kararları, Roma Statüsü gibi çok taraflı uluslararası antlaşmalar ve BM Genel Kurul kararları vb. kanıtlara başvurmaktadır.

UAD'nin benimsediği bir diğer yöntem, tümdengelim yöntemidir. UAD, somut olaya doğrudan uygulanacak bir hukuk kuralı bulamadığı ve iki unsur yaklaşımının yetersiz kaldığı durumlarda, temel insani mülahazalar gibi temel hak ve prensipler üzerinden teamüli yükümlülükler ve kurallar çıkarmaktadır.

UAD'nin temel hak ve prensiplerden yola çıkarak devletler için yeni yükümlülükler getiren bu uygulamasının, esasen yeni bir kural ihdası anlamına geldiği ileri sürülebilir. Teamül kuralı tespitinin teorik iki unsur yaklaşımı üzerinden yapıldığı durumlarda dahi kuralın tespit edildiği anın kuralın kabul anı olması bu düşünceyi destekler görünmektedir. Zira bu tür durumlarda teamülün tespiti, kuralın varlığı noktasında o ana kadar mevcut olan şüphe ve belirsizliği ortadan kaldırmaktadır.

Somut olayın şartlarına göre farklı yaklaşımları benimseyen UAD'nin bir diğer uygulaması, tümevarım ve tümdengelim yöntemlerini birlikte kullanmaktır. UAD, bir yandan uygulayacağı kurala temel prensipler üzerinden ulaşırken, diğer yandan ilgili prensipleri geliştirmeye ve genişletmeye çalışmaktadır. Bu şekilde temel norm olarak benimsenen prensiplerden başka kurallar çıkarılmaya çalışılarak tümdengelim yaklaşımı; detaylı devlet uygulaması analiziyle *opinio juris* unsuruna ulaşılmaya çalışılmasıyla da tümevarım yaklaşımı sergilendiği de görülmektedir.

UAD'nin iki unsur yaklaşımından uzaklaştığı yöntemleri kullanırken, yer yer teamül kuralı oluşumunda devlet uygulaması unsurunun belli oranda göz ardı edilebileceği üzerinde durduğu görülmektedir. UAD, uluslararası arenada çıkarları doğrultusunda hareket eden devletlerin uygulamalarının kuralın oluşumu noktasında yanıltıcı olabileceğini, bu yaklaşımının temel gerekçesi olarak ileri sürmektedir. UAD'ye göre, devletler çıkarlarına aykırı gördükleri bir kuralın oluşumuna engel olabilecek ve bu durum, ulaşılmak istenen uluslararası toplum hedeflerini sekteye uğratabilecektir. Dolayısıyla, gerekli olduğu durumlarda "devlet uygulaması" unsurunun aranması asgari seviyede tutulabilecektir.

UAD'nin bu "devlet uygulaması" yaklaşımı, teorik iki unsur yaklaşımına aykırı olarak nitelendirilebilir. Devlet uygulamasının teamül oluşumundaki rolünün hayli sınırlı olduğu ve esas unsurun *opinio juris* olduğunun dile getirilmesi, UAD'nin, teamül kuralının meşruiyetinin sorgulanmasına neden olacak düzeyde aşırı aktivist davrandığı eleştirilerine neden olmaktadır. Diğer yandan, somut olaya uygulanacak bir kural yokluğunda, mahkemenin kural koyucu gibi davranarak olayı çözüme kavuşturması yapısal bir gereklilik olarak da görülebilir. Özellikle uluslararası hukukun ulusal hukuklardan ayrışan yapısı karşısında mahkemelerin, adaletin tecellisinden kaçınmak yerine aktivist bir tutum sergilemelerine neden olabilmektedir.

Adaletin eksik bırakılması ile aktivizm arasında tercih zorunluluğu ve bunun doğurduğu sonuçlar, kuruluşları itibarıyla meşru kabul edilmeyen *ad hoc* mahkemelerin yargılamalarında çok daha çarpıcı niteliktedir. Örneğin bu zorunluluk, galiplerin kurmuş olduğu bir mahkeme olarak adlandırılsa da Nürnberg Mahkemesi'nin, Statüsü ve keskin aktivist kararlarıyla "Nürnberg Prensipleri" şeklinde adlandırılan birtakım prensipleri uluslararası hukuka dahil etmesine neden olmuştur. Hakeza YUCM'nin teamül hukuku kapsamında işkence yasağı tanımını genişletmesi, potansiyel ihlalleri kapsama alması ve bu yasağın *erga omnes* etkiye sahip olduğunu açıklaması, işkence yasağına istisna kabul etmeyen bir yasak hüviyeti tanımak yoluyla işkencenin cezasız kalmamasının sağlanması bir diğer örnektir. Aynı şekilde, Ruanda Mahkemesi'nin, tecavüz eyleminin soykırım niyeti ile birlikte savaş suçunu oluşturduğuna hükmetmesi ve mahkemenin bu yaklaşımının uluslararası toplumda kabul görmesi bir diğer önemli örnek olarak gösterilebilir.

Diğer yargı kuruluşlarından farklı olarak, Statüsü gereği ikincil nitelikte olan teamül kurallarını ancak boşluk doldurma ve yorum amacıyla kullanabilen UCM'nin teamül uygulaması, özellikle Statü'de hüküm bulunmaması halinde diğer mahkemelerden pek farklı değildir. Burada vurgulanması gereken önemli nokta, UCM'nin teamül tespiti yaptığı kararların diğer mahkemelerce teamülün varlığına referans gösterilmesinin ilgili kararların etki alanını taraflarla sınırlı etkinin ötesine taşımasıdır.

Teamül kuralları ile ilişkisi açısından vurgulanması gereken bir diğer uluslararası yargı kuruluşu AİHM'dir. Özellikle ulusal hukuk düzenleri tarafından kararlarına riayet edilmesi zorunlu olan AİHM, etki alanı oldukça geniş bir bölgesel nitelikli uluslararası yargı kuruluşudur. AİHM kararlarına yapılan sürekli atıflar, bir yandan kararda geçen

kuralların teamüli niteliğini pekiştirirken; diğer yandan karara konu kuralların teamül olarak kabulüne de kanıt oluşturabilmektedir. Bu bağlamda ulusal mahkemelerin AİHM kararlarına yaptığı atıflar, devlet uygulaması ve *opinio juris* unsuru için uygun ortam sağlayabilmekte ve böylece yeni teamül kurallarının ortaya çıkmasına imkan tanıyabilmektedir.

AİHM'in bu etkinin dışında temel bir diğer etkisi de vermiş olduğu aktivist kararlarla yargı faaliyetinin kapsamını değiştirmesidir. Uluslararası bir yargı kuruluşunun yorum faaliyeti çerçevesinde yeni bir kural inşası olarak da ifade edebileceğimiz bu durum, AİHS'in "yaşayan metin" düsturuyla bir anlamda revize edilmesine sebep olabilmektedir. Bu minvalde AİHM, Avrupa toplumunun güncel ihtiyaç ve talepleri çerçevesinde, AİHS'de yer alan hakların kapsamını genişletebilmekte, hatta genişletmenin de ötesine geçerek haklardan yeni kurallar çıkarabilmektedir.

Uluslararası yargı kararlarının ve dolayısıyla yargı kuruluşlarının teamül hukuku üzerindeki etkilerine ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, uluslararası yargı kuruluşları yeni bir tanımlama yapmanın ya da herhangi bir uluslararası kuralın ötesine geçmenin gerekli ve uygun olduğu her durumda sınır aşımı yapabilecek bir konuma sahiptirler. Bu noktada, uluslararası hukukun genel yapısının ve uluslararası teamülün belirsizliğinin uluslararası yargı kuruluşlarına önemli bir alan açtığı apaçık ortadadır. Ancak uluslararası yargı kuruluşlarının bu "yetki aşımı" imkanını kullanmaları çoğu zaman uluslararası toplum ya da uluslararası hukukun zorlamasından ileri gelmektedir ki ad hoc mahkemelerin durumu bunun tipik örnekleri olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla uluslararası yargı kuruluşlarının yetki sınırının aşımı olarak görülebilecek tutum ve yaklaşımları, uluslararası hukukun sorunlu yapısı ile "hüküm kurma zorunluluğu" denklemiyle sıkı sıkıya ilişkilendirilebilir.

Belki de bu denklem nedeniyle, devletlerin iradesiyle oluşturulmuş uluslararası yargı kuruluşlarının görev tanımlarını aktivist bir şekilde aşmaları, uluslararası arenada çok büyük tepkilere neden olmamaktadır. Hatta oldukça sınırlı sayıda olmakla birlikte, gelen tepkilerin azami düzeyi söz konusu yargı kuruluşunun kararının uygulanmaması ile sınırlı kalmaktadır. Özellikle bireylerin ağır suçlardan yargılandıkları uluslararası ceza mahkemeleri kararlarının uygulanmama ile neredeyse hiç karşılaşmadıkları söylenebilir.

Teamül kurallarının konu edildiği uluslararası yargı kararlarında, yetki sınırının aşılıp aşılmadığı ya da aşılabilir olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Özellikle yabancı öğretinin azımsanmayacak bir bölümü, yargı kararları yoluyla yeni bir teamül kuralının uluslararası hukuk uygulamasına dahil edilmesi ve genişletici yorum yoluyla teamülün kapsamının genişletilmesi bağlamında, hakim eliyle kural inşasının mümkün olduğunu savunmaktadır. Yabancı öğretideki bu iddiaya yönelik desteğe karşın, öğretideki bir diğer görüş, bu durumların herhangi bir şekilde kural ihdası olmayıp, "kuralın tespiti" ve "kuralın yorumu" içinde değerlendirilebileceğini, dolayısıyla yargı kararı ile teamül kuralı inşasının mümkün olmadığını savunmaktadır.

Bu tartışmayı ve doğal olarak uluslararası yargı kararlarının teamülün oluşum ve gelişimindeki etkilerini, bazı kilit nitelikteki hususlar üzerinden irdelediğimizde, ilk olarak karşımıza "genişletici yorum" meselesi çıkmaktadır. Genişletici yorum yoluyla mevcut bir teamül kuralının tanım veya kapsamının genişletilmesi, teamülün yapısı ve unsurları göz önüne alındığında, tespit ya da yorum olarak mı değerlendirilecektir, yoksa hakim yapımı hukuk olarak mı?

Genişletici yorum, esasen mevcut ve çoğunlukla iki unsur yaklaşımı bağlamında devlet uygulaması ve *opinio juris* unsurlarının varlığı ortaya konmuş teamül kuralına ek yapılması anlamına gelmektedir. Bu halde kurala yapılan ekin, kuralın kökeninde var olan devlet uygulaması ve *opinio juris* unsuru ile desteklenip desteklenmediği önem kazanmaktadır.

Yargısal uygulamalara bakıldığında, doğrudan kurala yapılan ekle ilgili devlet uygulaması ve *opinio juris* unsurunun varlığının delillendirilmesinde önemli güçlükler yaşandığı ve hüküm kurma zorunluluğu ve uluslararası gereklilikler karşısında, dolaylı argümanlara başvurulduğu görülmektedir. Bu bağlamda ayrıca, devlet uygulamasının bir anlamda görmezden gelindiği, *opinio juris* unsuru için ise farklı temel prensip ve kurallar için geçerli olan hukuk kabulleri üzerinden dolaylı gerekçelendirmeler yapıldığı görül(ebil)mektedir.

Öğretide genişletici yorum yoluyla yapılan eklere dönük bu tür argümanların yetersiz olduğu, dolayısıyla teamül kuralına yapılan bu eklemelerin iki unsurlu yaklaşım bağlamında teamül kuralı olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bu görüş bağlamında, bu şekildeki genişletici yorumlarla yeni teamül kurallarının ortaya çıkarıldığı

ve bunların hakim yapımı teamül kuralları olarak adlandırılabileceği ifade edilmektedir ki bu halde teamül kurallarının oluşum şeklinin değiştiği/değişeceği açıktır. Zira bu kabulde teamül, devlet uygulaması ya da *opinio juris* unsurundan değil, bizzat hakimden kaynaklanacaktır. İki unsurlu teorik teamül yaklaşımıyla taban tabana zıt olan bu durum, zorunlulukların sonucu olduğu söylenebilecek olan tek unsur baskın yaklaşımların yanı sıra özellikle tümdengelim yaklaşımı ile uygunluk gösterebilecektir.

İrdelenmesi gereken bir diğer kilit nitelikteki husus, yargı kararlarındaki unsur araştırması problemidir. İki unsurlu yaklaşımda teamül kuralının varlığı için devlet uygulaması ve *opinio juris* unsurlarının araştırılması ve ortaya konması gerekmektedir. Ancak uluslararası yargı kuruluşları kararlarına bakıldığında, teamül oluşumu noktasında iki unsur yaklaşımına ilişkin ısrarcı bir tavrın söz konusu olmadığı görülmektedir. Teamülün niteliği, uluslararası hukukun değişen ve gelişen sorunlu yapısı, böyle bir ısrardan kaçınmanın temel ve belki de belli bir düzeyde kabul edilebilir gerekçelerini oluşturmaktadır. Çok sayıda ve çok farklı aktörlerin rol aldığı uluslararası toplumda, bu ısrardan uzak tutumun ihtiyaçlara daha kolay cevap verilmesine imkan tanıdığı söylenebilir. Ancak bu ısrardan yoksun tavrın teamülün oluşumu ile yargı kararları ilişkisi noktasında sorunlara ve tartışmalara sebebiyet verdiği açıktır.

Bahse konu ısrardan yoksun tavrın tezahürleri farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan biri, teamülün iki kurucu unsurunun belirsizlik ve delillendirme güçlüğü kaynaklı sorunlu yapıları ile yargı kuruluşlarının hüküm kurma zorunlulukları, hiçbir unsur araştırması ve tartışması yapılmayan kararlara ve dolayısıyla unsur tespitinden yoksun teamül kuralı tespitlerine sebebiyet vermektedir. Acaba bu tarz bir teamül kuralı "tespiti" gerçek anlamıyla bir tespit midir, yoksa yeni bir kural inşası mıdır?

Unsur araştırması yokluğu şeklindeki bu durumun klasik anlamda bir tespit olduğunu söylemek güç görünmektedir. Belirtmek gerekir ki bu halde en azından hakim eliyle teamül kuralının oluşum şeklinin değiştiği, iki unsurlu teamül yaklaşımından uzaklaşıldığının kabulü elzem görünmektedir. Bu doğrultuda, teorik teamül oluşumunun dışına çıkıldığı ve unsur varlığından yoksun bir teamül kabulünün söz konusu olduğu bu gibi hallerde ortaya çıkan kuralın, içeriğinden bağımsız olarak, oluşum ve delillendirme şekli itibariyle "hakim yapımı teamül kuralı" olduğu söylenebilir.

Benzer bir değerlendirme, iki unsur yaklaşımının sonuç vermemesi üzerine ortaya çıkan diğer yöntemler için de yapılmalıdır. Bu doğrultuda, özellikle devlet uygulamasının yanıltıcılığı kabulü başta olmak üzere, tek unsur baskın ya da doğrudan tek unsur bazlı yöntemler ve bu bağlamda tümevarım yöntemi ile tümdengelim, tümdengelim-tümevarım birlikteliği yöntemleri izlenerek tespit ve kabul edilen teamül kuralının teorik teamülden uzaklaştığının kabulü gerekir.

Tümdengelim yöntemine yer verilen kararlarda bu durum çok daha belirgindir. Teamülün oluşum şekli ve mantığı tamamen değişmektedir. Zira iki unsur yaklaşımı esas alındığında, uyuşmazlığa uygulanacak bir teamül kuralına ulaşmak mümkün olmamaktadır. Bu nedenle teamülün kurucu unsurlarının varlığının araştırılması tamamen ihmal edilmekte ve temel bir prensipten yasak ya da prensip şeklinde bir "teamül kuralı" çıkarılmaktadır. Tümdengelim yönteminin uygulandığı bu durumda, teamülün kurucu unsuru/unsurları tamamen değişmekte, ilgili yargı kuruluşunun akıl yürütmesi teamülün bir kurucu unsuru haline gelmektedir. İşbu halde teamül kuralının, oluşum şekli ve mantığı itibarıyla, "hakim yapımı teamül kuralı" olarak nitelendirilmesi gerekir. Zira ortada teorik anlamda bir teamül kuralından söz etmek mümkün görünmemektedir.

Nihayet "hakim yapımı teamül kuralı" ifadesi tercihimizde de etkili olan bir diğer kilit nitelikteki husus, teamül kuralının varlığı noktasında yargı kuruluşlarının, diğer yargı kuruluşlarının önceki tarihli kararlarına atıf yapmalarıdır. Bu tarz atıfları içeren yargı kararlarının, ilgili teamül kuralının pekişmesinde ve gelişmesinde önemli rol oynadıkları söylenebilir. Ancak vurgulanması gereken esas nokta bu değildir.

Uluslararası yargı kuruluşlarının bir teamül kuralının varlığı noktasında önceki tarihli bir başka yargı kuruluşu kararına referans verdikleri örneklerde, genellikle önceki tarihli tespite referans vermekle yetindikleri, herhangi bir teamül incelemesi yapmadıkları görülmektedir. Yargı kuruluşlarının bir tür *stare decisis* gibi önceki tarihli bir teamül tespitini birbirlerine referans vermek suretiyle ayakta tutmaları, özellikle herhangi bir unsur araştırması yapılmayan veya tümdengelim yönteminin benimsendiği kararlarda tespit edilmiş "hakim yapımı teamülü" yaygınlaştığı surette *inter partes* etkili olmaktan çıkarabilecektir. Bu şekilde bir tür *erga omnes* etkili kılınma, hakim yapımı bir kuralın teorik anlamda bir teamül kuralına, yani "hakim yapımı bir teamül kuralına" dönüşmesini sağlayabilecektir. Bir teamül tespitinin bu şekilde yaygınlaşması ve tespite referans veren

kararların devletler tarafından uygulanması ile ulusal hukuk düzenlerinin olası atıfları, tespite konu kuralın, devlet uygulaması ve *opinio juris* unsuru bazlı gerçek çizgisine oturmasına imkan tanıyabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Abass, Ademola (2012) International Law Text, Cases and Material, New York, Oxford University Press.

Acer, Yücel/ Kaya, İbrahim (2019) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Ahmet Reşit (1932) Hukuku Umumiyei Düvel, İstanbul.

Aksar, Yusuf (2007) Evrensel Yargı Kuruluşları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Aksar, Yusuf (2017) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Aksar, Yusuf (2017) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Aljaghoub, Mahasen M. (2006) The Advisory Function of the International Court of Justice 1946 – 2005, Heidelberg, Springer.

Alsan, Zeki Mesud (1950) Yeni Devletler Hukuku, Birinci Cilt, Ankara, Güneş Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara.

Anayurt, Ömer (2004) Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Arajärvi, Noora (2014) The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals, New York, Routledge.

Aybay, Rona (2006) Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa.

Başak, Cengiz (2003) Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar, Ankara, Turhan Kitabevi.

Başlar, Kemal (2005) Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar, 1. Baskı, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım.

Batur Yamaner, Melike (2007) Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım.

Bishop, William W. (1954) International Law, New York, Prentice- Hall.

Blackstone, William/ Chase, George (1890) The American Students' Blackstone: Commentaries on the Laws of England, in Four Books, Third Edition, New York, Banks and Brothers.

Boyle, Alan/ Chinkin, Christine (2007) The Making of International Law (Ebook), United Kingdom, Lightning Source UK Ltd.

Bozkurt, Enver (2007) Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma, 3. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım.

Bozkurt, Enver/ Poyraz, Yasin/ Erdal, Selcen (2018) Devletler Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık.

Brownlie, Ian (1998) Principles of Public Intermational Law, Fifth Edition, Oxford, Clarendon Press.

Byers, Michael (1999) Custom, Power and the Power and the Rule, First Edition, Cambridge, Cambridge University Press.

Cassese, Antonio/ Gaeta, Paola/ Jones, John R.W.D. (2002) The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, V. II, Oxford University Press, Oxford.

Cassese, Antonio (2005) International Law, Second Edition, New York, Oxford University Press.

Cassese, Antonio (2008) International Criminal Law, Second Edition, New York, Oxford University Press.

Crawford, James (2012) Brownlie’s Principles of Public International Law (Ebook), Eighth Edition, Oxford University Press.

Çakmak, Cenap (2014) Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı, Bursa, Ekin Yayınevi.

Çelik, Edip F. (1965) Milletlerarası Hukuk, Birinci Cilt, İstanbul, İstanbul Üniversitesi

Yayınları.

Çelik, Edip F. (1987) Milletlerarası Hukuk, İkinci Kitap, İstanbul, Filiz Kitabevi.

D'Amato, Anthony (1971) The Concept of Custom in International Law, New York, Cornell University Press.

Değerli, Yavuz Selim (2015) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dava Sonuçlandırma Yöntemleri, Ankara, Adalet Yayınevi.

Değerli, Yavuz Selim (2020) Anayasa Yargısında Ön- Denetim, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Dixon, Martin (2005) International Law, Fifth Edition, New York, Oxford University Press.

Doğan, İlyas (2016) Devletler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Astana Yayınları.

Dutertre, Gilles (2003) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayınları.

Dzehtsiarou, Kanstantsin (2015) European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press.

Friedmann, Wolfgang (1964) The Changing Structure of International Law, London, Stevens & Sons.

Galand, Alexandre Skander (2019) UN Security Council Referrals to the International Criminal Court, Leiden, Brill.

Garner, Bryan A. (Editor) (2004) Black's Law Dictionary, Eight Edition.

Goldstone, Richard J. / Smith, Adam M. (2009) International Judicial Institutions- The Architecture of International Justice at Home and Abroad, London, Routledge.

Gözler, Kemal (1999) Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa, Ekin Yayınevi.

Gözler, Kemal (2011) Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.

Gözler, Kemal (2016) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 8. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.

Gözler, Kemal (2017) İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.

Gözübüyük, Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz (2011) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Green, Maryan, N. A. (1987) International Law, Third Edition, London, Pitman Publishing.

Güller, Nimet/ Zafer, Hamide (2006) Uluslararası Ceza Mahkemesi: El Kitabı, Bonn, European Academy Bonn.

Gündüz, Aslan/ Günel, Reşat Volkan (Editör) (2018) Milletlerarası Hukuk, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.

Harris, D.J. / O'Boyle, M. / Warbrick, C. (2009) Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, Çevirenler: Bingöllü Kılcı, Mehveş/ Karan, Ulaş (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa.

Henckaerts, Jean- Marie/ Doswald- Beck, Louise (2005) Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules, Cambridge, Cambridge University Press, Çevirenler: Öktem, Emre/ Batur Yamaner, Melike/ Özbek, Dolunay/ Kurtdarcan, Bleda R. / Uzun, Mehmet Cengiz/ Kaya, Abdullah, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf- Adet) Hukuku Cilt 1: Kurallar, İstanbul, Beta Basım A.Ş.

Henkin, Louis (1995) International Law: Politics and Values, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers.

Henriksen, Anders (2017) International Law, Oxford, Oxford University Press.

Hernández, Gleider (2015) Interpretative Authority and the International Judiciary: Bianchi, Andrea/ Peat, Daniel/Windsor, Matthew (Editörler), Interpretation in International Law, First Edition, Oxford, Oxford University Press, ss. 166- 188.

Hollis, D.B. (2015) The Existential Function of Interpretation in International Law: Bianchi, Andrea/ Peat, Daniel/ Windsor, Matthew (Editörler) Interpretation in International Law, First Edition, Oxford, Oxford University Press.

Hudson, Manley O. (1944) International Tribunals: Past and Future, Washington, Rumford Press.

Kaczorowska, Alina (2015) Public International Law, Fifth Edition, New York, Routledge.

Kelsen, Hans (Translated by Anders Wedberg) (1945) General Theory of Law and State, Cambridge, Harward University of Press.

Kelsen, Hans (Revised and Edited by Robert W. Tucker) (1967) Principles of International Law, Second Edition, New York, Holt, Rinehart and Winston.

Kleffner, Jann K. (Editörler), Internationalized Criminal Courts and Tribunals Sierra Leone, East Timor, Kosova and Combodia, First Edition, Oxford, Oxford University Press.

Kuran, Selami (2016) Uluslararası Deniz Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 445- 446.

Lauterpacht, Sir Hersch (1958) The Development of International Law by the International Court, London, Stevens & Sons Limited.

Lauterpacht, Hersch/ Lauterpacht, Elihu (Editör) (1970) International Law, London, Cambridge University Press.

Linderfalk, Ulf (2007) On The Interpretation of Treaties, Dordrecht, Springer.

Lütem, İlhan (1951) Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T. A. O.

Lütem, İlhan (1956) Devletler Hukuku Dersleri I, Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık.

Mackenzie, Ruth/ Romano, Cesare P.R./ Shany, Yuval/ Sands, Philippe (2010) Manual on International Courts and Tribunals, Second Edition, Oxford, Oxford University Press.

Malanczuk, Peter (1997) Akehurt's Modern Introduction to International Law, Seventh Edition, New York, Routledge.

Meray, Seha L. (1968) Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi.

Meray, Seha L. (1965) Devletler Hukukuna Giriş, İkinci Cilt, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi.

Meron, Theodor (1989) Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford, Clarendon Press.

Mosler, Hermann (1980) The International Society As a Legal Community, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff International Publishers.

Murphy, Sean D. (2006) Principles of International Law, United States of America, Thomson/ West.

O'Connell, D. P. (1971) International Law for Student, London, Stevens & Sons.

Oppenheim, L. / Lauterpacht, H. (Editör) (1962) International Law A Treatise, V. 1- Peace, Sixth Edition, London, Longsman.

Öktem, Emre (2013) Uluslararası Teamül Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

Özdek, Yasemin (2004) Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye (AİHS Sistemi-AİHM Kararlarında Türkiye), 2. Baskı, İstanbul, Kırmızıkalem Yayınları.

Pasqualucci, Jo M. (2003) The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press.

Pazarcı, Hüseyin (2006) Uluslararası Hukuk Dersleri, Dördüncü Kitap, Ankara, Turhan Kitabevi.

Pazarcı, Hüseyin (2011) Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap, 11. Baskı, Ankara,

Turhan Kitabevi.

Pazarcı, Hüseyin (2013) Uluslararası Hukuk Dersleri, İkinci Kitap, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Peat, D. / Windsor, M. (2015) Playing the Game of Interpretation On Meaning and Metaphor in International Law: Bianchi, A. / Peat, D. / Windsor, M. (Editors), Interpretation in International Law, First Edition, Oxford, Oxford University Press.

Rauter, Thomas (2017) Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege, Salzburg, Springer.

Remec, Peter Pavel (1960) The Position of the Individual in International Law According to Grotious and Vattel, The Hague, Martinus Nijhoff.

Rothwell, Donald R./ Stephens, Tim (2010) The International Law of the Sea, First Edition, Oxford, Hart Publishing.

Sağlam, Musa (Editör) (2013) Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), 2. Baskı, Ankara, Şen Matbaa.

Schlütter, Birgit (2010) Developments in Customary International Law Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.

Schwarzenberger, Georg (1957) International Law, V. 1, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Third Edition, London, Stevens.

Schwarzenberger, George (1976) A Manual of International Law, Sixth Edition, London, Professional Books Ltd.

Shany, Yuval (2003) The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, First Edition, Oxford, Oxford Press.

Shaw, Malcolm N. (2017) International Law, Eighth Edition, Cambridge, Cambridge University Press, Çevirenler: Kaya, İbrahim/ Acer, Yücel/ Demirtepe, Turgut/ Şimşek, Engin (2018) Uluslararası Hukuk, 1. Baskı, Ankara, TÜBA.

Schulte, Costanze (2004) Compliance with Decisions of the International Court of Justice, First Edition, Oxford, Oxford University Press.

Sur, Melda (2019) Uluslararası Hukukun Esasları, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat (2015) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Teziç, Erdoğan (1991) Anayasa Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

Toluner, Sevin (1973) Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Uzun, Ertuğrul (2012) Uluslararası Hukuk I (1. Ünite): Tütüncü, Ayşe Nur/ Uzun, Elif (Editörler), Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayını.

Ünal, Şeref (2005) Uluslararası Hukuk, Ankara, Yetkin Yayınları.

Venzke, Ingo (2012) How Interpretation Makes International Law On Semantic Change and Normative Twists, First Edition, Oxford, Oxford University Press.

Villiger, Mark E. (1985) Customary International Law and Treaties, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers.

Wofke, Karol (1964) Custom in Present International Law, Wroclaw, Zaklad Narodowy im Ossolińskich.

Tezler

Açıkgönül, Yunus Emre (2012) "Deniz Yetki Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması", (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Entitüsü.

Cai, Ying (2006) "International Law Principles of Continental Shelf Delimitation and Sino-Japanese East China Sea Disputes", (Yüksek Lisans), World Maritime University.

Gökdemir Işık, Nurser (2009) "Kıta Sahanlığı, Hukuki Rejimi ve Ege Sorunu" (Doktora),

Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Merkouris, Panagiotis (2010) "Article 31(3)(c) of the VCLT and the Principle of Systemic Integration", (Doktora), Queen Mary University of London, School of Law.

Swart, Mia (2006) "Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda", (Doktora), Faculty of Law, Leiden University.

Makaleler

Abi- Saab, Georges (1999) "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks", New York University Journal of International Law and Politics, V. 31, N. 4, ss. 919- 934.

Acer, Yücel (2003) "Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımada Çekinceler ve Geçerlilikleri", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 1, ss. 11- 27.

Ago, Roberto (1991) "Binding Advisory Opinions of the International Court of Justice",

American Journal International Law, V. 85, ss. 439- 451.

Akehurst, Michael (1972- 1973) "Jurisdiction in International Law", British Year Book of International Law, V. 46, ss. 145- 258.

Akehurst, Michael (1974- 75) "Custom as a Source of International Law", The British Year Book of International Law, I. 47, ss. 1- 53.

Akehurst, Michael (1976) "Equity and General Principles of Law", International and Comparative Law Quarterly, V. 25, ss. 801- 825.

Aksar, Yusuf (2003) "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, ss. 125- 139.

Aksar, Yusuf (2014) "Uluslararası Bir Suç Kategorisi Olarak Soykırım Suçu ve Diğer Uluslararası Suçlardan Farklı Yönleri", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, ss. 13- 29.

Aksar, Yusuf (2018) “Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Uygulamaları ve Uluslararası Hukuka Katkıları”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, ss. 15- 37.

Alexandrowicz, Charles H. (1971) “The Juridical Expression of the Sacred Trust of Civilization”, The American Journal of International Law, V. 65, N. 1, ss. 149- 159.

Allott, Philip (1999) “The Concept of International Law”, European Journal of International Law, V. 10, ss. 31- 50.

Alpkaya, Gökçen (1997) “Nükleer Silahlar ve Uluslararası Adalet Divanı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 1, ss. 105- 115.

Ammann, Odile (2019) “The Interpretative Methods of International Law: What Are They, and Why Use Them?”: Domestic Courts and the Interpretation of International Law, Developments in International Law, V. 72, ss. 191- 222.

Appazov, Artur (2016) “International Criminal Court and the Decision-Making Heritage of the Ad Hoc Tribunals: A Study of Judicial Activism”, J. Glob. Just. & Pub. Pol'y, V. 3, N. 1, ss. 1- 32.

Arajärvi, Noora (2008) “The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law”, European Journal of Legal Studies, V. 1, N. 2, ss. 90- 120.

Aybay, Rona (2007) “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, ss. 109- 120.

Aybay, Rona (2010) “Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar’a Armağan, C. 9, S. 1- 1, ss. 125- 150.

Azarkan, Ezeli (2003) “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, ss. 275- 297.

Azarkan, Ezeli (2009) “Uluslararası Antlaşmalar ve Uluslararası Mahkeme Kararları Çerçevesinde Çocuk Askerlerin Korunması”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergsi, C. 5, S. 19, ss. 89- 108.

Bal, Ali (2019) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, ss. 27- 82.

Banteka, Nadia (2018) “A Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification”, Michigan Journal of International Law, V. 39, N. 3, ss. 301- 342.

Barzegarzadeh, Abbas/Karveh, Mahmuod Jalali/Raisi, Leila (2015) “Principle of Legality and Its Relation with Customary Law in International Criminal Law”, Mediterranean Journal of Social Sciences, V. 6, N. 5, ss. 398- 402.

Bassiouni, M. Cherif (1990) “A Functional Approach to "General Principles of International Law", Michigan Journal of International Law, V. 11, I. 3, ss. 768- 818.

Bassiouni, M. Cherif (2017) “Codification of International Criminal Law”, Denver Journal of International Law and Policy, V. 45, N. 3, ss. 333- 364.

Batır, Kerem (2008) “Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Uyarınca Uyuşmazlıkların Çözümü: Mox Plant Davası ve Yargı Yetkilerinin Örtüşmesi”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 4, No. 16, ss. 57- 77.

Bekri, M. Nedim (2014) “Gerekçeli Karar Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 72, S. 3, ss. 203- 228.

Binder, Christina (2011) “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, German Law Journal, V. 12, N. 5, ss. 1203- 1230.

Blakeslee, Merritt R. (1991) “The Distant Island Problem: The Arbitration on the Delimiation of the Maritime Zones around the French Collectivite Territoriale of Saint-Pierre-and-Miquelon”, Georgia Journal of International & Comparative Law, V. 21, I. 3, ss. 359- 385.

Bleicher, Samuel A. (1967) “ICJ Jurisdiction: Some New Considerations and a Proposed American Delcaration”, Columbia Journal of Transnational Law, V. 6, N. 1, 1967, ss. 61- 90.

Bodansky, Daniel M. (1995) “The Concept of Customary International Law”, Michigan

Journal of International Law, V. 16, I. 3, ss. 667- 679.

Bourquin, Maurice/ Lütem İlhan (Çeviren) (1951) "Devletlerarası Hukukun İnsanileştirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 3, ss. 122- 148.

Bowett, D. W. (1982) "Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources", British Yearbook of International Law, V. 53, I. 1, ss. 1- 26.

Breed, Logan Michael (2002) "Regulating Our 21 st-Century Ambassadors: A New Approach to Corporate Liability for Human Rights Violations Abroad", Virginia Journal of International Law, V. 42, N. 4, ss. 1005- 1036.

Brown, Chester (2002) "Provisional Measures before the ITLOS: The MOX Plant Case", International Journal of Marine and Coastal Law, V. 17, N. 2, ss. 267- 288.

Brownlie, Ian (1964) "The Place of the Individual in International Law", Virginia Law Review, V. 50, N. 3, ss. 435- 462.

Bugnion, Francois (2007) "Customary International Humanitarian Law", ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law, V. 7, I. 1, ss. 1- 49.

Byers, Michael (2007) "Köklü Değişikliğin Güçlükleri": Byers, Michael/ Nolte, Georg (Editörler), Denk, Erdem (Çeviri Editörü), ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri, Ankara, Phoenix, ss. 1- 25.

Cassese, Antonio (1990) "Remarks on Scelle's Theory of Role Splitting (dedoublement fonctionnel) in International Law", European Journal of International Law, V. 1, ss. 210- 231.

Cassese, Antonio (1998) "On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law", European Journal of International, V. 9, N. 1, ss. 2- 17.

Cassese, Antonio (1999) "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", European Journal of International Law, C. 10, ss. 144- 171.

Cassese, Antonio (2000) "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?",

European Journal of International Law, V. 11, I. 1, ss. 187- 216.

Cassese, Antonio (2004) "The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality": Romano, Cesare/ Nollkaemper, André/ Chan, Loretta (2016) "The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law", 6 Southampton Student Law Review, V. 6, S. 44, ss. 44- 71.

Cengiz, Serkan (2005) "14 No'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 56, ss. 341- 358.

Chan, Loretta (2016) "The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law", Southampton Student Law Review, V. 6, S. 44, ss. 44- 71.

Charlesworth, H.C.M. (1983- 1987) "Customary International Law and the Nicaragua Case", Australian Year Book of International Law, V. 11, ss. 1- 31.

Cheng, Bin (1965) "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' Customary Law?", The Indian Journal of International Law, V. 5, ss. 23- 112.

Chigara, Ben (2000) "International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law", Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, V. 22, N. 4, ss. 433- 452.

Churchill, Robin/Scott, Joanne (2004) "The Mox Plant Litigation: The First Half-Life", International and Comparative Law Quarterly, V. 53, N. 3, ss. 643- 676.

Clapham, Andrew (2010) "The Role of the Individual in International Law", The European Journal of International Law V. 21, N. 1, ss. 25- 30.

Crootof, Rebecca (2016) "Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties", Yale Journal of International Law, V. 41, I. 2, ss. 237- 299.

Cunningham, Andrew J. (1994) "The European Convention on Human Rights, Customary International Law and the Constitution", The International and Comparative Law Quarterly, V. 43, N. 3, ss. 537- 567.

Czapliński, Władysław (2018) "Customary International Law on the Use of Force",

Wroclaw Review of Law, Administration & Economics, V. 8, I. 2, ss. 97- 111.

Çağıran, Mehmet Emin (2007) "14 No.lu Protokol Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Denetim Sisteminde İyileştirme Çalışmaları", SÜİİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S. 1, ss. 1- 29.

Çalık, Etem (2017) "İnsan Hakları Meselesinin Gelişimi ve Siyasi ve Sosyal Faktörlerle İlişkisi", 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Eğitim Bilimleri ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 6, S. 16, ss. 41- 68.

Çam, Esat (1987) "Çok Uluslu Şirketler ve Gelişen Ülkeler", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, V. 45, S. 1-4, ss. 93- 120.

Çamyamaç, Anıl (2014- Basım Yılı: Şubat 2016) "1997 Tarihli 'Birleşmiş Milletler Uluslararası Suyollarının Seyrüsefer-Dışı Kullanım Hukukuna İlişkin Sözleşme'nin Yürürlüğe Girişine Dair Kısa Bir Değerlendirme" D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C. 16, S. 2, s. 1- 44.

Collins, Edward/Rogof, Martin (1986) "The Gulf of Maine Case and the Future of Ocean Boundary Delimitation", Me. L. Rev., V. 38, N. 1, ss. 1- 48.

Darcy, Shane (2018) "The Principle of Legality at the Crossroads of Human Rights and International Criminal Law": deGuzman, Margaret M. / Amann, Diane Marie, Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas, Oxford, Oxford University Press, ss. 203- 226.

Danilenko, Gennady M. (1988) "The Theory of International Customary Law", German Yearbook of International Law, V. 31, I. 9, ss. 9- 47.

Dahlman, Christian (2012) "The Function of Opinio Juris in Customary International Law", Nordic Journal of International Law, V. 81, I. 3, ss. 327- 339.

De Baere, Geert/ Chané, Anna- Luise/ Wouters, Jan (2016) "International Courts as Keepers of the Rule of Law: Achievements, Challenges, And Opportunities", New York University Journal of International Law & Politics, V. 48, I. 3, ss. 715- 793.

Demir, İsmail (2018) "Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Feshi", Türkiye Barolar Birliği

Dergisi, Y. 31, S. 136, ss. 327- 358.

Dinstein, Yoram (1966) “Par in Parem non Habet Imperium”, Israel Law Review, V. 1, I. 3, ss. 407- 420.

Dothan, Shai (2018) “The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights”, Fordham International Law Journal, V. 42, ss. 765- 794.

Dunbar, N. C. H. (1983) “The Myth of Customary International Law”, Australian Year Book of International Law, V. 8, S. 1, ss. 1- 19.

Elias, Olufemi (1995) “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, The International and Comparative Law Quarterly, V. 44, N. 3, ss. 501- 520.

Engle, Eric Allen (2004) “The Transformation of the International Legal System: The Post-Westphalian Legal Order”, Quinnipiac Law Review, V. 23, N. 23, ss. 23- 45.

Erdal, Selcen (2010) “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, s. 149, ss. 147- 206.

Erdem, Mete (2015) “İnsancıl Hukukta Martens Kaydı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, ss. 211- 286.

Erdem, Mustafa Ruhan/ Korkmaz, Ömer (2003) “Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İhlali”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 2, ss. 182- 212.

Eren, Abdurrahman (2016) “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 33, s. 231- 301.

Erickson, Richard J. (1975) “Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law”, Case Western Reserve Journal of International Law, V. 7, I. 2, ss. 148- 168.

Erkiner, Hakkı Hakan (2012) “Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klasik Dönemdeki Öğreti”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, ss. 51- 146.

Ertuğrul, Ümmühan Elçin (2017) "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine Göre Kıyı Devletinin Egemen Hakları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXI, S. 1, ss. 41- 71.

Forster, Malcolm J. C. (2003) "The Mox Plant Case- Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea", Leiden Journal of International Law, V. 16, N. 3, ss. 611- 620.

Francioni, Francesco (1999) "Customary International Law and the European Convention on Human Rights", Italian Yearbook of International Law, V. 9, I. 1, ss. 11- 25.

Garibian, Sévane (2007) "Crimes Against Humanity and International Legality in Legal Theory after Nuremberg", Journal of Genocide Research, V. 9, I. 1, ss. 93- 111.

Gautier, Philippe (2004) "The International Tribunal for the Law of the Sea: Activities in 2003", Chinese Journal of International Law, V. 3, N. 1, ss. 241- 266.

Ginsburg, Tom (2004) "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking", Virginia Journal of International Law, V. 45, S. 3, ss. 631- 673.

Giustini, Anthony (1985) "Compulsory Adjudication in International Law: The Past, The Present, and Prospects for the Future", Fordham International Law Journal, V. 9, I. 2, ss. 213- 256.

Gourgourinis, Anastasios (2011) "The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication", Journal of International Dispute Settlement, V. 2, N. 1, ss. 31– 57.

Gönlübol, Mehmet (1956) "1951 İngiliz-Norveç Balıkçılık Davası", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 11, S. 4, ss. 151- 157.

Gözler, Kemal (1998) "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 15, ss. 207- 242.

Gözler, Kemal (2006) "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 3, ss. 131- 166.

Gülgeç, Yahya Berkol (2015) "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı

Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 117, ss. 379- 418.

Güneş, Ahmet M. (2012) "Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S. 1, ss. 83- 114.

Güneysu, Gökhan (2012) "Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", Ankara Barosu Dergisi, Y. 70, S. 4, ss. 93- 108.

Güneysu, Gökhan (2014) "Uluslararası Hukuka Sosyolojik Bakış: Georges Scelle ve Uluslararası Hukuk Kuramı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. 16, ss. 4117- 4137.

Hakimi, Monica (2017) "Constructing an International Community", American Journal of International Law, V. 111, I. 2, ss. 317- 356.

Hayashi, Mika Nishimura (2008) "The Martens Clause and Military Necessity": Hensel, Howard M. (Editor), The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict, First Edition, USA, Ashgate, ss. 135- 159.

Henckaerts, Jean-Marie (2005) "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict", The International Review of the Red Cross, V. 87, N. 857, ss. 175-212.

Heringa, Aalt Willem (1996) "The Consensus Principle - The Role of Common Law in the ECHR Case Law" Maastricht Journal of European and Comparative Law, V. 3, N. 2, ss. 108- 145.

Higgins, Rosalyn (1968) "Policy Considerations and the International Judicial Process" International and Comparative Law Quarterly, V. 17, N. 1, ss. 58- 84.

Hovell, Devika (2004) "Chinks in the Armour: International Law, Terrorism and the Use of Force", University of New South Wales Law Journal, V. 27, N. 2, ss. 398- 427.

Ioannidis, Michael (2011) "A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law", German Law Journal, V. 12, N. 5, ss. 1175- 1202.

Jacobs, Francis G. (1969) “Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference”, The International and Comparative Law Quarterly, V. 18, N. 2, ss. 318- 346.

Jackson, Robert H. (1949) “Nuremberg in Retrospect: Legal Answer to International Lawlessness”, American Bar Association Journal, V. 35, N. 10, ss. 813- 816.

Jescheck, H. H. (2004) “The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statue”, Journal of International Criminal Justice, V. 2, I. 1, ss. 38- 55.

Kammerhofer, Jörg (2004) “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, European Journal of International Law, V. 15, N. 3, ss. 523- 553.

Karakehya, Hakan (2008) “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 2, ss. 133- 163.

Kaya, İbrahim (2005) “The Question of Sources of Law Concerning International Watercourses”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, s. 65- 82.

Kaya, İslam Safa (2017) “Nükleer Enerji Santrallerinin Uluslararası Teamül Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, C. 7, S. 1/ 1, ss. 1- 11.

Kekevi, Serkan/ Kılıçoğlu, Gökmen (2016) “Uluslararası Hukuk Açısından Çocuk Askerler ve Pkk’nın Çocuk Askerleri/ Militanları”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 74, S. 3, ss. 483- 510.

Kelsen, Hans (1941) “International Peace- By Court or Government?”, American Journal of Sociology, V. 46, N. 4, ss. 571- 581.

Kelsen, Hans (1945) “The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin”, The American Journal of International Law, V. 39, N. 3, ss. 518- 526.

Keskin, Funda (1998) “1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi’nden Doğan Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal

Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 53 S. 1, ss. 185- 205.

King, Henry T. Jr. (1998) "The Meaning of Nuremberg Case", Western Reserve Journal of International Law, V. 30, N. 1, ss. 143- 148.

Kirgis, Frederic L. (1987) "Custom on a Sliding Scale", American Journal of International Law, V. 81, I. 1, ss. 146- 151.

Kmiec, Keenan D. (2004) "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", California Law Review, V. 92, I. 5, ss. 1441- 1478.

Kocaoğlu, Serhat Sinan (2010) "Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 1, ss. 67- 93.

Kopelmanas, Lazare (1937) "Custom as a Means of the Creation of International Law", The British Year Book of International Law, I. 18, ss. 127- 151.

Korucu, Serdar (2013) "Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi", Liberal Düşünce, Y. 18, S. 69- 70, ss. 201- 225.

Kwakwa, Edward (2007) "Uluslararası Topluluk, Uluslararası Hukuk ve ABD: Üçü Bir Arada, İkisi Birine Karşı, ya da Hepsi de Bir Mi?": Byers, Michael/ Nolte, Georg (Editörler), Denk, Erdem (Çeviri Editörü), ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri, 1. Baskı, Ankara, Phoenix, ss. 29- 63.

Kunz, Josef L. (1953) "The Nature of Customary International Law", American Journal of International Law L., V. 47, ss. 662- 669.

Kuran, Selami (2005) "Savaş Gemilerinin Dokunulmazlığı ve Yargı Bağışıklığı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 25, S. 1- 2, ss. 229- 240.

Lippman, Matthew (1991) "Nuremberg: Forty Five Years Later", Connecticut Journal of International Law, V. 7, N. 1, ss. 1- 64.

Lowe, Vaughan (1989) "The Role of Equity in International Law", Australian Yearbook of International Law, V. 12, ss. 54- 81.

Lowe, Vaughan/Churchill, Robin (2002) "The International Tribunal for the Law of the

Sea: Survey for 2001", International Journal of Marine and Coastal Law, V. 17, N. 4, ss. 463- 484.

Lu, Bingbin (2004) "Reform of the International Court of Justice - a Jurisdictional Perspective", Perspectives, V. 5, N. 2, ss. 1- 13.

Lukashuk, I. I. (1989) "The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation Under International Law", The American Journal of International Law, V. 83, N. 3, ss. 513- 518.

MacGibbon, I.C. (1954) "The Scope of Acquiescence in International Law", British Year Book of International Law, V. 31, I. 143, ss. 143- 186.

MacGibbon, I.C. (1957) "Customary International Law and Acquiescence", British Year Book of International Law, V. 33, I. 115, ss. 115- 145.

Mahmoudi, Said (1989) "Customary International Law and Transit Passage", Ocean Development and International Law, V. 20, N. 2, ss. 157- 174.

Maresca, Louis G. (1996) "Case Analysis: The Prosecutor v. Tadic", Leiden Journal of International Law, V. 9, N. 1, ss. 219- 232.

Marshall, William P. (2002) "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism", University of Colorado Law Review, V. 73, I. 4, ss. 1217- 1256.

Marzen, Chad G. (2010) "The Furundzija Judgment and its Continued Vitality in International Law", Creighton Law Review, V. 43, I. 2, ss. 505- 527.

McDorman, Ted L. (1990) "The Canada-France Maritime Boundary Case: Drawing a Line Arond St. Pierre and Miquelon", American Journal of International Law, V. 84, N. 1, ss. 157- 189.

McIntyre, Owen/ Mosedale, Thomas (1997) "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", Journal of Environmental Law, V. 9, N. 2, ss. 221- 242.

McWhinney, Edward (1962) "Peaceful Co-Existence and Soviet- Western International Law", American Journal of International Law, V. 56, I. 4, ss. 951- 970.

Memiş, Emin (2000) "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 17, ss. 130- 172.

Mendelson, Maurice H. (1998) "The Formation of Customary International Law": Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, tome 272, V. 272, ss. 165- 410.

Meray, Seha L. (1958) "Kıta Sahanlığı Hakkında Cenevre Sözleşmesi (1958)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 4, ss. 80- 94.

Merkouris, Panos (2017) "Interpreting the Customary Rules on Interpretation", International Community Law Review, V. 19, S. 1, ss. 126- 155.

Meron, Theodor (1987) "The Geneva Conventions as Customary Law", The American Journal of International Law, V. 81, N. 2, ss. 348- 370.

Meron, Theodor (1995) "International Criminalization of Internal Atrocities", The American Journal of International Law, V. 89, N. 3, ss. 554- 577.

Meron, Theodor (1996) "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", The American Journal of International Law, V. 90, N. 2, ss. 238- 249.

Meron, Theodor (2000) "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience", The American Journal of International Law, V. 94, N. 1, ss. 78- 89.

Mouland, Satya T. (2019) "Rethinking Adjudicative Jurisdiction in International Law", Washington International Law Journal, V. 29, N. 1, ss. 173- 202.

Mundis, Daryl A. (2001) "The Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the ad hoc International Criminal Tribunals", International Criminal Law Review, V. 1, N. 3- 4, ss. 191- 240.

Naldi, Gino J. (1995) "Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/ Chad)", The International and Comparative Law Quarterly, V. 44, N. 3, ss. 683- 690.

Nollkaemper, André (2003) "Decisions of National Courts as Sources of International Law: An Analysis of the Practice of the ICTY": Boas, Gideon/ Schabas, William A. (Editörler), International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, ss. 277- 296.

Noortmann, Math (2002) “Globalisation, Global Governance and Non-State Actors: Researching beyond the State”, International Law FORUM Du Droit International, V. 4, N. 1, ss. 36- 40.

Norman, George/ Trachtman, Joel P. (2005) “The Customary International Law Game”, The American Journal of International Law, V. 99, N. 3, ss. 541- 580.

Ochoa, Juan Carlos S. (2008) “The ICC's Pre-Trial Chamber I Confirmation of Charges Decision in the Case of Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo: Between Application and Development of International Criminal Law”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, V. 16, N. 1, ss. 39- 58.

Odermatt, Jed (2017) “The Development of Customary International Law by International Organizations” International and Comparative Law Quarterly, V. 66, N. 2, ss. 491- 511.

Odman, Tevfik (1996) “Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, ss. 131- 151.

Orakhelashvili, Alexander (2001) “The Position of the Individual in International Law”, California Western International Law Journal: V. 31, N. 2, ss. 241- 276.

Oxman, Bernard H. (1984) “The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea”, Virginia Journal of International Law, V. 24, I. 4, ss. 809- 863.

Özdemir, Metin (2018) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmemesi ve İhlal Prosedürü (AİHS M. 46/ 4, 5)”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, ss. 133- 184.

Özman, M. Aydoğan (1978) “Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1978 Yılında Verdiği Kararlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, ss. 195- 218.

Pair, Lara M. (2001) “Judicial Activism in the ICJ Charter Interpretation”, ILSA Journal of International & Comparative Law, V. 8, I. 1, ss. 181- 222.

Panagalangan, Raul C. / Augiling, Elizabeth H. (1983) “The Privileged Status of National

Liberation Movements under International Law", Philippine Law Journal, V. 58, N. 1, ss. 44- 65.

Paust, Jordan J. (1990) "Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law of the United States", Michigan Journal of International Law, V. 12, I. 1, ss. 59- 91.

Pehlivan, Oğuz Kaan (2019) "Uluslararası Adalet Divanı'nda Görülen Davalara Dostane Katılım (Amicus Curiae) ve Dostane Mütalaa (Amicus Brief) Usulü", TAAD, Y. 11, S. 38, ss. 315- 342.

Pellet, Alain (1988-1989) "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making", Australian Year Book of International Law, V. 12, ss. 22- 53.

Petersen, Niels (2007) "Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation", American University International Law Review, V. 23, N. 2, ss. 275- 310.

Petersen, Niels (2017) "The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law", The European Journal of International Law, V. 28, N. 2, ss. 357– 385.

Pirim, Ceren Zeynep (2012) "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme", Milletlerararası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, V. 32, S. 2, ss. 147- 182.

Pocar, Fausto (2016) "International Criminal Justice and the Unifying Role of Customary Law", Uniform Law Review, V. 21, N. 2- 3, ss. 171- 176.

Pocar, Fausto (2018) "Transformation of Customary Law through ICC Practice", American Journal of International Law, V. 112, ss. 182- 186.

Posner, Eric A. / Goldsmith, Jack L. (1999) "A Theory of Customary International Law", University of Chicago Law Review, V. 66, N. 4, ss. 1113- 1177.

Rancilio, Peggy E. (1999) "From Nuremberg to Rome: Establishing an International Criminal Court and the Need for U.S. Participation", University of Detroit Mercy Law Review, V. 77, N. 1, s. 155- 196.

Roach, J. Ashley (2014) "Today's Customary International Law of the Sea", Ocean Development and International Law, V. 45, I. 3, ss. 239- 259.

Roberts, Anthea Elizabeth (2001) "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", American Journal of International Law, V. 95, N. 4, ss. 757- 791.

Romano, Cesare P. R. (1999) "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", New York University Journal of International Law and Politics, V. 31, N. 4, ss. 709- 752.

Sadat, Leila Nadya (2008) "The International Criminal Court and the Transformation of International Law": Sadat, Leila Nadya/Scharf, Michael P. (Editörler), The Theory and Practice of International Criminal Law Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni, Leiden, Brill Nijhoff, ss. 309- 324.

Sar, Cem (1966) "Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararının Hukuki Değeri", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 4, ss. 227- 274.

Sartori, Daria (2014) "Gap-Filling and Judicial Activism in the Case Law of the European Court of Human Rights" Tulane European and Civil Law Forum, V. 29, ss. 47- 78.

Sassoli, Marco/ Olson, Laura M. (2000) "The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case", International Review of Red Cross, V. 82, N. 839, ss. 733- 770.

Schabas, William A. (2011) "Synergy or Fragmentation: International Criminal Law and the European Convention on Human Rights", Journal of International Criminal Justice, V. 9, N. 3, ss. 609- 632.

Scharf, Michael P. (2010) "Seizing the 'Grotian Moment': Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change", Cornell International Law Journal, V. 43, ss. 439- 469.

Scharf, Michael P. (2014) "Accelerated Formation of Customary International Law", ILSA Journal of International & Comparative Law, V. 20, I. 2, ss. 305- 342.

Schilling, Theodor (2017) “One Mode of Judicial Law-making: Disapplying Extant International Law”, Archiv des Völkerrechts, V. 55, I. 1, ss. 65- 97.

Schwarzenberger, Georg (1946-1947) “Judgment of Nuremberg”, Tulane Law Review, V. 21, N. 3, ss. 329- 361.

Schweisfurth, von Theodor (1987) “Das Völkergewohnheitsrecht-Verstarkt im Blickfeld der Sowjetischen Völkerrechtslehre”, German Yearbook of International Law, V. 30, ss. 36- 77.

Scott, James Brown (1930) “The Individual, The State, The International Community”, Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting, V. 24, ss. 151- 179.

Shelton, Dinah (1994) “The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings”, The American Journal of International Law, V. 88, N. 4, ss. 611- 642.

Shelton, Dinah (2006) “Normative Hierarchy in International Law”, American Journal of International Law, V. 100, N. 2, ss. 291- 323.

Shenk, Maury D. / Rhoads, Carrie A. / Howe, Amy L. (1999) “International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and for Rwanda”, International Lawyer (ABA), V. 33, I. 2, ss. 549- 554.

Shifman, Bette E. (1995) “Revitalization of the Permanent Court of Arbitration”, International Journal of Legal Information, V. 23, I. 3, ss. 284- 292.

Smith, Munroe (1903) “Customary Law. I.”, Political Science Quarterly, V. 18, N. 2, ss. 256- 281.

Somers, Eddy (2002) “The Regal Regime of the Danish Straits”, The Proceedings of the Symposium on the Straits Used For International Navigation, İstanbul, Publication Number: 11, ss. 12- 19.

Tabanlı, Figen (2017) “Uluslararası Ceza Yargılamalarına Başlanabilmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Rolü”, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, S. 3, ss. 79- 104.

Talmon, Stefan (2015) "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", The European Journal of International Law, V. 26, N. 2, ss. 417- 443.

Tan, Yudan (2018) "The Identification of Customary Rules in International Criminal Law", Utrecht Journal of International and European Law, V. 34, I. 2, ss. 92- 110.

Tezcan, Durmuş (1994) "Bozkurt-Lotus Davasının Uluslararası Hukuktaki Önemi ve Yeri", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 4, ss. 267- 274.

Ticehurst, Rupert (1997) "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", International Review of the Red Cross, V. 37, N. 317, ss. 125- 134.

Theil, Stefan (2017) "Is the 'Living Instrument'Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?", European Public Law, V. 23, I. 3, ss. 587- 614.

Thomas, Katherine Reece (2000) "Non-Recognition, Personality and Capacity: The Palestine Liberation Organization and the Palestinian Authority in English Law", Anglo-American Law Review, V. 29, N. 2, ss. 228- 255.

Toluner, Sevin (2004) "Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davası'ndaki Yargı ve Meşru Müdafaa Hakkı", Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, İstanbul, Beta Basım A.Ş., ss. 437- 478.

Toope, Stephen (2007) "Güçlü ama İkna Edici Değil mi? Yapılageliş Hukukunun Gelişiminde Amerika Birleşik Devletleri'nin Rolü": Byers, Michael/ Nolte, Georg (Editörler), Denk, Erdem (Çeviri Editörü), ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri, 1. Baskı, Ankara, Phoenix, ss. 321- 353.

Topal, Ahmet Hamdi (2014) "Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, ss. 49- 74.

Topsoy, Fevzi (2013) "Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında 'Hakkaniyet İlkesi' ve Dağıtıcı Adaletin Sağlanmasındaki Rolü", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,

Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, C. 13, ss. 191- 203.

Toufayan, Mark (2005) "The World Court's Distress When Facing Genocide: A Critical Commentary on the Application of the Genocide Convention Case [Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbiaand Montenegro)]", Texas International Law Journal, V. 40, N. 2, s. 234 ss. 233- 261.

Treves, Tullio (2005) "Judicial Lawmaking in an Era of 'Proliferation' of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law?": Wolfrum, Rudiger/ Roben, Volker (Editors) Developments of International Law in Treaty Making, Berlin, Springer, ss. 587- 620.

Tunkin, G. I. (1961) "Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law", California Law Review, V. 49, I. 3, s. 424.

Turgut, Nükhet (1996) "İhtiyat İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, ss. 67- 102.

Tzevelekos, Vassilis P. / Dzehtsiarou, Kanstantsin (2016) "International Custom Making and the ECtHR's European Consensus Method of Interpretation", European Yearbook on Human Rights, V. 16, ss. 313- 344.

Uzun, Elif (2003) "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, S. 2, ss. 25- 48.

Uzun, Elif (2012) "Uluslararası Ceza Mahkemesi, Tarihçesi, Yapısı ve Mevcut Davalar": Murat, Saraçlı, Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları, 1. Baskı, Ankara, Bigbang Yayınları, ss. 41- 72.

Ünsal, Artun (1974) "Hukuk ve Toplumsal Yaşam (Hukuksal İlişkilerin Kaynakları Üzerine Bir Deneme)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, ss. 143- 166.

van Dyke, Jon M. (2002) "The Legal Regime Governing The Gibraltar Straits", The Proceedings of the Symposium on the Straits Used For International Navigation, İstanbul, Publication Number: 11, ss. 72- 85.

van Dyke, Jon M. (2009) “Transit Passage Through International Straits”: Chircop, Aldo/ McDorman, Ted L. / Rolston, Susan J. (Editörler), The Future of Ocean Regime-Building, Brill Nijhoff, ss. 175- 232.

van den hole, L. (2005) “Towards Test of the International Character of an Armed Conflict: Nicaragua and Tadic”, Syracuse Journal of International Law and Commerce, V. 32, N. 2, ss. 269- 288.

van Schaack, Beth (2008) “Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”, Georgetown Law Journal, V. 97, N. 1, ss. 119- 192.

van Schaack, Beth (2012) “Par in Parem Imperium Non Habet Complementarity and the Crime of Aggression”, Journal of International Criminal Justice, V. 10, I. 1, ss. 133- 164.

Vicuña, Francisco Orrego (2005) “Costumary International Law in a Global Community: Tailor Made?”, Estudios Internacionales, Año 38, N. 148, ss. 21- 38.

Voigt, Christina (2008) “The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law”, Retfærd Årgang 31, NR. 2/ 121, ss. 3- 25.

von Bernstorff, Jochen (2015) “Hans Kelsen on Judicial Law-Making by International Courts and Tribunals: A Theory of Global Judicial Imperialism”, Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals, V. 14, I. 1, ss. 35- 50.

von Bogdandy, Armin/ Dellavalle, Sergio (2009) “Universalism Renewed: Habermas’ Theory of International Order in Light of Competing Paradigms”, German Law Journal, V. 10, N. 01, ss. 5- 30.

von Bogdandy, Armin/ Venzke Ingo (2012) “On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority”, Amsterdam Center for International Law Research Paper N. 10, ss. 1- 29.

von Verdros, Alfred (1949) “On The Concept of International Law”, The American Journal of International Law, V. 43, N. 3, ss. 435- 440.

Vukas, Budislav (2013) “The Composition of the International Court of Justice”: Boschiero, Nerina/ Scovazzi, Tullio/ Pitea, Cesare/ Ragni, Chiara (Editörler) International

Courts and the Development of International Law: Essays in honour of Tullio Treves, The Hague, Asser Press, ss. 213- 218.

Walden, Raphael M. (1977) "The Subjective Element in the Formation of Customäy International Law", Israel Law Review", V. 12, I. 3, ss. 344- 364.

Wilner, Gabriel M. (1995-1996) "Reflections on Regional Human Rights Law", Georgia Journal of International and Comparative Law, V. 25, I. 1&2, ss. 407- 426.

Wright, Quincy (1947) "The Law of the Nuremberg Trial", American Journal of International Law, V. 41, N. 1, ss. 38- 72.

Yapıcı, Utku (2006) "Uluslararası Hukukta Terörizme Karşı Kuvvet Kullanımı Sorunu", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 2, N. 7, ss. 21- 40.

Yoo, John/ Stradner, Ivana (2018) "Customary International Law": Mayali, Laurent/ Mousseron Pierre (Editörler), Customary Law Today, Cham, Springer, ss. 315- 340.

Young, Ernest A. (2002) "Judicial Activism and Conservative Politics", University of Colorado Law Review, V. 73, N. 4, ss. 1139- 1216.

Zarbiyev, Fuad (2012) "Judicial Activism in International Law- A Conceptual Framework for Analysis", Journal of International Dispute Settlement, V. 3, N. 2, ss. 247- 278.

Ziemele, Ineta (2013) "Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights - The Method", Law and Practice of International Courts and Tribunals, V. 12, N. 2, ss. 243- 252.

Zorlu, Süleyman Emre (2016) "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşunda Tarihsel Süreç ve BM Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi Üzerindeki Yetkileri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 2, ss. 111- 152.

Sözlükler

Webster's New World Dictionary of The American Language, Collage Edition, Cleveland, The World Publishing Company.

İnternet Kaynakları

Akande, Dapo (2018) “Customary International Law and the Addition of New War Crimes to the Statute of the ICC”, Blog of the European Journal of International Law, https://www.ejiltalk.org/customary-international-law-and-the-addition-of-new-war-crimes-to-the-statute-of-the-icc/, s. 3, s.e.t. 04.01.2020.

Ammann, Odile “On the Interpretability of Customary International Law: A Response to Nina Mileva and Marina Fortuna”, https://opiniojuris.org/2019/10/07/on-the-interpretability-of-customary-international-law-a-response-to-nina-mileva-and-marina-fortuna/, s.e.t. 15.12.2019.

Budike, Jurgen, “Depoliticizing Maritime Border Disputes Trough ITLOS: The Suriname-Guyana Case”, https://www.academia.edu/11039329/Depoliticizing_Maritime_Border_Disputes_Trough_ITLOS_The_Suriname-Guyana_Case, s.e.t. 19.10.2019.

Dundua, Nugzar (2006) “Delimitation of Maritime Boundaries Between Adjacent States”, Division for Oceans Affairs and the Law of the Sea, https://www.un.org›los›dundua_0607_georgia, s. 12, s.e.t. 07.11.2019.

Guillaume, Gilbert (2000) “Address by HE Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the UN General Assembly”, http://www.icj-cij.org/files/press-releases/9/2999.pdf, s.e.t. 21.02.2018.

Hensel, Paul R./Allison, Michael E./Khanani, Ahmed (2004) “The Colonial Legacy and Border Stability: Uti Possidetis and Territorial Claims in the Americas”, In International Studies Association meeting, Montreal, s. 2, http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.542.6341&rep=rep1&type=pdf, s.e.t. 10.09.2019.

Lindberg, Tod (2014) “Making Sense of The International Community”, CFR Working Papers,http://www.css.ethz.ch/en/services/digitallibrary/publications/publication.html/177688, s.e.t. 05.12.2017.

Wheaton, Henry/ Lawrence, William Beach (1863) Elements of International Law, Second Annotated edition, https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.beal/zakn0001&div=8&start_page=1&collection=beal&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults, s.e.t. 11.12.2019.

http://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II, s.e.t. 26.12.2017.

http://www.multilateralfund.org/aboutMLF/default.aspx, s.e.t. 27.12.2017.

https://treaties.un.org, s.e.t. 16.11.2017.

https://www.icc-cpi.int, s.e.t. 16.11.2017.

https://www.globalpound.org/2018/10/24/the-singapore-convention-a-first-look/, s.e.t. 07.12.2018.

https://www.ilsa.org/jessup/jessup15/Montevideo%20 Convention. pdf, s.e.t. 09.12.2017.

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf&lang=EF, s.e.t. 19.12.2017.

https://legal.un.org/ilc/sessions/70/, s.e.t. 15.12.2019.

https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf&lang=E, s.e.t. 29.12.2019.

panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/a/v/Avrupadaveturkiyedesiviltoplum.doc, s.e.t. 01.08.2019.

https://digitallibrary.un.org/record/498842, s.e.t. 02.08.2019.

https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf, s.e.t. 05.08.2019.

https://www.gale.com/binaries/content/assets/gale-us-en/primary-sources/newsvault /gpsnewsvault_ 19thcentury_usnewspapers_corporations_essay.pdf, s.e.t. 03.08.2019.

https://mondediplo.com/1998/06/01leader, s.e.t. 03.08.2019.

https://casebook.icrc.org/case-study/statutes-international-red-cross-and-red-crescent-movement, s.e.t. 20.12.2019.

https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_states_with_nuclear_weapons, s.e.t. 29.07.2018.

http://www.multilateralfund.org/aboutMLF/default.aspx, s.e.t. 27.12.2017.

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf, s.e.t. 26.02.2019.

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2017/english/annex.pdf&lang=EFSRAC, s.e.t. 05.01.2018.

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/44/225, s.e.t. 21.02.2019.

https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135, s.e.t. 22.01.2018.

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1949_v1.pdf&lang, s.e.t. 24.03.2018.

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_16.pdf&lang=E, s.e.t. 29.01.2018.

https://www.ihffc.org/Files/en/pdf/eu_guidelines-ihl.pdf, s.e.t. 28.03.2019.

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/chp5.pdf&lang=EFSRAC, s.e.t. 28.01.2018.

http://ask.un.org/faq/14345, s.e.t. 24.07.2019.

https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jp52.htm, s.e.t. 24.07. 2019.

https://www.icrc.org/ar/download/.../sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols. pdf, s.e.t. 29.07.2019.

https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/b-gb-ust000012-0220.pdf, s.e.t. 22.11. 2018.

http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-vi/index.html, s.e.t. 19.01.2019.

http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/Statutes-of-the-Institute-of-International-Law.pdf, s.e.t. 09.07.2019.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf/, s.e.t. 20.02.2018.

http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text, s.e.t. 20.02.2018.

https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0577.pdf, s.e.t. 21.01. 2019.

https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.2_Charter%20of%20IM T%201945.pdf, s.e.t. 10.09.2019.

http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter %20of%20IMT%201945.pdf, s.e.t. 30.12.2018.

https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf, s.e.t. 02.12.2019.

https://unictr.irmct.org/en/tribunal, s.e.t. 02.12.2019.

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, s.e.t. 31.08. 2019.

http://www.icls.de/dokumente/ictr_statute.pdf, s.e.t. 31.08.2019.

http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf, s.e.t. 31.08.2019.

https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf, s.e.t. 02.12.2019.

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/agr_coop_un_en.pdf, s.e.t. 09.04.2019.

https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, s.e.t. 09.04.2019.

https://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm, s.e.t. 28.11.2019.

https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf, s.e.t. 18.07.2019.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/aihs_ekprotokoller/ek14.pdf, s.e.t. 18.07.2019.

https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/214/signatures?p_auth =Q77D R4YJ, s.e.t. 01.08.2019.

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf, s.e.t. 01.12.2018.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf, s.e.t. 25.06.2019.

https://www.oecd-nea.org/law/european-nuclear-tribunal-rules.pdf, s.e.t. 03.07.2019.

https://archive.org/details/instructionstoa00lawgoog/page/n26, s.e.t. 18.01.2019.

https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf, s.e.t. 25.12.2018.

https://www.itlos.org/the-tribunal/members/, s.e.t. 28.11.2019.

https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/AMENDMENTS/CN.651.2010-ENG-CoA.pdf, s.e.t. 29.12.2019.

http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-ceza-divani-ve-turkiye.tr.mfa,s.e.t.29.12.2019.
https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf, s.e.t. 29.12.2019.

http://www.icty.org/en/search-results?asq=amicus, s.e.t. 15.08.2019.

https://unictr.irmct.org/en/search-results?as_q=amicus, s.e.t. 15.08.2019.

https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-58, s.e.t. 15.08.2019.

https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf, s.e.t. 06.08.2019.

http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/1-insan-haklari-evrenselbeyannamesi.pdf, s.e.t. 01.12.2019.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf, s.e.t. 01.12.2019.

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf&lang=EF, s.e.t. 06.01.2018.

https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html, s.e.t. 05.08.2019.

https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html, s.e.t. 05.08.2019.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama, s.e.t. 11.03.2018.

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, s.e.t. 11.06.2019.

www.erdemdenk.com/mcmisaki.doc, s.e.t. 08.08.2018.

https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0140.pdf, s.e.t. 29.04.2019.

http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/5.pdf, s.e.t. 04.04.2019.

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf, s.e.t. 27.12.2018.

https://tr.wikipedia.org/wiki/N%C3%BCrnberg_ilkeleri, s.e.t. 19.12.2018.

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/390?OpenDocument, s.e.t. 19.12.2018.

http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_e.pdf, s.1, s.e.t. 19.12.2018.

http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, s.e.t. 04.01.2019.

https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/, s.e.t. 11.09.2019.

https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statuteinternationalcriminaltribunalforrwanda.aspx, s.e.t. 21.09.2018.

http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf, s.e.t. 29.09.2019.

http://www.un.org.tr/humanrights/tr/birlesmis-milletler-insan-haklari-belgeleri, s.e.t. 06.10.2019.

https://pcacases.com/web/send Attach/902, s.e.t. 19.10.2019.

https://www.gc.noaa.gov/documents/8_1_1958_high_seas.pdf, s.e.t. 27.10.2019.

https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Part-%203.pdf, s.e.t.

27.10.2019.

https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/01/1-02/rights-duties-states.xml, s.e.t. 08.02.2020.

https://www.ejiltalk.org/was-nuremberg-a-violation-of-the-principle-of-legality/, s.e.t. 24.03.2020.

https://amnesty.org.tr/public/icerik/multeci-haklari, s.e.t.03.09.2020.