Prof. Dr. Yusuf AKSAR

İ.İ. AKLTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
ULUSLARARASI HUKUK ANABİLİM DALI ÖĞRETİM ÜYESİ
BM ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ ARTIK MEKANİZMASI HAKİMİ

TEORİDE VE UYGULAMADA

ULUSLARARASI HUKUK

-I-

Güncellenmiş
5. Baskı

seçkin

Birinci Bölüm
ULUSLARARASI HUKUK SİSTEMİ VE ULUSLARARASI TOPLUM

I. GİRİŞ

Uluslararası toplum, İkinci Dünya Savaşı sonrası yeni bir şekillenmeye gitmiş ve özellikle 20. yüzyılın sonları ve 21. yüzyılın başlarından itibaren çok hızlı değişikliklere ve gelişmelere tanıklık etmiştir. Küreselleşme, her kurum ve sistemin mutlaka kendisine ayak uydurmasını gerektiren kaçınılmaz bir olgu olarak her yerde kendini hissettirmiştir. Soğuk Savaş sonrası, bu etki daha da artmış ve devletlerin egemen eşitliği ilkesi büyük değişikliklere uğramıştır. Haberleşme, ulaşım ve diğer alanlarda gerçekleşen teknolojik gelişmeler, dünya milletlerini daha da yakınlaştırmış, özellikle uluslararası ekonomi hukuku (uluslararası ticaret, uluslararası yatırım v.s.) alanındaki gelişmeler devletler arası sınırları ortadan kaldırıcı bir etki doğurmuştur. Bu gelişmeler paralelinde uluslararası toplumun karşılaştığı sorunlar, ne tek başına bağımsız devletlerin ne de bölgesel örgütlerin üstesinden gelebileceği boyut ve niteliktedir. Küresel düzeyde karşılaşılan ve küresel mücadeleyi gerektiren uluslararası terörizm ile mücadele, insan hakları ihlallerinin önlenmesi, uluslararası suçların sorumlularının uluslararası ve ulusal düzeyde sorumluluklarının tesisi, doğal çevrenin korunması, uluslararası ticaretin ve yatırımların adil ve insan haklarına saygılı ve çevreye duyarlı bir şekilde gerçekleştirilmesi, bahse konu olan sorunlara sadece birkaç örnektir.

Uluslararası toplumun karşı karşıya geldiği küresel sorunların çözüme kavuşturulması, temel insan haklarına ve onuruna yaraşır bir dünya ve yaşam alanının inşası açısından bakıldığında, bir uluslararası hukuk sisteminin bütün kurum ve kurallarıyla işler hale getirilmesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu görülür. İlerleyen bölümlerde uluslararası hukukun kaynakları,

andlaşmalar hukuku, uluslararası hukuk kişileri, tanıma, uluslararası hukuk-ulusal hukuk ilişkileri, ülke, uluslararası hukukta yetki, devlet dokunulmazlığı, diplomatik ve konsolosluk dokunulmazlığı gibi uluslararası hukuk sahaları detaylı şekilde ele alınacaktır. Bu bölümde uluslararası hukukun tanımı, tarihçesi, kapsamı, bir hukuk sistemi olarak temel özellikleri ve uygulama mekanizmaları üzerinde durmak yerinde olacaktır.

II. ULUSLARARASI HUKUKUN TANIMI

Geleneksel olarak uluslararası hukuk, bağımsız devletler arasındaki deniz hukuku ve savaş hukuku gibi hukuki ilişkileri düzenleyen hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır.[1] Geçtiğimiz yüzyılın ortalarına kadar, uluslararası hukuk sadece devletlerin uluslararası düzeyde hak ve yükümlülük yeteneğine sahip oldukları dikkate alınarak devletleri ilgilendiren bir hukuk alanı olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (*the Permanent Court of International Justice*), 7 Eylül 1927 tarihli Bozkurt-Lotus Davası'nda,[2] "uluslararası hukuk bağımsız devletler arasındaki ilişkileri düzenler"[3] demiştir. Bu durum o devirlerde devletler dışında herhangi başka bir varlığın olmamasından değil, uluslararası hukuk teorisinin söz konusu hukuk sahasını net biçimde devletlerle sınırlı biçimde tanımlamasından kaynaklanmıştır.[4]

Oysa günümüzde modern yaklaşım, devletler dışında uluslararası hukuk kişisi olma niteliğine sahip uluslararası örgütleri ve bireyleri de tanım kapsamına dahil etmiştir. Bu açıdan bakıldığında, en genel anlamda uluslararası hukuk, uluslararası düzeyde hak sahibi ve yükümlülük altına girebilme yeteneği olan uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk olarak tanımlanabilir. Daha özetle, uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk biçiminde ifade edilebilir.

İlerleyen bölümlerde uluslararası hukuk kişileri başlığı altında da görüleceği üzere, uluslararası hukuk kişileri denildiğinde ilk akla gelen devletlerdir. İkinci Dünya Savaşı sonrası devletlerin yanında uluslararası örgütlerin de uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğu kabul edilmiştir. Uluslararası örgütlerin en önemli örneğini teşkil eden ve evrensel nitelikli bir örgüt olan Birleşmiş Milletlerin uluslararası hukuk kişiliği, bizzat Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Davası*'nda[5] tescil edilmiştir.

Devlet niteliği taşımayan bazı insan topluluklarının da uluslararası alanda

hak sahibi olmalarına ve yükümlülük altına girmelerine tanık olunmaktadır. Dolayısıyla, bu gibi topluluklar da hiç şüphesiz uluslararası hukuk kurallarının kendine uygulanacağı muhatapları arasında yer almaktadırlar. Kurtuluş Hareketleri, bu anlamda Filistin Kurtuluş Örgütü çarpıcı bir örnek olarak zikredilebilir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası insan haklan hukuku ve uluslararası ceza hukuku alanında uluslararası toplumun kaydettiği gelişmeler ve gerçekleştirdiği uygulamalar, bireyleri de uluslararası alanda hak sahibi yapmakta ve yükümlülük veya sorumluluk altına sokmaktadır. Günümüzde hiç şüphesiz bireyler, uluslararası hukuk kişileri arasındaki yerlerini almışlardır. İnsan haklarının korunması, işkencenin önlenmesi, soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen suçlar veya savaş suçları nedeniyle gerek ulusal gerekse uluslararası seviyede yargılamaların yapılması, böyle bir gelişimin doğal sonucudur.

Uluslararası alanda özellikle son otuz yıl içerisindeki uluslararası hukuk ve uluslararası hukuk kişileri konusundaki gelişmeler dikkate alındığında, artık uluslararası hukukun bir devletler hukuku olarak tanımlanmasının mümkün olmadığı, devletlerle birlikte diğer uluslararası hukuk kişilerinin de hukuki ilişkilerinin düzenlendiği bir hukuk sahası olarak tarif edilme zorunluluğu ortadadır. Ayrıca, yukarıda da belirtildiği üzere, uluslararası kişilik kavramının da zaman içerisinde genişlemeye uygun olduğu, dolayısıyla uluslararası hukuk sisteminin uygulama sahasının da genişlediği hususu göz ardı edilmemelidir.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA TERİM SORUNU

Uluslararası hukukun doğuşu, gelişimi, rolü, önemi, diğer hukuk sistemleri ve hukuk dallarından farklı yönlerine değinmeden önce, bizzat uluslararası hukukun kendisi ile ilgili terim sorununa kısaca değinmekte fayda vardır.

Türk hukuk literatürüne bakıldığında, uluslararası hukuk ile aynı anlama gelmek üzere farklı kavramlara yer verildiği görülür. Osmanlı İmparatorluğu döneminde *Hukuk-u Düvel* terimi tercih edilirken, Cumhuriyet döneminde *Devletler Umumi Hukuku, Devletler Hukuku, Milletlerarası Hukuk ve Uluslararası Kamu Hukuku* terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.[6] Uluslararası hukuk alanındaki akademisyenlerin farklı kavramlar kullanması

yanında, gerek eğitim programlarında gerekse akademik yapılanmalarda da değişik isimlerin kullanıldığına tanıklık edilmektedir. Örneğin, hukuk fakülteleri ve uluslararası ilişkiler bölümlerinde anabilim dalı *Devletler Umumi Hukuku* veya bazı hukuk fakültelerinde ise *Milletlerarası Hukuk* veya *Milletlerarası Kamu Hukuku* olarak adlandırılmaya devam etmekte, ders programlarında özellikle İngilizce eğitime ağırlık verilen üniversitelerde Uluslararası Hukuk anlamına gelen *International Law* ifadesi kullanılmaktadır.

Hukuki açıdan her bir terimi kısaca değerlendirmek gerekir ise; *Devletler Umumi Hukuku*, uluslararası hukuku sadece devletlerle ve de *Umumi (Genel)* kavramıyla da kapsam, uygulama ve anlam bakımından son derece sınırlandırmaktadır. *Milletlerarası Hukuk* kavramında, "millet" kelimesine yapılan vurgu özellikle Osmanlı İmparatorluğu yönetim şekli olan "millet sistemi"nde olduğu gibi dini özellikleri ön plana çıkaran bir topluluk anlamı taşıdığından, günümüz uluslararası hukuk anlamını ve uygulama sahasını tam olarak kapsamaktan çok uzaktır. *Uluslararası Kamu Hukuku* ifadesi ise, uluslararası hukuku sanki iç hukukta yapılan klasik özel hukuk-kamu hukuku ayrımının uluslararası düzeyde kabulü şeklinde bir anlayışı akla getirmektedir. Oysa Anglo-Sakson hukuk uygulamasına bakıldığında uluslararası hukuk eğitiminde herhangi bir uluslararası kamu hukuku veya uluslararası özel hukuk ayrımına rastlanılmamaktadır. *Common law* geleneğinde, *Uluslararası Özel Hukuk (Devletler Hususi Hukuku, Private International Law)* sadece ve sadece *Kanunlar İhtilafı Hukuku (Conflict of Laws)* karşılığı olarak kullanılmakta olup doğrudan doğruya bir iç hukuk (ulusal hukuk) konusudur. Kaldı ki uluslararası hukuk alanlarının ve uygulamalarının, iç hukuk mantığıyla kamu hukuku-özel hukuk gibi tasnif edilmesi de günümüz gerçeklerine ters düşmektedir. Örneğin, uluslararası hukukun son yıllarda en yaygın uygulama alanı bulan uluslararası ekonomi hukukunun alt dalları niteliğindeki uluslararası ticaret hukuku ile uluslararası yatırım hukukunun uluslararası kamu hukuku veya uluslararası özel hukuk ayrımına tabii tutulması yönündeki bir yaklaşım Anglo-Sakson hukuk geleneğinde hiçbir anlam ifade etmez.

Hukuki açıdan farklı anlamları ihtiva edebilecek nitelikte değişik terimlerin kullanılması, günümüz modern uluslararası hukuk anlayışının kabul edebileceği bir yaklaşım olamaz. Özellikle hukukun yorumlanması ve uygulanması söz konusu olduğunda farklı terimlerin kullanılması bir dil zenginliği olarak ifade edilemez. Yapılması gereken, bütün kavramların

herhangi bir anlam farkı oluşturmadan tek bir terimle ifade edilmesidir. Kanaatimizce en uygunu da *Uluslarası Hukuk (International Law)*tur. Yukarıda belirtilen uluslararası hukukun tanımı ve kapsamı çerçevesinde, bu yaklaşımın ne kadar haklı olduğu ve uluslararası hukuk sahasının ne sadece devletleri ne de milletleri kapsadığı gerçekliğiyle de uyum içerisinde bulunduğu açıktır. Aksi bir durum, uluslararası hukuk sistemini sınırlayan ve 1950'lerin dünyasını yansıtan bir anlayış olmaktan öteye geçemez.

IV. ULUSLARARASI HUKUK SİSTEMİNİN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

Uluslararası hukuk ne zaman doğmuştur? Hangi safhalardan geçerek günümüzde bir hukuk sistemi haline gelmiştir? Elbette, bakış açışı ve uluslararası hukuk terimine ne anlam verildiğine bağlı olarak uluslararası hukukun başlangıcına dair farklı tarihler, dönemler gösterilebilir. Eğer uluslararası hukuk, uluslararası ilişkilerin öngörülebilmesini sağlayan yöntem veya araçlar olarak kabul edilir ise, uluslararası hukukun başlangıcı insanlık tarihiyle eşdeğerdir. Eğer, uluslararası hukuk, topluluklar arası ilişkileri düzenleyen maddi davranış kurallar bütünü olarak algılanırsa, o zaman da uluslararası hukukun doğumu klasik dönemin sonları ve Orta Çağ'a tekabül eder. Uluslararası hukuk sadece ve sadece devletlere uygulanan ilkeler/kurallar bütünü kabul edildiğinde ise, 17. yüzyıl uluslararası hukukun başlangıç dönemi olacaktır. Bu algılamaların dışında uluslararası hukuk, hukukun üstünlüğüne dayalı tek bir topluluğa (uluslararası topluluk) uygulanan kurallar olarak tanımlanır ise, uluslararası hukukun en erken başlangıcı 19. yüzyıldır. Eğer, uluslararası hukuk, bir dünya hükümeti, yargı organlarının kararları veya yürürlüğe koyulan kurallar olarak tanımlanır ise, uluslararası hukukun doğumu için biraz daha beklemek gerekecektir. Belki de bu anlamda bir uluslararası hukuk için çok daha fazla süreye ihtiyaç duyulacaktır.[7]

A. Uluslararası Hukukun Doğuşu — İlk Yıllar

Yukarıdaki algılamalar neticesinde, bazı uluslararası hukukçular, uluslararası hukukun başlangıcı olarak eski Çin, Yunan şehir devletleri, Hindistan ve Perslerin kendi toplulukları dışındaki toplumlarla ilişkilerini

kabul ederlerken, bazıları ise M.Ö. 3100'lü yıllarda andlaşma yapan Mezopotamya topluluklarına dikkat çekmektedirler.[8] Bir grup hukukçu ise, uluslararası hukukun başlangıç noktasını Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nin oluşumunda ağırlıklı bir etkisi bulunan Roma Hukukunda aramaktadır. Bilindiği üzere, Roma Hukuku kendi içerisinde bir ayrım yapmaktadır: Roma vatandaşlarına uygulanan hukuk veya vatandaşlar hukuku anlamında *jus civile* ve Romalıların egemenliği altında yaşayan ama Romalı olmayanlara uygulanan kavimler hukuku anlamında *jus gentium*.[9] *Jus gentium*, sanıldığının aksine, devletler hukuku ile karıştırılmamalıdır. *Jus gentium*, *jus civile*'nin bazı kurallarının Roma'ya bağlı olmak kaydıyla yabancılara da uygulanmasına imkan sağlamaktadır. Diğer bir deyişle, bu kuralların uygulama alanı, Roma vatandaşlarını aşmakta ve bütün uyrukları içermektedir. *Jus gentium*, yabancılarla ilişkilerin meydana getirdiği ihtiyaçlardan doğduğu için, özellikle ticari hayatın gerektirdiği hukuki ilişkileri düzenleyen kurallardan oluşmaktadır. Bu sebeple, şahsın hukuku, aile hukuku ve miras hukuku gibi hukuk alanlarıyla ilgili kurallar bu kapsamda değildir.[10]

Evrensel nitelikli dinlerin ortaya çıkışı ile birlikte, daha geniş çaplı dünya düzeni sistemlerini içeren uygulamalara tanıklık edilmeye başlanmıştır. Bu anlamda en çarpıcı örneklerden birisi 7. yüzyıl ve sonrasında karşılaşılan İslam İmparatorluğu olmuştur. Bu sistem içerisinde İslam dünyası içerisindeki (the *Dar-ül Islam* veya '*House of Islam*') devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar. bu dünyanın dışında kalan devletlerle (the *Dar-ül Harp* veya '*House of War*') olan ilişkileri düzenleyen kurallardan kat kat daha fazladır. Bununla birlikte, mevcut kural ve düzenlemeler, Müslüman olmayan devletlerle ve bireylerle ne tür ilişkilerin yürütüleceğinin önceden öngörülmesi/veya öngörülebilir olması nedeniyle kayda değerdir.[11] Bu noktada, İslam hukukunun özellikle ve barış hukuku anlamında İslam devletinin diğer devletlerle yapmış olduğu geçici barış anlaşmaları ve silahlı çatışmalarda uyulacak savaş hukuku kurallarını önemli uygulama örnekleri olarak ifade etmek gerekir.[12]

Tarihsel olarak insanlık tarihiyle eş değer bir gelişme gösterdiği iddia edilip savunulsa dahi, hukukçular arasında yaygın biçimde uluslararası hukukun başlangıcı olarak, bağımsız/egemen devlet sisteminin ortaya çıktığı 1648 Westphalia (Andlaşması) Barışı[13] kabul görmektedir.[14] Avrupa'da Otuz Yıl Savaşları'nı (1618-1648) sona erdiren Westphalia Barışı'nın en önemli özelliği *Jean Bodin*'in (1530-1596)[15] fikirlerinin kabulüydü.

Bodin'e göre, krallar ve devletleri, hukuki eşitlerdir ve birbirlerinden bağımsız biçimde egemenlik haklarından faydalanabilirler. Devletler, dini veya herhangi bir sebeple diğer devletlerin iç işlerine müdahale edemezler. Westphalia'dan sonra, egemen eşit devletler arasında ilişkilerin düzenlenebilmesi amacıyla yeni kurallar bütününe ihtiyaç duyulmuştur. Papa veya İmparator gibi herhangi bir üst düzey yetkiliye ihtiyaç duyulmaksızın, egemen krallar, eşitler arasındaki diğer devletlerle ilişkilerini düzenleyen dikey nitelikli değil fakat yatay nitelikli kurallara ihtiyaç duymuşlardır.[16]

B. Uluslararası Hukuka İlişkin Klasik Yaklaşımlar: Tabii (Doğal) Hukuk ve Pozitivist Hukuk Görüşü

Hukuk felsefesi açısından uluslararası hukukun gelişim sürecine bakıldığında, diğer hukuk dallarında olduğu gibi uluslararası hukukun varlığını açıklamaya çalışan iki temel görüş bulunmaktadır: Tabii (doğal) hukuk (*natural law*) görüşü ve pozitivist hukuk (*pozitivist law*) görüşü.

Tabii hukuk görüşü, eski Yunan kaynaklı olup tabiatın kendi kuralları ve düzeni bulunduğunu, dolayısıyla da bireylerin ve devlet ilişkilerinin yürütülmesi bakımından da tabii hukuk kurallarının etkin olduğunu kabul etmektedir. Bu kurallar tabiatın içerisinde mevcut olup, mantık ve akıl yoluyla rahatlıkla tespit edilebilir.[17] En geniş anlamıyla, tabii hukuk görüşü içerisinde yer alan teorilerin temel vurgusu, hukuk ile ahlak/moral değerler arasında bir ilişkinin kurulmasıdır. Felsefi anlamda hukuk nedir? sorusuna cevap verirken tabii hukuk anlayışı, hukuki sebep-ahlaki sebep, hukuki yükümlülük-ahlaki yükümlülük, hukuki geçerlilik ahlaki geçerlilik v.b. bağlantıları zorunlu şekilde açıklamaya çalışır. Hukuk ve ahlak arasındaki ilişki, usul hukuku, maddi hukuk, laik anlayış, bazen de dini temellere dayandırılmaktadır. Her ne temele dayanırsa dayansın, tabii hukuk görüşü içerisinde yer alan farklı teorilerin hepsinin ortak özelliği pozitivist hukuk görüşüne karşı olmaktır.[18]

Tabii hukuk görüşünün en kolay eleştirilebileceği yönleri şu şekilde belirtilebilir; çok geniş kapsamlı olması, günlük hayatta karşılaşılan sorunları çözmeye elverişli olmaması ve devlet yönetiminde bulunan kişilerin kendi çıkarları doğrultusunda tabii hukukun moral değerlerini kolayca kullanabilmeleri.[19] Herkesin mantık ve akıl kuralları çerçevesinde tespit edebileceği tabii hukuk kurallarının varlığının kabul edilmesi, uluslararası toplumun ihtiyaçlarının karşılanması bakımından, devletlerin büyük oranda

üzerinde uzlaşabileceği kurallar bütününü oluşturmak için yetersiz kalacaktır. Böylesi bir görüşün de uluslararası hukuk sistemi gibi bir sistemin dayanağını teşkil etmekte acze düşeceği ortadadır.[20] Bununla birlikte, 17. yüzyıl öncesi birçok hukukçu, uluslararası hukukun dayanağı olarak tabii hukuk görüşünü benimsemiştir.[21]

17. ve 18. yüzyıllarda tabii hukuk görüşüne karşı pozitivist görüş (*pozitivist* veya *consensual theory*) ortaya çıkmış ve bu görüş özellikle 19. ve 20. yüzyılın başlarında ağırlığını hissettirmiştir. Pozitivist görüşe göre, uluslararası hukukun bağlayıcılığı devletlerin rızalarından kaynaklanmaktadır. Hukuk, devletlerin gerçek uygulamalarından doğmaktadır. Devletlerin rızaları olmadan herhangi bir uluslararası hukuk kuralının oluşması mümkün değildir. Bu nedenle, bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin kendilerinden önceki mevcut hukuk kuralları ile bağlılığı düşünülemez. Pozitivist düşünceye göre, devletlerin rızaları değişik şekillerde tezahür edebilir. Uluslararası andlaşmalarda bu rıza açık/sarih (*express*) irade beyanı veya örf-adet hukukunda ise örtülü/kapalı/zımni (*implied*) irade beyanı biçiminde gerçekleşebilir.[22] Pozitivist düşünce oldukça basit, fakat modern devletin egemen eşitliği ilkesine yaptığı vurgu ile pratik bir yaklaşımı ifade etmektedir. Avrupa'daki güçlü devletlerin pozitivist düşünce görüşünü benimsemelerinin temelinde işbu görüşün çıkarlarına uygun düşmesi ve istedikleri gibi kuralları yapabilmelerine imkan tanıması yatmaktadır.[23]

20. yüzyılda pozitivist düşünce denildiğinde akla ilk gelen, meşhur hukukçu ve hukuk felsefecisi *Hans Kelsen* (1881-1973)'dir.[24] *Kelsen,* pozitivist hukuk görüşü içerisinde *normcu teori* diyebileceğimiz teorinin kurucusudur ve hukuk düzeninin bir kurallar hiyerarşisinden oluştuğunu savunmaktadır. Kurallar hiyerarşisinin en üstünde de temel kural (*grundnorm*) yer almaktadır. Kelsen'e göre, temel kural, ahde vefa ilkesidir (*pacta sunt servanda*).[25]

Uluslararası hukuk açısından pozitivist hukuk görüşü hem teori hem de pratik açıdan eleştirilebilir. Öncelikle, hukuk teorisi perspektifinden değerlendirme yapıldığında normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan temel kural veya *pacta sunt servanda* ilkesinin kaynağının ne olduğu sorusuna herhangi bir cevap verilememektedir.[26] Uluslararası hukuk uygulamaları açısından konu ele alındığında, devletlerin hukuki yükümlülüklerinin varlığını sadece rızalarının veya irade beyanlarının mevcut olup olmaması ile açıklamak mümkün değildir. Zira son 20-30 yıl içerisinde yeni bağımsızlığını elde eden birçok devlet vardır ve bu devletler herhangi bir irade açıklamaları

olmamasına rağmen, kendilerinden önce mevcut olan uluslararası örf-adet hukuku kuralları ile de bağlıdır.[27]

Pozitivist hukuk görüşü hukuk tarihi açısından belli bir dönem zirveye çıkmış olmasına rağmen, tabii hukuk görüşünü de tamamen ortadan kaldıramamıştır. Tabii hukuk görüşü, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan hakları hukuku alanında meydana gelen gelişmeler ışığında yeniden ve son derece önemli ve etkin biçimde tekrar gündeme gelmiştir.[28]

Uluslararası hukukun gelişiminde hiç şüphesiz, hangi hukuki görüşü savunursa savunsun hukukçuların (*publicists* veya *legal commentators*) katkısı tartışılmaz bir yer ve öneme sahiptir. Ancak, birçok modern uluslararası hukukçu, diğer hukukçulardan farklı olarak bir uluslararası hukukçuya daha özel bir önem vermekte ve kendisini uluslararası hukukun kurucusu (*father of international law*) olarak nitelendirmektedir. Adı geçen uluslararası hukukçu, kolayca hatırlanacağı üzere, Hollandalı yazar, diplomat ve hukukçu kimliklerini beraberinde taşıyan *Hugo Grotius* (1583-1645)[29] dur. *Grotius*, tabii hukuk ve pozitivist hukuk görüşlerinin birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olduğunu ve devletlerin her ikisine de uygun hareket etmesi gerektiğini belirterek bir anlamda o zamana kadar birbirine meydan okuyan iki görüş arasında bir köprü kurmuştur. *Grotius*, devletlerin tabii hukuk ilkelerini dinden/teolojiden ayrı biçimde dikkate alarak andlaşmalar ve örf-adet düzenlemeleri aracılığıyla bir uluslar hukuku (*law of nations*) geliştirmelerini savunmuştur.[30] *Hugo Grotius*'un gerçekten uluslararası hukuk alanında getirdiği en önemli yenilik ve adının hak ettiği nama kavuşmasının temel sebebi, Roma Hukukunda sözü edilen eski *jus gentium* anlayışını oldukça farklı ve önemli biçimde uluslar hukuku (*law of nations*) olarak literatüre giren hukuk sahasına dönüştürmesidir.[31]

C. Uluslararası Hukuka İlişkin Modern Yaklaşımlar: Realist ve Liberal Görüşler

Geçmişte, hukukçular özellikle uluslararası hukukun niteliği ve kaynakları üzerinde durmuşlar ve uluslararası hukuk kurallarına, bu kuralların oluşumuna önemli katkılarda bulunmuşlardır. Günümüz modern hukukçuları ise, uluslararası hukukun gerçekten önemli bir yerinin olup olmadığını tartışır nitelikte uluslararası hukuka daha eleştirel bakmışlardır. İçerisinde çok farklı anlayışları ve görüşleri benimseyenler olmakla birlikte, uluslararası hukuka ilişkin günümüz görüş veya teorileri iki büyük grup altında toplamak

mümkündür: Realistler ve liberaller.[32]

Realistler, uluslararası hukuk hakkında şüpheci bir yaklaşıma sahip olup, güç kavramına ağırlık vermekte, uluslararası politikayı bir güç ve iktidar mücadelesi olarak görmektedirler. Realistler, kuvvetli bir entelektüel geleneğe sahiptirler ve taraftarları arasında 16. yüzyılın başları Floransa'sının *Machiavelli*'si[33] ve 17. yüzyıl İngiltere'sinin *Thomas Hobbes*'u[34] bulunmaktadır.[35] Realist akım, Milletler Cemiyeti'nin dağılması ve 1945'te kurulan Birleşmiş Milletler sisteminin savaşları önlemede, daha genel bir deyişle uluslararası barış ve güvenliği korumada yetersiz kalması nedenleriyle Amerika'da belli bir süre zirvede kalmış ve diğer devletleri de etkisi altına almıştır.[36] Realist düşünce, dünyada gerçekleşen her olayı güç açısından değerlendirmesi, devletleri her türlü alanda, özellikle güvenlik ve kuvvet konularında akıllıca hareket eden tek aktörler olarak kabul etmesi, her şeyi karanlık ve geleceği geçmişte yaşanan savaşlar dolayısıyla düşmanca görmesi, uluslararası hukuku güçlü devletlerin hukuku olarak kabul etmeleri temelinde şiddetle eleştirilebilir.[37] Diğer yandan uluslararası hukuku güçlülerin hukuku olarak nitelendiren realist düşünce, siyasi, hukuki ve askeri açıdan çok da güçlü olmayan devletlerin uluslararası hukuk kurallarına bağlı olmalarını da açıklamaktan uzaktır.[38]

Liberal düşünce taraftarları, dünyada bir düzenin kurulmasını sağlayan bir sistem olarak uluslararası hukuku ön plana çıkarmakta ve gittikçe birbirine bağımlılığın ve küreselleşmenin egemen olduğu günümüzde bu hukuk sahasının önemli rol oynayacağını ifade etmektedirler.[39] 1970'ler ve 80'lerden sonra hızlı bir küresel bağımlılık oluşmuş ve özellikle dünya ekonomisi bağlamında güçlü işbirliği oluşmaya başlamıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası örgütlerin (*international governmental organizations:* IGOs) sayısında önemli bir artış olmuştur. Evrensel düzeyde Birleşmiş Milletler ve bölgesel düzeyde Avrupa Birliği, Afrika Birliği ve Amerikan Devletler Örgütü gibi oluşumlar uluslararası barışın ve güvenliğin korunmasına, ekonomik entegrasyonun sağlanmasına önemli katkılarda bulunmuşlardır. Uluslararası sivil toplum kuruluşları (hükümet dışı kuruluşlar, *non-governmental organizations:* NGOs), ilgileri kapsamına giren uluslararası hukuk sahalarına ilişkin hukuk kurallarının oluşumu ve uluslararası hukukun gelişimi açısından son derece önemli görevler icra etmişlerdir. Söz konusu önemi en çarpıcı biçimde göstermesi bakımından son örneklerden birisi olarak *Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu* (*The Coalition for the International Criminal Court*)[40] burada belirtilebilir.

İşkencenin önlenmesi, insan haklarının dünya genelinde iyileştirilmesi anlamında *Uluslararası Af Örgütü* (*Amnesty International*) ve *İnsan Hakları İzleme Örgütü* (*Human Rights Watch*) ile özellikle iklim değişikliği ve çevrenin korunması konularına dikkat çeken *Yeşil Barış Örgütü* (*Greenpeace*) gibi uluslararası kuruluşlar da önemli örnekler olarak zikredilebilir.

Soğuk Savaş Dönemi'nin sonlarına doğru uluslararası hukukta inşacı teori (*constructivism, constructivist theory*) olarak adlandırılabilecek yeni bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu görüşün taraftarları, insanların, fikirlerin üretilmesi ve paylaşılması sosyal süreci sonucunda dünyayı oluşturduklarını/kurduklarını savunmaktadır. Bu görüşe göre, anarşi ortamının varlığına rağmen, dünya, sosyal etkileşim neticesi oluşan normlar ve kuralların zaman içerisinde sürekli nitelikli bir yapıya dönüşmesi neticesinde düzene kavuşmaktadır. Bu sayede uluslararası toplumun sosyal yapısı veya düzeni ortaya çıkmakta ve şekillenmektedir. Hatta bazı inşacı teori taraftarları, dünyadaki kalabalık insan yığınlarını kapsayan özel bir kimlikten söz etmektedirler ki, bunun da adı *küresel sivil toplum/topluluğu*dur (*global civil society*). Bu topluluk içerisinde devletlerden/hükümetlerden bağımsız hareket eden bireyler ve insan hakları, çevre, iklim değişikliği, uluslararası ticaret ve silahsızlanma gibi uluslararası etkiye sahip konularda aktif, ulusal sınırları aşan uluslararası sivil toplum örgütleri (NGOs) yer almaktadır.[41]

Küresel sivil toplum anlayışının yükselişiyle yakından ilgili ve inşacı teori taraftarlarınca desteklenen bir diğer husus da, *küresel yönetim* anlayışının (*global governance*) rolü ve önemidir. Bu bağlamda, egemenlik hakları zayıflatılmış devletler, uluslararası örgütler ve uluslararası sivil toplum kuruluşları, çok farklı sorunlarla ilgili küresel hukuk ve küresel politikada etki gücüne sahip, fakat zayıf bir uluslarüstü otoriteyi (*supranational authority*) kullanmaktadırlar.[42]

V. ULUSLARARASI HUKUKUN ROLÜ VE ÖNEMİ

Yukarıda da tanımlandığı üzere, uluslararası hukuk, uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünüdür. Uluslararası hukuk kişilerinin uluslararası düzeyde haklarını kullanmada ve

yükümlülüklerini yerine getirmede tabi oldukları hukuki normlar, uluslararası hukuka vücut vermektedir. Elbette, devletler, hala uluslararası hukukun en önemli kişilerini oluşturmaktadır. Ancak, uluslararası sivil toplum kuruluşları, uluslararası sivil toplum kavramının da gündeme gelmesiyle birlikte, uluslararası örgütler ve bireylerin önemi gittikçe artmaktadır.

Günümüzde uluslararası hukuk kuralları Antarktika'nın hukuki statüsü, uzayın hukuki niteliği ve denizlerin kullanımını, devletlerin ve uluslararası örgütlerin veya bireylerin söz konusu alanlarda ne gibi hakları ve yükümlülükleri olabileceği vb. alanlar dahil detaylı kurallara sahiptir. Uluslararası telekomünikasyonu, posta hizmetlerini, hava yolu ile yolcu ve yük taşımayı, uluslararası para transferini, uluslararası ticareti düzenleyen hukuk kuralları bulunmaktadır. Yine aynı şekilde, uluslararası düzeyde bireylerin özellikle diplomatik koruma kapsamında vatandaşlık bağları nedeniyle tabi oldukları devletin koruması altına alınmasının unsurlarından birisi olarak vatandaşlık bağı konusunu, uluslararası düzeyde suçların önlenmesi ve sorumluların yargılanması bakımından iç hukuk sistemlerinin uygulamasına kolaylık sağlayacak suçluların geri verilmesi, kuvvet kullanma, insan haklarının korunması, çevrenin korunması, iklim değişikliğinin önlenmesi, savaş suçları, soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen suçların evrensel düzeyde önlenmesi veya sorumlularının gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde yargı önüne çıkarılmasını öngören uluslararası hukuk kuralları vardır. Kısacası, bugün öyle bir noktaya gelinmiştir ki, nerede ise uluslararası hukukun düzenleme alanına girmeyen ne bir konu ne bir alan kalmıştır.[43] Uluslararası toplum geliştikçe ve yeni sorunlar ortaya çıktıkça, uluslararası hukuk da gelişmeye ve yeni sorunlara çözüm bulmaya çalışacaktır.

Küreselleşmenin tarihsel gelişimi son yıllarda insanlık tarihinde eşi benzeri olmayan bir şekilde hız kazanmıştır. Günümüz teknolojisinin uydu, cep telefonları, bilgisayarlar, özellikle internet ağı gibi modern iletişim araçları, hayal bile edilemeyecek ölçüde dünyayı birbirine yakınlaştırmış, adeta dünyayı elektronik oto yollarla (*electronic highway*) birbirine bağlamıştır.[44] Uluslararası düzeyde gerçekleşen ticari ilişkiler, insan hakları ihlalleri, terörist saldırılar, ulusal sınırlan aşan örgütlü ve bireysel suçlar, silahlanma yarışı ve silah satışı, iklim değişikliği, bölgesel ve çevresel felaketler, deli dana hastalığı, kuş gribi, domuz gribi vb. salgın hastalıklar, insan kaçakçılığı, uyuşturucu kaçakçılığı ve akla gelebilecek her türlü uluslarüstü niteliği olan olaylar, kaçınılmaz olarak küresel işbirliğini zorunlu

kılmaktadır. İçinde bulunulan yüzyılda adı geçen sorunlarla ne bireysel olarak devletlerin ne de belli bir grup şeklinde hareket eden devletler topluluğunun baş etmesi mümkündür. Sözü edilen küresel sorunların çözümü uygun bir uluslararası hukuk sisteminin geliştirilmesini gerekli kılmaktadır.[45] Bu nedenle, hiç şüphesiz, küreselleşme hız kazandıkça uluslararası hukukun rolü ve önemi de ona paralel artacaktır. Daha fazla insan eylemi ve karşılıklı ilişki, daha fazla hukuk kuralı/düzenlemesini de beraberinde getirmektedir. Gittikçe birbirine yakınlaşan uluslararası toplum, küresel bir köy (*global village*) olarak adlandırılmaktadır. Özetle, dünyanın içinde bulunduğu şartlar, uluslararası hukuk sisteminin geriye gitmesinden ziyade, daha da ileriye gitmesini mecburi kılmaktadır.[46]

Uluslararası toplumun, karşılaştığı sorunları çözebilmek, her birey için asgari insanca yaşama şartlarını sağlayabilmek, özellikle günümüz küresel pazarının adil biçimde işlerliğini gerçekleştirebilmek için, birlikte hareket etmekten başka bir çaresi de bulunmamaktadır. Hiç şüphesiz, içinde bulunulan dönemde dünyayı bir araya getiren en büyük güç küresel pazardır/uluslararası ticarettir. Dünyada toplumların iktisadi açıdan birbirlerine bağımlılıkları gittikçe artmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri devasa bütçe açıklarını kapatabilmek için bir kredi kaynağı olarak Çin'e ve Çin de fabrikalarını çalışır kılabilmek için Amerika Birleşik Devletleri'nin büyük tüketici pazarına ihtiyaç duymaktadır. Entegre bir dünya ekonomisi, dev ekonomilerini ayakta tutabilmek için istikrarlı hukuk düzenlemelerine ihtiyaç duymaktadır. Dolayısıyla, uluslararası toplumun ve uluslararası hukukun bu gün ulaştığı noktada, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren küresel çıkarların herhangi bir güçlü devlet veya devletlerin önderliğine gerek duymaksızın uluslararası hukuk düzenlemeleriyle şekillenebileceğini söylemek pek de abartılı bulunmasa gerektir.[47]

VI. ULUSLARARASI HUKUKUN KAPSAMI

Uluslararası toplum ve uluslararası ilişkiler geliştikçe uluslararası hukuk sistemi de gelişmektedir. Uluslararası hukukun muhatabı olan uluslararası hukuk kişiliği kavramı da bu anlamda farklılaşmakta ve yeni uluslararası hukuk kişileri gündeme gelmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrasına kadar sadece devletler uluslararası hukuk kişisi olarak kabul edilirken, bu aşamadan sonra devreye uluslararası örgütler girmiştir. Bölgesel ve evrensel düzeyde önemli fonksiyonlar gerçekleştiren uluslararası örgütlerin önemi gittikçe

artmaktadır. Yine İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan hakları hukuku alanındaki gelişmeler, özellikle bireylerin uluslararası hak sahibi olmaları ve yükümlülük altına girmeleri sonucunu doğurmuştur. Geçmişte, sadece devletlerin iç hukuk sistemlerinin ve ulusal ceza hukuku uygulamalarının söz konusu olduğu bir çok husus, özellikle yaptırımlar, örneğin, ölüm cezası, işkence vb. konular veya insanlık onuruyla bağdaşmayan cezalar, artık uluslararası hukukun kapsamına dahil edilmektedir. İdam cezalarını infaz etmeye devam eden ülkeler, uluslararası toplumun baskısı ve uluslararası hukuk düzenlemeleri nedeniyle, artık kendisinin egemenlik haklarının bir sonucu olarak bu yaptırımları uyguladığını ve diğer devletlerin ve uluslararası toplumun kendi iç işlerine karışmaması gerektiğini ileri sürmekte oldukça zorluk çekmektedirler.

Yukarıdaki kısa açıklamalardan da kolaylıkla anlaşılacağı üzere, uluslararası toplum geliştikçe, uluslararası hukuk gelişecek, uluslararası hukuk geliştikçe uluslararası hukuk kişiliği ve uluslararası hukukun kapsamı genişleyecektir. Geçmişte devletlerarası ilişkileri devletlerin egemen eşitliği ilkesi çerçevesinde şekillendirmeye çalışan uluslararası hukukun kapsamı ve içeriği 1950'lerden sonra ve özellikle son 20-30 yıl içerisinde çok hızlı bir biçimde değişmiş ve oldukça genişlemiştir. Geleneksel biçimde uluslararası hukukun kapsamında bulunan andlaşmalar hukuku, diplomasi hukuku, uyuşmazlık çözüm yolları ve silahlı çatışmalar hukuku alanlarına ek olarak, son yıllarda daha da özel ve uzmanlık gerektiren uluslararası deniz hukuku, uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ekonomi hukuku, uluslararası çevre hukuku, uluslararası ceza hukuku, uluslararası sivil havacılık hukuku ve uzay hukuku gibi alanlar eklenmiştir.[48]

Uluslararası hukukun, uluslararası toplumun ihtiyaçları doğrultusunda gittikçe artan şekilde özel uzmanlık alanlarına ayrılması, kendi içerisinde bir takım sorunların da doğmasına sebebiyet vermektedir. Şöyle ki, uluslararası hukukun her bir özel uygulama alanı kendine özgü, uluslararası yargı kuruluşu, mahkeme ve usul kurallarını beraberinde getirmektedir. Her bir mahkemenin yargı yetkisi ve tabi olduğu kurallar ve düzenlemeler, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde farklı uygulamalara meydan vermektedir. Örneğin, uluslararası hukuk sahasında, Birleşmiş Milletlerin temel yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı bulunmaktadır. Divan, devletlerarası her türlü uluslararası hukuki uyuşmazlıkları çözmeye yetkilidir. Ancak diğer taraftan, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde kurulan daha özel nitelikli Uluslararası Deniz

Hukuku Mahkemesi de vardır. Aynı konuda, hem Divanın hem de Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin yargı yetkisi gündeme gelebilmektedir. Fakat, her iki uluslararası yargı kuruluşunun tabi olduğu usul kuralları ve uygulamaları da doğal olarak birbirinden farklılık arz edebilmektedir.[49] Yine aynı şekilde, uluslararası ekonomi hukuku alanında 1995 yılında faaliyete geçen Dünya Ticaret Örgütü uygulamaları, bölgesel nitelikli Avrupa Adalet Divanı uygulamalarıyla çelişki içerisinde olabilmektedir.[50] Bir diğer örnek, uluslararası ceza hukukundan verilebilir. Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluşunun habercisi niteliğinde olan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin kurduğu Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi kararları ile Uluslararası Adalet Divanı kararları arasında büyük çelişkiler bulunmaktadır. Bu durumun en tipik örneğini, Bosna Hersek Devleti'nin Sırbistan aleyhine açtığı *Soykırım Davası'*nda[51] görmek mümkündür.[52]

Uluslararası hukukun çok farklı, özel uzmanlık alanlarına ayrılması ve her bir alanın kendine özgü kurallarının oluşması, bir anlamda uluslararası hukukun parçalanması/dağılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir.[53] Belki de 21. yüzyılda uluslararası hukukun karşılaşacağı en büyük sorun bir taraftan bölgesel ve evrensel nitelikte, diğer taraftan da ulusal ve uluslararası nitelikte uygulama sahası bulan uluslararası hukuk kurallarının yorumu ve uygulanmasında bir birlikteliği sağlamak olacaktır.

VII. ULUSLARARASI HUKUKUN DİĞER HUKUK SİSTEMLERİ VE HUKUK DALLARINDAN AYRIMI

Uluslararası hukuk sisteminin daha iyi anlaşılabilmesi, birtakım yanlış algılamaların ortadan kaldırılabilmesi bakımından, bu sistemin diğer bazı hukuk dalları ve hukuk sistemlerinden farklı yönlerine kısaca değinmekte yarar vardır,

A. Devletler Hususi Hukuku (Milletlerarası Özel Hukuk, Uluslararası Özel Hukuk) — Uluslararası Hukuk

Devletler Hususi Hukuku, Milletlerarası Özel Hukuk veya Uluslararası

Özel Hukuk terimi, Devletler Umumi Hukuku veya Uluslararası Kamu Hukuku ile karıştırılmaması düşüncesiyle kullanılmasına rağmen yanlış algılamalara sebebiyet vermektedir. Zira Uluslararası Özel Hukuk olarak adlandırılan hukuk dalı, Uluslararası Hukuk disiplini veya sistemiyle çok fazla yakın bir ilişkisi olmayan, doğrudan doğruya bir iç hukuk (ulusal hukuk) sahasıdır. Belki de en doğru yaklaşım, yanlış anlaşılmaları önlemesi bakımından bu hukuk dalının, özellikle Anglo-Sakson uygulamasının egemen olduğu İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada örneklerinde olduğu gibi Kanunlar İhtilafı Hukuku (*Conflict of Laws*) olarak adlandırılmasıdır. Bilindiği üzere, Kanunlar İhtilafı Hukuku, bir devletin özel hukuk sisteminde, içerisinde yabancı unsur bulunan davalara veya olaylara hangi hukuk kurallarının (ulusal hukuk mu yoksa yabancı bir devletin hukuk kuralının mı) uygulanacağı ile ilgilenen hukuk dalını ifade eder.[54] Genellikle de ilgi alanına giren konular arasında her devletin iç hukuk düzenlemelerinde ifadesini bulan ve içerisinde yabancı unsur taşıyan evlenme, boşanma, velayet, vasiyetname ve sözleşmeler yer almaktadır.[55] Her devletin ulusal hukuk sisteminin bir parçası olarak uygulanan Kanunlar İhtilafı Hukuku düzenlemeleri, devletten devlete farklılık arz edebilmektedir. Hatta aynı devlet içerisinde örneğin Birleşik Krallık'ta olduğu gibi İskoçya ve İngiltere'de farklı olabilmektedir. Hele Kara Avrupası Hukuk Sistemi içerisindeki bir devlet ile *common law* hukuk geleneğine sahip bir devletin düzenlemeleri arasındaki farklılıkların çok daha derin olduğu ortadadır.[56]

Oysa Uluslararası Hukuk, devletleri, uluslararası örgütleri, devlet niteliği taşımayan insan topluluklarını ve bireyleri uluslararası hukuk kişisi olarak kabul eden ve bunlar arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünüdür. Uluslararası Hukuk, devletten devlete veya Kara Avrupası Hukuk Sistemi veya Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'ne göre de değişiklik göstermeyen, herkes için ve her yerde aynı hukuki düzenlemeyi öngören, ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız bir hukuk sistemini ifade eder.

B. Avrupa Birliği Hukuku - Uluslararası Hukuk

Avrupa Birliğinin hukuki temeli, 1957'de altı devletin (Almanya, Hollanda, Fransa, Belçika, İtalya ve Lüksemburg) imzaladığı o dönemde Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Andlaşması'dır. Avrupa Birliği, uluslararası hukuk açısından değerlendirildiğinde uluslararası bir örgüt niteliğindedir ve uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir. Avrupa Birliği, diğer

bölgesel uluslararası örgütlerden farklı olarak kendine özgü bir hukuk sistemi geliştirmiş olup, adı geçen sistem geleneksel olarak bilinen uluslararası hukukun uluslararası örgütlere yönelik düzenlemelerinden oldukça farklıdır. Bu bağlamda, Avrupa Birliği Hukuku, devletlerin egemenliği ilkesinin uygulanması, uluslararası iktisadi düzen ve hukuk kurallarının uygulanması açılarından yeni bir uluslararası hukuk sistemi olarak kabul edilmelidir.[57] Örneğin, Avrupa Birliği Hukuku düzenlemeleri veya hukuk kurallarının büyük bölümü geleneksel olarak uluslararası hukuk andlaşmalarının ulusal düzeyde yürürlüğe girebilmesi için ulusal düzeyde gerekli olan Parlamento/Hükümet veya Devlet Başkanlarının onayı veya kabulüne ihtiyaç duymaksızın, ulusal düzeyde doğrudan veya dolaylı etkiye sahiptir. Avrupa Birliği Hukukunun bir hukuk sistemi olması ve uygulanmasını sağlaması bakımından Birliğin yargı kuruluşu olan Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları veya genel bir ifadeyle içtihatları son derece etkileyicidir. Mahkeme içtihatlarıyla sabit olan ve sistemin özünü oluşturan Avrupa Birliği Hukuku'nun ulusal hukuklar üzerinde doğrudan etki doğurma ilkesini (*the principle of direct effect*) karara bağladığı *Van Gend en Loos Davası*[58] ve Avrupa Birliği Hukuku'nun üye devletlerin iç hukukuna üstünlüğüne (*the supremacy of EU law*) hükmettiği *Costa v. ENEL Davası*[59] bu durumu izah etmek için yeterli olsa gerektir.[60]

Yukarıda temel özellikleri kısaca belirtilen Avrupa Birliği Hukukunun gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk anlayışlarından çok farklı olduğu açıktır. Avrupa Birliği, uluslararası bir örgüt olarak elbette uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir ve uluslararası düzeyde Birlik adına hak sahibi olması, yükümlülük altına girmesi, uluslararası düzeyde davalara taraf olması mümkündür. Bu noktada, özellikle, uluslararası ekonomi hukuku alanında ve Dünya Ticaret Örgütü nezdinde Avrupa Birliği ile diğer devletlerin karşı karşıya geldiğine tanık olunmaktadır.[61] Bu perspektiften bakıldığında, Avrupa Birliği diğer uluslararası hukuk kişiliklerinden herhangi bir farklılık arz etmez. Ancak farklılıklar, klasik uluslararası hukuk anlayışından kaynaklanan devletlerin egemenliği ilkesinde kendini göstermektedir. Zira Avrupa Birliği organlarından herhangi birisinin hukuki düzenlemesi, özellikle de Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararlarının doğrudan üye devletler üzerinde hüküm ve neticeler meydana getirmesidir. Bu nedenle, Avrupa Birliği Hukukunun, uluslararası hukuk anlayışının dışında, fakat onunla da yakın ilişkisi bulunan ulus-üstü bir hukuk (*supranational law*) olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca böyle bir kabul Avrupa

Birliğinin ulus-üstü örgüt (*suprational organization*) olarak adlandırılmasının da doğal bir sonucudur.

C. Transnasyonal (Ulusötesi, Milliötesi) Hukuk - Uluslararası Hukuk

Transnasyonal veya ulusötesi (milliötesi, *transnational*) hukuk, ülke sınırlarını aşan faaliyet ve olaylara uygulanan kurallar bütünü olarak tanımlanabilir.[62] Ancak, bu hukuk sahasının ne kavram ne de içerik olarak net biçimde ortaya koyulması mümkündür. Transnasyonal terimi, bir devletin sınırlarını aşan, diğer bir deyişle birden çok devleti ilgilendiren hukukun herhangi bir yönüyle ilgili her bir çalışmayı ifade etmek üzere icat edilmiş bir kavram olarak kabul edilebilir. Özellikle, kanunlar ihtilafı hukuku, karşılaştırmalı hukuk, Avrupa Birliği Hukuku ve uluslararası ticaret hukuku gibi uluslararası hukuk sahası, transnasyonal hukuk kapsamında değerlendirilebilir. Değişik hukuk sistemlerinde aynı konuların ne şekilde düzenlendiğinin ortaya koyulması nedeniyle, transnasyonal hukuk, genel anlamda hukukun gelişimi bakımından ayrı bir öneme sahiptir.[63] Transnasyonal hukuk kavramının uluslararası hukukun birçok alanını da içinde barındırdığı bir hukuk sahası olarak, genellikle Anglo-Sakson hukuk geleneğinde yaygın şekilde kullanıldığı izlenmektedir.

D. Ulusal Hukuk - Uluslararası Hukuk

Ulusal hukuk ile uluslararası hukuk sistemleri arasında nasıl bir ilişki vardır? Uluslararası alanda devletlerin ve özellikle Türk hukuk sisteminin uluslararası hukuka bakışı nasıldır? Ulusal hukuk uygulamalarında uluslararası hukuk kurallarının uygulanması ne şekilde gerçekleşmektedir? İleride 4. Bölümde Uluslararası Hukuk ve Ulusal Hukuk başlığı altında bu ve benzeri konulara detaylı bir şekilde değinileceğinden, burada sadece o bölüme atıfta bulunmak yerinde olacaktır.

VIII. ULUSLARARASI HUKUK SİSTEMİNE YÖNELİK TEMEL ELEŞTİRİLER

Geleneksel biçimde uluslararası hukuk felsefesi ve sistemi eleştirilmiştir

ve eleştirilmeye de devam etmektedir. Gerçekten de uluslararası hukuk var mıdır? Devletlerarası ve diğer uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralların "hukuk" olarak adlandırılması mümkün müdür? Hukuk şeklinde ifade edilse bile, söz konusu kurallar uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde ve uluslararası hukuk kişilerinin aralarındaki münasebetleri düzenlemede ne kadar etkindir? Ne yazık ki bu sorular sadece hukuk veya uluslararası ilişkiler disiplininde okuyan öğrenciler tarafından değil, hukukçularca da sıklıkla gündeme getirilmektedir.

Uluslararası hukuk sistemine yöneltilen eleştirilerin temelinde iki ana sebep bulunmaktadır:

Bunlardan birincisi, uluslararası toplumun tanık olduğu bir takım uluslararası hukuk ihlallerinden dolayı, uluslararası hukuk ve sorumluluk kurallarının tam olarak tesis edilememesidir. Bu bağlamda ilk akla gelen örnekler olarak şu olaylar belirtilebilir: Birleşmiş Milletlerin, 20. yüzyılın sonlarında Bosna-Hersek'te, Ruanda'da, Somali'de binlerce kişinin ölümüne, işkenceye, tecavüze, evlerinden, yurtlarından uzaklaştırılmalarına engel olamaması ve gerek devlet gerekse bireysel anlamda uluslararası sorumluluk kurallarının işletilememesi. Dünyanın ulaştığı teknolojik gelişme ve insan hakları ve demokrasi alanında kaydedilen ilerlemelere rağmen, 20. yüzyılın sonunda Avrupa'nın ve Afrika'nın ortasında soykırım suçunun işlenmesine tanıklık edilmesi. Yine aynı doğrultuda, 11 Eylül 2001 sonrası Amerika Birleşik Devletleri önderliğinde başlatılan sözde "terörle savaş/mücadele" kapsamında tanıklık edilen insan hakları ihlalleri, hemen akabinde aynı yıl Afganistan'ın ve Mart 2003'te Irak'ın işgali, Amerikan askeri kuvvetlerinin sivillere insanlık dışı muameleleri, Ebu Garip Hapishanesi'ndeki insanlık onurunu yerle bir eden sivillere yönelik işkence ve kabulü mümkün olmayan diğer eylemler, İsrail'in 2006 yılında Lübnan'ı işgal etmesi, Filistin'de özellikle Gazze Şeridi'nde İsrail tarafından gerçekleştirilen saldırılar ve uygulanan ambargo, Suriye'deki ulusal-uluslararası ya da uluslararasılaştırılmış nitelikli silahlı çatışmaların ve meydana getirdiği sorunların önlenememesi, 25 Mart 2019 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Başkanlık Kararnamesi ile Suriye'ye ait İsrail işgali altında olan Golan Tepeleri üzerinde İsrail'in egemenliğinin tanınmasına yönelik devlet işlemi diğer örnekler olarak işaret edilebilir.

Söz konusu örnekler, gerçekten de uluslararası hukuk kurallarının ve böyle bir sistemin varlığının sorgulanmasını gerekli kılmaktadır. Sözü edilen olaylar ışığında uluslararası hukukun varlığının sorgulanması ilk bakışta haklı

gibi algılansa da, uluslararası hukuk açısından bütüncül bir yaklaşımla olaylar değerlendirildiğinde, uluslararası hukuk kurallarının büyük çoğunluğuna uluslararası hukuk kişilerinin uyduğu görülür. Hiçbir devlet veya uluslararası hukuk kişisi kendisinin uluslararası hukuk kurallarının üzerinde olduğunu iddia etmez. Hatta yapmış oldukları uluslararası hukuk ihlali teşkil eden eylemlerinin dahi uluslararası hukuk kurallarına uygun olduğu yönünde uluslararası toplumu etkilemeye çalışırlar. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri, 2001 Afganistan ve 2003 Irak işgallerini terörle mücadele kapsamında gerçekleştirdiklerini, eylemlerinin önleyici meşru müdafaa veya Bush Doktrini kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Ayrıca, Güvenlik Konseyi kararlarının müdahaleye yetki verdiğini ileri sürmüşlerdir. Diğer yandan uluslararası toplum ve medyanın, kendisine riayet edilen hukuk kurallarından ziyade ihlal edilen hukuk kurallarına veya eylemlere yöneldiği de bir gerçekliktir. Bireylerin ve malların havayolu veya deniz yolu ile taşınmaları, posta ve telekomünikasyon hizmetleri uluslararası düzeyde uluslararası hukuk kuralları sayesinde sorunsuz biçimde gerçekleştirilmektedir. Bu faaliyetler gerçekleşirken kimse, uluslararası hukuk kurallarının varlığını dahi aklına getirmemektedir. Buna mukabil uluslararası hukuk sistemi içerisinde sadece bir başlık teşkil eden uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı düzenleyen Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 (4) düzenlemesinin ihlali, her gün dünya kamuoyu gözü önünde tutulmakta ve bu vesileyle uluslararası hukukun var olmadığından bahsedilmektedir. Böyle bir yaklaşım veya anlayışın kabul edilmesi düşünülemez. Zira her ne kadar uluslararası hukuk sistemi ile ulusal hukuk sistemlerinin kıyaslanması yanlış kabul edilse de aynı eleştirilerin her bir ulusal hukuk sistemi için de geçerli olduğuna dikkat çekmek gerekir. Mükemmel mahkemeler, polis gücü, kanunlar, hakimler ve uygulayıcılar bulunsa dahi, dünyanın en ileri ulusal hukuk sistemlerinde her gün adam öldürme, hırsızlık, işkence, tecavüz başta olmak üzere bir çok suçun işlenmekte olduğu, fakat sorumlularının her zaman yakalanmasının ve hak ettikleri yaptırımlarla yüzleşmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, söz gelimi Amerika Birleşik Devletleri'nde, Birleşik Krallık'ta veya Türkiye'de iç hukuk sistemi yoktur denilebilir mi?

Uluslararası hukuk sistemine yöneltilen soruların veya eleştirilerin ikinci sebebi ise, uluslararası hukukun iç hukuk sistemiyle kıyaslanmasıdır. Tarihsel olarak, hukukun ve hukuk sisteminin ne olduğunun tanımlanması bakımından uygulanan ana kıstas ulusal hukuk sistemlerinde tanıklık edilen yasama,

yürütme ve yargı organlarının bulunup bulunmamasıdır. Söz konusu kriter, uluslararası düzeyde uygulandığında, iç hukuk sistemlerinde tanıklık edilen anlamda bir yapılanmanın ve organların olmadığı görülür. Dolayısıyla, uluslararası hukuk gerçek anlamda bir "hukuk" olarak kabul edilmemelidir. Uluslararası hukuk açısından böyle bir kıyaslama yapmak ve neticede uluslararası hukukun gerçek bir hukuk sahası olmadığını iddia etmek doğru bir yaklaşım değildir. Şöyle ki, ulusal hukuk sistemi ile uluslararası hukuk sisteminin oluşmaları, yapılanmaları, felsefi temelleri ve uygulanma şekilleri birbirinden farklılık arz etmektedir. Gayet iyi bilindiği üzere, ulusal hukuk, devlet adı verilen siyasi yapılanma içerisinde bireylerin (gerçek veya tüzel kişi) hukuki hakları ve yükümlülükleriyle ilgilenir. Ulusal hukuk geçerliliğini normlar hiyerarşisinde en üstte bulunan ve genellikle anayasa olarak adlandırılan kurallar bütününden almaktadır. Bu çerçevede oluşturulan kurumlar, hukuk kuralları koyma ve zorla uygulama yetkilerine de sahip olmaktadır. Oysa uluslararası hukuk sistemi, başta devletler olmak üzere, uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenlemekte ve uluslararası düzeyde hakların kullanılması ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile ilgilenmektedir. Uluslararası hukuk kişileri ve özellikle devletler bakımından uluslararası hukuk sisteminde bir hukuki eşitlik söz konusudur. Günümüzün siyasi dünyasının kalan tek süper gücü Amerika Birleşik Devletleri ile herhangi bir Asya veya Afrika devletinin hukuki statüsü, haklara ve yükümlülüklere ehil olma durumu eşittir. Dolayısıyla uluslararası hukuk, hukuki açıdan eşitler-arası ilişkileri düzenlemekte ve hukuk sistemi olarak eşitler arası ilişkilerin kolaylaştırılmasına hizmet etmektedir.[64] Diğer yandan, şu gerçeklikte unutulmamalıdır ki, bir hukuk sisteminin varlığını ulusal hukuk yapılanması kriteri ile kıyaslayarak bir sonuca ulaşmak, ulusal hukuklar bakımından da sakıncalıdır. Şöyle ki, günümüz gelişmeleri ışığında, iç hukuk sistemlerini tek başlarına, bağımsız hukuk düzenleri olarak uluslararası hukuk sisteminden ayrı düşünmek mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, uluslararası hukuk kurallarının en çok ulusal hukuk kurumları tarafından uygulandığına tanıklık edilmektedir. Günümüz uluslararası hukuku, artık 1950'lerin devletler-arası ilişkileri düzenleyen hukuk olarak görülemez. Uluslararası hukuk, iç hukuk sistemlerine benzer kurumlarıyla sürekli gelişmektedir. Kaldı ki, günümüz iç hukuk sistemleri de geçmişten bilinen iç hukuk sistemlerinden çok farklılık göstermektedir. Uluslararası hukuk iç hukuk sistemleriyle tarihte hiç olmadığı biçimde iç içe geçmiş bulunmaktadır.[65] Bu nedenle, ulusal hukuk sistemleri ile

uluslararası hukuk sistemlerinin birbirlerinin rakibi olarak görülmesinden ziyade, birbirlerini tamamlayan sistemler olduğuna ve uluslararası toplumun karşılaştığı karmaşık sorunların çözümünde işbirliği içerisinde çalışmalarını sağlayacak yeni bir yaklaşım veya hukuk felsefesine ihtiyaç duyulmaktadır.

IX. ULUSLARARASI HUKUK SİSTEMİNİ UYGULAMA ARAÇLARI/MEKANİZMALARI

Uluslararası hukuka yönelik eleştirilerden bir tanesi de, yine ulusal hukuk sistemleri ile yapılan kıyaslamanın bir sonucu olarak uluslararası hukuk kurallarının zorla uygulanmasını sağlayacak araçların veya mekanizmaların bulunmamasıdır. Diğer bir deyişle, uluslararası hukukun uygulanabilir olmamasıdır. Gerçekten de uluslararası hukuk kuralları, kendisine uyulmasını sağlayacak mekanizmalardan yoksun mudur? Gerçekten de uluslararası hukuk, uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkilerin yürütülmesinde etkin değil midir?

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 20. yüzyılın sonlarında ve 21. yüzyılın başlarında tanıklık edilen teknolojik gelişmeler ve özellikle küreselleşmenin adeta dünyayı bir köy haline dönüştürdüğü günümüzde, uluslararası hukuk sisteminin varlığı herkesin yararınadır. Uluslararası hukuk sistemi veya kuralları olmadan, karşılaşılan sorunların çözümlenme imkanı da bulunmamaktadır. Bu düşüncelerden hareketle, uluslararası hukukun varlığının sorgulanması ve tartışılmasından vazgeçilip, uluslararası hukuk sisteminin daha etkin hale getirilmesi nasıl ve hangi araçlarla olabilir, asıl üzerinde durulması gereken konu bu olmalıdır. Zira hiçbir hukuk sistemi mükemmel olmadığı gibi, uluslararası hukuk sistemi de mükemmel değildir. Kendi içerisinde birçok eksiklikleri ve zayıf noktaları barındırmaktadır.

Uluslararası hukuk sistemi, uluslararası toplumun gelişimine paralel biçimde kurumları itibariyle sürekli gelişmektedir. Tartışmasız biçimde, zaman içerisinde uluslararası hukuk kurallarının zorla uygulanmasını sağlayacak yeni kurumlar ve oluşumlar da hayata geçmektedir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukuk kurallarını uygulama araçları da devamlı bir gelişme ve çeşitlilik içindedir. Bu bağlamda, uluslararası hukuku uygulamada ilk akla gelen araç veya yöntemler olarak şunlar belirtilebilir: Yaptırımlar ve Birleşmiş Milletler Sistemi, Yargı Yolu, Ulusal Hukuk Sistemleri, Devletler ve Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları (NGO’s).

A. Yaptırımlar ve Birleşmiş Milletler Sistemi

Ulusal hukuk sistemlerinin en belirgin özelliklerinden bir tanesi, hukuk kurallarının ihlal edilmesi durumunda, yetkili organların, örneğin polis ve savcılık makamlarının harekete geçerek sorumluları yakalaması ve yargı önüne çıkarmasıdır. Kısacası, hukuk kurallarına aykırı eylemleri gerçekleştirenlerin yaptırımla karşılaşması, ulusal hukuk kurallarına uyulmasının sağlanmasının önemli bir aracıdır.

Uluslararası düzeyde, uluslararası hukuk kişileri de uluslararası hukuk kurallarını ihlal ettiklerinde yaptırımlarla karşılaşacaklardır. Günümüz uluslararası hukuk sistemi içerisinde uluslararası toplum adına bir bütün olarak yaptırım uygulama yetkisi Birleşmiş Milletler tarafından gerçekleştirilmektedir. Uluslararası hukukta kuvvet kullanma başlıklı bölümde detaylı olarak görüleceği üzere, uluslararası barış ve güvenliğin korunması, bozulmuşsa yeniden tesis edilmesi ve bu bağlamda gerekli önlemlerin alınması Birleşmiş Milletler Andlaşması Bölüm VII çerçevesinde Güvenlik Konseyine tanınmış bir yetkidir. Gerçekten de Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 39'a göre, Konsey, dünyanın herhangi bir bölgesinde gerçekleşen herhangi bir olay veya durumun veya herhangi bir devletin eyleminin uluslararası barış ve güvenliğe bir tehdit teşkil edip etmediğine karar verebilmektedir.[66] Eğer, Konsey, barış veya güvenliği tehdit eder bir durumun varlığını tespit eder ise, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 41 ve 42 çerçevesinde gerekli önlemleri alır. Birleşmiş Milletler Andlaşmasının 41. madde düzenlemesi, askeri nitelikli kuvvet kullanma dışında, örneğin, diplomatik, ekonomik ilişkilerin kesilmesi veya ambargo uygulanması gibi bir takım önlemlerin alınmasını öngörürken, 42. madde hükmü ise kuvvet kullanma dahil her türlü önlemin alınması konusunda Güvenlik Konseyine yetki vermiştir.[67] Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 41 ve 42 kapsamında birçok olayla ilgili kuvvet kullanma dahil, diplomatik ilişkilerin kesilmesi, ekonomik ve siyasi ambargo uygulanması gibi çok farklı önlemlerin alınmasına ve uygulanmasına karar vermiştir. Bu bağlamda ilk akla gelen örnekler şunlardır: *askeri güç (kuvvet kullanmaya)* izin verilen olaylar; 1950'de Kore Savaşı, 1990/91 yıllarında Irak'a karşı I. Körfez Savaşı, 1999/2000 yıllarında o dönemde Endonezya'ya bağlı Doğu Timor'da Endonezya'ya karşı kuvvet kullanma (çok sınırlı bir uygulama alanı bulmuştur),[68] 11 Eylül 2001 sonrası terörle mücadele kapsamında Afganistan'da El-Kaide ve Taliban aleyhine kuvvet kullanma. *Ekonomik*

ambargo ve ticari kısıtlama örnekleri; 1977 Güney Afrika'ya uygulanan ambargolar, 1992'de Sırbistan ve Karadağ'a uygulanan ambargolar. Güvenlik Konseyinin *diplomatik, siyasi veya sosyal nitelikli alabileceği diğer önlemlere* en güzel örneklerden birisi olarak 1988'de Lockerbie'deki uçak kazası faciası neticesi 1990'lı yıllarda Libya'ya uygulanan yaptırımlar belirtilebilir.[69]

Elbette, siyasi ve hukuki açılardan, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi öncülüğünde uluslararası toplum adına uygulama alanı bulan yaptırımlar sisteminin mükemmel işlediğini söylemek mümkün değildir. Şöyle ki, Güvenlik Konseyi her şeyden önce siyasi bir organdır. Yapısı, İkinci Dünya Savaşı sonrası dünyanın şekillendirilmesiyle ilgilidir ve beş üyesi sürekli üyedir (Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa, Rusya, Çin) ve bunlardan herhangi birisinin veto yetkisini kullanması halinde, yukarıda kısaca anlatılan yaptırımlar uygulanamaz. Bu nedenledir ki, özellikle daimi üyelerin kendi çıkarlarının veya çıkar ilişkileri bulunan devletlerin uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmeleri karşısında Birleşmiş Milletler Sistemi yetersiz kalmaktadır. Yugoslavya'nın dağılma sürecinde Bosna-Hersek'te ve yine aynı şekilde Ruanda'da soykırım suçunun işlenmesine, Somali'de, Çeçenistan başta olmak üzere Kafkasya'da, Filistin'de, Lübnan'da ve Suriye'de tanıklık edilen uluslararası hukuk ihlallerine ilişkin etkin Güvenlik Konseyi kararları alınamaması ve uluslararası hukuk kuralları ihlallerinin önüne geçilememesi, Güvenlik Konseyine olan güveni sarsmıştır. Kaçınılmaz biçimde Birleşmiş Milletler ve özellikle de Güvenlik Konseyinin yapısının değiştirilmesi ve uluslararası toplumun gösterdiği gelişmeler doğrultusunda yeniden şekillendirilmesi gerekmektedir. Dünya hala 1950'lerin dünyası gibi algılanamaz. Mevcut yapısı ve uygulaması itibariyle Birleşmiş Milletler uluslararası toplumun ihtiyaçlarını karşılamaktan çok uzak görülmektedir.

B. Yargı Yolu

Uluslararası hukuk sisteminde uluslararası hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl yoldan çözümüne ilişkin; görüşmeler, dostça girişim, arabuluculuk, uzlaştırma, araştırma ve soruşturma gibi geleneksel yöntemler yanında, yargısal yollar diyebileceğimiz uluslararası hakemlik ve uluslararası mahkemelere başvuru da bulunmaktadır. Hiç şüphesiz, uluslararası düzeyde, iç hukukta olduğu gibi zorunlu yargı yetkisine sahip uluslararası yargı

kuruluşları yoktur. Uluslararası hukuk kişilerinin karşılaştıkları hukuki uyuşmazlıkları, yargı yetkilerini kabul etmeleri şartıyla, uluslararası hakemlik veya mahkeme aracılığıyla çözüme kavuşturabilmeleri söz konusudur.

Uluslararası hukukta, mahkemeler veya yargı yollarından söz edildiğinde ilk akla gelen kuruluş Dünya Mahkemesi (*World Court*) olarak da bilinen Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulan Uluslararası Adalet Divanı'dır (*the International Court of Justice*). Hollanda'nın Lahey (*the Hague*) şehrinde bulunan Divan, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 92'ye göre, Birleşmiş Milletlerin temel yargı organıdır. Divan, devletler-arası uluslararası hukuki uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların yetkisini kabul etmesi halinde, etkin bir rol oynayabilmektedir. Divan, çekişmeli yargı (*contentious cases*)[70] davaları dışında, yetkili kuruluşların başvurusu üzerine danışma görüşü (*advisory opinions*)[71] de vermektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın kararları sadece davanın tarafları açısından bağlayıcı sonuç doğurmaktadır. Danışma görüşlerinin ise, adından da anlaşılacağı üzere herhangi bir bağlayıcılığı olmamakla birlikte, uluslararası hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulamada bir bütünlük sağlanması bakımından önemli sonuçlarının olduğu açıktır. Divana yönelik en büyük eleştiri, zorunlu bir yargı yetkisine sahip olmamasıdır. Bir diğer eleştirilebilecek nokta da Divanın bireyler üzerinde herhangi bir yargı yetkisinin bulunmamasıdır. Bu noktada, bireylerin yabancı devletlerde uğramış oldukları zararların tazmini amacıyla, devletlerin diplomatik koruma[72] kapsamında bir olayı Divan önüne getirebilme istisnası göz ardı edilmemelidir.

Uluslararası Adalet Divanı yanında daha özel nitelikli, bir nev'i uzmanlık gerektiren çeşitli uluslararası hukuk alanlarında özel yetkili uluslararası yargı kuruluşlarının varlığına ve gün geçtikçe bu nitelikli mahkemelerin sayısının arttığına tanıklık edilmektedir. Bu anlamda, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde Almanya'nın Hamburg şehrinde kurulan Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (*the International Tribunal for the Law of the Sea*), 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ile kurulan ve yine Hollanda'nın Lahey şehrinde faaliyetlerini yürüten Uluslararası Ceza Mahkemesi (*the International Criminal Court*), uluslararası ekonomi hukuku alanında İsviçre'nin Cenevre şehrinde bulunan Dünya Ticaret Örgütü (*the World Trade Organisation*) belirtilebilir. Diğer yandan bölgesel yargı kuruluşları kabul edilebilecek, Avrupa Birliğinin Lüksemburg'da kurduğu Avrupa Adalet Divanı (*the European Court of Justice*) ve insan haklan hukuku alanında Fransa'nın Strasbourg şehrinde

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ihlalleri anlamında yargı yetkisine sahip Avrupa insan Hakları Mahkemesi (*the European Court of Human Rights*) unutulmamalıdır.

Yukarıdaki kısa açıklamalardan da kolaylıkla anlaşılacağı üzere, uluslararası hukukun her bir uygulama sahasında adeta iç hukuk benzeri bir yargı sisteminin oluşturulmasına çalışıldığı görülmektedir. Ayrıca yukarıdaki mahkemelere ek olarak yeni mahkemelerin kurulması çalışmaları da devam etmektedir. Örneğin, günümüzde yoğun biçimde bir Uluslararası Çevre Hukuku Mahkemesi kurulmasına duyulan ihtiyaç tartışılmaktadır. Uluslararası toplumun ihtiyaçları, kaydedilen gelişmeler ve küresel sorunlar arttıkça bu ve benzeri yargı kuruluşlarının sayılarının artmaları da kaçınılmazdır. Burada karşılaşılan en önemli sorun ise, uluslararası düzeyde faaliyette bulunan uluslararası yargı kuruluşlarının aynı veya benzer konularda çok farklı kararlar verebilmeleridir. Dolayısıyla, uluslararası yargı kuruluşları arasında bir içtihat birlikteliğinin sağlanmasına yönelik uluslararası düzeyde çalışmalar olması kaçınılmaz gözükmektedir.

C. Ulusal Hukuk Sistemleri

İçinde bulunulan yüzyıl içerisinde ulusal hukuk sistemleri ile uluslararası hukuk sisteminin tamamen birbirinden ayrı sistemler olarak düşünülmesi imkansızdır. Aksine, uluslararası hukuk sistemi ile iç hukuk sistemlerinin birlikte, işbirliği içinde ve birbirlerini tamamlayıcı şekilde hareket etmeleri gerekmektedir. Kaldı ki, uluslararası hukuk kurallarının en yaygın ve etkili biçimde uygulama sahası bulduğu alan hiç şüphesiz iç hukuk sistemleridir. Özellikle uluslararası hukuk kurallarının zorla uygulanmasını temin bakımından ulusal mahkemeler son derece önemlidir. Zira ulusal mahkeme kararlarının infazı bizatihi devlet gibi etkili bir uluslararası hukuk kişisinin gücüyle ve yetkisiyle desteklenmektedir. Uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin birçok sorun ulusal mahkemeler önünde ortaya çıkmaktadır. Genellikle, devletlerin sınırlı dokunulmazlığının (*restrictive State immunity*) kabul edilmesinin bir sonucu olarak bir devletin özellikle ticari nitelikteki işlemlerinden dolayı yabancı bir devletin mahkemesi nezdinde davaya taraf olması şeklinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, ulusal mahkemeler karar vermek durumundadır. Devlet dokunulmazlığı (*State immunity*), diplomasi dokunulmazlığı (*diplomatic immunity*) ve uluslararası örgütlerin dokunulmazlığı (*immunity of international organizations*) veya

yargı bağışıklığı (*jurisdictional immunity*) uluslararası hukuktan kaynaklanmakta olup bizzat ulusal mahkemeler tarafından uygulama alanı bulmaktadır. Hiç şüphesiz, ulusal yargı kuruluşlarının veya diğer yetkili organların sözü edilen uluslararası hukuk düzenlemelerine aykırı davranışları veya kararları devletin sorumluluğunu beraberinde getirecektir. Bu durumun uluslararası hukukta en son çarpıcı örneklerinden bir tanesi Uluslararası Adalet Divanı'nın, Yunanistan[73] ve İtalya mahkemelerinin[74] Almanya aleyhine vermiş olduğu kararların uygulanması amacıyla gündeme gelen, *Devletin Yargı Bağışıklıkları Davası'*dır (*Jurisdictional Immunities Of the State*).[75] İleride Yetki Bölümünde detaylarına değinilecek olan bu davanın en önemli özelliklerinden birisi ulusal mahkemelerin uluslararası hukuk kurallarını uygulaması neticesinde devletler-arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın bir uluslararası yargı kuruluşu tarafından (Uluslararası Adalet Divanı) çözüme kavuşturulmasıdır.

Elbette, uluslararası hukuk kurallarının tamamının ulusal hukuk sistemlerince düzenlenmesi ve uygulanması mümkün olmamaktadır. Burada, uluslararası hukukun devletler başta olmak üzere, uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenlemekte tek araç olmadığının hatırlanması yerinde olacaktır. Bu durumun örnekleri arasında şu hususlara dikkat çekilebilir: uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı yasaklayan kuralların iç hukuk metinlerine aktarıldığına pek tanıklık edilememektedir. Diğer yandan, uluslararası örf-adet hukuku kuralları ve üçüncü şahısları (devletler anlamında) bağlayıcı nitelikli uluslararası andlaşmaların iç hukuk seviyesinde ulusal mahkemelerce ne kadar uygulandığı konusu da ayrı bir tartışma sahasıdır.[76]

D. Devletler

Hiç şüphe yoktur ki, uluslararası hukukun uygulanmasında en etkili araçlardan bir tanesi de uluslararası hukuk kişisi olarak devletlerin kendileridir. Devletler, genellikle bütün kurum ve kuruluşlarıyla uluslararası hukuk kurallarına riayet etmeye çalışırlar. Özellikle, dış işleri bakanlıkları ve uluslararası ilişkilerle ilgili diğer devlet organları, bünyelerinde uzman uluslararası hukukçular istihdam etmektedirler. Herhangi bir eylem gerçekleştirmeden veya karar almadan önce genellikle uluslararası hukukçuların görüşlerine başvurmaktadırlar.[77]

Uluslararası hukukta günümüz itibariyle zorunlu yargı yetkisi olan bir

mahkeme veya hakem heyeti şeklinde bir yapılanmanın henüz gerçekleşememesi nedeniyle, devletler, başka devlet veya devletlerin uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmeleri durumunda, bizzat kendileri uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde gerekli önlemleri almaktadırlar. Devletlerin, bu anlamda başvurabilecekleri yöntemler arasında ilk akla gelen karşı önlemlere (*countermeasures*) başvurmasıdır ki, bunun da en önemli özelliği kuvvet kullanmayı içermemesidir. Misilleme ve zararla karşılık verme gibi karşı önlemler, bu anlamda önemli uygulama alanı bulan örnekler olarak belirtilebilir.[78]

E. Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları (NGO's)

Yukarıda uluslararası hukukun gelişimi anlatılırken, özellikle son dönemlerde uluslararası sivil topluluk (*global civil society*) ve uluslararası sivil toplum kuruluşlarından ve bunların uluslararası hukukun gelişimindeki rol ve öneminden bahsedilmişti. Uluslararası hukuk kurallarının zorla uygulanmasını sağlamakta etkin bir araç olmaları bakımından Yeşil Barış Örgütü (*Greenpeace*), Uluslararası Af Örgütü (*Amnesty International*) ve İnsan Hakları İzleme Örgütü (*Human Rights Watch*) gibi uluslararası sivil toplum kuruluşlarının rolü ve önemi inkar edilemez. Adı geçen kuruluşların uluslararası hukukun gelişimine katkıları; uluslararası andlaşma metinlerinin görüşülüp tartışıldığı konferanslara veya toplantılara iştirak ve konu hakkında kendi görüşlerini ortaya koymak, özellikle çevre hukuku ve insan hakları hukuku alanındaki ihlallere yönelik gerçekleştirdikleri çalışmalar neticesinde elde ettikleri bilgileri ilgili komisyon veya organlara rapor olarak sunmak şeklinde özetlenebilir. Ayrıca, bir çok konuda gerçekleştirdikleri baskı ve protestolar aracılığıyla devletlerin uluslararası hukuk kurallarına uygun hareket etmelerini sağlamaları da inkar edilemez bir gerçekliktir.[79] Uluslararası uygulamada *Rainbow Warrior Davası* söz konusu durumu izaha yarayan en önemli örneklerdendir.[80] Benzer şekilde NGO'ların, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsünün şekillenmesinde ve kabulünde çok önemli rol oynadığına tanıklık edilmiştir.

X. ULUSLARARASI HUKUKUN GELECEĞİ

Uluslararası toplum, 20. yüzyılın sonlarında başlayan ve 21. yüzyılın

başında gittikçe artan insan hakları ihlalleri, çevre sorunları, ulusal ve uluslararası silahlı çatışmalar, iklim değişikliği, kıtlık ve yoksulluk, uluslararası ekonominin düzenlenmesi ve uluslararası terörizm gibi küresel sorunlarla yüzleşmektedir. Uluslararası toplumun, devletlerin egemen eşitliği ilkesi ve 1950'lerin devletler hukuku anlayışıyla söz konusu sorunların üstesinden gelmesi mümkün değildir. Teknoloji ve hukuk algılamasındaki gelişmeler doğrultusunda uluslararası hukuk kişileri ve uluslararası hukukun kapsamı da sürekli değişmekte ve gelişmektedir. Devletlerin yanında, devlet niteliği olmayan insan toplulukları, uluslararası örgütler ve bireylerin uluslararası hukuk kişilikleri gündeme gelmiş ve uluslararası hukuk kuralları ulusal ve uluslararası düzeyde daha yaygın uygulama alanı bulmaya başlamıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası hukuk kişiliği tanınan Birleşmiş Milletler gibi evrensel nitelikli ve Avrupa Birliği, Afrika Birliği, Amerikan Devletler Topluluğu gibi bölgesel nitelikli örgütlerin önemi artmakta ve her bir oluşum adeta kendi hukuk sistemini oluşturmaktadır. Özellikle, Avrupa Birliğinin ve Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin geldiği seviye çok etkileyicidir. Bir anlamda günümüz uluslararası hukuk sisteminin değişik ve bölgesel uluslararası örgütler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar tesis etmesi gerekmektedir. Geleneksel biçimde devletlerarası ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları olarak tanımlanan uluslararası hukukun, önümüzdeki yıllarda uluslararası örgütlerarası ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü şeklinde tanımlanması abartılı görülmemelidir.

Uluslararası barış ve güvenliğin korunması, bir tehdit var ise önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması yetkisi ile donatılan Birleşmiş Milletler ve özellikle Güvenlik Konseyi, uluslararası toplumun ihtiyaçlarını gidermekte yetersiz kalmış ve kendisine duyulan güven önemli ölçüde azalmıştır. 1950'lerin dünya şartlarında şekillenen Birleşmiş Milletler Sistemi'nin yeniden gözden geçirilmesi ve Yeni Dünya şartlarına uyarlanması amacıyla köklü bir reform yapılması artık gecikmiş bir konudur. Reform kapsamında, özellikle Güvenlik Konseyi daimi üyeliğinin kaldırılması, bu mümkün değilse, yeni daimi üyelerin eklenmesi, veto hakkının kaldırılması, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu yetkilerinin artırılması ve uluslararası toplumu bağlayıcı kararlar alması ilk akla gelen hususlardır.

Uluslararası hukukun içeriği bakımından gittikçe önemi artacak alanlar arasında uluslararası ekonomi hukuku, uluslararası çevre hukuku, uluslararası ceza hukuku ve uzay hukuku belirtilebilir. Bu anlamda, Dünya Ticaret Örgütü, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve günümüz itibariyle Uluslararası

Adalet Divanı'nın çevre hukuku kapsamındaki uygulamaları 21. yüzyıl uluslararası hukuk uygulamaları arasında önemli bir yer tutacak gibi görülmektedir. Bu görüşün doğrulanmasını teyit açısından önemli bir örnek olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi ilk uygulamaları belirtilebilir. Nitekim, bu anlamda, 2002 Temmuz ayında faaliyetine başlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar ve soykırım suçu ile sorumlu bireylerin yargılamalarına başlamış ve 14 Mart 2012'de *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo Davası'*nda[81] on beş yaşından küçüklerin silah altına alınıp silahlı çatışmalara katılması şeklinde ortaya çıkan savaş suçunun işlendiğine ilişkin ilk mahkumiyet kararını vermiştir. 10 Temmuz 2012'de ise *Thomas Lubanga Dyilo*'nun Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde işlediği söz konusu uluslararası suçlar sebebiyle on dört yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmedilmiştir. Yine 1 Aralık 2014'de Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi, Duruşma Mahkemesi'nin vermiş olduğu mahkumiyet kararı ve cezasını onama yönünde karar vermiştir.

Uluslararası yargı kuruluşlarının gerek bölgesel gerek ulusal düzeyde sayılarının artması, benzer veya aynı konulara ilişkin farklı kararların alınmasına neden olmakta ve bu durum uluslararası yargı kuruluşlarına olan güvenin azalması sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple, önümüzdeki yıllarda uluslararası hukukun daha bütüncül bir yaklaşımla uluslararası yargı kuruluşları arasında bir içtihat birlikteliğini sağlayacak düzenlemeler getirmesi kaçınılmaz görülmektedir.

Tartışma Soruları

Uluslararası toplum, 20. yüzyıl boyunca ve 21. yüzyılın başlarında uluslararası hukuk kurallarının çok ciddi ihlallerine tanık olmuş ve olmaya devam etmektedir. Bu bağlamda ilk akla gelen olaylar şu şekilde belirtilebilir: Milyonlarca insanın öldüğü, işkenceye ve soykırım suçuna tabi tutulduğu I. ve II. Dünya Savaşları, 1991'de Irak'ın Kuveyt'i işgali, 1994'te Ruanda'da 800 bin Tutsi'nin öldürülmesi, Eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin dağılma sürecinde Bosna-Hersek'te meydana gelen silahlı çatışmalar ve özellikle 1995'te ilk Birleşmiş Milletler Güvenli Bölgesi (*safe haven*) ilan edilen Srebrenica'da 7.800 Bosnalı Müslüman erkeğin Bosnalı Sırplar tarafından katledilmesi, 11 Eylül 2001'de New York Dünya Ticaret Merkezi ikiz kulelerinin yerle bir edilmesi, İsrail'in Filistin topraklarını işgali sürdürmesi, 31 Mayıs 2010'da Mavi Marmara adlı insani yardım gemisinin

Akdeniz'de Gazze'ye 71 mil açıkta iken İsrail askerleri tarafından saldırıya uğraması ve sivillerin öldürülmesi, gemilere el koyulması, Suriye'deki ulusal/uluslararası/uluslararasılaştırılmış nitelikli savaşın uzun yıllar önlenememesi, Suriye toprağı olan işgal altındaki Golan Tepeleri'nin Amerika Birleşik Devletleri tarafından Mart 2019 itibariyle İsrail'in egemenliği altında olduğunun tanınmasına yönelik Başkanlık Kararnamesi şeklindeki devlet işlemi.

Yukarıdaki örnekler ışığında güçlülerin, dünya siyasetinde ve yönetiminde etkin oldukları, dolayısıyla uluslararası hukukun varlığından söz edilemeyeceği iddia edilebilir. Tartışınız.

2. Uluslararası toplum geliştikçe, uluslararası hukuk da gelişmek ve devletler dışında diğer uluslararası hukuk kişilerini kabul etmek zorundadır. Tartışınız.

3. Sizce uluslararası hukukun rolü ve önemi yeterince anlaşılabilmiş midir? Size göre, uluslararası hukukun en önemli işlevi hangi konularda olabilir?

4. Hukuk felsefesi bakımından günümüz dünyasında uluslararası hukukun varlığını açıklamakta en önemli yaklaşım/görüş hangisidir? Tartışınız.

5. Uluslararası hukukun kurucusu olarak *Hugo Grotius*'un gösterilmesi yerinde midir? Tartışınız.

6. Uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını sağlayan mekanizmalar nelerdir? Sizce en önemlisi hangisidir? Tartışınız.

7. Uluslararası hukuka yöneltilen eleştirilerden bir tanesi, zorla uygulanma mekanizmaları olmadığı gerekçesiyle uluslararası hukukun "gerçek bir hukuk" olarak kabul edilemeyeceğidir. Oysa uluslarası toplum, uluslarası hukukun çoğunlukla mükemmel biçimde işlediğine tanıklık etmektedir. Sizce, uluslararası hukukun bu denli işler nitelikte olmasının temel sebepleri nelerdir? Tartışınız.

8. İçinde bulunduğumuz yüzyılda uluslararası hukuk sistemi tek bir hukuk sistemi olarak varlığını sürdürecek ve ulusal hukuk sistemleri sadece ve sadece uluslararası hukuk kurallarını uygulayan en önemli organlar olacaktır. Tartışınız.

9. Uluslararası hukuk alanında karşılaşılan sorunları çözmek veya düzenlemek amacıyla akdedilen andlaşmalar kendi alanları ile ilgili olarak uygulama araçlarını da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda örneğin BM'in temel yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı mevcut iken 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi Uluslarararası Deniz Hukuku

Mahkemesi’ni, Avrupa Konseyi kendi İnsan Hakları Mahkemesi’ni, Roma Statüsü Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni kurmuştur. Zaman içerisinde farklı mahkemelerin benzer konularda farklı kararlar vermesi neticesinde uluslararası hukukun parçalanmasından söz edilmektedir. Sizce böylesi bir yaklaşım doğru mudur? Tartışınız.

İkinci Bölüm
ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

I. GİRİŞ

Günlük hayat içerisinde “kaynak” kelimesi belli bir şeyin çıktığı veya bulunduğu yeri ifade etmek üzere kullanılır. Örneğin, “bilginin kaynağı”, “suyun kaynağı” denildiğinde, ilk akla gelen husus, bu bilginin nereden ve nasıl elde edildiği, suyun nereden tedarik edildiğidir. Hukukun kaynakları ifadesi kullanıldığında da benzer algılamalarla karşılaşılmaktadır. Şöyle ki, hukuk sistemi içerisindeki kuralların geçerliliği onların kaynağına bağlıdır. Hukukun kaynağı ifadesi, hukukun ne olduğu ve hukuk kurallarının nerede bulunabileceği anlamını taşımaktadır. Ulusal hukuk sistemlerine bakıldığında, bazı hukukçuların hukukun kaynaklarını maddi kaynak (*material sources*) ve şekli kaynaklar (*formal sources*) olarak ikiye ayırdıkları görülmektedir.[82] Maddi kaynaklar, hukuk kurallarının oluşumu ile ilgili kökenleri, kuralların oluşumuna sebep olan tarihi, ahlaki, dini, ekonomik, kültürel v.b. etkenleri, kısacası, bir anlamda kuralların varlığının delili olabilecek her türlü unsuru içermektedir. Şekli kaynaklar ise, hukuk kurallarını tespite yarayan ve bildiren kaynaklardır. Aynı zamanda hukuk kurallarının oluşturulma yöntemleri ve usulleri anlamını da taşımaktadır. Şekli kaynaklar, genellikle hukuk kurallarının koyulmasına ilişkin iç hukuk sistemlerinin anayasal düzenlemelerini kapsamaktadır.[83]

Ulusal hukuk sistemlerinde hukuk kurallarının maddi ve şekli kaynaklarını anlamakta herhangi bir sorunla karşılaşılmamakla birlikte, uluslararası hukuk sisteminde belli bir ulus üstü kanun koyucu, yürütme ve yargı organlarının olmayışı nedeniyle, uluslararası hukuk kurallarının maddi ve şekli kaynaklarının olup olmayacağı hususu ciddi bir tartışma konusu olmuştur. Bazı hukukçular, uluslararası hukukta maddi kaynak-şekli kaynak ayrımının yapılamayacağını, özellikle şekli kaynak ifadesinin sadece devletlerin iç hukuk sistemlerinde hukuk kurallarının yapılmasını sağlayan anayasal

düzenlemeleri akla getireceğinden bahisle yanlış algılamalara sebebiyet vereceğini belirtmişlerdir.[84] Bilindiği üzere, uluslararası hukuk sisteminde hukuk kuralları koyma yetkisi olan ulus üstü bir kanun koyucu bulunmamaktadır. Kaldı ki, Uluslararası Adalet Divanı'nın, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun oybirliği ile aldığı kararlar ve uluslararası hukukun gelişiminde ve kodifiye edilmesinde önemli yer tutan çok taraflı andlaşmalar dahi devletlerin tamamını bağlayıcı nitelikte etki doğurmaktan uzaktır. Bu anlamda, uluslararası hukukta şekli kaynakların varlığından söz edilemez. Bunun yerine, uluslararası hukukta hukuk kurallarının oluşumunu sağlayan en temel ilkenin devletlerin rızalarının olmasına dikkat çekilebilir. Bu görüşe göre, uluslararası hukuk kurallarını oluşturan yegâne irade devletlerin rızalarıdır, devlet rızası olmadan uluslararası hukuk kurallarının oluşturulmasından söz edilemez.[85]

Yukarıda ifade edilen görüşlere rağmen, uluslararası hukukta geleneksel olarak maddi kaynak ve şekli kaynak ayrımı yapılmaya devam edilmektedir. Uluslararası hukukta şekli kaynak, hukuk kuralının geçerliliğini, bağlayıcılığını ifade eder iken, maddi kaynak kavramı ise hukuk kuralının bağlayıcılığından ziyade, hukuk kuralının bulunabileceği yeri, örneğin bir mahkeme kararını, bir Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararını veya bir andlaşma metnini ifade edebilir. Konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak bakımından şu örneklere değinilebilir:

Uluslararası hukukun kaynaklarından birisi olan örf-adet hukuku (yapılageliş, teamül, *customary rules of international law*) kuralları, iki unsurun varlığı halinde uluslararası hukuk kişilerini bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır. Bu anlamda, oluşan bir örf-adet kuralı, uluslararası hukukun şekli kaynaklarından kabul edilecektir. Öte yandan, örf-adet hukuku kurallarının oluşması için gerekli olan unsurlardan birisi olan devlet uygulamaları (*State practice*), adı geçen örf-adet kuralının maddi kaynağı olacaktır. Devlet uygulamalarının delili olarak da, örneğin diplomatik yazışmalar, üst düzey devlet görevlilerinin açıklamaları veya mahkeme kararları ileri sürülecektir.[86]

Bir diğer örnek de uluslararası hukukun en önemli iki kaynağını oluşturan andlaşmalar ile örf-adet hukuku kuralları arasındaki ilişkinin incelenmesinde kendini göstermektedir. Eğer bir hukuk kuralı andlaşmada düzenlenmiş ise, andlaşma hükümleri kural olarak sadece tarafları açısından bağlayıcıdır. Bu açıdan bakıldığında, andlaşma metni, taraf devletler için, hem bir maddi kaynak hem de şekli kaynaktır. Bununla birlikte, bir andlaşma metninde yer

alan herhangi bir hukuki düzenleme, andlaşmaya taraf olmayan devletlerce de uygulanabilir. Bu sayede, andlaşma hükmünün uluslararası örf-adet hukuku kuralı olması mümkündür. Böyle bir durumda, andlaşmaya taraf olmayan devletler bakımından andlaşma metni maddi bir kaynak oluştururken, örf-adet hukuku kuralı şekli bir hukuk kaynağı olacaktır.[87]

Uluslararası hukukun kaynaklan hangi anlamda kullanılırsa kullanılsın, asıl önemli olan nokta, uluslararası hukukun, ulusal hukuk sistemlerinden farklı bir sistem ve bu sistemin kendine özgü hukuk kuralları oluşturma mekanizmalarının ve yöntemlerinin olduğunun bilinmesidir. Bu nedenle, bu bölümde uluslararası hukukun kaynakları başlığı altında uluslararası hukuk kurallarının nasıl oluşturulduğu, nerelerde bulunabileceği ve bağlayıcılıkları ile ilgili açıklamalar yapılacaktır.

II. ULUSLARARASI ADALET DİVANI STATÜSÜ 38. MADDE DÜZENLEMESİ

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde düzenlemesi şu hükümlere yer vermektedir:

“1- Ödevi, kendisine havale edilen uyuşmazlıkları devletlerarası hukuka (uluslararası hukuka)[88] uygun olarak çözmek olan Divan:

a) Uyuşmazlık halindeki Devletlerce tahsisen kabul edilmiş kaideler koyan gerek genel, gerek özel milletlerarası andlaşmalar;

b) Hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş olan umumi bir tatbikatın beyyinesi olarak milletlerarası teamülü;

c) Medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini;

d) 59’uncu madde hükmü mahfuz kalmak şartıyle, hukuk kaidelerinin tayininde yardımcı vasıta olarak muhtelif milletlerin adli kararları ile en yetkili müelliflerinin doktrinlerini; tatbik eder.

2- İşbu hüküm taraflar mutabık iseler Divanın hak ve nısfetle karar vermek yetkisine halel getirmez.”

Geleneksel biçimde uluslararası hukuk kaynakları denildiğinde, başlangıç noktası olarak yukarıda belirtilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. madde düzenlemesi esas alınmaktadır. Bilindiği üzere, Statünün 38. madde hükümleri, tek bir düzenleme hariç, I. Dünya Savaşı sonrası kurulan Milletler Cemiyeti Genel Kurulu tarafından oybirliği ile kabul edilen Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesi ile aynıdır. Uluslararası

Adalet Divanı Statüsü'ndeki değişiklik 38. maddenin 1. fıkrasına eklenen "kendisine havale edilen uyuşmazlıkları devletlerarası hukuka (uluslararası hukuka)[89] uygun olarak çözmek" ifadesidir.

Günümüz uluslararası hukuk kaynakları anlamında Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 hükümleri kısaca değerlendirilecek olur ise şu temel noktalara dikkat çekmek gerekir:

Her şeyden önce, Statü 38. maddesinde açıkça kaynak (*source*) kelimesine yer vermemekte ve uluslararası hukukun kaynaklarını gösterme iddiasında bulunmamaktadır. 38. madde düzenlemesinin asıl amacı, Divanın herhangi bir uluslararası hukuki uyuşmazlıkla karşılaşması durumunda, hangi kurallar aracılığıyla soruna çözüm bulabileceği konusunda bir yol gösterici rol oynamak, Divana rehber olmaktır.[90] Şöyle ki, madde metninden de kolaylıkla anlaşılacağı üzere, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (1) düzenlemesinde, Divanın görevinin kendisine havale edilen uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmek olduğu ifade edilmektedir. Bir anlamda, bu şekilde yapılan düzenleme ile 38. maddenin 1 no.lu fıkrasında (a)-(d) bentleri arasındaki hükümlerin uluslararası hukukun kaynaklarını teşkil ettiği *dolaylı* biçimde ifade edilmiştir.[91] Divan önüne getirilen her davada öncelikle uluslararası hukukun hangi kurallarının o davaya uygulanabileceğini kararlaştırmak ve daha sonra da bu kurallara dayanarak kararım vermek yükümlülüğü altındadır. Statünün madde 38 (1) düzenlemesi, Divan tarafından uygulanacak uluslararası hukuk kurallarının neler olduğunu açıkça göstermektedir. Buna göre: ilk aşamada uygulanacak ve bir anlamda uluslararası hukukun asıl kaynaklarından birisi olan andlaşmalar, uluslararası örf-adet kuralları (yapılageliş kuralları) ve genel hukuk ilkeleri; ikinci aşamada ise uluslararası hukukun yardımcı kaynakları olarak adlandırılan mahkeme kararları ile doktrin yer almaktadır. Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (2) hükmüyle, uyuşmazlık taraflarının açıkça rızalarının olması şartıyla, Divanın hakkaniyet ve nısfet ilkelerine (*ex aequo et bono*) göre karar verebilmesi de öngörülmektedir.

İkinci husus, Uluslararası Adalet Divanı'nın kararlarını dayandıracağı Statünün 38. maddesinde belirtilen uluslararası hukuk düzenlemelerinin uluslararası hukuk kaynaklarının tamamını yansıttığını ve sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, 38. madde Divanın uygulayacağı bütün uluslararası hukuk kurallarını içermemektedir. Şöyle ki, 38. madde, uluslararası hukukta ifadesini bulan tek-taraflı eylemlerden; Birleşmiş Milletler veya diğer

uluslararası örgütlerin kararlarından veya bildirilerinden; bir dünya mahkemesinin fonksiyonları içerisinde dolaylı bir biçimde yer alan ve devamlı olarak başvurma hakkı bulunan hakça ilkeler gibi en temel uluslararası hukuk ilkelerinden hiç bahsetmemektedir. Oysa örnek olarak belirtilen adı geçen konuların her biri, Divanın önüne gelen uyuşmazlıkları çözmede, uluslararası toplum ve uluslararası hukukun gelişimine katkıda bulunmada son derece önemli bir yere ve role sahiptir.[92] Benzer biçimde, 38. madde devletlerin eylemleri üzerine yoğunlaşmaktadır. Ancak, günümüz uluslararası hukuk uygulamasında, devlet dışı aktörlerin özellikle uluslararası örgütlerin ve bireylerin, gerek andlaşma gerekse örf-adet hukuku anlamında uluslararası hukuk kurallarının oluşumunda ve gelişiminde oynadıkları rol inkar edilemez.[93]

Üçüncü nokta ise, 38. madde düzenlemesinin uluslararası hukuk kaynakları arasında bir hiyerarşi öngörüp öngörmediğidir. Bazı hukukçuların 38. madde anlamında uluslararası hukuk kuralları arasında herhangi bir hiyerarşi olmadığını, hiyerarşinin varlığını akla getirebilecek 38 (1) (d) hükmündeki yardımcı kaynak (*subsidiary means*) ifadesi dışında bir kullanımın olmadığını ileri sürmesine rağmen,[94] gerek 38. madde gerekse genel olarak uluslararası hukukun kaynakları açısından bir hiyerarşinin bulunduğu açıktır. Şöyle ki, gerçekten de 38. madde Divanın kendisine havale edilen uyuşmazlıkların çözümüne uygulanacak uluslararası hukuk kurallarını tespit ederken, açıkça bir hiyerarşinin varlığını ifade etmemişse de, uygulanacak uluslararası hukuk kurallarının sırasını belirtir biçimde bir usulü öngörmesi, uluslararası hukuk kuralları arasında bir hiyerarşinin olduğunun açık delilidir. Buna göre, Divan, öncelikle andlaşma, yoksa örf-adet hukuku kuralı, o da yoksa genel hukuk ilkeleri doğrultusunda, eğer genel hukuk ilkeleri aracılığıyla da bir çözüm bulunamaz ise, yardımcı kaynaklar olarak, mahkeme kararlarına ve doktrine bakarak önündeki uyuşmazlığa çözüm bulmak zorundadır.[95] Diğer taraftan, genel olarak uluslararası hukuk kuralları ele alındığında, farklı düzenlemeler arasında bir hiyerarşinin olduğu çok nettir. İleride detaylı olarak görüleceği üzere, uluslararası hukukun buyruk kuralları (*peremptory norms of international law, jus cogens norms*) arasında yer alan örneğin, kuvvet kullanmanın yasak olması, köleliğin yasak olması, soykırım suçu, işkence suçu düzenlemeleri gibi kuralları, diğer bütün kurallardan önceliklidir. Ayrıca, uluslararası hukuk kişilerinin yaptığı andlaşmalar ile Birleşmiş Milletler Andlaşması arasında herhangi bir çatışma olması durumunda, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 103'te ifadesini

bulan Birleşmiş Milletler Andlaşması hükümlerinin öncelikli olduğuna dair düzenleme unutulmamalıdır.[96]

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde hükmü çerçevesinde yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında, 38. madde düzenlemesinin gerek uluslararası hukuk kaynaklarını ifade etmek gerekse Divanın uygulayacağı uluslararası hukuk kurallarını göstermek bakımından yetersiz olduğu söylenebilir. Bu yöndeki görüşler, özellikle son 30-35 yıldır artarak devam etmektedir. Bu nedenle, temelde 1920'li yıllara dayanan 38. madde, uluslararası toplumun ihtiyaçlarına uygun, yukarıda belirtilen noktaları da kapsayacak şekilde gözden geçirilmeli ve yeniden düzenlenmelidir.[97]

III. ANDLAŞMALAR

Andlaşmalar hukuku başlıklı bir sonraki bölümde, andlaşma nedir, unsurları nelerdir, andlaşmalar nasıl yapılır, andlaşmaların hüküm ve sonuçlan nelerdir, andlaşmaların geçerliliği, andlaşmaların sona ermesi vb. konular üzerinde detaylı olarak durulacaktır. Ancak, bu aşamada, uluslararası hukuk kaynaklarından birisi ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (1) (a) anlamında Divan tarafından kendisine ilk başvurulacak uluslararası hukuk kaynağı olması bakımından kısaca andlaşmalar üzerinde durulmasında fayda vardır. Statünün 38. madde (1) (a) düzenlemesinde İngilizce "*international conventions*" olarak ifadesini bulan uluslararası andlaşmalar terimi, uluslararası hukuk kişisi devletlerin bilinçli biçimde oluşturabilecekleri tek ve en önemli uluslararası hukuk kaynağıdır. Andlaşmalar, iki taraflı (*bilateral*) veya çok taraflı (*multilateral*) olabilirler. Andlaşmalar çok farklı konu veya alanlara dair olabilir. İnsan hakları,[98] diplomatik ilişkiler,[99] konsolosluk ilişkileri,[100] andlaşmalar hukuku,[101] deniz hukuku,[102] sivil havacılık,[103] uzayın düzenlenmesi,[104] Antarktika'nın hukuki statüsü,[105] uluslararası örgütlerin kurulması[106] v.b. konular ilk akla gelen örneklerdir.

Andlaşmaların iki taraflı veya çok taraflı olması yanında bir başka ayrım da andlaşmaların hukuk kuralı koyan/yasa andlaşmalar (*law-making treaties*) veya yükümlülük doğuran/akit andlaşmalar (*treaty contracts*) olarak ikiye ayrılmasıdır. Yükümlülük doğuran andlaşmalar, prensip olarak iç hukukta yapılan sözleşmelere benzemekte ve kısmen sınırlı sayıda devlet arasında yapılmaktadır. Taraflar yükümlülüklerini yerine getirdiğinde, andlaşma sona ermektedir.[107] Buna göre, andlaşmanın tarafları belli yükümlülükleri

yerine getirmek zorundadır. Örneğin, Avrupa Birliği'nin Almanya, Fransa, Birleşik Krallık, İspanya gibi üyelerinin birlikte Airbus uçağı veya Birleşik Krallık, Fransa ve Almanya'nın ortak *Eurofighter* savaş uçağı üretmelerine ilişkin andlaşmalar, tipik yükümlülük doğuran andlaşmalardandır. Buna karşın, çok sayıda devletin bir araya gelerek, işkencenin veya uluslararası terörizmin önlenmesine, iklim değişikliği ile mücadele edilmesine veya uzayın hukuki statüsüne yönelik imzalayacakları andlaşmalar ise hukuk kuralı koyan andlaşmalardır.[108] Teorik açıdan böyle bir ayrım yapılabilmesine rağmen, uygulamada andlaşmaların kural olarak sadece taraflarını bağlayıcı etki doğurması ilkesinden hareket edildiğinde, her iki andlaşma arasında herhangi bir farklılık yoktur. Pratikte böyle bir ayrıma gidilmesinin hukuki etki ve bağlayıcılık anlamında hiç bir faydası bulunmamaktadır.[109]

Günümüz uluslararası hukuk kaynakları arasında hiç şüphesiz en önemli yeri andlaşmalar tutmaktadır. Her ne kadar, uluslararası hukuk kurallarının oluşumu ve uluslararası hukukun ortaya çıkması örf-adet hukuku kuralı şeklinde olsa dahi, andlaşmaların sayısında özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra büyük artış olmuştur. Bu artışın temel sebepleri arasında, Birleşmiş Milletlerin kurulması ve Uluslararası Hukuk Komisyonunun (*the International Law Commission*) uluslararası hukuk kurallarını kodifiye etmesi ve yeni bağımsızlığını kazanan devletlerin örf-adet kurallarının oluşumunda devlet uygulamalarında yer almadıkları gerekçesiyle, uluslararası hukuk kurallarının yazılı olmasında ısrarcı olmaları gösterilebilir.

Uluslararası hukuk kaynağı olarak andlaşmaların en temel özellikleri kısaca şu şekilde belirtilebilir:

Andlaşmalar, tamamen uluslararası hukuk kişilerinin iradesi ile oluşturulmaktadır. Bir uluslararası hukuk kişisinin andlaşma hükümleri ile bağlılığı kural olarak rızasının varlığını gerektirmektedir. İleride de detaylı şekilde inceleneceği üzere, bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Örneğin, sınır andlaşmalarının bütün devletler için bağlayıcı nitelikte yükümlülükler (*erga omnes*) doğurduğu unutulmamalıdır.[110]

Andlaşmalar kural olarak sadece kendisine taraf olan uluslararası hukuk kişilerini bağlar ve onlar için haklar ve yükümlülükler doğurur. Andlaşmaların bazı istisnalar dışında üçüncü şahıslar için herhangi bir hak veya yükümlülük doğurması mümkün değildir. Ancak, bir andlaşma, 1959 tarihli Antarktika sözleşmesi (*the Antarctic Treaty*) ve 1936 tarihli Montrö Sözleşmesi'nde (*the Montreux Convention*) olduğu gibi objektif bir rejim

tesis ediyorsa veya andlaşmanın hükümleri bir örf-adet hukuku kuralını yazılı hale getirmiş ise ya da andlaşmanın hükmü sonradan örf-adet kuralına dönüşmüşse, kendisine taraf olmayan diğer uluslararası hukuk kişilerini de bağlayacaktır. [111]

Uluslararası hukukun en önemli iki kaynağı olan andlaşmalar ve örf-adet hukuku kuralları hukuki etki bakımından eşit olmakla birlikte, uygulamada çok farklı ihtimallerle karşılaşılmaktadır. Eğer aynı konuda andlaşma ve örf adet hukuku kuralı düzenlemesi mevcut ve bunlar birbirleri ile çatışma halinde ise, andlaşma hükümlerinin örf-adet kuralına önceliği vardır. Söz konusu duruma en güzel örneklerden bir tanesi 1923 tarihli Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın *Wimbledon Davası'*dır.[112] Divan kararında, uluslararası örf-adet hukukunun tarafsız bir devletin ülkesinden savaşan bir devletin ülkesine silah taşınmasını yasakladığını, buna karşın Versay Andlaşması (*Versailles Treaty*) 380. madde düzenlemesinin ise Kiel Kanalı'nın Almanya ile savaş halinde olmayan her devletin ticaret ve savaş gemilerine açık olduğu hükmünü içerdiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, Divan Almanya ile savaşta olmayan bir devlet gemisinin Almanya tarafından durdurulmasının andlaşmadan doğan yükümlülüklere aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte örf-adet hukuku kuralı ile andlaşma hükümlerinin çatışması halinde andlaşma hükümlerinin örf-adet kuralına öncelikli olacağına ilişkin kuralın çok önemli bir istisnası bulunmaktadır. O da ileride de görüleceği üzere, uluslararası hukukun en üst seviyede kendisine uyulması mecburi olan buyruk kurallarıdır (*jus cogens*). Şu halde, *jus cogens* norm niteliği kazanan bir örf-adet hukuku kuralı ile andlaşma hükümlerinin çatışması halinde, andlaşma hükümleri butlanla geçersizdir.[113]

IV. ULUSLARARASI ÖRF-ADET KURALLARI (YAPILAGELİŞ, TEAMÜL)

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (1) (b) düzenlemesi, Divanın önüne getirilen herhangi bir uyuşmazlığa uluslararası andlaşma hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda, uluslararası hukukun kaynaklarından uluslararası örf-adet kurallarının (yapılageliş, teamül, *customary rules of international law*) uygulanmasını öngörmektedir.

Hangi topluluk olursa olsun, birlikte yaşamanın beraberinde getirdiği gerçekliklerden bir tanesi de belli davranış modellerinin geliştirilmesidir.

Uluslararası toplum için de aynı şey geçerlidir. Devletler, diğer devletlerle artan ilişkilerinin neticesinde birtakım davranış kurallarını uygulamışlar ve adı geçen kurallar zamanla uluslararası örf-adet kuralı haline dönüşmüştür. Uluslararası hukuk sisteminde, iç hukuklarda olduğu gibi bir yasama ve yürütme organının bulunmaması, örf-adet kurallarının, uluslararası hukukun oluşumunda ve gelişiminde çok etkin bir rol oynamasına sebep olmuştur. [114] Uluslararası hukuk sisteminin doğuşu, hiç şüphesiz, örf-adet kurallarına dayanmaktadır. Kaldı ki, günümüzde en önemli uluslararası hukuk kaynağı kabul edilen andlaşmaların ve andlaşmalar hukukunun geçmişi oldukça yenidir. Gelişimini tamamlamış hukuk sistemlerinde, örf-adet hukuku kurallarının çok da önemli olmadığı iddia edilebilir. Ancak, günümüz uluslararası hukuk kurallarının, uygulanmasını, özellikle andlaşmaya taraf olmayan uluslararası hukuk kişilerinin uluslararası hukuk kurallarına uygun hareket etmelerini temin bakımından, örf-adet hukuku kurallarının önemi inkar edilemez.[115]

A. Örf-Adet Kuralının Tanımı

Örf-adet kuralı, uluslararası hukuk kişilerinin hukuken gerçekleştirmek zorunda hissettikleri davranış veya eylemleri olarak tanımlanabilir. Örf-adet kuralı, uluslararası alanda karşılaşılan ve dostluk veya nezaket gereği gerçekleştirilen davranışlardan farklıdır. Örneğin, açık denizlerde bir geminin başka bir devlet bayrağını taşıyan gemiyi selamlaması bir uluslararası nezaket göstergesidir, yoksa bir örf-adet kuralı değil. Örf-adet kuralı için önemli olan husus, uluslararası hukuk kişilerinin bu kuralları ihlal etmeleri durumunda hukuki sonuçlarının olacağı yönünde bir kanaatin olmasıdır.

Örf-adet kuralını, uluslararası hukuk kişilerinin gerçekleştirdiği diğer davranışlardan ayıran temel unsur, örf-adet kuralının sahip olması gereken unsurlardır. Bir kuralın uluslararası hukukta örf-adet kuralı kabul edilebilmesi için iki unsurun varlığına ihtiyaç vardır. Bunlar; maddi unsur olarak adlandırılan devlet uygulamaları ve manevi unsur olarak nitelendirilen devletlerin böyle bir kuralın var olduğuna ve uyulmadığında belli bir yaptırımla karşılaşacaklarına dair inançlarıdır (*opinio juris sive necessitatis* ya da sadece *opinio juris*).

1. Maddi Unsur (Devlet Uygulamaları) (Objektif Unsur)

Örf-adet kuralının maddi unsuru, uluslararası hukuk kişilerinin özellikle de devletlerin davranış ve eylemlerini içermektedir. Örf-adet kuralının oluşumuna esas teşkil edecek devlet eylemlerinin çeşitli biçimlerde vücut bulması mümkündür. Devletin andlaşma metinlerinin oluşturulması aşamasında takındığı tavır, ulusal kanunları, ulusal yargı kararları, uluslararası yargı kuruluşları önündeki iddia ve savunmaları, devlet adına hukuki görüş beyan eden yetkili şahısların görüşleri, uluslararası örgütler nezdinde devlet adına hareket eden görevlilerin uygulamaları, üst düzey devlet görevlilerinin belli bir olay karşısında devlet adına yaptıkları açıklamaları, devlet organlarının icraatları, örf-adet kuralının maddi unsurunun ortaya çıkmasında en etkin örneklerdir.[116]

Örf-adet kuralının maddi unsuru olarak her ne kadar devlet uygulamaları (*State practice*) ifadesi yaygın olarak kullanılsa da, bu kavramın hiç şüphesiz diğer uluslararası hukuk kişilerinin davranışlarını ve uygulamalarını da içerdiği açıktır. Zira, uluslararası hukuk kişilerindeki gelişim ve genişlemeye paralel olarak, örneğin uluslararası örgütlerin, hatta bireylerin eylem ve uygulamalarının da örf-adet kuralının maddi unsurunu oluşturmak bakımından etkin oldukları gerçeğini de unutmamak gerekir. [117]

Uluslararası Adalet Divanı uygulamasına bakıldığında, Divanın, ilk kararlarında gerek maddi gerekse manevi unsurların varlığını dikkatli bir şekilde incelediğine tanıklık edilmekle birlikte, gerçek ağırlığın gittikçe artan biçimde maddi unsura, (devlet uygulamalarına) verildiği görülmektedir. Şöyle ki, Uluslararası Adalet Divanı önceki tarihli kararlarında, örf-adet kuralının her iki unsurunu da titizlikle aramıştır. Bu uygulamaların en çarpıcı örneklerinden Kolombiya ve Peru arasındaki *Sığınma Hakkı Davası (Asylum Case)*[118] ile Federal Almanya-Danimarka ve Federal Almanya-Hollanda arasındaki *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları (North Sea Continental Shelf Cases)*[119] gösterilebilir.

Nitekim, Divan *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları*'nda bu gerçekliği şu şekilde ifade etmiştir:

"Yerleşik bir uygulamanın oluşabilmesi için sadece eylemler yeterli değildir. Söz konusu eylemler veya Devlet uygulamaları öyle bir şekilde olmalıdır ki, Devletlerin bir hukuk kuralının varlığı dolayısıyla o şekilde hareket etme zorunluluklarının olduğu yönünde bir inançlarının olması gereklidir. Böyle bir inanca ihtiyaç duyulmasının nedeni sübjektif unsur (manevi unsur)dur ki, bu da opinio juris sive necessitatis fikrinin içerisinde gizlidir."[120]

Diğer taraftan Divanın daha yeni tarihli kararlarında, örf-adet kuralının iki unsurunun varlığını titizlikle araştırmaktan vazgeçtiğine ve örf-adet kuralının manevi unsurunun varlığını, örf-adet kuralının birinci unsuru olan maddi unsurun diğer ifadeyle devlet uygulamalarının yaygın ve tutarlı bir şekilde olmasına dayandırdığı görülmektedir. Kısacası, Divana göre, yaygın bir devlet uygulaması var ise, söz konusu kurala uyulması konusunda da devletlerin inançları, manevi unsurları oluşmuştur.[121] Divanın örf-adet kurallarının varlığını özellikle manevi unsur açısından biraz daha esnek olarak değerlendirdiği kararlar arasında *Maine Körfezi Davası (Gulf of Maine Case)*[122] ve *Nicaragua Davası (Nicaragua Case)*[123] gösterilebilir. *Maine Körfezi Davası'*nda Uluslararası Adalet Divanı Özel Dairesi (*Chamber*) örf-adet hukuku kuralının manevi unsurunun varlığının yeterli derecede yaygın ve inandırıcı devlet uygulamalarından hareketle tespit edilebileceğini açıkça hükme bağlamıştır.[124] Yine aynı doğrultuda Divan, herhangi bir örf-adet hukuku kuralının oluşabilmesi için, genel olarak devlet uygulamalarının yeterli olabileceğini açıkça ifade emiştir.[125]

a. Maddi Unsura İlişkin Özel Durumlar

Uluslararası örf-adet kuralının varlığı için gerekli olan maddi unsur veya devlet uygulamalarına yönelik özellik arz eden birkaç önemli noktaya ayrıca değinilmesinde yarar vardır. Bunlar: Devlet Uygulamalarının Kapsamı, Süresi ve Devlet Uygulamalarına Israrla Karşı Çıkan Devletlerin (Israrlı Muhalif) Hukuki Durumu.

aa. Devlet Uygulamalarının Kapsamı

Yukarıda da belirtildiği üzere, örf-adet kuralının oluşabilmesi için, uluslararası hukuk kişilerinin özellikle de devletlerin uygulamalarına ihtiyaç vardır. Buradaki devlet uygulamalarının kapsamı ne olacaktır? Örf-adet kuralı olabilmek için gerçekten evrensel bir uygulamanın varlığı zorunlu mudur? Bölgesel veya yerel örf-adet kuralı olabilir mi?

Bu ve benzeri sorulara cevap verebilmek için öncelikle uluslararası uygulamaya ve bu anlamda evrensel yargı kuruluşu olarak Uluslararası Adalet Divanı kararlarına bakmak gerekir. Her şeyden önce Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'*nda örf-adet kuralının maddi unsurunun varlığı için gerekli olan devlet uygulamalarının ortak ve

yaygın bir uygulama olması gerektiğini belirtmiştir.[126] Ancak bu uygulamanın evrensel olması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Bununla birlikte, devlet uygulamalarının dünyadaki temel siyasi ve sosyal ekonomik sistemleri temsil edecek şekilde kapsayıcı olması[127] gerektiği düşüncesi kabul edilmiş gibi görülmektedir.[128] Elbette, bu bağlamda belirtilmesi gereken diğer bir önemli nokta, Divanın *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'*nda da belirttiği üzere özellikle söz konusu kuraldan etkilenen devletlerin uygulamalarının önemli olmasıdır. [129] Uluslararası deniz hukuku alanında bir örf-adet kuralının oluşumunda örneğin kıta sahanlığı, karasuları, münhasır ekonomik bölge v.b. konuda öncelikle denize kıyısı olan devletlerin uygulamaları esas alınacaktır. Ancak, denize kıyısı olmayan devletlerin uygulamalarının hiç dikkate alınmayacağı şeklinde bir sonuca da ulaşmak son derece yanlıştır. Asıl önemli olan husus, herhangi bir biçimde söz konusu örf-adet kuralının oluşumu ile ilgili uygulama sahası bulan devletlerin eylem ve davranışlarının birincil derecede önemli olduğunun bilinmesidir.

Devlet uygulamalarının genel ve yaygın olmaması durumunda, bölgesel veya yerel örf-adet hukuku kurallarının olabileceği, yine Uluslararası Adalet Divanı kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuştur. Kolombiya ile Peru arasındaki *Sığınma Hakkı Davası'*nda, başarısız bir şekilde iddia edilmesine rağmen, Divan, bir devletin yabancı bir devletteki büyükelçiliğine sığınan kişilere sığınma hakkı tanınmasının bu devlete bir hak olarak tanınıp tanınmadığı ve büyükelçiliğin bulunduğu devletin de buna saygı gösterme hukuksal yükümlülüğünün olup olmadığı konusunda gerçekte istikrarlı bir uygulama ve inancın var olmaması nedeniyle, bu yönde bir yerel veya bölgesel örf-adet kuralı oluşmadığına karar vermiştir.[130]

Bölgesel, hatta sadece iki devlet arasında, örf-adet kuralları olabileceğine ilişkin en çarpıcı Uluslararası Adalet Divanı kararı, Hindistan ile Portekiz arasındaki *Geçiş Hakkı Davası'nda (Rights of Passage over Indian Territory Case)*[131] verilmiştir. Adı geçen kararda, Divan, Hindistan ülkesi ile çevrili Portekiz sömürgesine, bireylerin ve malların yüzyıldan daha fazla bir zamandır serbestçe geçiyor olmalarını, işbu durumun örf-adet nitelikli geçiş hakkı tanınmasına yönelik manevi unsur şartının da açık delilini oluşturduğunu hükme bağlamıştır.[132]

bb. Devlet Uygulamalarının Süresi

Uluslararası örf-adet kuralının maddi unsuru olan devlet uygulamaları için zorunlu olarak geçirilmesi gereken belli bir süre veya zaman dilimi var mıdır? Diğer bir ifadeyle, örf-adet kuralının oluşabilmesi için asgari bir süre şartı var mıdır? Örneğin, devlet uygulamaları beş yıl veya on yıl sürekli biçimde gerçekleşirse bir örf-adet kuralı oluşur şeklinde bir şart gerekli midir? Uluslararası Adalet Divanı kararlarından da anlaşılacağı üzere, uluslararası hukukta örf-adet kuralının unsurları arasında, devlet uygulamalarının ne kadar sürmesi gerektiğine dair herhangi bir zaman dilimi veya asgari bir süre yer almamaktadır. *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'*nda ifadesini bulduğu gibi, bir örf-adet kuralının vücut bulabilmesi için "uzunca bir süre geçirilmemiş olsa bile, oldukça yaygın ve (dünyadaki temel siyasi ve sosyal ekonomik sistemleri)[133] yansıtan devlet uygulamalarının olması yeterlidir. Sadece kısa bir zaman diliminin geçirilmiş olması yeni bir örf-adet kuralının oluşmasına başlı başına bir engel teşkil etmez. Önemli olan husus, söz konusu zaman dilimi içerisinde devlet uygulamalarının hem yaygın hem de tam anlamıyla istikrarlı olmasıdır."[134] Yine, Divanın en son kararlarından birisi olan ve yabancı bir devletin ulusal mahkemeler önünde yargı bağışıklığına ilişkin örf-adet kuralının varlığını tartıştığı *Devletin Yargı Bağışıklıkları Davası'*nda, örf-adet hukuku kuralının maddi unsurunu teşkil eden devlet uygulamaları hakkında, "yerleşik bir uygulama" (*a settled practice*) ölçütünü aradığı görülür.[135] Bu demek değildir ki, kısa bir zaman diliminin geçirilmiş olması yeni bir örf-adet kuralının oluşmasına başlı başına bir engeldir.

Örf-adet kurallarının oluşumunun belli bir süreye bağlı olmadığının bir diğer çarpıcı örneği yine uluslararası toplumun uygulamalarında kendini göstermektedir. Bu bağlamda, çok kısa bir süre içerisinde/aniden oluşan örf-adet kuralını ifade etmek üzere kullanılan "*instant custom*" olarak İngilizcede adlandırılan ve Türkçeye "*ani örf-adet kuralı* veya *derhal (aniden) oluşan örf-adet kuralı*" olarak çevrilebilecek bir konuya değinmekte fayda vardır. Bu nitelikteki örf-adet kuralının ilk ve en önemli örneği Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Harry Truman'ın 1945 tarihli *Truman Bildirisi*'dir. *Truman Bildirisi* çerçevesinde Amerika Birleşik Devletleri, 200 deniz mili kıta sahanlığı olduğunu ve kaynaklarından kendisinin yararlanma hakkının bulunduğunu uluslararası topluma deklare etmiştir. Adı geçen Bildirinin ardından birçok devlet, Bildiriye karşı çıkmamış olup, aksine, kendilerinin de aynı şekilde kıta sahanlıklarının ve başta petrol olmak üzere kıta sahanlığındaki tabii kaynakların sahibi olduklarını ilan etmişlerdir.

Devletlerin bu uygulamaları ışığında neredeyse, bir gecede yepyeni bir örf-adet kuralı doğmuştur. Bu yönüyle *Truman Bildirisi*, örf-adet kuralı oluşması için asgari bir zaman veya süreye ihtiyaç olup olmadığı konusunda sıra dışı bir örnek teşkil etmektedir. Ayrıca, *Truman Bildirisi* çerçevesinde oluşan örf-adet kuralı, bu alandaki uluslararası andlaşmalarda, ilk olarak 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nde, daha sonra da daha detaylı biçimde 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde yerini almıştır. *Truman Bildirisi* ile öngörülen daha ilginç bir nokta da kıyıdaş devletler arasında kıta sahanlığı sınırlandırmasının eşit uzaklık ilkesine göre değil, hakça ilkeler ilkesine göre yapılmasıdır. Her ne kadar 1982 tarihli Deniz Hukuk Sözleşmesi kıta sahanlığı sınırlandırmalarına ilişkin olarak açıkça herhangi bir ilkenin uygulanmasını öngörmemiş olsa da, taraflar arasında hakça bir çözüme ulaşılmasını düzenleyerek, dolaylı da olsa hakça ilkelere işaret etmiştir.[136]

Devlet uygulamaları neticesinde derhal/aniden oluşan örf-adet hukuku kurallarının bir diğer örneği de, yine deniz hukuku alanında 1970'li yıllarda ortaya çıkan münhasır ekonomik bölge (*exclusive economic zone*) ile ilgilidir. İlk olarak Latin ve Güney Amerika Devletleri, kıyı devletlerinin, 200 deniz miline kadar olan alan içerisinde canlı ve cansız kaynaklar üzerinde münhasır yetkilerinin bulunduğunu, fakat işbu durumun öteki devletlerin açık denizlerdeki seyrü-sefer hakları (*freedom of navigation*) başta olmak üzere diğer açık denizlerdeki haklarını etkilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Birçok devlet bu yöndeki uygulamaya iştirak etmiş ve münhasır ekonomik bölgeye dair bir örf-adet kuralı oluşmuştur. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi görüşmelerine gelindiğinde ise münhasır ekonomik bölgenin bir örf-adet kuralı olduğu uluslararası toplum tarafından kabul edilmiş ve gerekli hükümler bir andlaşma metni olarak Sözleşmede yerini almıştır.[137]

Uluslararası hukukta örf-adet kuralı ile ilgili maddi unsur için herhangi bir zaman şartı öngörülmüş olmamakla birlikte, uluslararası hukuk kişileri ve uluslararası yargı kuruluşlarının uygulamaları ışığında şu genel noktalara dikkat çekilebilir. Eğer, örf-adet kuralı daha önce herhangi bir hukuki düzenleme veya uygulamaya konu olmamış bir alan ile ilgili ise, söz konusu olacak olan zaman dilimi genellikle var olan bir örf-adet kuralının değiştirilmesi için geçen süreden daha azdır. Ayrıca, günümüz dünyasında devlet uygulamalarının anlaşılması bakımından, özellikle telekomünikasyon ve iletişim alanında kaydedilen teknolojik gelişmeler sebebiyle zaman dilimi

önemini oldukça yitirmiş görülmektedir. Zira, herhangi bir konuda herhangi bir devletin veya uluslararası toplumun genel eğilimini çok kısa bir süre içerisinde anlamak mümkündür.[138]

cc. Devlet Uygulamalarına Israrla Karşı Çıkan Devletlerin Hukuki Durumu (Israrlı Muhalif, *Persistent Objector*)

Uluslararası hukuk ve Uluslararası Adalet Divanı uygulamalarında andlaşmaların öneminin artmış olması, örf-adet kurallarının uygulanabilirliğini ortadan kaldırdığı veya örf-adet kurallarının artık herhangi bir öneminin kalmadığı sonucunu doğurmamalıdır.[139] Bilindiği üzere, andlaşma ancak kendisine taraf olan devletleri bağlar, başka bir deyişle, bir andlaşma kural olarak o andlaşmaya rıza gösteren devletler bakamından haklar ve yükümlülükler doğurur.[140] Eğer, bir devlet söz konusu andlaşmaya taraf değilse, o devlet açısından bağlayıcı nitelikli haklar ve yükümlülükler ancak ve ancak uluslararası örf-adet hukuku kurallarından doğar. Kısacası, uluslararası örf-adet kuralları, bir devleti andlaşmaya taraf olmasa bile uluslararası hukuk kuralları ile bağlı kılması bakımından son derece önemlidir. Uluslararası örf-adet kuralı ile bağlı olunması kuralının tek istisnası ise, ısrarlı bir biçimde oluşmakta olan kurala karşı olunmasıdır (*persistent objector*).

Örf-adet hukuku kuralının oluşumu safhasında bazı devletler, diğer devletlerin uygulamalarından farklı bir tutum veya davranış tarzı izleyebilirler. Diğer bir ifadeyle, bazı devletler, kuralın oluşumuna dair ilk uygulamalardan itibaren, böyle bir uygulamaya karşı çıkabilirler. Devlet uygulamalarına ısrarla karşı çıkan devletlerin hukuki durumu ve konu ile ilgili şartların anlaşılması için, uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarına bakmak gerekir. Bu anlamda Uluslararası Adalet Divanı'nın 1951 tarihli İngiltere ile Norveç arasındaki *Anglo-Norveç Balıkçılık Davası (Anglo-Norwegian Fisheries Case)*[141] önemli bir yere sahiptir. *Balıkçılık Davası*, Norveç'in karasularını sınırlandırmasında izlediği yöntemle ilgiliydi. Norveç, kıyılarının çok girintili çıkıntılı olması, daha genel bir ifadeyle kıyılarının coğrafi şartları sebebiyle karasularının sınırlandırılmasında düz esas hat yöntemini kullanmış ve o dönemler için açık deniz kabul edilebilecek deniz alanları bir anlamda Norveç'in iç suları haline dönüşmüştür. Birleşik Krallık ise, böylesi bir uygulamanın kabul edilemeyeceğini, karasularının başlangıç noktası olarak suların en düşük seviyede olduğu çizginin (esas hattın) temel alınmasını ve ayrıca karasularının dış sınırının üç mil olması gerektiğinin bir

örf-adet kuralı olduğunu ileri sürerek Norveç uygulamasına karşı çıkmıştır.[142] Divan kararında, Norveç'in o dönem konuyla ilgili mevcut örf-adet kurallarına ısrarla karşı çıkması sebebiyle söz konusu kurallarla bağlı olmadığına karar vermiştir.[143]

Uygulanan uluslararası hukuk kuralları dikkate alındığında iki şartın varlığı halinde, bir devletin mevcut örf-adet kuralı ile bağlı olmaması mümkündür. Bu şartlar şunlardır:

a) Karşı çıkış veya itirazlar, kuralın oluşumundan önce, oluşum esnasında ve sonrasında devam etmelidir;

b) Karşı çıkış veya itirazlar sürekli nitelikte olmalıdır.[144]

Örf-adet kuralının maddi unsuru olan devlet uygulamalarına ısrarlı karşı çıkış Türkiye açısından Ege Denizi'ndeki uyuşmazlıklar sebebiyle ayn bir yer ve öneme sahiptir. Artık günümüzde özellikle 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi düzenlemelerinin büyük bölümü örf-adet kuralına dönüşmüş veya dönüşmeye devam etmektedir. Bu anlamda, hiç şüphe yoktur ki, "karasularının genişliği" başlıklı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin "*(h)er devlet karasularının genişliğini tesbit etme hakkına sahiptir; bu genişlik işbu Sözleşmeye göre tesbit edilen esas hatlardan itibaren 12 deniz milini geçemez*" şeklindeki 3. madde düzenlemesi bir örf-adet kuralıdır. Yine aynı Sözleşmenin madde 121 (2) hükmü, adaların da karasularının, bitişik bölgelerinin, münhasır ekonomik bölgelerinin ve kıta sahanlıklarının sınırlandırılmasının, Sözleşmenin diğer kara parçalarına uygulanabilir hükümlerine uygun olarak yapılacağını öngörmektedir. Kısacası Sözleşme düzenlemelerine göre, her bir adanın, aynen kara parçalarında olduğu gibi deniz alanlarına sahip olması mümkündür.

Bilindiği üzere, Türkiye hiçbir deniz hukuku sözleşmesine taraf değildir. Andlaşmalar hukukunun en temel ilkesi, andlaşmaların kural olarak sadece tarafları için hak ve yükümlülük doğurmasıdır. Ancak, yukarıda da ifade edildiği gibi, herhangi bir andlaşmanın öngördüğü düzenlemeler örf-adet kuralı niteliğinde ise, devletler, adı geçen andlaşmanın tarafı olmasa dahi örf-adet kuralı ile bağlıdır. Bu bağlamda 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin örf-adet kurallarının Türkiye'yi bağlayacağı hususu çok nettir. Türkiye'nin örf-adet kuralı ile bağlı olmaktan kurtulmasının yegane yolu, oluşmakta veya oluşmuş olan örf-adet kurallarına, bu anlamda genel devlet uygulamalarına ısrarla karşı çıkmasıdır. Türkiye'nin Ege Denizi'nde 12 deniz mili karasuları uygulamasına, adaların diğer kara parçaları gibi aynı deniz alanlarına sahip olmasına ve bu kapsamdaki

uygulamalara, özellikle ısrarla karşı çıktığı görülmektedir. Türkiye, her fırsatta Ege Denizi'nin coğrafi bakımdan özel şartlarının bulunduğunu, özellikle kendi ana kara ülkesinin uzantısı niteliğinde olan ve kıta sahanlığını teşkil eden adaların bağımsız deniz alanlarının, bilhassa kıta sahanlıklarının, olamayacağını gerek söylemleriyle gerekse eylemleriyle ortaya koymuş ve koymaya devam etmektedir. Hatta Türkiye devlet politikası olarak Yunanistan'ın aksi bir uygulamasının savaş sebebi teşkil edeceğini uluslararası topluma da deklare etmiştir. Türkiye'nin Ege Denizi uyuşmazlığı kapsamındaki davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, söz konusu hükümler karşısında Türkiye'nin çok açık şekilde örf-adet kuralına ısrarla karşı çıkan bir devlet olduğu ve bu uygulamaların 1951 tarihli *Anglo-Norveç Balıkçılık Davası*'ndaki Uluslararası Adalet Divanı kararıyla da tam bir uyumluluk içerisinde olduğu görülür.

2. Manevi Unsur (Sübjektif Unsur, *Opinio Juris Sive Necessitatis*)

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (1) (b) düzenlemesi Divana, "hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş olan umumi bir tatbikatın beyyinesi olarak milletlerarası teamülü" kısacası, herhangi bir andlaşma hükmü olmaması durumunda önündeki uyuşmazlığa uluslararası örf-adet kuralını uygulama yetkisini vermiştir. İngilizce orijinal metne bakıldığında uluslararası örf-adet kuralı için "*as evidence of a general practice accepted as law*" ifadesi kullanıldığı görülmektedir. Burada ifade edilmek istenilen husus sadece devletlerin genel bir uygulaması olmayıp hukuk kuralı olduğu inancıyla/bilinciyle (*accepted as law*) gerçekleştirilen nitelikteki devlet uygulamalarının varlığıdır. Başka bir deyişle, devletler hukuk kuralları olarak kabul ettiği ve aksine hareketin sorumluluk doğuracağına inandığı için belli şekilde davranmak zorunda olmalıdır. İşte, devletlerin bu yöndeki inancı, örf-adet kuralının manevi (psikolojik, Latince ifadesiyle *opinio juris sive necessitatis* veya sadece *opinio juris*) unsurunu oluşturmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı, *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları* ile en son kararları arasında yer alan *Devletin Yargı Bağışıklıkları Davası*'nda, herhangi bir örf-adet kuralının varlığı için, devletlerin yerleşik uygulamalarının, manevi unsurla birlikte olma şartını aramıştır.[145]

Hiç şüphesiz, örf-adet kuralı olabilmek için maddi niteliğindeki devlet uygulamalarına ek olarak, manevi unsura da ihtiyaç vardır. Örf-adet kuralının manevi unsuru ile ilgili en büyük sorun, manevi unsurun varlığının ispat

edilmesindedir. Genel hukuk ilkeleri çerçevesinde manevi unsurun varlığını ispat etme yükümlülüğü, uyuşmazlık konusu ile ilgili örf-adet kuralı olduğunu iddia eden taraftadır. Uluslararası Adalet Divanı ilk uygulamalarında, yukarıda da belirtildiği üzere, *Sığınma Davası* ve *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları*'nda olduğu gibi maddi ve manevi unsurların varlığını titizlikle aramış iken, sonraki kararlarında maddi unsur temelinde manevi unsurun varlığı neticesine ulaşmaya başlamıştır.[146]

Uluslararası yargı kuruluşlarının manevi unsur bakımından kayda değer en önemli uygulamalarından bir tanesi de, manevi unsurun varlığının ispat edilememesi durumunda örf-adet kuralı oluşmayacağına dair kararlarıdır. Bu bağlamda ilk örnek karar Uluslararası Sürekli Adalet Divanı tarafından *Lotus Davası'*nda verilmiştir. *Lotus Davası'*nda Divan, her ne kadar Fransa tarafından önceki devlet uygulamalarında mağdurun bayrak devletinin cezai yargı yetkisini kullanmaktan kaçındığının iddia edilmesine rağmen, Fransa'nın mağdurun bayrak devletinin cezai yargılama yetkisini kullanmama yönünde hukuki yükümlülüğünün bulunduğunu ispat edememesi sebebiyle Fransa aleyhine karar vermiştir.[147] Kısacası, mağdurun tabi olduğu bayrak devletinin cezai yargılama yapma yetkisinin olmadığına dair bir örf-adet kuralı bulunmaması sebebiyle Fransa haklı görülmemiştir.

Aynı konu ile ilgili Uluslararası Adalet Divanı'nın en çarpıcı kararı ise *Kuzey Deniz Kıta Sahanlığı Davaları*'ndadır. Divan bitişik/kıyıdaş devletler arasında kıta sahanlığının sınırlandırılmasında eşit uzaklık ilkesinin (*the principle of equidistance*) uygulandığını, ancak eşit uzaklık ilkesinin bir örf-adet kuralı olarak devletler arasında uygulanmasının mecburi olduğuna dair bir inancın varlığını gösterir delil bulunmadığını hükme bağlamıştır.[148] Burada da Divan, manevi unsur eksikliği sebebiyle önündeki uyuşmazlığa eşit uzaklık ilkesinin uygulanamayacağını ifade etmiştir. Bilindiği üzere, *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları*'nda, Danimarka, Hollanda ve o zamanın Federal Almanya'sı arasındaki uyuşmazlığın çözümünde eşit uzaklık ilkesi değil, hakça ilkeler (*equity principles*) ilkesi uygulanmıştır.[149]

B. Andlaşma Hükümlerinin Örf-Adet Kuralına Dönüşmesi

Hiç şüphesiz, birçok andlaşma mevcut örf-adet kurallarını yazılı hale getirmiştir. Bir örf-adet kuralının andlaşma metni ile yazılı hale getirilmesi, onun örf-adet kuralı olması niteliğini kaybettirmez. Yukarıda da belirtildiği

üzere andlaşma içerisinde yer alan böyle bir hüküm o andlaşmaya taraf olmayan devletleri de bağlar. Bu durum aynı zamanda, andlaşma hükümlerinin sadece o andlaşmanın taraflarını bağlar yönündeki kuralın da istisnasını oluşturur.[150] Diğer yandan, ilk defa uluslararası bir andlaşma ile getirilen yeni bir düzenlemenin de zaman içerisinde örf-adet kuralı haline dönüşmesinin mümkün olduğuna dikkat çekilmelidir.

Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'*nda her ne kadar kendisine sunulan uyuşmazlık konusu iddialar ile ilgili olumlu karar vermemiş ise de (Danimarka ve Hollanda açısından), Divanın kararı, uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin bir takım unsurları barındırması halinde örf-adet kuralına dönüşebileceğini göstermek bakımından son derece önemlidir. Hatırlanacağı üzere, *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları*'nda, Danimarka ve Hollanda kıta sahanlığının sınırlandırılmasına tarafı bulundukları 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. madde düzenlemesinde öngörülen eşit uzaklık ilkesinin uygulanmasını talep etmişlerdir. Federal Almanya ise, Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ne imza koymuş, fakat onaylayarak taraf olmamıştır. Federal Almanya, Kuzey Denizi'nin coğrafi özellikleri nedeniyle ve kendisinin Sözleşmeye taraf olmadığı gerekçesiyle hakkında 6. maddenin uygulanamayacağını, bunun yerine hakça ilkeler çerçevesinde kıta sahanlığı sınırlandırmasının yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna mukabil, Danimarka ve Hollanda, Kıta Sahanlığı Sözleşmesi madde 6'da belirtilen eşit uzaklık ilkesinin kıta sahanlığı sınırlandırmaları bakımından örf-adet kuralına dönüştüğünü ve dolayısıyla Federal Almanya'yı bağlayıcı etkisinin olduğunu iddia etmişlerdir. Divan, işbu iddialar çerçevesinde, öncelikle bir andlaşma hükmünün örf-adet kuralı haline dönüşüp dönüşemeyeceğini incelemiş ve belli şartların varlığı durumunda, andlaşma hükümlerinin örf-adet kuralı olabileceğine karar vermiştir. Divan, eğer, bir andlaşma hükmü norm yaratıcı nitelikte ise, yaygın ve özellikle çıkarları etkilenen devletlerce adı geçen norm uygulanıyor ise (yeterli devlet uygulamaları varsa) ve devletler bu kurala uyulmasını zorunlu görüyorlarsa diğer bir ifadeyle *opinio juris* ile uygulamalar destekleniyorsa, andlaşma hükümlerinin örf-adet kuralı şekline dönüşebileceğine karar vermiştir. Divan ayrıca, böyle bir sürecin pekala mümkün olabileceğini ve zaman zaman da gerçekleşebileceğini, gerçekten de yeni örf-adet kuralları oluşumunda kabul edilebilecek etkin bir yöntem olabileceğini açıkça ifade etmiştir.[151]

V. GENEL HUKUK İLKELERİ

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (1) (c) düzenlemesi, herhangi bir andlaşma veya örf-adet kuralının bulunmaması durumunda Divana, önündeki uyuşmazlık konusuna çözüm bulmak amacıyla “medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerini” uygulama ve uyuşmazlığı çözme sorumluluğu ve yetkisi vermiştir. Statü düzenlemesinde göze çarpan ilk husus, “medeni milletlerce kabul edilen” teriminde medeni milletler kavramının ne anlama geldiğidir. Olsa olsa böyle bir kavram, hukuk sistemi bakımından gelişmemiş veya henüz gelişmekte olan hukuk sistemlerinin dikkate alınmaması şeklinde anlaşılabilir. Yoksa, devletlerin ekonomik veya sosyal düşüncelerinin farklı olması ile ilişkilendirilemez. Kaldı ki, Statünün 1920’li yılların dünyasında kaleme alındığı düşünülürse, günümüz itibariyle “medeni milletler” teriminin, uluslararası hukuk kaynağı olmak için tamamen ilgisiz ve göz ardı edilmesi gereken bir nokta olduğu çok nettir.[152] Artık, yapılması gereken, dünyadaki ve uluslararası toplumdaki gelişmelere paralel yeni bir Statünün kaleme alınması ve bir an önce yürürlüğe koyulmasıdır.

Statüdeki 38. maddenin belki de en çok tartışmaya konu olan kısmı, genel hukuk ilkeleri (*general principles of law*) başlığı altındaki düzenlemedir. Zira, genel hukuk ilkelerinin koyuluş amacı ve kapsamının ne olacağı uluslararası hukukçular arasında tartışmalara sebep olmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, genel hukuk ilkeleri düzenlemesinin temel amacı, Divanın önüne getirilen uyuşmazlıkları çözmesi esnasında uluslararası andlaşma ve örf-adet kurallarında bir hüküm bulamaması durumunda,[153] bir anlamda hukuki boşlukları doldurmak için başvuracağı bir mekanizma oluşturulmasıdır. Dünya mahkemesi olarak da bilinen bir mahkemenin önüne getirilen sorunlarla ilgili, uluslararası hukukta herhangi bir andlaşma veya örf-adet kuralı düzenlemesi olmadığı gerekçesiyle söz konusu uyuşmazlığa çözüm bulamayıp onu geri çevirmesi gibi bir sonucun kabul edilmesi düşünülemez.[154] Böyle bir durum, genel olarak uluslararası hukuk sistemine, özelde de Divana olan güvenin sarsılmasına sebep olurdu. Aslında, bu durum iç hukuk sistemlerinde özel hukuk alanında bilinen hakimin önüne getirilen uyuşmazlıkları herhangi bir hukuki düzenleme olmadığı gerekçesiyle davayı reddedemeyeceği şeklindeki genel hukuk ilkesiyle, bir anlamda eşdeğer niteliktedir.

Uluslararası andlaşma ve örf-adet kurallarında bir düzenleme olmaması durumunda başvurulabilecek olan genel hukuk ilkelerinin içeriği nedir? Ne

tür ilkeler hukukun genel ilkesi olarak kabul edilebilir? Burada adı geçen ilkeler sadece ulusal hukuklardan çıkarılabilen ilkeler midir, yoksa uluslararası hukukun ilkeleri de olabilir mi? Konu ile ilgili uluslararası hukukçuların görüşleri çok farklıdır. Bazı hukukçular genel hukuk ilkelerinin, uluslararası hukuk ilkelerini kapsamayacağını ileri sürerler. Bu görüş taraftarlarına göre, kaldı ki, uluslararası hukuk ilkeleri gerek uluslararası andlaşmalar gerekse örf-adet kuralları aracılığıyla oldukça net bir şekilde ortaya koyulmuştur. Bu anlamda, uluslararası mahkemeler tarafından sıklıkla vurgulanan ve bu mahkemelerce oldukça iyi bilinen "devletlerin bağımsızlığı ve eşitliği" ilkesi madde 38 (1) (c) anlamında bir genel hukuk ilkesi değildir. Genel hukuk ilkeleri ile kastedilen, başta özel hukuk olmak üzere, devletlerin iç hukuklarındaki genel ilkelerin Divan tarafından uygulanabilmesidir.[155] Bazı hukukçular ise, genel hukuk ilkeleri kavramının bir devrim niteliğinde ve kapsam olarak çok geniş olduğunu, devletlerin kendi kontrolleri dışında uluslararası hukuk kaynağı olabileceğinin teyit edildiğini ileri sürerler.[156] Bu görüşün tam aksine, genel hukuk ilkelerinin bağımsız biçimde bir hakkın temelini oluşturduğuna yönelik iddialar hakkında uluslararası uygulama ve içtihatlarda pek delil olmadığını, dolayısıyla, devletlerin ilişkilerinin düzenlenmesinde devletlerin haklarının ve yükümlülüklerinin tespit edilmesinde pratik açıdan çok da önemli olmayan bir hukuk kaynağı olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır.[157]

Diğer taraftan genel hukuk ilkeleri kavramının sadece uluslararası hukuk ilkelerini mi yoksa ulusal hukuk sistemlerinin genel ilkelerini mi kapsayacağı şeklindeki tartışmanın avantajlı bir yanının da olduğunu unutmamak gerekir. Bu sayede, her iki anlayışında durumun gereklerine göre uygulanma imkanı sağlaadığı ortadadır.[158] Ayrıca, günümüz uluslararası hukuk alanındaki gelişmeler ve Statü hükmünün yaklaşık bir asır önce hazırlandığı düşünülür ise, genel hukuk ilkeleri kavramının dar biçimde yorumlanmasının uluslararası toplumun karşılaştığı sorunları çözmede yetersiz kalacağı açıktır. Bu sebeplerle, genel hukuk ilkeleri kavramının mümkün olduğunca geniş anlaşılması ve yorumlanması yerinde olacaktır. Bu düşünceden hareketle, gerek teori gerekse uygulamada karşılaşılan en önemli genel hukuk ilkelerini ayrı başlıklar halinde incelemek yerinde olacaktır.

A. Tabii (Doğal) Hukuk Görüşü

Birinci Bölümde uluslararası hukukun gelişimi incelenirken tabii hukuk

görüşünün ne denli önemli olduğuna değinilmişti. Özellikle, İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası insan hakları ve uluslararası ceza hukuku alanındaki gelişmeler neticesi doğal hukuk görüşünün yeniden etkin olduğuna işaret edilmişti. Bu düşüncelerden hareketle, doğal hukuk görüşü çerçevesinde ortaya çıkacak hukuk ilkelerinin, uluslararası hukuk kaynağı olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. İnsan haklarının korunması, soykırım suçu, savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar, işkence suçu gibi uluslararası suçların önlenmesi ve sorumlularının ulusal ve uluslararası düzeyde yargılanmalarını sağlayacak mekanizmalara ilişkin hukuki düzenlemelerin temel kaynağının moral değerler ve bu anlamda doğal hukuk görüşü olduğu unutulmamalıdır.[159]

B. Hukuk Sistemlerinin Ortak Kural ve İlkeleri

Gerek ulusal hukuk sistemleri gerekse uluslararası hukuk sistemi tek bir "hukuk" çatısı altında düşünüldüğünde, Statünün 38. maddesi (1) (c) hükmünün bütün hukuk sistemleri için geçerli olan ortak ilke ve kurallarını kapsayacak şekilde yorumlanması yerinde olacaktır. Birinci Bölümde de detaylı olarak incelendiği üzere, uluslararası hukuk bir hukuk sistemidir, bu sebeple her hukuk sisteminin ve dolayısıyla her devletin hukuki bünyesinde barındırdığı en temel usul ve idari kuralların, uluslararası hukuk sisteminde yer alması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, uyuşmazlık çözümü için mahkemeye başvurma hakkı ve mahkemede hazır bulunma hakkı örnekler olarak verilebilir. Gerçekten de, Uluslararası Adalet Divanı, Amerika Birleşik Devletleri ve İran arasındaki *Rehineler Davası*[160] ile yine Amerika Birleşik Devletler ile Nikaragua arasındaki *Nikaragua Davası'*nda, taraflardan birinin mahkemeye katılmaması halinde, Divanın yargılamaya iştirak etmeyen tarafça ileri sürülebilecek bütün noktaları göz önünde bulundurması ve değerlendirmesi gerektiği yönüne vurgu yapmıştır.[161]

Genel hukuk ilkeleri bağlamında, uluslararası yargı kuruluşlarının uygulamalarına biraz daha detaylı bakmak gerekirse; İran-Birleşik Devletler Hakemlik Mahkemesi, *Sea Land Service Inc. v. Iran Davası'*nda hukukun genel ilkeleri arasında ifadesini bulan ve geniş çapta uygulama alanı olan sebepsiz zenginleşme (*unjust enrichment*) görüşünün uluslararası mahkemelerce uygulanabileceğine karar vermiş ve tazminat kararının temelini sebepsiz zenginleşmeye dayandırmıştır.[162] Uluslararası Adalet Divanı, Macaristan ile Slovakya arasındaki *Gabcikovo-Nagymaros Project*

Davası'nda[163] karar dayanaklarından birisi olarak Latincede *ex injuria jus non oritur* adıyla bilinen "hukuksuzluk hukuk kuralı oluşturmaz" veya "haksızlıktan hak doğmaz" ilkesine işaret etmiştir.[164]

C. Uluslararası Hukukun Genel İlkeleri

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde 1 (c) hükmü, uluslararası hukukun genel ilkelerini de içeren şekilde yorumlanmalıdır. Ulusal hukuk sistemlerinde yer alan genel hukuk ilkelerinden farklı olan yön, burada uluslararası bağlamda ilkelerin uygulanmasıdır.

Genel hukuk ilkeleri anlamında bütün hukuk sistemlerinin özünü oluşturan ve hem uluslararası hukuk düzenlemelerinde hem de uluslararası yargı uygulamalarında karşılaşılan en önemli hukuk ilkelerinden birisi iyi niyet ilkesidir (*the principle of good faith*). Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 (2) hükmünde, bütün üyelerin Andlaşmadan doğan yükümlülüklerini iyi niyet kuralları çerçevesinde yerine getirmelerini öngörmüştür. Yine 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, andlaşmaya taraf devletlerin yükümlülüklerini iyi niyet kurallarına uygun ifa etmelerini düzenlerken,[165] aynı zamanda andlaşmaların yorumlanmasında da iyi niyet ilkesinin asıl olduğunu[166] hükme bağlamıştır. Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı 1974 tarihli *Nükleer Denemeler Davası*'nda açıkça, kaynağı ne olursa olsun, hukuki yükümlülüklerin oluşturulması ve yerine getirilmesinin düzenlenilmesini sağlayan en temel ilkelerden birisinin iyi niyet ilkesi olduğunu ifade etmiştir.[167] Aynı doğrultuda olmak üzere, Uluslararası Adalet Divanı 2012 tarihli *Devletin Yargı Bağışıklıkları Davası*'nda, İtalya'nın dava konusu olay ile ilgili ileride gerçekleştireceği veya tekrarlayacağı uluslararası hukuka aykırı davranışlarından dolayı İtalyan mahkemelerinin Almanya aleyhine açılan davalara bakmaması yönündeki Almanya'nın talebini, devletlerin iyi niyet kuralına göre hareket ettiği varsayımından hareketle reddetmiştir.[168]

Bir diğer uluslararası hukukun genel ilkesi, devletlerin egemen eşitliğidir. Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 (1) hükmünde açıkça devletlerin egemen eşitliği ilkesine vurgu yapılmıştır. Benzer şekilde, evvelce yapılan bir eylemin veya açıklamanın sonradan ileri sürülen bir iddiayı savunmaya engel olması şeklinde tanımlanabilecek olan *estoppel* ilkesi[169] uluslararası hukukun genel ilkelerinden olup, Uluslararası Adalet Divanı'nca *Preah Vihear Tapınağı Davası*[170] ve *Pedra Branca Davası*'nda[171] verilen

karara temel teşkil etmiştir.

D. Hakça İlkeler (*Equity Principles*)

Yine aynı doğrultuda hakça ilkelerin de uluslararası hukukun bir parçasını oluşturduğu ve uluslararası mahkemelerce sıklıkla uygulandığı görülmektedir. Hakça ilkelerin uluslararası hukuk kaynağı olarak en etkin kullanıldığı saha, hiç tartışmasız, uluslararası deniz hukukudur. Uluslararası Adalet Divanı'nın *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları* kapsamında detaylı şekilde incelediği hakça ilkeler ilkesi, sonraki yargı kararlarının da temel dayanağını oluşturmuştur. Divanın *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları*'nda işaret ettiği, Danimarka, Hollanda ve Federal Almanya arasındaki deniz alanının sınırlandırılmasının hakça ilkelere göre yapılması gerektiği hükmü, [172] hem sonraki yargı kararlarına ışık tutmuş hem de 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ndeki kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırmalarının hakça çözüme ulaşma çerçevesinde yapılması gerektiği yönündeki düzenlemenin yer almasında etkin olmuştur. [173] Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı, 1982 tarihli Tunus ile Libya arasındaki *Kıta Sahanlığı Davası*'nda,[174] hukuki bir konsept olarak hakça ilkelerin doğrudan doğruya adalet fikrinin bir sonucu olduğuna ve görevi adalet dağıtmak olan mahkemelerin hakça sonuçlara ulaşabilmesi bakımından hakça ilkeleri uygulamakla yükümlü bulunduğuna karar vermiştir.[175] Divan uygulamasında hakça ilkeler, özellikle deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda büyük önem arz etmekte olup, adeta bu konuyla ilgili Divanın bir hakça ilkeler demeti ortaya çıkardığı görülmektedir.[176]

Uluslararası hukuk kaynakları içerisinde genel hukuk ilkeleri başlığında ele alınan hakça ilkeler kavramını, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan bir diğer ilke ile hak ve adalet (hakkaniyet ve nısfet yolu, *ex aequo et bono*) ilkesi ile karıştırmamak gerekir. Bilindiği üzere, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (2) düzenlemesi, Divana uyuşmazlık taraflarının anlaşması veya rızalarının bulunması kaydıyla, önündeki uyuşmazlığın çözümünde hak ve adalet ilkeleri başka bir ifadeyle, hakkaniyet ve nısfet yolu ile karar verebilme yetkisini de tanımaktadır. Yine, Statü düzenlemesinde de açıkça belirtildiği üzere, madde 38 (1) hükmü hakkaniyet ve nısfet yöntemine göre karar verilmesine bir engel teşkil etmemektedir. Böyle bir hükmün Statüde yer almasıyla, Divanın, tarafların rıza göstermeleri koşuluyla, önündeki uyuşmazlığın çözümünde var olan uluslararası hukuk kurallarına

sıkı bir şekilde bağlı kalarak değil, fakat önündeki davanın özelliklerine ve adalet düşüncesine dayanması sağlanmıştır.[177] Uyuşmazlık taraflarının rızalarının olmaması durumunda Divanın hakkaniyet ve nısfet yolunu uygulaması söz konusu değildir.[178] Böyle bir durumda Divan, zorunlu olarak madde 38 (1) çerçevesinde uyuşmazlığı çözmek yükümlülüğü altındadır. Bir uyuşmazlığın veya davanın hak ve adalet ilkelerine göre çözümlenmesini özellikle uluslararası hukuktaki iki konuyla karıştırmamak gereklidir. Bunlar: genel hukuk ilkeleri ve hakça ilkelerin uygulanmasıdır.[179] Hak ve adalet ilkeleri yöntemi, Divana veya herhangi bir yargı kuruluşuna, hukuk-dışı verileri, diğer bir deyişle hukuk dışı değerlendirme yapma yetkisini tanımaktadır.[180] Oysa, yukarıda genel hukuk ilkeleri açıklanırken değinildiği üzere, hakça ilkeler uluslararası hukukun asıl kaynakları arasında olup, Statünün madde 38 (1) hükmü kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, genel hukuk ilkelerinin ve bunun bir parçası olarak hakça ilkelerin Divan tarafından uygulanabilmesi için, uyuşmazlık taraflarının bu yönde herhangi bir özel rızası gerekmemektedir.[181] Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı, 1982 tarihli Tunus ile Libya arasındaki *Kıta Sahanlığı Davası*'nda vermiş olduğu kararında hakça ilkeler ile hak ve adalet (hakkaniyet ve nısfet) ilkeleri arasındaki işbu farklılığa açıkça dikkat çekmektedir.[182]

Divana önündeki bir uyuşmazlığı hak ve adalet ilkeleri yöntemi ile çözme yetkisi verilmesi durumunda, elbette Divan uluslararası hukuk kurallarıyla sıkı sıkıya bağlı olmayacak, hatta bu kuralları bir kenara bırakabilecektir. Durum böyle olmakla birlikte, Divanın bazı kesin sınırlandırmalara uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunların başında, Divanın yargısal bir organ olarak hareket etme ve ikinci olarak da, uluslararası toplumda önceliği bulunan adalet standardını veya diğer kabul görmüş hakkaniyet ve makuliyet normlarını ihlal etmeme yükümlülüğü gelmektedir.[183]

VI. YARGI KARARLARI

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (1) (d) hükmü, Divanın uluslararası andlaşma, örf-adet ve genel hukuk ilkelerini inceleyip önüne getirilen uyuşmazlıkla ilgili bir düzenleme bulamaması durumunda, yardımcı kaynak olarak yargı kararları (*judicial decisions*) ve doktrine (*writings of publicists*) başvurabileceğini düzenlemektedir.

Uluslararası uyuşmazlıkların yargı kararları çerçevesinde çözümlenmesi

konusunda Statünün 59. maddesi hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Adı geçen maddeye göre, Divanın kararları, uyuşmazlığın tarafları dışında herhangi bir bağlayıcı güce sahip olamamaktadır. Uluslararası hukukta genel anlamda, uluslararası yargı kuruluşu kararlarının doğrudan uluslararası toplumu bağlayıcı etkisi bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle mahkeme kararının *erga omnes* yükümlülük doğurması söz konusu değildir.[184] Kaldı ki, bir uluslararası mahkeme, daha önceden verdiği kararlarıyla kendisi dahi bağlı değildir. Latince deyimiyle mahkeme kararının *stare decisis* etkisi yoktur. Elbette bu demek değildir ki, uluslararası yargı kuruluşları keyfi hareket eder veya geçmişteki kararlarıyla çelişen kararlar verir ya da uluslararası toplum uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarım dikkate almaz. Hiç şüphesiz, Uluslararası Adalet Divanı ve diğer yargı kuruluşları kendi içerisinde tutarlı bir içtihat oluşturmak için önceki kararlarını gözden geçirir ve çoğunlukla da o kararlara gönderme yapar.[185] Ancak bu durum teknik olarak, Uluslararası Adalet Divanı veya diğer yargı kuruluşlarının önceki kararlarıyla bağlı olduğu şeklinde değerlendirilemez.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Divan başta olmak üzere, uluslararası yargı kuruluşlarının en önemli özelliği, *common law* hukuk sisteminden farklı olarak hukuk kuralı oluşturma yetkilerinin olmamasıdır. Bu açıdan bakıldığında, uluslararası hukuk sisteminin Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nin etkisinde kaldığı söylenebilir. Ancak, her ne kadar yargı kararları uluslararası hukukun asıl/ana kaynakları arasında yer almasa dahi, Divan örneğinde olduğu gibi, uluslararası hukukun gelişiminde ve uluslararası hukukun oluşumunda oynadığı rol, teorik olarak kendisine biçilen görevin çok ötesine geçmiştir.[186] Uluslararası yargı kuruluşları tarafından verilen kararlar, devletlerin ve uluslararası örgütlerin uygulamalarında etkili olmuş ve birçok konuda uluslararası hukuk kurallarının netleşmesini sağlamıştır. Bu anlamda, geçmişten günümüze, Divanın önündeki dava sayısı ne olursa olsun, Uluslararası Adalet Divanı'nın uluslararası hukukun gelişiminde, uygulanmasında, uluslararası hukuk kurallarının yorumlanmasında oynadığı rolün hiçbir hukukçu tarafından göz ardı edilmesi mümkün değildir. Uluslararası Adalet Divanı oluşturmuş olduğu içtihatla, uluslararası hukukun birçok konusuna açıklık getirmektedir. Bu anlamda başlıca örnekler şu şekilde belirtilebilir: Birleşmiş Milletler ve bu anlamda uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği,[187] uluslararası hukukta kuvvet kullanmanın yasak olması ve meşru müdafaa,[188] uluslararası deniz hukukunda deniz alanlarının sınırlandırılması,[189]

andlaşmalar hukukuna yönelik çekinceler ve yorumlamalar,[190] uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğu,[191] uluslararası çevre hukukuna yönelik çevrenin korunması[192] ve uluslararası ekonomi hukukuna ilişkin yabancı yatırımların korunması.[193] Sadece, uluslararası mahkemeler değil, aynı zamanda uluslararası hakemlik kararları da uluslararası hukukun gelişiminde etkin rol oynamaktadırlar. Bu bağlamda, savaş halinde tarafsız devletlerin yükümlülüklerini ortaya koymada önemli bir dava olan *Alabama Davası*[194] ve ülke kazanım yollarından birisi olarak devletin egemenliğinin tesisini işaret eden delilleri ve şartları göstermesi bakımından *Palmas Adası Davası*[195] belirtilebilir.

Statünün 38. madde düzenlemesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın önündeki bir uyuşmazlığı yargı kararlarına başvurarak çözmesi durumunda. karara esas teşkil eden yargı kararının mutlaka uluslararası bir yargı kararı olmasını öngörmemektedir. Bunun da anlamı, eğer Divan gerekli ise, Devletlerin yerel mahkeme kararlarını da göz önünde bulundurabilecektir.[196] Elbette, işin doğası gereği bir uluslararası yargı kuruluşu, öncelikle diğer uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarını araştıracak ve önündeki uyuşmazlık konusunu bu çerçevede çözmeye çalışacaktır. Uluslararası yargı kuruluşları arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki olmamakla birlikte, Uluslararası Adalet Divanı'nın kararları ve danışma görüşlerinin diğer uluslararası yargı kuruluşları üzerinde daha etkin olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, uluslararası hukukun daha özel uzmanlık gerektiren alanlarıyla ilgili uluslararası düzeyde faaliyet gösteren örneğin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları, Divana yol gösterici bir işlev üstlenmektedir. Az önce de işaret edildiği üzere, Divan, ulusal yargı kuruluşlarının kararlarından da faydalanabilir. Uluslararası hukuk kurallarının uygulandığı bir organ olarak ulusal mahkeme kararları, aynı zamanda devletin, uluslararası hukuk kurallarıyla bağlanmasını temin bakımından uluslararası örf-adet kuralının delili olarak da dikkate alınabilir.

VII. DOKTRİN

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (1) (d) düzenlemesi, Divanın önüne getirilen uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili olarak herhangi bir andlaşma, örf-adet kuralı veya genel hukuk ilkesi olmaması halinde, yargı

kararları yanında alanında tanınmış hukukçuların görüşlerinden de (*writings of publicists*) yardımcı kaynak bağlamında yararlanabileceğini hükme bağlamıştır. Dünyaca meşhur uluslararası hukukçular ve eserleri, uluslararası hukuk kaynağı olarak değerlendirilmenin ötesinde, uluslararası hukukun gelişiminde daha etkin olmuşlardır. Birinci Bölümde uluslararası hukukun gelişimi başlığı altında da detaylı olarak değinildiği üzere, uluslararası hukukçular, özellikle ilk dönemlerde uluslararası hukuk sisteminin doğuşunda ve bir sistem olarak kabul edilmesinde etkin rol oynamışlardır. Bu anlamda uluslararası hukukun, hukuk felsefesi perspektifinden dayanağını açıklamaya çalışan tabii hukuk görüşü, pozitivist hukuk görüşü, realist görüş ve liberal görüşler ile bu görüşlerin taraftarları, değişik şekillerde uluslararası hukuk sisteminin anlaşılmasına ve uygulanmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu etkinin de bir sonucu olsa gerektir ki, 1920'li yıllarda Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü olarak kaleme alınan ve günümüz Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. maddesini de oluşturan düzenleme, hukukçuların görüşlerinin en azından yardımcı kaynak olarak göz önünde bulundurulabileceğini hükme bağlamıştır.

Günümüzde, uluslararası hukukçuların hukukun gelişimine olan katkıları geçmişle kıyaslandığında -sadece kaynak açısından bakıldığında- daha az gibi değerlendirilebilir. Ancak, unutulmamalıdır ki, hukukçuların görüşleri, uluslararası yargı kararlarında doğrudan atıf konusu olmasa bile, günümüz dünyasında hemen hemen her konuda kendilerinin görüşlerine yer verilmektedir. Uluslararası hukuk kişileri, başta devletler olmak üzere uluslararası örgütler, uluslararası hukukçular istihdam etmekte ve görüşlerini de her fırsatta bu yolla uluslararası topluma duyurmaktadırlar. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler ayrı bir anlam ve öneme sahiptir. Yine aynı doğrultuda hukuk kişileri, uluslararası düzeyde ve özellikle yargı kuruluşları nezdinde kendilerini genellikle uluslararası hukukçular vasıtasıyla temsil ettirmektedirler. Bu sayede hukukçuların hukuki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik detaylı savunmalarına ulaşma yanında, bu iddiaların ve savunmaların, uluslararası hukuk kurallarının oluşumunda da etkin olması mümkündür. Ayrıca, gerek yargı kuruluşları gerekse diğer örgütler önünde uluslararası hukukçularca gerçekleştirilen iddia ve savunmalar, temsil ettikleri devletin adi geçen konu ile ilgili uygulamalarının da delilini teşkil etmek bakımından önemlidir. İşbu durum da açık biçimde, örf-adet kurallarının oluşumunda devlet uygulamalarının delili olma özelliği sebebiyle önemli bir rol oynamaktadır.[198]

VIII. ULUSLARARASI HUKUKUN DİĞER KAYNAKLARI

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 (1) düzenlemesi, Divana, önüne getirilen hukuki uyuşmazlıkların çözümüne, andlaşma, örf-adet kuralı ve genel hukuk ilkeleri başlığı altında asıl kaynakları uygulama yetkisi yanında, yardımcı kaynaklar olarak da yargı kararları ve hukukçuların görüşlerine başvurma imkanını vermiştir. Divana yol gösterici nitelikte uluslararası hukuk kurallarının neler olabileceği konusunda önemli bir yere sahip olan 38. maddenin, uluslararası hukukun bütün kaynaklarını gösterir şekilde kabul edilmesi düşünülemez. Diğer bir ifadeyle 38. maddede ifadesini bulan uluslararası hukuk kaynakları, uluslararası hukukun sınırlı sayıda (*numerus clausus*) kaynakları olarak kabul edilemez. Kaldı ki, Statünün 38. madde düzenlemesinde, 38. madde hükümlerinin uluslararası hukukun kaynakları olduğu yönünde de herhangi bir terim/kavram ya da İngilizce ifadesiyle *source* kelimesine yer verilmemiştir, Herkes tarafından iyi bilindiği üzere, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. madde düzenlemesi, orijinal şekliyle ilk defa Uluslararası Sürekli Adalet Divanı için kaleme alınmış ve I. Dünya Savaşı sonrası dünya şartlarında hazırlanmıştır. Hiç şüphesiz günümüzde, uluslararası hukuk, uluslararası kişilik, uluslararası örgütler ve uluslararası toplum anlamında kaydedilen gelişme ve değişiklikler, uluslararası hukuk kaynaklarının 38. madde ile sınırlandırılamaması sonucunu doğurur. Kaldı ki, uluslararası örgüt, özellikle de Birleşmiş Milletler kararlarının, *soft law* (bağlayıcı nitelikli olmayan uluslararası hukuk metinleri) olarak bilinen uluslararası hukuk metinlerinin ve uluslararası hukukun buyruk kurallarının (*jus cogens*) uluslararası hukuki uyuşmazlıkların çözümünde oynadıkları rolün yeri ve önemi inkar edilemez. İşbu nedenlerle, yukarıda değinilen uluslararası hukuk kaynaklan yanında, uluslararası hukuk kaynağı kabul edilebilecek bir takım özel durumlara ayrıca değinmekte fayda vardır.

A. Uluslararası Örgüt Kararlan

İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası hukuk kişilikleri, uluslararası yargı kuruluşlarınca da tescil edilen uluslararası örgütler, uluslararası hukukun gelişiminde ve uluslararası ilişkilerin düzenlenmesinde gittikçe

artan bir öneme sahiptir. Evrensel nitelikli Birleşmiş Milletler örgütü yanında, Avrupa Birliği ve Afrika Birliği gibi bölgesel örgütler de uluslararası hukuk kurallarının muhatabı ve kuralların oluşumunda etkin rol oynamak açısından önemlidirler. Ayrıca, uluslararası örgüt kararlarının (*resolutions of international organisations*), uluslararası hukuk kurallarının içeriğinin tespit edilmesini sağlamak yanında, uluslararası düzeyde karar verici konumunda bulunan kişi ve kuruluşlara yardımcı olduğunu da unutmamak gerekir.

Uluslararası hukuk kaynağı olma perspektifinden uluslararası örgüt kararlarını Birleşmiş Milletler Kararlan ve Bölgesel Örgüt Kararları şeklinde ikiye ayırarak incelemek yerinde olacaktır.

1. Birleşmiş Milletler Kararları

İlerleyen bölümlerde Uluslararası Hukuk Kişileri başlıklı bölümde detaylı bir şekilde görüleceği üzere, Birleşmiş Milletler evrensel nitelikli bir uluslararası örgüttür. Birleşmiş Milletler Kararlan denildiğinde, her şeyden önce Güvenlik Konseyi ile Genel Kurul kararlan arasındaki farklılığa kısaca değinmek gerekir.

a. Güvenlik Konseyi Kararları

Uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından birinci derecede sorumlu organ olan Güvenlik Konseyi, uluslararası barış ve güvenliğin tehdit altında olması, bozulması durumunda, Birleşmiş Milletler Andlaşması VII. Bölüm çerçevesinde gerekli önlemleri (kuvvet kullanma dahil) almaya yetkilidir, Bölüm VII kapsamında alınan Güvenlik Konseyi kararlan (*resolutions of the Security Council*), bütün üyeleri bağlayıcı niteliktedir. Bu çerçevede alınan Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası hukuk kaynağı anlamında, genellikle bir uluslararası hukuk kuralı olma veya kural koyma amacı yoktur. Kararlar, daha ziyade, uluslararası hukuk kurallarının ihlaline yönelik her bir özel durum veya olaya ilişkin tepki şeklinde değerlendirilmelidir.[199]

b. Genel Kurul Kararları

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, uluslararası toplumun en demokratik şekilde temsil edilme imkanı bulduğu bir organ olma özelliği taşımaktadır.

Bilindiği üzere, her devletin Genel Kurul'da bir oy hakkı vardır. Güvenlik Konseyinde söz konusu olan sürekli üyelik ve veto haklan gibi bazı üye devletlere tanınan ayrıcalıklar Genel Kurul için söylenemez. Ancak, bununla birlikte, Genel Kurulun, iç hukuk sistemlerinde olduğu gibi uluslararası toplumun kanun koyucusu şeklinde kabul edilmesi de düşünülemez. Bu nedenle, Genel Kurul kararlarının (*resolutions of the General Assembly*) doğrudan doğruya uluslararası hukuk kaynağı olarak değerlendirilme imkanı da yoktur. Fakat, uluslararası hukuk kuralı olma veya uluslararası hukuk kuralının oluşumuna katkıda bulunma açılarından değerlendirme yapabilmek için, Genel Kurul kararlarının içeriğine bakmak gerekir. Bu noktada Genel Kurul kararlarını üçe ayırmak mümkündür:

a) Kararlar (*Decisions*); Genel Kurul kararlarından bir bölümü Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 17. maddesi çerçevesinde bütçe ve finansal konularla ilgili alınmaktadır ve adı geçen kararlar bütün üye devletler üzerinde bağlayıcı etki doğurmaktadır. Uluslararası hukuk kuralı olmaktan ziyade, bu tür kararlar, kurumun işleyişiyle ilgilidir.[200]

b) Tavsiyeler (*Recommendations*); Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 10 düzenlemesine göre, Genel Kurul, Birleşmiş Milletler Andlaşması çerçevesinde her konuyu veya sorunu tartışabilir ve Birleşmiş Milletler üyelerine veya Güvenlik Konseyine veya her ikisine herhangi bir konu veya sorunla ilgili tavsiyelerde bulunabilir. Adından da anlaşılacağı üzere, Genel Kurulun tavsiye niteliğinde almış olduğu kararlarının herhangi bir bağlayıcı etkisi yoktur. Bu sebeple, işbu anlamda alınan kararların bağlayıcı bir uluslararası hukuk kuralı koyması düşünülemez. Ancak, tavsiye nitelikli Genel Kurul kararlan, devlet uygulamalarının bir delili olarak uluslararası örf-adet kuralı oluşumuna katkıda bulunabilirler.[201]

c) Bildirgeler (*Declarations*); Genel Kurul Bildirgeleri başlığı altında toplanabilecek nitelikte olan Genel Kurul kararları, ilk iki kategoriden oldukça farklıdır. Bildirgelerin hukuki statüleri oldukça tartışmalıdır, ancak tartışılamayacak nokta, bildirgelerin tavsiye nitelikli kararlar olarak kabul edilmemesi veya tavsiye kararı hükümlerine tabi tutulmamasıdır. 1945'ten günümüze kadar, Genel Kurul bildirge olarak adlandırılan bir dizi kararlar almış ve uluslararası hukukun ilkelerini veya bir takım kurallarını açıklığa kavuşturmuştur. Bildirgeler, genellikle oybirliği ile veya uzlaşı yoluyla kabul edilmişlerdir. En önemli örnekler arasında, Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi (Dostça İlişkiler Bildirgesi, *the Declaration on Principles of International Law*

Concerning Friendly Relations and Co-operation among States), Sömürge Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızllklarının Verilmesine İlişkin Bildirge (*the Declaration on the Granting Of Independence to Colonial Territories and Peoples*) ve Uzayın Keşfi ve Kullanımı Konusunda Devlet Eylemlerini Düzenleyen Hukuki İlkeler Bildirgesi (*the Declaration Of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space*) gösterilebilir. Ayrıca, bazı Genel Kurul kararlan bildirge olarak adlandırılmasa bile, uluslararası hukuk ilkelerinin onaylanması niteliğindedir. Bu bağlamda, en çarpıcı örnek olarak Nüremberg Mahkemesi Şartında (Statüsünde) Kabul Edilen Uluslararası Hukuk İlkelerinin Onaylanması (*the Affirmation of the Principles of International Law Recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal*) kararı belirtilebilir. Genel Kurulun bildirge kapsamında aldığı kararlarla ilgili bir diğer noktada, bazı bildirgelerin, uluslararası toplum üyeleri için haklar ve yükümlülükler tesis etmekten ziyade ulaşılması gereken ortak standartları gösterici nitelikte olduğudur. 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (*the Universal Declaration of Human Rights*) açıkça bu özellikleri taşımaktadır. O dönemki şartlar dikkate alınarak uluslararası toplumun insan haklan konusunda ulaşması gereken hedefleri, Bildirge aracılığıyla net şekilde ortaya koyulmuştur.[202]

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Birleşmiş Milletler kararlarının bir kısmının, özellikle de Genel Kurul kararlarının bağlayıcı nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı oluşturabileceği kabul edilebilir. Bu konuda kayda değer herhangi bir tartışma olmamakla birlikte asıl sorun, bu kararların bağımsız bir uluslararası hukuk kaynağı olarak mı yoksa örf-adet hukuku veya genel hukuk ilkesinin oluşumuna katkıda bulunan bir delil olarak mı değerlendirileceği konusundadır.[203] Uluslararası Adalet Divanı kararları incelendiğinde, Divanın bazı Genel Kurul kararlarının uluslararası örf-adet hukuku kuralının bir parçası olarak bağlayıcı niteliğinin bulunduğuna hükmettiği görülür. Divanın konu ile ilgili en önemli kararları arasında 1986 tarihli *Nikaragua Davası* gösterilebilir. Divan, bu kararında Genel Kurulun, Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi'nin bağlayıcı nitelikte olduğunu kabul etmiştir. Divanın görüşüne göre, Dostça İlişkiler Bildirgesi bütün Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin kendisine uyulmasını zorunlu hissettikleri (*opinio juris*) bir belgedir. Divan tarafından, Devlet uygulamaları ile de desteklenen Genel Kurulun Dostça İlişkiler Bildirgesi, uluslararası örf-adet hukuku kuralı başlığı altında, uluslararası hukukun kaynağı olarak kabul edilmiştir.[204]

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi uluslararası hukuk ve uluslararası toplumdaki değişmelere uygun şekilde değiştirilmediği müddetçe, Divan, uluslararası örgüt kararlarını ancak örf-adet kuralı veya genel hukuk ilkesi başlığı altında değerlendirmek zorunda kalacaktır.[205]

2. Bölgesel Örgüt Kararları

Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Amerika Devletler Topluluğu ve Afrika Birliği gibi bölgesel nitelikli uluslararası örgütler, özellikle kendi bölgelerinde kuruluş felsefelerine uygun gerçekleştirdikleri eylemleri ve uygulamalarıyla uluslararası hukuk kurallarının oluşumuna ve gelişimine katkıda bulunabilirler. Örneğin, Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi ile birlikte uluslararası insan hakları hukukunun sadece kendi bölgesi için değil, tüm uluslararası toplum için gelişimine önemli katkılar sunmaktadır. Yine Avrupa Birliği, uluslararası ekonomi hukuku başta olmak üzere birçok uluslararası hukuk alanıyla ilgili, özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı aracılığıyla çok önemli katkılar sağlamaktadır.

B. Soft Law (Bağlayıcı Niteliği Olmayan Uluslararası Hukuk Metinleri)

Soft law, bağlayıcı nitelikli olmayan uluslararası hukuk metinlerini ifade etmek ve bağlayıcı uluslararası hukuk kurallarından (*hard law*) farkını belirtmek üzere kullanılan bir kavramdır. Türkçede "esnek hukuk"[206] veya "yumuşak hukuk"[207] olarak da ifade edilebilecek bir kavram olmakla birlikte, "esnek" veya "yumuşak" kelimesinin "hukuk" terimiyle birlikte kullanımı söz konusu uluslararası hukuk metinlerinin anlam ve öneminin izah edilebilmesi bakımından yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple, *soft law* kavramının, biraz uzun olmakla birlikte "bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk metinleri" şeklinde Türkçeye kazandırılması daha yerinde olsa gerektir. Ayrıca, böyle bir yaklaşım, bir uluslararası hukuk düzenlemesinin *soft law* olarak kabul edilmesinin tek unsuru olan "yazılı metin olmak" şartı ile de uyum içindedir.[208]

Bağlayıcı olmayan uluslararası hukuk metinlerine örnekler olarak; bağlayıcı nitelikli olmayan ve genel yükümlülükler öngören andlaşmalar, evrensel veya bölgesel uluslararası örgüt kararları ve resmi açıklamaları

gösterilebilir.[209] 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedi (*the Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe*), 1990 tarihli Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı (*the Charter of Paris for a new Europe*)[210] ve 1992 tarihli Rio Çevre ve Kalkınma Bildirgesi (*the Rio Declaration on the Environment and Development*),[211] tipik uluslararası *soft law* metinleridir.[212]

Bağlayıcı olmayan uluslararası hukuk metinleri, *opinio juris* ve dolayısıyla uluslararası hukuk kuralı oluşum süreci için önemlidir. Bu nitelikteki belgeler, devletlerin ne şekilde bir tutum izleyeceklerinin tespit edilmesi ve ileride bağlayıcı uluslararası hukuk kurallarının (*hard law*) yapılmasını sağlamak açısından önemli bir rol oynarlar. Şöyle ki, devletler, bağlayıcı niteliği bulunmayan uluslararası hukuk kurallarını uygulayarak bir örf-adet kuralının oluşumuna veya bağlayıcı niteliği bulunmayan uluslararası hukuk belgelerini bir andlaşma metni hazırlanırken dikkate almak suretiyle metnin hazırlanmasına esas alabilmektedirler. Kısacası, işbu yöntemle *soft law* belgelerinin örf-adet kuralı veya andlaşma hükmü şeklinde bağlayıcı hukuk kuralına dönüşmesi mümkündür.[213] Bu durumun en çarpıcı örneğini *soft law* belgesi niteliğinde olan 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi Işığında hazırlanan 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (*the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights*) [214] ile yine 1966 tarihli Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (*the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*)[215] oluşturmaktadır.[216]

Soft law belgelerinin uluslararası hukukta bağlayıcı kaynağa dönüşme katkısı yanında, hatta bazı dönemlerde bağlayıcı nitelikli uluslararası andlaşmalardan daha etkin olduğu örneklere de tanıklık edilmeye başlanmıştır. Söz konusu durumun uluslararası hukuk uygulamasındaki en güzel örneklerine uluslararası çevre hukukunda rastlanılmaktadır. Bilindiği üzere, 2009 tarihli Kopenhag Andlaşması (*Copenhagen Accord*), Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne Taraf Devletler Konferansı'nın 15. Toplantısı neticesinde ortaya çıkmış, fakat resmi olarak kabul edilmemiş (not adopted) bir uluslararası hukuk metnidir. Başka bir ifadeyle, bir *soft law* belgesidir. Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Sekreterliği, tarafları bilgilendirdiği açıklamasında "Kopenhag Andlaşması'nın Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği rejiminde herhangi bir bağlayıcı etkisinin olmadığını" açıkça belirterek söz konusu durumu bir kez daha teyit etmiştir.[217] Bununla birlikte, 2009 tarihli Kopenhag

Andlaşması'nın birçok düzenlemesi, bağlayıcı hukuk kuralı/kaynağı olma anlamında 2015 tarihli Paris İklim Değişikliği Andlaşması'nda yerini almıştır. Ayrıca, bağlayıcı uluslararası hukuk metni olmamasına rağmen Kopenhag Andlaşması'nın, uluslararası çevre hukukunun bağlayıcı nitelikli belgesi olan 1997 tarihli Kyoto Protokol'ünden daha fazla etki meydana getirdiği de açık bir gerçektir.[218]

C. Uluslararası Hukuk Komisyonu

Uluslararası hukuk kurallarının oluşumunda, öncelikle örf-adet hukuku kuralları etkin olmuştur. Bununla birlikte özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında da andlaşmaların önemi gittikçe artmıştır. Uluslararası hukukun bir anlamda temelini oluşturan örf-adet kuralları ile ilgili en büyük sorun, örf-adet kurallarının yazılı olmaması ve dolayısıyla içeriklerinin net bir şekilde ortaya koyulamamasıdır. Bu doğrultuda, örf-adet kurallarının yazılı hale getirilmesi (kodifiye edilmesi, *codification*) çalışmaları gündeme gelmiş ve başarılı ilk girişimler olarak 1899 tarihli Birinci Lahey Barış Konferansı ve 1907 tarihli İkinci Lahey Barış Konferansı neticesinde, uyuşmazlıkların çözümü, savaş hukuku ve tarafsızlık hukuku anlamında çok önemli andlaşmalar kabul edilmiştir. Lahey Konferansları, o zamana kadar mevcut uluslararası örf-adet hukuku kurallarının yazılı bir metin şekline dönüştürülmesi ve gelecekteki kodifikasyon çalışmalarına ışık tutması yönlerinden kayda değerdir.

Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 13 (1) hükmüyle Genel Kurula, uluslararası hukukun kodifiye edilmesi ve uluslararası hukukun gelişimi sürecinin desteklenmesi ve siyasi alanda uluslararası işbirliğinin teşvik edilmesi amaçları doğrultusunda çalışmalar başlatmak ve tavsiyelerde bulunmak, bir görev olarak verilmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 1947'de, uluslararası hukukun yazılı hale getirilmesi ve uluslararası hukukun gelişiminin sağlanması görevleriyle yükümlü Uluslararası Hukuk Komisyonu'nu (*The International Law Commission*) kurmuştur. Komisyon 34 üyeden oluşmakta olup üyeleri dünyanın değişik hukuk sistemlerini temsil eder nitelikte, kendi devletlerinin önerdiği listeden Genel Kurul tarafından beş yıllık görev süresi için atanmaktadır. Komisyon üyeleri, kendi devletlerinin temsilcileri olarak değil, fakat birey olarak görevlerini yaparlar. Genel Kurulun, Komisyonun belli bir alanda çalışma yapmasını istemesi mümkün olmakla birlikte, Komisyonun kendi çalışmalarını re'sen başlatması

ve yürütmesi asıldır. Uluslararası hukukun herhangi bir alanıyla ilgili hazırlık çalışmalarının yapılması, taslak andlaşma metinlerinin hazırlanması, metinler üzerinde tartışmaların ve görüşmelerin gerçekleştirileceği konferansların düzenlenmesi ve nihai olarak andlaşma metinlerinin imzaya açılması, ilk akla gelen Komisyon işlerindendir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun önderliğinde gerçekleştirilen en önemli andlaşma örnekleri arasında 1958 tarihli Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri (dört farklı sözleşme: Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, Kıta Sahanlığı Sözleşmesi, Açık Deniz Sözleşmesi ve Balıkçılık Sözleşmesi), 1961 tarihli Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü gösterilebilir.[219]

Yukarıda belirtilenler dışında Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun, çalışmaları sebebiyle devlet uygulamalarına vakıf olması ve bu sayede örf-adet hukuku kuralı oluşumuna katkıda bulunması da bir diğer önemli husustur. Örf-adet hukuku kuralları ile andlaşma düzenlemeleri arasındaki ilişkinin daha iyi anlaşılabilmesi açısından, bu noktanın ayrı bir önemi vardır.[220] Komisyonun hazırladığı uluslararası hukuk metinleri, andlaşma hükmüne dönüşmemiş olsa dahi, uluslararası uygulamada etkin olabilmektedir. Örneğin, Komisyon tarafından hazırlanan Uluslararası Hukuk Kurallarının İhlali Nedeniyle Devletin Sorumluluğuna Dair Taslak Düzenlemelere (*the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), hem Uluslararası Adalet Divanı'nın Gabicikovo-Nagymaros Davası'nda[221] hem de Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin (*the International Tribunal for the Law of the Sea*) *M/V Saiga (No.2) Davası'*nda[222] atıfta bulunulmuştur. Ayrıca, Komisyonun hazırladığı uluslararası hukuk metinlerinin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde düzenlemesi anlamında uluslararası hukuk kaynağı olarak, hiç değilse doktrin şeklinde yorumlanıp, uygulanma imkanı bulunduğunu da unutmamak gerekir.[223]

Hiç şüphesiz, Uluslararası Hukuk Komisyonu, uluslararası hukuk kurallarının yazılı hale getirilmesi ve uluslararası hukukun gelişiminin sağlanması bakımından en önemli uluslararası organdır. Ancak, Uluslararası Hukuk Komisyonu dışında, uluslararası hukukun değişik branşlarında faaliyette bulunan uluslararası nitelikli organlar da mevcuttur. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, şimdiki İnsan Haklan Konseyi (*the UN Commission on Human Rights, the Human Rights Council*), Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (*the UN Commission on*

International Trade Law: UNCITRAL) ve bu nitelikli fakat özel bir girişim niteliğindeki Uluslararası Hukuk Derneği (*the International Law Association*), uluslararası hukukun gelişiminde ve kuralların hazırlanmasında çok etkin bir rol ve katkıya sahiptir.[224]

D. Uluslararası Hukukun Buyruk Kuralları (*Jus Cogens*)

Uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcı hukuk kuralları (*hard law*) ve bağlayıcı olmayan hukuk kuralları (*soft law*) ayrımı yapılmakla birlikte, uluslararası hukukun bağlayıcı hukuk kuralları içerisinde hiyerarşik bir yapılanmanın varlığı kabul edildiğinde en tepede yer alan bir takım kurallar vardır ki, bu kurallar buyruk kurallar veya *jus cogens* normlar şeklinde adlandırılırlar. *Jus cogens* kuralların en önemli özelliği, bireysel olarak devletlerin çıkarlarından ziyade, uluslararası toplumun tamamına ilişkin en temel çıkarların korunması amacına hizmet edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası toplumun ortak çıkarlarının ve uluslararası hukuk sisteminin korunması amacını taşıyan kurallardır.[225]

Uluslararası hukuk metinlerine bakıldığında *jus cogens* norm kavramının resmi şekilde tanımlandığı metnin, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi olduğu görülür. Sözleşmenin 53. maddesine göre, *jus cogens* norm: "*(...) Bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumunun kendisinden hiçbir surette sapmaya müsait olmayan ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur*."[226] Bu tanım çerçevesinde bir kuralın *jus cogens* olabilmesi için iki şartın varlığına ihtiyaç vardır. Birincisi, bütün devletlerce kuralın tanınmış olması, ikincisi ise, tanınmanın ve kabul edilmenin hiçbir surette o kuraldan sapılmayacağı düşüncesiyle yapılmış olmasıdır.[227]

Uluslararası toplum üyelerinin tamamının *jus cogens* normlara uygun hareket etme yükümlülüğü vardır. Yeni bir buyruk kural meydana gelene kadar, adı geçen kurallar ihlal edilemez. Her ne kadar, uluslararası hukuk uygulamasında tam içeriği net olarak tespit edilememekle birlikte, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren en temel konularla ilgili olması sebebiyle, *jus cogens* normlarının sayılarının her geçen gün artması kaçınılmazdır. Uluslararası hukuk kurallarından *jus cogens* norm seviyesine ulaşanlara örnekler şu şekilde belirtilebilir: kuvvet kullanmanın yasaklanması, soykırım suçu, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçların

yasaklanması, köleliğin ve köle ticaretinin yasaklanması, işkencenin yasaklanması ve silahlı çatışmalarda bireylerin korunmasına dair insancıl hukuk kuralları.[228]

Jus cogens normlar ile ilgili en önemli konulardan bir tanesi, uluslararası hukukun diğer kurallarını bertaraf etme, diğer bir ifadeyle onları geçersiz kılma etkisinin olup olmadığıdır.[229] Uluslararası Adalet Divanı 2012 tarihli *Devletin Yargı Bağışıklıkları Davası*'nda uluslararası hukuk kuralları ile *jus cogens* normlar arasındaki ilişkiyi, önüne getirilen uyuşmazlık konusu ile bağlantılı biçimde detaylı olarak ele almış ve bu anlamda uluslararası hukuka önemli katkılarda bulunmuştur. Şöyle ki, İtalya'nın iddiaları arasında, Almanya'nın İkinci Dünya Savaşı'nda (1943-45 yılları arasında) gerçekleştirdiği zorla çalıştırma, sürgün etme ve diğer savaş suçlarının j*us cogens* statüsündeki uluslararası hukuk kurallarının ihlalini oluşturduğu yer almaktadır. Buna göre, silahlı çatışmalar hukukunun *jus cogens* normları ile Almanya'nın yabancı devlet mahkemeleri önünde yargı bağışıklığından yararlanmasına yönelik uluslararası hukuk kuralı arasında çatışma söz konusudur. İtalya'ya göre, *jus cogens* norm ile çelişen herhangi bir uluslararası hukuk kuralı mevcut ise, *jus cogens* norm öncelikli olarak uygulanmalıdır. Dava konusu olayda da devletin yargı bağışıklığını düzenleyen uluslararası hukuk kuralı *jus cogens* statüsünde olmadığından silahlı çatışmalara yönelik *jus cogens* norm öncelikli olarak uygulanmalıdır. Ancak, Divan, uluslararası hukukun *jus cogens* kural veya kuralları ile devletin yargı bağışıklığını düzenleyen örf-adet kuralı arasında bir çatışma olmadığını hükme bağlamıştır. Divan, silahlı çatışmalar hukukunun sivillerin öldürülmesini, sürgün edilmesini, zorla çalıştırılmasını, savaş esirlerinin sürgününü ve zorla çalıştırılmasını yasaklayan kurallarının *jus cogens* nitelikli olmasının varsayıldığı durumda dahi, bu kurallarla devletin yargı bağışıklığını düzenleyen kurallar arasında herhangi bir çatışma olmadığını kabul eder. Söz konusu iki farklı kurallar grubu farklı uluslararası hukuk sorunları ile ilgilidir. Devletin yargı bağışıklığını düzenleyen kurallar niteliği gereği usulidir (usul hukuku ile ilgilidir) ve bir devletin mahkemelerinin başka bir devlete karşı yargı yetkisini kullanıp kullanamaması ile sınırlıdır. Devletin yargı bağışıklığının, mahkeme önündeki uyuşmazlık konusunun hukuka uygun veya hukuka aykırı olup olmaması (maddi hukuk) ile ilgisi bulunmamaktadır.[230]

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. madde hükmü uluslararası hukuk kaynaklarından birisi olan andlaşmalarla *jus cogens*

normlar arasındaki ilişkiyi açıkça şu şekilde düzenlemektedir:“Bir andlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu (buyruk kuralı) ile çatışıyorsa, batıldır.”[231]

Jus cogens kural olmanın getirdiği bir başka önemli nokta ise, *jus cogens* kuralların düzenlediği hakların ve getirdiği yükümlülüklerin *erga omnes* etkiye sahip olması, diğer bir deyişle herkese karşı ileri sürülebilmesidir. Dolayısıyla, bu kuralların ihlali durumunda diğer uluslararası hukuk kişilerinin harekete geçme hakları gündeme gelmektedir.[232]

IX. SONUÇ

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde hükmü çerçevesinde uluslararası hukuk kaynaklarının andlaşmalar, örf-adet kuralları, genel hukuk ilkeleri, yargı kararları ve doktrin çerçevesinde ele alınması, uluslararası hukuk sisteminin anlaşılması bakımından önemli bir başlangıç noktasıdır. 1920 yılında Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü kapsamında ilk defa kaleme alınan ve Birleşmiş Milletlerin asıl yargı organı Uluslararası Adalet Divanı’nın Statüsüne de birkaç küçük değişiklik dışında aynen taşınan 38. madde düzenlemesinin, uluslararası hukuk kaynaklarını tamamen yansıttığını kabul etmek mümkün değildir. Birinci Bölümde ve yukarıda da detaylı olarak incelendiği üzere, uluslararası hukuk sistemi, uluslararası kişilik ve uluslararası toplumun gelişimine paralel biçimde sürekli değişme ve gelişme göstermektedir. Uluslararası alanda görülen gelişmeler, uluslararası örgütlerin ve bireylerin uluslararası hukuk kişisi olarak kabul edilmeleri sebebiyle uluslararası hukuk kurallarının oluşumundaki rol ve önemleri inkar edilemez. Birleşmiş Milletler başta olmak üzere, uluslararası örgüt kararları ve uygulamaları, uluslararası hukuki uyuşmazlıkların çözümünde gittikçe artan bir yer ve öneme sahip olmaktadırlar. Birleşmiş Milletler organları, özellikle Genel Kurul, Avrupa Birliği ve kurumları, Dünya Ticaret Örgütü v.b. uluslararası örgütler, sadece kararları ile değil bizzat bünyesindeki üyeleri aracılığıyla gerek andlaşmalar gerekse örf-adet kuralları anlamında uluslararası hukuk kurallarının oluşumunda belirleyici konuma gelmişlerdir. *Soft law* olarak da bilinen bağlayıcı niteliği bulunmayan uluslararası hukuk metinlerinin sayısı son yıllarda önemli derecede artmış ve uluslararası hukukun bağlayıcı kurallarını oluşturmada yeni bir yöntem olarak önemli bir rol üstlenmiştir. Hatta, *soft law* nitelikli bazı uluslararası hukuk metinlerinin, bağlayıcı statüdeki andlaşmalardan daha fazla etki doğurduğu örneklere de

tanıklık edilmeye başlanmıştır. Uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren bir anlamda uluslararası hukuk sisteminin temel kurallarını içeren *jus cogens* normların sayısı, uluslararası toplumun gelişimine paralel artış göstermektedir. Bu gelişmeler ışığında Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün yeniden kaleme alınması, hem Divanın işini kolaylaştıracak hem de Divanın uluslararası hukuk kaynağı anlamında gelişmelere uygun güncellik kazanmasını sağlayacaktır. Ancak, uluslararası toplumun mutlaka ve bir an önce 21. yüzyılda gerçekleştirmesi gereken en önemli konuların başında, uluslararası hukuk sisteminin anayasası olacak bir uluslararası hukuk metninin kabul edilip yürürlüğe girmesini sağlamak gelmektedir.[233]

Tartışma Soruları

1. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarını uluslararası hukuk kaynağı olma açısından tartışınız.
2. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. madde düzenlemesini uluslararası hukuk kaynaklarını göstermesi bakımından tartışınız.
3. *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları* ışığında uluslararası örf-adet kuralları ile andlaşma hukuku düzenlemeleri arasındaki ilişkiyi tartışınız.
4. Uluslararası Adalet Divanı kararlan ışığında, uluslararası hukukta bölgesel/yerel örf-adet kuralı olup olamayacağını tartışınız.
5. Uluslararası Adalet Divanı tarafından özellikle uluslararası deniz hukuku kapsamında deniz alanlarının sınırlandırılmasında yoğun şekilde uygulanan hakça ilkeler kavramını, uluslararası hukuk kaynağı olma açısından değerlendiriniz.
6. *Jus cogens* kuralları ile uluslararası hukukun gelişimi arasında herhangi bir ilişki kurulabilir mi? Tartışınız.
7. Uluslararası Adalet Divanı'nın *Devletin Yargı Bağışıklıkları Davası*'nda *jus cogens* normlar ile ilgili yaklaşımını uluslararası hukuk sistemi açısından değerlendiriniz.
8. Bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk metinlerinin (*soft law belgelerinin*), uluslararası hukuk kurallarının oluşumunda önemli bir rol oynadığı, hatta bazı uluslararası hukuk alanlarında bağlayıcı hukuk kurallarından daha da etkin olduğu ileri sürülmektedir. Örneklerle tartışınız.
9. Anayasa Mahkemesi Başkanı X, Türkiye'nin de tarafı olduğu uluslararası hukuki uyuşmazlığın Uluslararası Adalet Divanı'na sevk edilmesi ve Türkiye'nin de Divan'da hakimi olmaması nedeniyle *ad hoc*

hakim (sadece o davada görevli) seçilmiş olsun. Uluslararası hukuk alanında uzman olmayan X, dava taraflarının delil olarak sunduğu belgeler konusunda zorluklar yaşamaktadır. Söz konusu belge ve metinler arasında şunlar yer almaktadır:

a) Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uyuşmazlık konusu hakkında raporu;

b) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı;

c) Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı;

d) Dava tarafları arasında yapılan andlaşma;

e) Uluslararası hukuk profesörü Y tarafından kaleme alınan ve *European Journal of International Law* dergisinde yayınlanan makale;

f) Konu ile ilgili Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi kararı;

g) Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi karan;

h) Daha önce konu ile ilgili Uluslararası Adalet Divanı'nca verilen bir karar.

Ad hoc hakim X'e yardımcı olacak nitelikte yukarıda belirtilen belgeleri uluslararası hukuk kaynakları açısından değerlendiren bir rapor hazırlayınız.

Üçüncü Bölüm
ANDLAŞMALAR HUKUKU

I. GİRİŞ

Günümüz uluslararası hukuk kaynaklarının en önemlisini, hiç şüphesiz andlaşmalar oluşturmaktadır. Örf-adet hukuku kuralları, uluslararası hukukun oluşumunda ve uluslararası ilişkilerin düzenlenmesinde etkin bir rol oynamış ve belli alanlarda bu rolünü oynamaya devam etmektedir. Ancak, 20. yüzyılın başından itibaren başlayan uluslararası hukuk kurallarının kodifiye edilmesi çalışmaları ve özellikle, İkinci Dünya Savaşı sonrası bağımsız devletlerin sayılarının artması ve bu devletlerin uluslararası hukuk kurallarının yazılı olmasını tercih etmeleri sebebiyle, andlaşmaların sayısında önemli artışlar olmuştur. Bağımsızlığını yeni kazanan devletlerin, örf-adet kuralının oluşumu için gerekli olan devlet uygulamalarında (*State practice*) yer almamaları, örf-adet kuralı dahi olsa, yazılı şekle dönüştürülüp, uluslararası bir andlaşma haline getirilmesi arzuları, bu artışın en önemli sebeplerindendir.

Diğer yandan unutulmamalıdır ki, uluslararası hukuk kaynaklarından sadece andlaşmalar, devletler başta olmak üzere uluslararası hukuk kişilerinin özgür iradeleriyle, düşünerek, müzakereler yaparak vücut verebilecekleri uluslararası hukuk kaynağı olma özelliğine sahiptir. Bir yönüyle, iç hukuk sistemlerinde kendisine tanıklık edilen kanun yapma modeli, uluslararası hukuk sistemi içerisinde uluslararası hukuk kişilerinin akdettikleri andlaşma şeklinde vücut bulmaktadır.

Uluslararası toplum kavramının gelişimi paralelinde, uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, karşılaşılan sorunlara daha hızlı ve etkin biçimde çözümler bulunabilmesi, hukuki yapıların oluşturulması, uluslararası toplum üyelerinin haklarının ve yükümlülüklerinin açık şekilde ortaya koyulabilmesi, andlaşmalar yoluyla sağlanabilmektedir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk sisteminde, deniz hukukundan, diplomasi ve konsolosluk ilişkilerine, iklim değişikliğinden Antarktika'nın ve uzayın hukuki statüsüne kadar, hemen hemen her alan ve konuda uluslararası andlaşma metinleri ile karşılaşmak mümkündür. Sahip olduğu bu önem ve rol sebebiyle, uluslararası

hukuk sistemi, andlaşmaların yapılmasına, yürürlüğe girmesine, hüküm ve sonuçlarına, ortadan kaldırılmasına yönelik şekli ve maddi temel düzenlemeleri içeren bir kurallar bütününe sahiptir. Adı geçen düzenlemelerin tamamı, uluslararası hukuk sistemi içerisinde, *andlaşmalar hukuku (the law of treaties)* olarak isimlendirilmektedir. Hiç şüphesiz andlaşmalar hukuku, deniz hukuku, kuvvet kullanma, uluslararası ekonomi hukuku, uluslararası insan haklan hukuku ve uluslararası ceza hukuku gibi uluslararası hukukun bağımsız bir alt dalıdır.

Andlaşmalar hukuku başlıklı bu bölümde, andlaşmaların yapılması, yürürlüğe girmesi, andlaşmalara çekinceler koyulması, andlaşmaların geçerliliği, andlaşmaların yorumlanması ve andlaşmaların sona ermesi vb. konular, uluslararası hukukun örf-adet kuralları ve andlaşma düzenlemeleri ışığında incelenecektir.

II. ANDLAŞMALAR HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Andlaşmalar hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kaynakları, uluslararası örf-adet hukuku kuralları ile andlaşmalar çerçevesinde düzenlenmiştir. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (*the Vienna Convention on the Law of Treaties*), mevcut örf-adet kurallarını yazılı hale getirmiş, ayrıca, andlaşmalar hukukunun gelişimine katkıda bulunacak yeni düzenlemelere de yer vermiştir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi, yürürlük için gerekli 35 devletin onay sayısına ulaşıldığı 27 Ocak 1980'de gerçekleşmiştir.[234] Dolayısıyla, 27 Ocak 1980'e kadar, andlaşmalar hukukuna uygulanacak uluslararası hukuk düzenlemeleri, örf-adet kurallarından ibarettir.

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yanı sıra andlaşmalar hukukuna ilişkin diğer yazılı hukuk kaynakları arasında 1978 tarihli Andlaşmalara Devletlerin Halefiyetine Dair Viyana Sözleşmesi (*the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties*) ve 1986 tarihli Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arasında Yapılan Andlaşmalara İlişkin Viyana Sözleşmesi (*the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations or between International Organisations*) sayılabilir.

Bu bölümde, Viyana Sözleşmesi denildiğinde, kastedilen 1969 tarihli

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'dir. Diğer Viyana Sözleşmelerine sadece ilgili olduğu yerlerde gönderme yapılacaktır. Ancak, andlaşmalar hukukuna dair uluslararası hukuk düzenlemelerini 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümleri ile de sınırlandırmak doğru değildir. Zira, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 27 Ocak 1980'de yürürlüğe girmiştir ve bu tarihin öncesinde ve sonrasında uluslararası örf-adet hukuku kuralları uygulanmış ve uygulanmaya devam etmektedir. Ayrıca, Viyana Sözleşmesi hükümlerinin bir kısmı yeni hukuk kuralı ihdas etmekle birlikte, birçok düzenlemesi de örf-adet hukuku kurallarının yazılı hale dönüştürülmesinden ibarettir. Sözleşmenin örf-adet hukuku kuralı niteliğinde olan düzenlemelerine sadece birkaç örnek olması anlamında, Sözleşmede yer alan andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin düzenlemeler, andlaşmaların ağır ihlal nedeniyle sona erdirilmesi ve andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklikler olması, belirtilebilir.[235] İşbu nedenle, andlaşmalar hukuku düzenlemelerini hem Viyana Sözleşmesi hem de örf-adet hukuku düzenlemeleri ışığında incelemek yerinde olacaktır.[236]

III. ANDLAŞMA NEDİR?

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 2 (1) (a) düzenlemesinde andlaşma şu şekilde tanımlanmaktadır:

"I. Bu Sözleşmenin amaçları bakımından:

"*andlaşma," ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve kendine özgü adı ne olursa olsun, Devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası andlaşma demektir.*"[237]

İlk bakışta Viyana Sözleşmesi çerçevesinde yapılan tanımdan andlaşmaya ilişkin özellikler içerisinden, andlaşmaların sadece Devletler tarafından yapılabilmesi, yazılı olması ve uluslararası hukuk kurallarına tabi olunması göze çarpmaktadır. Andlaşma metni için kullanılan ismin veya metnin bir veya birden çok belgeden oluşmasının hiçbir değeri yoktur.

1986 tarihli Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arasında Yapılan Andlaşmalara İlişkin Viyana Sözleşmesi de kendi amaçları bakımından andlaşma terimini madde 2 (1) (a) hükmünde şu şekilde tarif etmiştir:

"1. Bu Sözleşmenin amaçları bakımından:

(a) "andlaşma" demek ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla

ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun

(i) bir veya birden çok Devlet ile bir veya birden çok uluslararası örgüt; veya

(ii) uluslararası örgütler arasında, yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuk kurallarına tabi olan uluslararası anlaşma demektir.”[238]

1986 tarihli Viyana Sözleşme düzenlemesi, 1969 tarihli Viyana Sözleşme hükümlerinden farklı olarak, andlaşmanın tarafları arasına uluslararası örgütleri de dahil etmektedir. Bu çerçevede, andlaşmalar devletlerle uluslararası örgütler veya uluslararası örgütler arasında akdedilen uluslararası mutabakatları ifade etmektedir.

Andlaşmalar hukukunun yazılı hukuk kaynakları arasında yer alan her iki Viyana Sözleşmesi, andlaşmaları yapmaya ehil uluslararası hukuk kişilerini, devletlerle ve uluslararası örgütlerle ve yazılı şekilde gerçekleştirilen uluslararası mutabakatlarla sınırlandırmaktadır. Oysa, uluslararası hukukun ve uluslararası hukuk kişilerinin gelişimine paralel biçimde andlaşma akdetme yeteneğine sahip uluslararası hukuk kişilerinin devletler ve uluslararası örgütlerle sınırlandırılması günümüz modern uluslararası hukuk anlayışıyla çelişmektedir. Ayrıca, uluslararası hukukta, andlaşma kavramını yazılı andlaşmalar ile sınırlandırmak da yerinde değildir. Zira, uluslararası hukuk uygulamalarında, aşağıda da örnekleriyle değinileceği üzere, sözlü andlaşmaların varlığına da tanıklık edilmektedir.[239]

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, andlaşmalar hukuku anlamında, andlaşma teriminin daha kapsamlı biçimde tanımlanması mecburiyeti vardır. Bu düşünceden hareketle, şu şekilde bir tanımlama uluslararası hukuka daha uygun olsa gerektir: *Andlaşma, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde hukuki sonuç doğurmaya yönelik iki veya daha fazla uluslararası hukuk kişisinin irade beyanları şeklinde tanımlanabilir.*

A. Andlaşmanın Unsurları

Andlaşmalar hukuku kapsamında herhangi bir uluslararası hukuk metninin andlaşma olarak kabul edilebilmesi için, yukarıdaki tanımdan da kolaylıkla anlaşılacağı üzere, söz konusu metnin bir takım unsurları bünyesinde barındırması gerekir. Bu bağlamda, andlaşmanın unsurları en genel biçimde üç başlık altında toplanabilir: İrade Beyanı, (En Az İki İrade Beyanı, Hüküm ve Sonuç Doğurmaya Yönelik); Uluslararası Hukuk Kişisi Olma; ve

Uluslararası Hukuk Kurallarına Tabi Olma.

1. İrade Beyanı

Ulusal hukuk sistemlerinde borçlar hukuku düzenleme ve uygulamalarından bilinen herhangi bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan irade beyanı, uluslararası hukuk sisteminde uluslararası hukuk kişilerinin bir andlaşma akdedebilmesi için de gereklidir. Andlaşmanın kurucu unsurları arasında yer alan irade beyanlarının, uluslararası hukuk kaynağı teşkil edebilmek bakımından sahip olması gereken bazı özellikler vardır. İrade beyanının şekli, en az iki irade beyanına ihtiyaç duyulması ve irade beyanlarının hukuki sonuç doğurmaya yönelik olması ilk akla gelen hususlardır.

a. İrade Beyanının Şekli

1969 ve 1986 tarihli Viyana Sözleşmeleri, devletler ve uluslararası örgütlerin herhangi bir andlaşma ile bağlı olma niyetlerinin yazılı şekilde beyan edilmesi şartını öngörmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, Komisyon Şerhinde, ilk ve en önemli kodifiye çalışmaları arasında yer alan Viyana Sözleşmesi'nde, andlaşmaları yazılı irade beyanları ile sınırlamasının gerekçesini, andlaşmalarda açıklık ve anlaşılabilirlik sağlamak olarak belirtmiştir.[240] Ayrıca, Komisyon, andlaşmaların yazılı şekilde olmaları şartının, uluslararası hukukta sözlü andlaşmaların hukuki etkiye sahip olmalarına engel olma düşüncesi taşımadığını da net biçimde ortaya koymuştur.[241] Kaldı ki, uluslararası andlaşmalar hukuku düzenlemeleri ve uluslararası hukuk kişilerinin uygulamaları dikkate alındığında, irade beyanlarının sözlü gerçekleştirildiği andlaşma örneklerine de, pek sık olmamakla birlikte, rastlanılmaktadır. Yine aynı doğrultuda olmak üzere, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 3. madde düzenlemesinde, yazılı şekilde yapılmayan andlaşmalara Sözleşme hükümlerinin uygulanmamasının, o andlaşmaların hukuki gücünü etkilemeyeceğini açıkça belirtmiştir.

Andlaşmalar hukukunda tartışılan bir diğer husus da, yazılı veya sözlü irade beyanları dışında, uluslararası hukuk kişilerinin gerçekleştirdikleri eylemlerin, bir andlaşma ile bağlı olunması açısından yeterli olup olmadığıdır. Gerçi ulusal hukuk sistemlerinde, bireylerin örtülü/zimni/kapalı irade beyanları ile sözleşme kurmaları mümkündür. Aynı durumun

uluslararası hukuk sisteminde, özellikle andlaşmalara taraf olunması için yeterli olmayacağı genel kabul gören görüştür. Ancak, devletler başta olmak üzere, uluslararası hukuk kişilerinin belli olaylar veya durumlar karşısında aynı şekilde istikrarlı eylem ve davranışlarının olması, bir önceki Bölümde de detaylı olarak incelendiği üzere, *estoppel* ilkesi veya örf-adet kuralı temelinde kendilerinin uluslararası hukuk kuralları ile bağlı olma sonucunu doğurabilir.[242]

1969 tarihli Viyana Sözleşmesi 11. maddesinde açıkça, *tarafların üzerinde mutabık olması kaydıyla*, Devletlerin bir andlaşma ile bağlanma rızalarının imza, bir andlaşma teşkil eden belgelerin teatisi, onay, kabul, tasvip veya katılma dışında herhangi bir araçla/yöntemle açıklanabileceğini ifade ederek, yazılı şekilde olmayan yükümlülük doğurucu durumların ihtimal dahilinde olduğunu hükme bağlamıştır. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta, andlaşma taraflarının söz konusu olabilecek yöntem üzerinde mutabık kaldıklarına ilişkin bir anlaşmanın olmasıdır.

Uluslararası yargı kuruluşları kararları incelendiğinde, sözlü andlaşmaların akdedilebileceğine ve uluslararası hukukta geçerli olduğuna ilişkin en etkileyici örnek, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nca 1933'te karara bağlanan *Doğu Grönland'in Hukuki Statüsü Davası (the Legal Status of Eastern Greenland)*[243] olduğu görülür. Dava konusu olay, Doğu Grönland'in hukuki statüsü ile ilgili olup, davanın tarafları Norveç ve Danimarka'dır. Danimarka iddialarını, Paris Barış Konferansı'nda Bakanının Norveç Dışişleri Bakanı M. Ihlen'e, Grönland üzerindeki egemenlik haklarına itiraz etmediği takdirde Danimarka'nın da Norveç'in Spitzbergen üzerindeki iddialarına karşı çıkmayacağı şeklindeki önerisine dayandırmıştır. Bu görüşmelerden bir hafta sonra M. Ihlen, Norveç'in Danimarka'ya herhangi bir zorluk veya engel çıkarmayacağını deklare etmiştir. Uluslararası uygulamada, Norveç'in bu açıklaması "*Ihlen Deklarasyonu (the Ihlen Declaration)*" olarak bilinmektedir. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı ise, Ihlen Deklarasyonu'nun sözlü bir andlaşma veya tek taraflı bildirge olması yönüyle hiç ilgilenmemiş, bunun yerine Spitzbergen meselesinin Danimarka'nın Grönland üzerindeki egemenlik haklarıyla ilişkili olduğuna ve taraflar arasında da her iki devleti bağlayıcı uyuşmazlığı çözücü nitelikte bir andlaşmanın varlığına işaret etmiştir.[244]

b. En Az İki İrade Beyanının Olması

Ulusal hukuk sistemlerinde herhangi bir sözleşmenin kurulabilmesi için kurucu unsur niteliğinde en az iki irade beyanına ihtiyaç vardır. İrade beyanlarından birincisi icap, sözleşme yapma teklifi veya önerisi; ikincisi ise kabuldür. Uluslararası hukukta da uluslararası hukuk kişilerinin andlaşma akdedebilmeleri için irade beyanlarının en az iki uluslararası hukuk kişisine atfedilebilmesi gerekir. Sadece tek bir uluslararası hukuk kişisinin irade açıklamasında bulunması ile andlaşma akdedilebilmesi mümkün değildir. Bu demek değildir ki, tek taraflı irade açıklamalarının uluslararası hukukta hiçbir hukuki etkisi yoktur. Uluslararası hukuk kişilerinin tek taraflı irade açıklamaları veya bildirgeleri de, bağlayıcı etki doğurabilmektedir. Şöyle ki, her şeyden önce, uluslararası hukuk kişisinin yapmış olduğu beyan veya bildirge, kendisi bakımından ilerideki hak ve yükümlülüklerini etkileyici sonuçlar doğurabilir. Bu bağlamda, *estoppel* ve iyi niyet ilkelerinin uygulanması veya bir örf-adet hukuku kuralının oluşumunda, tek taraflı irade açıklamalarının önemli bir rol oynayacağı açıktır.

Uluslararası yargı kararlarında, devletlerin tek taraflı açıklamalarının kendilerini bağlayıcı hüküm ve sonuçlar doğurabileceğine ilişkin en önemli yargı kararları arasında *Nükleer Denemeler Davası (Nuclear Test Cases)* [245] gösterilebilir. Dava konusu olay, Fransa'nın, Avustralya ve Yeni Zelanda açıklarında atmosferik nükleer denemeler gerçekleştirmesi ve Avustralya ve Yeni Zelanda'nın bu faaliyetlerin uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğunu iddia etmeleriyle ilgilidir. Bu çerçevede, her iki devlet Uluslararası Adalet Divanı nezdinde Fransa aleyhine dava açmışlardır. Henüz, dava devam ederken, Fransa, tek taraflı olarak, söz konusu bölgede artık atmosferik nükleer denemeler yapmayacağını ilan etmiştir. Divan da, Fransa'nın bu bildirgesi çerçevesinde, davanın esasına girilerek karar vermeye gerek olmadığına hükmetmiştir. Divan, bu durumu kararında şu şekilde izah etmiştir: "*Hukuki veya fiili durumlara ilişkin tek taraflı yapılan deklarasyonların hukuki yükümlülük doğurma etkisinin olabileceği iyi bilinen bir gerçekliktir. Bu tür deklarasyonlar çok özel nitelikli olabilirler, ki sıklıkla da böyledir. Deklarasyonu yapan devletin deklarasyonu yaptığı andaki niyeti, deklarasyonun hükümleriyle bağlı olmaktır ve bu niyet deklarasyona hukuken yükümlülük altına girme niteliğini verir. Bu sebeple herhangi bir deklarasyonda bulunan devletin, hukuken o deklarasyona uygun hareket etmesi beklenir.* "[246]

c. İrade Beyanlarının Hukuki Sonuç Doğurmaya Yönelik Olması

Bir uluslararası hukuk metninin andlaşma olarak kabul edilebilmesi için gerekli unsurlardan bir tanesi de irade beyanlarının hukuki sonuç doğurmaya yönelik olmasıdır. Başka bir ifadeyle tarafların irade beyanlarıyla bağlı olma niyetleri bulunmalıdır. Dolayısıyla uluslararası alanda her yazılı metin uluslararası hukuk anlamında andlaşma niteliğinde olmayabilir. Bir önceki Bölümde *soft law* başlığı altında da incelendiği üzere, uluslararası hukukta bağlayıcı niteliği olmayan uluslararası hukuk metinleri vardır. 1975 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Helsinki Nihai Senedi, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 102 çerçevesinde, metnin bir andlaşma olarak tescil edilmesine gerek olmadığını açıkça ifade etmiştir. Konferans Sürecinde de, Nihai Senedin hukuken bağlayıcı etkisinin olmayacağı ortaya çıkmıştır.[247] Bu bağlamda, bir diğer örnek de, daha önce de işaret edildiği gibi, yine Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatının kabul ettiği, Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı'dır.[248]

İrade beyanlarının hukuki sonuç doğurmaya yönelik olması, tarafların irade beyanlarıyla bağlı olması ile ilgili Uluslararası Adalet Divanı uygulamasına kısaca değinmek gerekirse: Divan İran ile Birleşik Devletler arasındaki *Petrol Platformları Davası*'na ilişkin ilk itirazları incelediği kararında (*Oil Platforms Case, Preliminary Objections),*[249] andlaşmanın hukuki bağlayıcılığı olmasına rağmen, andlaşma metni içerisinde yer alan özel bir düzenlemenin çok genel biçimde kaleme alınabileceğini ve böyle bir düzenlemenin hukuki haklar ve yükümlülükler doğurmak için yeterli olamayacağını hükme bağlamıştır.[250] Bu sebeple Divan, 1955 tarihli Dostluk Andlaşması madde 1'de yer alan İran ve Birleşik Devletler arasında samimi bir dostluk ve kalıcı barışın sağlanacağına ilişkin düzenlemenin hukuki anlamda haklar ve yükümlülükler meydana getirmediği sonucuna ulaşmıştır.[251]

2. Uluslararası Hukuk Kişisi Olma

Andlaşmalar, uluslararası hukuk kişileri tarafından yapılabilir. Ancak uluslararası hukuk kişilerinden de, günümüz itibariyle devletler ve uluslararası örgütler andlaşma yapma yeteneğine sahiptir. Genellikle andlaşmalar devletler arasında akdedilmekle birlikte, devletlerle uluslararası örgütler veya sadece uluslararası örgütler arasında da yapılabilir. Bu anlamda, bireylerin veya şirketlerin uluslararası andlaşmalar hukuku anlamında andlaşma akdetmeleri veya andlaşmaya taraf olmaları mümkün değildir.[252]

Her devlet andlaşma akdetmeye ehildir. Uluslararası hukukta devlet adına andlaşma akdedilmesiyle hükümet adına veya bir bakanlığı veya devletin herhangi başka bir kurumuyla andlaşma akdedilmesi arasında farklılık yoktur. Hükümet veya bakanlıklarla andlaşmalar akdedilmesi durumunda, hükümet veya bakan değişikliği, andlaşmaların geçerliliğini etkilememektedir.[253]

Andlaşma akdetme veya bir andlaşmaya taraf olunması hususunda karşılaşılan en önemli sorunlardan bir tanesi, belli ölçüde uluslararası düzeyde hak ve yükümlülüklere sahip olma yetenekleri bulunan, bu yönüyle uluslararası hukuk kişiliği kabul edilen, devlet niteliği taşımayan uluslararası topluluklarla akdedilen anlaşmalardır. Ulusal özgürlük hareketleri ve geçici hükümetler, bu anlamda, ilk akla gelen örneklerdir.[254] Konu ile ilgili en çarpıcı uygulama, 1982 yılında Filistin Kurtuluş Örgütü'nün, silahlı çatışmalar hukukuyla ilgili 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokollere (I-II) taraf olmak için depoziter devlet İsviçre'ye yaptığı başvurunun reddedilmesidir. İsviçre, cevabi yazısında, Filistin Devletinin varlığıyla ilgili uluslararası toplum uygulamalarının belirsiz olduğunu ve örgütün adı geçen Sözleşmelere taraf olma yetkisinin bulunmadığını, ancak yapılan başvurunun tek taraflı irade açıklaması olarak Filistin Kurtuluş Örgütü'nü bağlayacağını belirtmiştir.[255]

Ancak, uluslararası toplum ve uluslararası hukuk uygulamalarındaki gelişmeler dikkate alındığında, andlaşma akdetme yeteneğinin sadece devletlerle ve uluslararası örgütlerle sınırlandırılmasının doğru olmadığı görülür. Özellikle, devlet niteliği olmayan insan topluluklarının andlaşma yapabilme yetenekleri olduğunun kabul edilmesi kaçınılmazdır. Nitekim, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 3. madde hükmü, uluslararası örf-adet hukuku kuralları çerçevesinde devlet dışında uluslararası hukuk kişilerinin andlaşma akdetme yetkisi olabileceğini ifade etmektedir.[256]

Devletler, uluslararası örgütler ve devlet niteliği taşımayan insan toplulukları için geçerli olabilecek andlaşma akdetme yeteneği, ne yazık ki günümüz uluslararası hukuk düzenlemeleri ışığında bireyler (gerçek kişi veya tüzel kişi) açısından mümkün değildir. Bireylerin, devletlerle veya diğer uluslararası hukuk kişileri ile uluslararası andlaşmalar hukuku anlamında andlaşma akdetme yetenekleri bulunmamaktadır.[257] Devlet ile ulusal hukuk kuralları çerçevesinde kurulan şirketler arasında akdedilen anlaşmaların, uluslararası andlaşmalar hukuku bakımından andlaşma kabul edilip edilemeyeceği konusundaki en önemli yargı kararı, aşağıda da detaylı

şekilde değinilecek olan *Anglo-Iranian Oil Co. Davası*'dır (*Anglo-franian Oil Company Case*).[258]

3. Uluslararası Hukuk Kurallarına Tabi Olma

Herhangi bir uluslararası hukuk metninin andlaşma olabilmesi için, belki de gerekli olan unsurlardan en önemlisi, uluslararası hukuk kurallarına tabi olmaktır (*governed by international law*). Uluslararası hukuk kurallarına tabi olmak demek, herhangi bir sorun çıktığında uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde sorunun çözümlenmesi, yükümlülüklerin ve hakların uluslararası hukuk kurallarınca belirlenmesidir. Bu gerçeklik, Uluslararası Hukuk Komisyonu Özel Raportörü *Sir Humphrey Waldock* tarafından Komisyona sunulan Raporda şu şekilde dile getirilmiştir:

"*... uluslararası hukuka tabi olma unsuru, uluslararası andlaşmanın önemli bir parçasıdır ve tanımında açıkça belirtilmesi gerekir. Devletler arasında sadece ticari işlemlerle ilgili diplomatik misyona bina tahsisi gibi anlaşmalar olabilir ki bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar taraflardan birinin iç hukukuna veya kanunlar ihtilafı hukuku ilkeleri temelinde kararlaştırılan özel hukuk sistemine göre çözümlenir. Bu gibi durumlarda iki devletin birbirlerine karşı uluslararası sorumluluğunun olup olmadığı hususu güzel bir sorudur; ama, sorumlu oldukları kabul edilse dahi, uluslararası sorumluluğunun temeli bir andlaşmadan doğan yükümlülük olmayacaktır. Her halükarda, Komisyon, andlaşmalar hukukunun amaçlan bakımından 'uluslararası anlaşma' kavramının, akdedilmesi ve yürürlüğü (yükümlülüklerin yerine getirilmesi dahil) her yönünün uluslararası hukuk kuralları tarafından düzenlenen andlaşmalarla sınırlandırılması gerekliği hususunda nettir*."[259]

Uluslararası Adalet Divanı, *Anglo-Iranian Oil Co. Davası*'nda, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Raporunda izah edilen durumla karşılaşmıştır. Dava konusu olay, İran'ın petrol endüstrisini millileştirmesi (kamulaştırması) ile ilgilidir. *Anglo-Iranian Oil Firması* da kamulaştırılan kuruluşlardan bir tanesidir. Birleşik Krallık, 1933'te İran Hükümeti ile *Anglo-lranian Oil Co.* arasında yapılan sözleşmenin, uluslararası hukuk anlamında bir andlaşma ve dolayısıyla İran'ı bağlayıcı nitelikte olduğunu iddia etmiştir. İddialar, Divan tarafından reddedilmiş ve İran Hükümeti ile söz konusu yabancı firma arasında yapılan sözleşmenin uluslararası hukuk anlamında bir andlaşma olarak kabul edilemeyeceğine, böyle bir metnin imtiyaz

sözleşmesinden (*concessionary contract*) başka bir şey olamayacağına hükmetmiştir.[260]

B. Andlaşmalar Hukukunda Terim Sorunu

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 2 (1) (a) hükmünde andlaşmayı tanımlarken, "*whatever its particular designation*" ifadesi ile andlaşma metninin kendine mahsus adının hiçbir öneminin olmadığına işaret edilmiştir. Uluslararası hukuk uygulamasında da tanıklık edildiği üzere, uluslararası hukuk kişilerinin akdettikleri veya tarafı oldukları ve andlaşma olarak nitelendirilebilecek uluslararası hukuk metinlerini farklı isimlerle düzenledikleri görülmektedir. Hangi isim altında düzenlenmiş olursa olsun, ortak olan temel özellik söz konusu metinlerin geçerliliğinin ve bağlayıcılığının kullanılan isimden etkilenmeyeceğidir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, andlaşma anlamında "*treaty*" kelimesine yer verirken, "*agreement*" (anlaşma) ifadesini kullanmamıştır. Uygulamada, her iki terim aynı anlama gelecek şekilde biri diğerinin yerine kullanılmaktadır. Uluslararası alanda bu kullanımın hukuki etki bakımından farklı sonuçlar doğuracağına ilişkin herhangi bir algılama da bulunmamaktadır.[261] Andlaşmaların; sözleşme, protokol, şart, pakt, statü, mektup teatisi, *modus vivendi* şeklinde adlandırıldıkları da görülmektedir.[262] Andlaşma terimi, bütün isimleri kapsayacak şekilde, aynı anlama gelmek üzere kullanılmaktadır.[263] Her ne kadar, hüküm ve sonuç doğurmaları açısından pratikte kullanılan ismin bir önemi olmasa da, yine de hukuki işlemin niteliğine ilişkin bir takım fikirler vermesi bakımından farklı isimlerin kullanılması kayda değerdir.

Anlaşma (*agreement*), andlaşmaya oranla daha az resmi nitelikli uluslararası hukuk metinlerini ifade etmektedir. Ayrıca uluslararası örgütlerin akdettikleri andlaşma türünü de ifade eden bir kavramdır.[264] Örneğin, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Hollanda ile yaptığı andlaşma veya Birleşmiş Milletlerin New York'taki yerine ilişkin andlaşma. Ayrıca, bölgesel ticaret andlaşmalarını ifade eder şekilde anlaşma ifadesine yer verildiği de görülmektedir. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA: *the North American Free Trade Agreement*), adı geçen kullanımın tipik örneği niteliğindedir.[265]

Sözleşme (*convention*), genellikle çok taraflı ve özellikle kural koyucu nitelikteki bölgesel veya küresel nitelikteki andlaşmaları işaret etmektedir.

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bizatihi kendisi, bu gruba dahildir. Silahlı çatışmalar hukukunda 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, deniz hukukunda 1958 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi bu tür düzenlemelere örnek gösterilebilir.

Protokol (*protocol*), genellikle daha önce yapılan bir andlaşmayı tamamlamak ve detaylı biçimde düzenlemek amacıyla akdedilen veya sınırlı nitelikli andlaşmaları izah etmekte kullanılan bir terimdir.[266] Silahlı çatışmalar hukukunun en önemli düzenlemeleri arasında yer alan 1977 tarihli 1949 Cenevre sözleşmelerine Ek Protokol I-II işbu durumun en güzel örnekleri olarak gösterilebilir.

Şart (charter), iki farklı anlamda kullanılan bir terimdir. Birleşmiş Milletler Şartı'nda (*United Nations Charter*) olduğu gibi uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren düzenleyici, temel ve kurucu nitelikli andlaşmaları ifade amaçlı kullanılabileceği gibi, önceki bölümlerde *soft law* örneği olarak belirtilen Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı (*the Charter of Paris for a New Europe*) şeklinde bağlayıcılığı olmayan uluslararası metinleri için de kullanılabilmektedir.[267]

Pakt, Misak (*covenant*, *pact*), çok taraflı andlaşma niteliğinde olup uluslararası toplumu düzenleyici kuralları içeren andlaşma metnine işaret etmektedir. Milletler Cemiyeti Misakı (*the Covenant on the Leage of Nations*) en tipik örneğini teşkil etmektedir.[268]

Statü (*statute*), Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (*the Statute of the International Court of Justice*) ve Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (*Rome Statute of the International Criminal Court*) örneklerinde olduğu gibi, genellikle uluslararası kuruluşların yapılarını, yetkilerini ve çalışma şartlarını kapsayan andlaşmaları ifade eder.[269]

Mektup teatisi/Nota değişimi (*exchange of letters/notes*), genellikle ikili andlaşmalara ilişkin basit usulle yapılan andlaşmaları ifade eder.

Modus vivendi, Latince bir terim olup muvakkat (geçici) andlaşma anlamına gelmektedir ve özellikle iki devlet arasında geçici mahiyette gümrük ve ticaret andlaşmalarını ifade etmekte kullanılmaktadır.[270]

IV. ANDLAŞMALARIN SINIFLANDIRILMASI

Andlaşmaları değişik açılardan sınıflandırmaya tabi tutmak mümkündür. Bu başlık altında öncelikle andlaşmaların uygulanma alam bakımından, sonra

da modern/çağdaş açıdan yapılan ayrımına değinilecektir.

A. Uygulama Alanı Bakımından Sınıflandırma

Andlaşmalar da, diğer uluslararası hukuk kaynaklarında örneğin örf-adet hukuku kurallarının evrensel ve bölgesel/yerel örf-adet kuralı şeklinde sınıflandırılmasında olduğu gibi, kendi içerisinde evrensel, genel ve özel/yerel andlaşmalar olarak gruplara ayrılabilirler.[271]

Evrensel nitelikli andlaşmalar (*universal treaties*), kendisinin uluslararası hukuk kişileri tarafından onaylanıp onaylanmamasına, diğer bir ifadeyle kendisine taraf olunma şartına bağlı olmaksızın bütün uluslararası hukuk kişilerini bağlayıcı niteliktedir. Birleşmiş Milletler Andlaşması, bu yönüyle bakıldığında evrensel niteliktedir ve hükümleri, başta devletler olmak üzere herkesi bağlar. Örneğin, saldırı fiilinin yasaklanması, kuvvet kullanmanın yasaklanması düzenlemeleri, bütün devletler için geçerlidir. Birleşmiş Milletler Andlaşması sadece bir andlaşma olduğu için değil, aynı zamanda örf-adet kurallarını da yansıttığından tüm uluslararası hukuk kişileri için geçerlidir. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 103 düzenlemesi de Andlaşmanın evrensel niteliğini destekler nitelikteki bir diğer önemli düzenlemedir. Adı geçen madde hükmüne göre, herhangi bir andlaşma hükmünün, Birleşmiş Milletler Andlaşması hükümleri ile çatışması halinde, Birleşmiş Milletler Andlaşması düzenlemelerinin üstünlüğü vardır.[272]

Genel nitelikli andlaşmalar (*general treaties*) ise, çok taraflı andlaşmalar olup, dünyanın değişik bölgelerinden geniş çaplı devlet katılımını ifade etmektedirler. Genel nitelikli andlaşmalar, çoğunlukla, çok farklı ülkelerden gelen diplomatların, uluslararası örgütlerin ve uluslararası sivil toplum kuruluşları temsilcilerinin katılımıyla gerçekleştirilen konferanslar neticesinde yapılmaktadır. Konferans yöntemi, az sayıda fakat güçlü devletlerin isteklerine imkan tanıyan yöntemlere nazaran daha demokratiktir. Pratik hayatta, genel nitelikli andlaşmaların evrensel bir statü kazanma ihtimalleri de yüksektir. Konferansa iştirak etmeyen devletlerin andlaşmaya katılma yoluyla taraf olmaları mümkün olduğu gibi, andlaşma hükümlerinin kendisini onaylamayan devletleri de örf-adet kuralına dönüşme yoluyla onlar üzerinde bağlayıcı etki doğurması gündeme gelebilir. Andlaşmalar hukuku, deniz hukuku, soykırım ile ilgili andlaşma/sözleşmelerin evrensel bir niteliğe büründükleri, rahatlıkla ileri sürülebilir.[273]

Özel/yerel andlaşmalar (*particular treaties*) terimi, birkaç devlet veya

çoğunlukla iki devlet arasında akdedilen andlaşmaları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Sınır andlaşmaları, bölgesel ticaret andlaşmaları ve birkaç devleti aşan sınır aşan suların paylaşımına dair yapılan andlaşmalar, bu grubun tipik örneklerini oluşturmaktadır.[274]

B. Modern/Çağdaş Sınıflandırma

Bu başlık altında andlaşmaları dört farklı grupta toplamak mümkündür: Sözlü Andlaşmalar-Yazılı Andlaşmalar; İki Taraflı Andlaşmalar-Çok Taraflı Andlaşmalar; Hukuk Kuralı Koyan Andlaşmalar-Akit Andlaşmalar; Doğrudan Etki Doğuran Andlaşmalar-Doğrudan Etki Doğurmayan Andlaşmalar.

1. Sözlü Andlaşmalar - Yazılı Andlaşmalar

Andlaşmaları yazılı olup olmamasına göre, sözlü (oral agreements) ve yazılı andlaşmalar (written treaties) olarak ikiye ayırmak mümkündür. Yukarıda da değinildiği üzere, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, andlaşmanın unsurları arasında yazılı irade açıklamasını şart koşmaktadır. Uluslararası hukukta sözlü andlaşma olabileceğine ilişkin yukarıda detaylı açıklamalarda bulunulduğundan, burada sadece andlaşmanın unsurlarından irade beyanı ile ilgili açıklamalara yollamada bulunmakla yetinilecektir.

2. İki Taraflı Andlaşmalar - Çok Taraflı Andlaşmalar

Andlaşmalar taraflarının sayısı bakımından iki taraflı ve çok taraflı andlaşmalar şeklinde ikiye ayrılabilir:

İki taraflı andlaşmalar (*bilateral treaties*), iki devlet arasında karşılıklı haklar ve yükümlülükler doğuran andlaşmalardır. Kural olarak sadece taraflarını etkiler ve diğer uluslararası hukuk kişilerini bağlayıcı etki doğurmazlar. Bu tür andlaşmalara taraf olan devletlerin, uluslararası hukukun gelişimine katkıda bulunma ve uluslararası hukuk kuralları oluşturma gibi bir niyetleri bulunmamaktadır. Örneğin, suçluların geri verilmesine dair yüzlerce andlaşma bulunmaktadır ve her biri hangi şartlar altında suçluların iade edileceğine yönelik düzenlemeler içermektedir. Taraf devletlerin uluslararası

uygulamada herhangi bir değişiklik yapma niyet ve düşünceleri de bulunmamaktadır.[275]

İki taraflı andlaşmalar, taraflarca açıkça belirtilmediği müddetçe, kendisine taraf olmayan uluslararası hukuk kişileri için herhangi bir hak veya yükümlülük doğurmaz. Çok taraflı andlaşmalar (*multilateral treaties*) için de bu prensip geçerlidir. Ancak, bir andlaşma düzenlemesinin devlet uygulamalarının delili olarak, *opinio juris* şartı ile birlikte, örf-adet kuralı oluşumuna vücut verebileceği hususu göz ardı edilmemelidir. Diğer taraftan, çok taraflı andlaşmalar üç ya da daha fazla devlet tarafından akdedilen andlaşmaları ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir. Birçok askeri, siyasi ve ekonomik örgüt, çok taraflı andlaşmalar ile kurulmaktadır. Andlaşmaya taraf devletlerin haklan ve yükümlülükleri ve oluşturulan örgütlerin yetkileri andlaşma metninde açıkça belirtilmektedir.[276] Bu bağlamda, ilk akla gelen örnekler arasında Avrupa Birliğini kuran Roma Andlaşması, Birleşmiş Milletleri kuran Birleşmiş Milletler Şartı, Uluslararası Ceza Mahkemesine vücut veren Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü gösterilebilir.

3. Hukuk Kuralı Koyan Andlaşmalar - Akit Andlaşmalar

Andlaşmalar, hukuk kuralı koyan (kanun) andlaşmalar (*law-making treaties*) ve akit andlaşmalar (*contractual treaties, treaty contract*) şeklinde de ikiye ayrılabilirler.

Hukuk kuralı koyan andlaşmalar adından da kolaylıkla anlaşılacağı üzere, mevcut devlet uygulamalarını değiştirmeye yönelik, yeni bir uluslararası hukuk kuralı oluşturma amacı güden uluslararası hukuk metinleridir.[277] Örneğin, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, derin deniz yatağının yönetimine dair birçok yeni düzenleme ve oluşuma vücut veren hükümler ihdas etmiştir. Bu anlamda, derin deniz yatağının işletilmesinden ve bir anlamda yönetiminden sorumlu Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi (*the International Seabed Authority*) adında Jamaika'nın Kensington şehrinde yepyeni bir uluslararası örgüt kurulmuştur. Uluslarası ulaştırmada kullanılan boğazlardan geçişe ilişkin transit geçiş hakkı adıyla yeni bir sistem öngörülmesi de adı geçen Sözleşmenin önemli yeniliklerindendir.[278] Kaldı ki, transit geçiş hakkını düzenleyen 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi hükümleri örf-adet hukuku kuralı seviyesine ulaşmıştır.

Öte taraftan akit andlaşma, önceki bölümde de değinildiği üzere, iç hukuk

sistemlerindeki borçlar hukuku ve ticaret hukuku kapsamında ele alınan sözleşme niteliğindeki borç ilişkilerinin uluslararası düzeyde uluslararası hukuk kişilerince akdedilmesinden başka bir şey değildir. Örneğin, iki devlet arasında yapılan ithalat-ihracat andlaşması çerçevesinde, Alfa devletinin Beta devletinden ithal edilen çimentoya %10 gümrük vergisi koyması ve en fazla yıllık 100.000 ton çimento ithalatına izin verilmesine ilişkin andlaşma, bir akit andlaşmadır. Bu tür andlaşmaların, hiçbir şekilde, yeni bir hukuk kuralı oluşturma, mevcut bir kuralı değiştirme veya ortadan kaldırma anlamında uluslararası ticaretin düzenlenmesine yönelik bir amacı bulunmamaktadır.[279]

4. Doğrudan Etki Doğuran Andlaşmalar - Doğrudan Etki Doğurmayan Andlaşmalar

Andlaşmaları kendi içerisinde doğrudan etki doğuran ve doğrudan etki doğurmayan andlaşmalar olarak ikiye ayırmak mümkündür.

Doğrudan etki doğuran andlaşma (*self-executing treaties*), hüküm ve sonuç doğurmaları için, ulusal hukuk sistemleri nezdinde herhangi bir işleme ihtiyaç duyulmayan andlaşmaları ifade etmektedir. Andlaşmada yer alan açık bir düzenleme sayesinde, andlaşma hükümleri kendiliğinden hem uluslararası hukukun hem de kendisine taraf olan devletlerin ulusal hukuk sistemlerinin bir parçası haline gelmektedir. Hukuki bir yükümlülük doğurması için, iç hukuk sisteminde herhangi bir idari veya hukuki düzenleme yapılmasına gerek yoktur.[280]

Bununla birlikte, andlaşmalar, doğrudan etki doğurmayan, sadece devletlerin bağlanma niyetlerinin olduğunu deklare eden andlaşmalar (*declaration of intent*) şeklinde de olabilir. Bu nitelikteki andlaşmalar, genellikle, kendisine taraf olan uluslararası hukuk kişilerinin ulaşmasını istediği temel ilkeleri içermektedir. Hukuki açıdan bağlayıcı hüküm ve sonuçların doğabilmesi, kendisine taraf olan devletlerin bir takım işlemleri gerçekleştirmesini gerektirmektedir.[281]

İki devlet arasında akdedilen iki taraflı andlaşmalar genellikle, doğrudan etki doğurucu niteliktedir. Taraflar arasında andlaşma metnine dair tam bir mutabakatın olmaması halinde, andlaşma yapılması da mümkün olmazdı. İki taraflı andlaşmaların aksine, çok taraflı andlaşmaların genellikle doğrudan etki doğurucu bir özelliği yoktur. Devlet adına, bu tür andlaşmaların imza edilmesi, derhal iç hukuk sistemlerinde hüküm ve sonuç doğurmaktan ziyade,

devletin o andlaşma metniyle bağlanma yönünde bir niyetini göstermektedir. Bağlayıcı hukuki hüküm ve neticelerin doğması, her bir devletin iç hukuk sistemlerinde bir takım işlemleri gerçekleştirmesine bağlıdır.[282]

Uluslararası hukuk sahasında akdedilen andlaşmalara bakıldığında, genel uygulamanın, andlaşmaların devletlerin ulusal hukuk sistemleri seviyesinde bir takım idari ve hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesinden sonra kendilerini bağlayıcı etkilerinin olacağına tanıklık edilmektedir. Bir an için, bu durumun aksi kabul edilse idi, daha açık bir deyişle, andlaşmaların doğrudan etki doğurduğu genel ilke olsa idi, çok az sayıda devlet veya uluslararası hukuk kişisi andlaşmalara taraf olurdu.

Andlaşmaların doğrudan etki doğurup doğurmaması hususu, aslında uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasını temin ve özellikle de uluslararası toplumun karşılaştığı sorunların daha etkili çözümünü sağlama aracı olmak açısından da son derece önemlidir. Gerçekten de uluslararası hukuk sisteminin daha etkin olmasının bir aracı da andlaşmaların doğrudan ulusal hukuk sistemlerinde hüküm ve sonuç doğurma yeteneklerinin olmasıdır. Aslında, uluslararası toplum, andlaşmaların (bütün hükümleri olmasa dahi bazı düzenlemelerinin) iç hukuk sistemlerinde doğrudan etki doğurduğuna, Avrupa Birliği Hukuk Sistemi uygulamaları çerçevesinde tanıklık etmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları, Avrupa Birliği'ne ilişkin gerek Roma Andlaşması hükümlerinin gerekse hukuk sistemi içerisinde yer alan tüzük ve direktiflerin öngördüğü düzenlemelerin üye devletlerce iç hukuk sistemlerine intikal ettirilmemesi durumunda, doğrudan etki doğumu ilkesinin uygulanacağını içtihat olarak yerleştirmiştir. Divanın, doğudan etki ilkesini açıkça hükme bağladığı ilk ve diğer kararlarına esas teşkil eden kararı *Van Gend en Loos Davası*'nda Hollanda aleyhine verilmiştir. Adı geçen davada Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması madde 12, günümüz Birlik Andlaşması madde 25 hükmünün, üye devletlerce iç hukuklarının bir parçası haline dönüştürülmese dahi, üye devletlerde doğrudan etki doğurmasına yöneliktir. Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında doğrudan etki doğuma konusu ile ilgili en çarpıcı uygulamalardan bir diğeri de direktiflerin öngördüğü düzenlemelerin üye devletlerce iç hukuk sistemlerinde gerçekleştirilmemesi durumunda, bireylerin bu sebeple herhangi bir zarara uğramaları şartıyla, devlet aleyhine tazminat davası açma haklarının olmasıdır. Divanın *Francovich Davası*'nda hükme bağladığı ve yerleşik içtihadının oluşmasını sağladığı direktiflerin doğrudan etki doğurma

özelliklerinin olması şeklindeki uygulama, Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin istikrarlı şekilde tüm üye devletleri bağlayıcı nitelikte uygulanmasını sağlamak açısından son derece önemlidir.[283]

Uluslararası toplumun küresel düzeyde karşılaştığı insan hakları ihlalleri, uluslararası suçlarla mücadele, uyuşturucu kaçakçılığı, insan kaçakçılığı, iklim değişikliği, silahsızlanma ve uluslararası ticaretin düzenlenmesi gibi sorunlarla etkin şekilde mücadele etmesinin en önemli araçlarından bir tanesi, doğrudan etki doğurma özelliğine sahip andlaşmaların sayısının artırılmasıdır. Eski Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri *Kofi Annan*'ın Milenyum Zirvesi'nde dünya milletlerini en temel çok taraflı yirmi beş andlaşmaya taraf olmaya davet ettiği açıklamasında da belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletlerin kuruluş tarihi olan 1945'ten milenyuma kadar Genel Sekreterlik beş yüzden fazla çok taraflı andlaşmaya depoziterlik yapmış, fakat andlaşmaların birçoğu yürürlük için gerekli onay veya katılma sayısına ulaşamamıştır. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği tarafından yapılan işbu açıklamalarla, uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünün temini ve barışa katkının sağlanabilmesi için, devletlerin ve hükümetlerin çerçeve andlaşma niteliğindeki söz konusu çok taraflı andlaşmalara taraf olmaları hususunda bir kez daha dikkatle düşünmeleri mecburiyetine işaret edilmiştir.[284]

Öte yandan küresel sorunlarla mücadele amacı güden çerçeve andlaşmaların doğrudan etki doğurucu etkilerinin olması yönünde görüşler uluslararası hukukta gittikçe ağırlık kazanmaktadır.[285] Andlaşmaların doğrudan etki doğurması uygulamasının bir şekli de, andlaşma düzenlemelerinin bireylere haklar tanıması ve bireylerin de bizzat kendi adlarına bu haklarını hem ulusal hem de uluslararası seviyede ileri sürme yeteneklerine sahip olmasıdır.

Andlaşmaların ulusal hukuk sistemlerinde doğrudan hüküm ve sonuç doğuracağına ilişkin anayasal düzenlemelere de rastlamak mümkündür. Örneğin, Alman Anayasası 25. maddesinde, uluslararası hukukun genel kurallarının federal hukuk sisteminin bir parçasını oluşturduğunu, bu kuralların iç hukuk düzenlemelerine oranla öncelikli olduğunu ve federal ülkede yaşayanlara doğrudan haklar ve yükümlülükler getirdiğini hükme bağlamıştır. Benzer düzenlemeye Birleşik Devletler Anayasası'nda da denk gelinmektedir. Birleşik Devletlerin tarafı olduğu andlaşmaların ülkenin üstün hukuku olduğuna işaret edilmiştir. Hatta Birleşik Devletler uygulamasında *Medellin v. Texas Davası* nedeniyle Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin doğrudan etki doğurup doğurmadığı konusu, Birleşik

Devletler Temyiz Mahkemesince ele alınmış ve Sözleşmenin bireylerle ilgili doğrudan etki doğuracak bir hakka vücut vermediğine karar verilmiştir.[286]

V. ANDLAŞMALARIN YAPILIŞI

Andlaşmalar hukukunda bir andlaşma metninin hukuki anlamda bağlayıcılık kazanması bir takım aşamaların başarılı biçimde geçilmesine bağlıdır. Çok taraflı bir andlaşmanın yapılması ve yürürlüğe girmesi için gerekli olan işbu aşamalar şu şekilde belirtilebilir: Andlaşma metninin oluşturulması, imza, onay, çekinceler, katılma, yürürlüğe giriş ve tescil.

A. Andlaşma Metninin Oluşturulması

Andlaşma metninin oluşturulması (*negotiations*) uluslararası hukuk kişilerinin bir araya gelmelerini ve müzakere etmelerini gerekli kılmaktadır. Devletler başta olmak üzere uluslararası hukuk kişilerinin görüşmelerde veya müzakerelerde temsili, temsilcileri aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Temsilcilerin andlaşma metninin görüşülmesi, müzakerelerin yürütülmesi ve metnin imzalanması konusunda yetkilerinin olduğunu gösterir bir belgeye sahip olmaları gerekir ki bu belgenin adı yetki belgesidir (*full powers, pleinspouvoirs*).

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 2 (1) (c) düzenlemesinde yetki belgesini, "*bir devletin andlaşma metnini görüşmek, saptamak ve tevsik etmek, devletin bir andlaşmayla bağlanma rızasını açıklamak veya bir andlaşma hususundaki diğer herhangi bir işlemi yapmak için, kendisini temsil edecek kişi veya kişileri tayin eden, o devletin yetkili mercilerinin verdiği bir belge*" şeklinde tanımlamaktadır.

İki taraflı andlaşmaların yapılması için devletleri adına hareket eden kişilerin yetki belgelerine sahip olmaları gerekmemektedir. Zira, bu gibi durumlarda andlaşma metninin oluşturulması daha basit yöntemlerle, genellikle mektup teatisi şeklinde gerçekleştirilmektedir.[287] Çok taraflı andlaşma metninin oluşturulması sürecinde yetki belgesine ihtiyaç duyulmaktadır. Uluslararası hukuk uygulamalarından da bilindiği üzere, çok taraflı andlaşma metinleri genellikle Birleşmiş Milletler gibi uluslararası örgütlerin öncülüğünde düzenlenen uluslararası konferanslar neticesinde oluşturulmaktadır. Devlet adına hareket etme yeteneği olan temsilcilerin yetki

belgelerini, konferans başkanına veya genellikle yetki belgelerinin incelenmesinden sorumlu olan komiteye sunmaları gerekmektedir.

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 7 (2) hükmü üç grup şahıs için herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç olmadığını açıkça düzenlemiştir. Adı geçen madde hükmü şu şekildedir:

"2- Görevleri gereği ve yetki belgesine başvurmaksızın aşağıdaki kişilerin devletlerini temsil ettikleri kabul edilir:

a) Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanları, bir andlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemin yapılması amacıyla;

b) Diplomatik misyon başkanları, kendilerini akredite eden devletle akredite oldukları devlet arasındaki bir andlaşmanın metnini saptamak amacıyla;

c) Devletler tarafından bir milletlerarası konferans veya bir milletlerarası örgüt veya organlarından birine akredite olan temsilciler, o konferansta, örgütte veya organda bir andlaşma metnini saptamak amacıyla."[288]

Yukarıda ifade edilen Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümleri uluslararası örf-adet kuralı niteliğindedir. Uluslararası yargı kuruluşlarının konu ile ilgili kararları da bu görüşü doğrular niteliktedir. Nitekim, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, *Doğu Grönland'ın Hukuki Statüsü Davası*'nda, Danimarka ve Norveç Dışişleri Bakanlarının sözlü biçimde devletlerini bağlayıcı etkili andlaşma akdetme yeteneklerinin olduğunu açıkça kabul etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı 2002 tarihli Kamerun ile Nijerya arasındaki *Deniz ve Kara Sınırları Davası*'nda (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria Case*),[289] Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 7 (2) düzenlemesinde öngörülen kuralların bu niteliğini tekrar tescil etmiştir. Divan, kararında Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 7 (2) düzenlemesine atıfta bulunarak Devlet Başkanlarının, görevleri gereği ve herhangi bir yetki belgesine gerek olmaksızın devleti temsilen andlaşma akdetme yetkilerinin bulunduğunu hükme bağlamıştır.[290] Yine Divan, 2006 tarihli *Kongo Ülkesinde Silahlı Çatışmalarla İlgili Mahkemenin Yargı Yetkisi ve Davanın Kabulü (Armed Activities on the Territory of the Kongo, (New Application: 2002), (Democratic Republic of Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and the Admissibility of the Application*)[291] bağlamında verdiği kararında, üç büyükler (*Big Three*) olarak da adlandırılan Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanlarının devleti temsilen bağlayıcı nitelikli andlaşma yapabilme ehliyetlerinin varlığını tekrar incelemiş ve adı geçen

bireylerin devletlerini temsilen andlaşma akdetme yetkisine sahip olduklarına dair uluslararası hukukta yerleşik bir kural (*well established rule*) olduğunu, örf-adet kuralı olarak da Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 7 (2) düzenlemesinde yer aldığını hükme bağlamıştır.[292]

Temsil yetkisi olmayan bir kişinin andlaşma akdedilmesi konusunda irade beyanında bulunması halinde, kendisini temsil ettiğini iddia ettiği devletin sonradan icazet vermemesi halinde, söz konusu irade açıklamasının herhangi bir hukuki etkisi olmayacaktır. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 8 hükmü de bu durumu "izinsiz yapılan işleme sonradan icazet verilmesi" başlığı altında şu şekilde düzenlemiştir:

"*... bir devleti temsil etmeye mezun kabul edilmeyecek bir kişinin bir andlaşmanın akdedilmesi ile ilgili olarak yaptığı bir işlem, o devletçe daha sonra teyid edilmedikçe hukuki sonuç doğurmaz.*"

Temsil yetkisi ile ilgili son bir nokta olarak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 47 kapsamında temsilcinin bir devletin rızasını açıklama yetkisine getirilen özel sınırlamalara değinmek gerekir. Adı geçen düzenlemeye göre, devlet adına hareket etme ve andlaşma akdedilmesi hususunda kendisine yetki verilen temsilcinin, yetkisine yönelik herhangi özel bir sınırlama getirilmiş, fakat temsilci söz konusu sınırlamaya aykırı hareket etmişse, kural olarak devletin andlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılma neticesi doğmaz. Eğer, temsilcinin bu rızayı açıklamasından önce sınırlama diğer görüşmeci devletlere bildirilmiş ise, temsilcinin işlemi devleti bağlayıcı bir etkiye sahip olmayacaktır.

B. Andlaşma Metninin Kabulü

Andlaşma metninin müzakereler veya görüşmeler neticesinde ortaya çıkması, diğer bir ifadeyle metnin tespit edilmesi gerekmektedir. Bir andlaşma metninin kabul edilmesi (*adoption*), andlaşma metninin hazırlanmasına katılan devletlerin rızasıyla olmaktadır.[293] Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 9 (2) düzenlemesi, uluslararası konferans yoluyla hazırlanan metinlerin kabulü için, mevcut ve oy kullanan devletlerin üçte ikilik (2/3) oy çoğunluğunu öngörmekle birlikte, aynı çoğunluğun metnin kabulü için daha farklı bir yöntemi kabul edebileceğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda, oybirliği ve oy çokluğu yöntemleri dışında akla gelebilecek andlaşma metni kabul metodu konsensusdur (mutabakat, *consensus*). Konsensus, bir kararın görüşmeler yoluyla ve herhangi bir

oylama yapılmadan alınması anlamına gelmektedir. Bir andlaşma metninin bu yöntemle kabul edilebilmesi için, görüşmelere katılanların herhangi bir itirazının olmaması gerekmektedir. Kolaylıkla fark edileceği üzere, konsensus yönteminde susmak, kabul anlamını taşmaktadır. Uluslararası hukuk uygulamasında konsensus metodu ile çalışan konferans örnekleri arasında Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Konferansı'nın 1975 tarihli Helsinki Bildirisi ve Birleşmiş Milletler'in önderliğinde gerçekleştirilen Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı gösterilebilir. Ancak, Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı neticesinde 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin kabulünün konsensus yolu ile sağlanamaması sebebiyle, oylamaya gidilmek zorunda kalınmış ve metin oy çokluğu ile kabul edilmiştir.[294]

C. Andlaşma Metninin Resmileştirilmesi

Andlaşma metninin kabulünden sonra gelinen aşama, andlaşma metnine resmilik kazandırılmasıdır (*authentication*). Andlaşma metninin imzalanması, usuli bir işlem olup genellikle resmilik kazandırmada başvurulan bir yöntemdir. Taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe, andlaşmanın geçerliliği için imzalama zaruridir.

Konu ile ilgili olarak 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 10. madde düzenlemesinde şu hükümlere yer verilmektedir:

"*Bir andlaşma metni aşağıdaki hallerde sarih ve kat'i olarak tevsik edilir:*

a) Metinde öngörülebilecek bir usulle veya andlaşmanın hazırlanmasına katılan devletlerin üzerinde mutabık kaldıkları bir usulle; veya

b) Böyle bir usul yoksa, bu devletlerin temsilcilerinin andlaşma metnini veya metni içine alan bir Konferans Nihai Senedini imzalamaları, ad referandum imzalamaları veya parafe etmeleri ile."[295]

Yukarıda da ifade edildiği gibi, andlaşma metninin resmilik kazanmasını sağlamada en çok tercih edilen yöntem imzadır. Ancak, imzanın hukuki niteliğinin anlaşılabilmesi için andlaşmanın onaylanma, kabul veya tasvibe bağlı olup olmamasına bakılmalıdır.

Genel uygulama, andlaşma metninin imzalanmasının anlamı, metnin hazırlanmasına katılındığını, metin üzerinde anlaşmaya varıldığını ve onay veya kabul için temsilcinin devletine havale edildiğini ifade eder. Yoksa, devletin andlaşma ile bağlı olduğu şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Nitekim, *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları* ile ilgili olarak, Federal Almanya Cumhuriyeti 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ne

imza atmış, ancak, hiç bir şekilde adı geçen Sözleşmeyi onaylayıp, kendi hukuk sisteminin bir parçası haline dönüştürmemiştir. Dolayısıyla, Almanya'nın Sözleşme hükümleri ile bağlı olması düşünülemez. Bu sebepledir ki, Danimarka ve Hollanda iddialarını, Sözleşme hükümlerinin örf-adet hukuku kuralı niteliğinde olduğuna ve Almanya'yı taraf olmasa bile bağladığına dayandırmışlardır.[296] Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 18 düzenlemesi, yürürlüğe girmesi onaylama, kabul veya tasvibe bağlı bir andlaşma metninin imzalanması, imza sahibine iyi niyet ilkesi çerçevesinde andlaşmaya taraf olmamak niyetini açıkça belirtmedikçe, sadece andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü getirmektedir.[297]

Andlaşma metninin resmileştirilmesi anlamında gündeme gelen imzanın farklı şekillerde uygulama imkanı bulması mümkündür. Yukarıda belirtildiği üzere, andlaşma metninin kabul edilmesinden sonra atılan imza kesin imza olarak adlandırılmaktadır. Bir diğer imza türü ise, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 12 (b) hükmünde *signature ad referendum* şeklinde ifade edilen *danışma koşullu imza*dır. Adından da anlaşıldığı üzere, böyle bir imzayı koyan devlet temsilcisi, bir anlamda durumu değerlendirilmesi için andlaşma metnini adına hareket ettiği devlete havale etmektedir. Yapılan değerlendirme sonucu, Devlet, temsilcinin imzasını kabul ettiğini bildirirse, danışma koşullu imzanın atıldığı andan itibaren, atılan imza kesin imza hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Uluslararası uygulamada karşılaşılan bir diğer imza türü de *uzatmalı imza*dır. Bu yöntemde, andlaşma metninin oluşturulmasına katılan taraflara, metnin kabulünden sonra metni imzalamaları için belli bir süre verilmektedir.[298] Uzatmalı imza uygulamasına en güzel örneklerden bir tanesi 1998 tarihinde kabul edilen Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'dür. Görüşmelere katılan Devletlere, metni imzalamaları için 31 Aralık 2000 tarihine kadar süre tanınmıştır. Nitekim, Bill Clinton yönetimindeki Birleşik Devletler 31 Aralık 2000'de Statüye imza koymuştur. Ancak, Clinton sonrası yönetime gelen George W. Bush Yönetimi tarihte hiç örneği görülmedik şekilde diplomatik bir manevrayla 6 Mayıs 2002'de Birleşik Devletlerin Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne koyduğu imzayı geri çekmiştir.[299] Takibeden günlerde Birleşik Devletler Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin etkisini azaltacak, başka ikili anlaşmalar akdetmek suretiyle bir takım girişimlerde ve faaliyetlerde bulunmuştur.[300]

Andlaşma metninin tespiti ve resmileştirilmesi için kullanılan

yöntemlerden bir diğeri de temsilcilerin adlarının baş harflerini koymaları suretiyle andlaşma metnini parafe (*initialling*) etmeleridir. İmzadan farklı olarak, parafe yöntemi sadece, metnin resmileştirilmesi sonucunu doğurur. Ancak, tarafların anlaşması halinde parafe yöntemiyle de bir andlaşma metninin bağlayıcılık kazanması mümkündür.[301]

D. Andlaşma Metninin Bağlayıcılık Kazanması

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 11 hükmünde, bir andlaşma ile bağlanma rızasını açıklama yöntemleri anlamında şu düzenlemeye yer vermiştir:

"*Bir Devletin bir andlaşma ile bağlanma rızası imza, bir andlaşma teşkil eden belgelerin teatisi, onay, kabul, tasvip veya katılma veya üzerinde mutabık kalındıysa diğer herhangi bir araçla açıklanabilir.*"

Yukarıdaki madde hükmü ışığında andlaşma metni ile bağlı olma yöntemlerine kısaca değinmek gerekirse:

1. İmza

Yukarıda izah edilen andlaşma metnini tespit etmek veya resmileştirmek için kullanılan imza yönteminin, andlaşmaların bağlayıcılık kazanması bakımından onaylama, kabul veya tasvip etme şeklinde ek bir işleme gerek duyulmayan hallerde, imzanın bağlayıcı etki doğurması mümkündür. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 12. madde düzenlemesinde, danışma koşullu imza, parafe etme yöntemleri dahil değişik imza yöntemlerinin, tarafların mutabık kalması kaydıyla andlaşma metni ile bağlı kalınması konusunda yeterli olduğunu detaylı şekilde düzenlemiştir.

2. Andlaşmayı Teşkil Eden Belgelerin Teatisi (Değiş-Tokuşu)

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 13. madde hükmü, andlaşmayı teşkil eden belgelerin teati edilmesiyle (*exchange of instruments*) bir andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanabileceğini öngörmektedir. Buna göre, tarafların, teati işleminin bağlanma hüküm ve sonucunu doğuracağı konusunda açıkça anlaşmış olmaları veya teatinin böyle bir etkiye sahip olacağını kabul ettiklerinin başka türlü tespit edilmesi gerekmektedir.

Uygulamada, andlaşma metnini teşkil eden belgelerin teatisi yöntemiyle andlaşmaların bağlayıcılık kazanmasına iki taraflı andlaşma örneklerinde tanıklık edilmektedir.

3. Onaylama

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 2 (1) (c) düzenlemesinde, "onay" (*ratification*), "kabul" (*acceptance*), "tasvip" (*approval*), veya "katılma" (*accession*), kavramları hep birlikte, "bir devletin bu durumların her birinde uluslararası düzeyde bir andlaşmayla bağlanma rızasını tespit ettiği bu isimdeki bir uluslararası işlem" şeklinde tanımlanmaktadır. Her ne kadar Viyana Sözleşmesi, onay ve bu anlamda diğer terimleri İngilizce "*means*" kelimesi ile tanımladığını ifade etse de aslında onay işleminin tanımı değil, hukuki etkisi belirtilmiştir.[302] Andlaşmalar hukukunda onaylama, imzalanan bir andlaşmanın devletin bu konudaki yetkili organlarınca (genellikle Devlet Başkanı veya Hükümet Başkanı tarafından) kabul edilmesi sonucu devleti uluslararası düzeyde bağlayan hukuki işlem şeklinde tanımlanabilir.[303] Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 14. maddesinde onaylama yoluyla bir devletin bir andlaşmayla bağlı olma rızasının açıklanmasını şu haller için öngörmüştür:

a) Andlaşma bağlanma rızasının onaylama işlemi ile gerçekleşeceğini açıkça öngörmüşse;

b) Görüşmeye katılan devletler onayın gerekli olduğu konusunda başka bir yöntemle anlaşmışlarsa;

c) Andlaşma onaylama işlemi şartıyla imzalanmışsa; veya

d) Yetki belgesinden andlaşmanın onaylanma şartıyla imzalandığı anlaşılıyorsa veya görüşmeler esnasında açıkça açıklanmışsa.

Andlaşmaların onaylanması işleminin devletin hangi organlarınca gerçekleştirileceği hususu, her devletin kendi iç hukuk sisteminin düzenleyeceği bir konudur. Genellikle, devletler anayasalarında veya yasal mevzuatlarında andlaşmaları onaylamaya yetkili organları ve takip edilmesi gerekli usul kurallarını açıkça düzenlemektedirler. Bu bağlamda birkaç örneğe değinmek gerekir ise;

Türkiye: 1961 ve 1982 Anayasa hükümleri, andlaşmaların onaylanabilmesi için, ilke olarak öncelikle Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun bulma kanunu ile kabul edilmesini ve sonra da Cumhurbaşkanınca onaylanmasını şart koşmaktadır.

Birleşik Krallık: Birleşik Krallık uygulamasında andlaşmaların imzalanması ve onaylanması işlemleri Kraliyete ait imtiyazlı işlemler olarak değerlendirilmekte ve parlamento tarafından herhangi bir işlem yapılmasına gerek duyulmamaktadır. Uygulamada, sadece andlaşmanın temel özelliklerini içeren bir açıklayıcı metin, bilgi verilmek üzere onay işleminden 21 gün önce hem Avam Kamarasına (*House of Commons*) hem de Lordlar Kamarasına (*House of Lords*) sunulmaktadır. Bu uygulama Birleşik Krallık hukuk sisteminde Ponsonby Kuralı (*Ponsonby Rule*) olarak bilinmektedir.[304]

Amerika Birleşik Devletleri: Birleşik Devletlerde genel kural, Senatonun 2/3 çoğunluğu tarafından andlaşmanın kabul edilmesi ve Başkanca onaylanmasıdır. İstisnai olarak, Birleşik Devletler uygulamasında uygulama andlaşmaları (*executive agreements*) olarak adlandırılan andlaşmaların Başkanca onaylanması gerekli ve yeterli olabilmektedir.[305]

Her ne kadar, onaylama işlemi ulusal hukuk sistemlerini ilgilendiren bir husus olsa da, onaylama işleminin uluslararası düzeyde herhangi bir hüküm veya sonuç doğurabilmesi için, andlaşmaya taraf diğer uluslararası hukuk kişilerinin andlaşmanın onaylandığından haberdar edilmesi gerekir. İki taraflı andlaşmalarda onay belgelerinin teatisi yeterli olmaktadır. Çok taraflı andlaşmalarda ise, genellikle Birleşmiş Milletler Sekretaryasının tespit edilmesinde olduğu gibi, bütün onay belgelerinin toplandığı bir depoziter tespit edilmektedir.[306] Birleşmiş Milletler dışında Devletlerin de depoziter olması mümkündür. Örneğin, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokol I-II için İsviçre depoziter devlet kabul edilmiştir.

4. Kabul ve Tasvip

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 14 (2) düzenlemesi, “bir devletin bir andlaşmayla bağlanma rızası onayınkine benzer şartlar altında kabul (*acceptance*) veya tasviple (*approval*) de açıklanır” hükmüne yer vermiş, yukarıda onaylama işlemi için öngörülen hususların benzer şekilde kabul ve tasvip için de geçerli olduğunu belirtmiştir.

5. Katılma

Bir devletin andlaşma metninin oluşturulması görüşmelerinde yer

almaması ve dolayısıyla andlaşmaya imza koyma imkanının olmadığı durumlarda, söz konusu andlaşmanın tarafı olmasını sağlayan yöntem, andlaşmaya katılmadır (*accession*). Andlaşmaya katılma yoluyla taraf olunabilmesi için, her şeyden önce andlaşmanın hükümlerinin katılmaya izin vermesi veya andlaşma taraflarının katılmaya rıza göstermeleri gerekir.[307]

E. Çekinceler

1. Genel Olarak Çekince Kavramı

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 2 (1) (d) hükmü çekinceyi (*reservation*) şu şekilde tanımlamaktadır:

"*çekince, nasıl kaleme alınırsa alınsın veya nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin, devletin bir andlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya andlaşmaya katılırken, bazı andlaşma hükümlerinin hukuki etkisini kendisi bakımından ihraç etmek veya değiştirmek için yaptığı tek taraflı bir beyan demektir*."

Andlaşmalara çekince koyulması çok taraflı andlaşmalarla ilgili olup iki taraflı andlaşmalar açısından andlaşmaya çekince koyulması mevzuubahis olamaz. Zira, andlaşmanın yapılması sürecinde taraflardan herhangi birisinin itirazı veya andlaşmanın herhangi bir düzenlemesinin kabul edilmemesi, tarafların yeniden görüşme ve metin üzerinde anlaşmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla, bir anlamda iki taraflı andlaşmalar, tarafların üzerinde tam olarak anlaştığı metinlerden oluşmaktadır. Fakat, çok taraflı andlaşmalar açısından bakıldığında, devletlerin veya uluslararası hukuk kişilerinin herhangi bir metnin tamamı üzerinde bir irade beyanı uygunluğunun beklenilmesi pek de mümkün olamamaktadır. Özellikle, İkinci Dünya Savaşı sonrası akdedilen çok taraflı andlaşma sayısında önemli bir artış olmuştur. Andlaşmaların "ya hep ya hiç" mantığı içerisinde kendisine hiçbir çekince koyulamayacak şekilde kaleme alınması veya diğer bir ifadeyle kendilerine çekince koyulamaması şeklindeki bir anlayış ve uygulamanın, uluslararası hukukta kabul edilmesi düşünülemez. Zira, böyle olsa idi, çok taraflı andlaşmaya taraf olabilecek devlet sayısı çok az olurdu. Bu düşüncelerden hareketle, çok taraflı andlaşmalara taraf sayısının artırılması, uluslararası hukuk sisteminin daha geniş çaplı uygulanabilmesi için, çekince uygulaması, bir anlamda zaruridir. Andlaşmalara çekince koyulabilmesi imkanı, andlaşmaların sadece belli hükümlerinin, çekince

koyan uluslararası hukuk kişisine uygulanamaması sonucunu doğurmaktadır. Buna mukabil, aynı andlaşmanın bir çok hükmünün ise uygulanmasına imkan sağlamaktadır. Aksi halde andlaşmanın hiçbir hükmünün uygulanamaması gündeme gelebilecektir.

Çekincelerin "açıklayıcı/yorumlayıcı bildiri" (*interpretative declaration*) kavramı ile karıştırılmaması gerekir. Çekinceler, andlaşmanın belli bir hükmünün hiçbir şekilde uygulanmamasını veya hukuki etkisini ortadan kaldırırken, açıklayıcı bildirinin amacı söz konusu hükmün hukuki etkisinin tamamen ortadan kaldırılmasından ziyade, bir devletin, andlaşmanın bazı hükümleri açısından takınacağı tavrı ifade etmektedir.[308] Uygulamada, çekince ile açıklayıcı bildiri arasındaki farklılık çok kolay anlaşılamamaktadır. Özellikle konu, insan hakları sözleşmeleri açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Belilos v. İsviçre (Belilos v. Switzerland) Davası'*nda,[309] İsviçre'nin Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi'ni onaylar iken yaptığı bildirinin hukuki açıdan ne anlama geldiği konusunda karar vermek zorunda kalmıştır. İsviçre, bildirinin sadece açıklayıcı bir yönünün olduğunu, bir çekince olmadığını iddia etmiş, fakat Mahkeme, İsviçre'nin bildirisinin çekince niteliğinde olduğuna ve Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi madde 64 çerçevesinde böyle bir çekinceye izin verilemeyeceğine ve İsviçre'nin Sözleşmenin tamamıyla bağlı olduğuna karar vermiştir.[310]

Geleneksel olarak çok taraflı andlaşmalara çekince koyulabilmesi noktasındaki uluslararası uygulamaya bakıldığında, ilk uygulamanın andlaşma hükümlerinin çekinceye izin vermesi ve diğer tarafların tamamının rızasının bulunması kaydıyla, çekince koyulabilme şeklinde olduğu görülmektedir. Bir yönüyle andlaşmaya çekince koyulması bir öneri niteliğinde olmakta ve tarafların tamamının kabulü ile anlaşma sağlanmış olmaktadır. Andlaşmanın taraflarından herhangi birisinin çekinceye itiraz etmesi durumunda ise, andlaşmaya hiçbir şekilde taraf olunamamaktadır.[311]

Milletler Cemiyeti döneminde, çok taraflı andlaşmalara çekince koyulması konusunda devletlerin uygulamalarının tutarlı olmadığına tanıklık edilmektedir. Özellikle, Milletler Cemiyeti'nin kurduğu Uluslararası Hukukun Kodifiye Edilmesinden Sorumlu Uzmanlar Komitesi (*the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*), yukarıda belirtilen geleneksel anlayışı destekler bir yaklaşımı benimsemiş ve andlaşma taraflarının tamamının rızası olmadan çekince olamayacağı ilkesini

teyit etmiştir. Oysa, dünyanın diğer tarafında Pan-American Birliği (günümüz Amerikan Devletler Topluluğunun öncüsü, *the Pan-American Union*) daha esnek bir anlayışı benimsemiştir.[312] Bu uygulamaya göre, şu ihtimaller ortaya çıkmaktadır:

a) Andlaşmayı herhangi bir çekince koymadan kabul eden devletler arasında, andlaşma orijinal şekliyle uygulanacaktır. Örneğin, A ve B devletleri X andlaşmasına, herhangi bir çekince koymamışlar ise, andlaşmanın tüm hükümleri, orijinal şekliyle A ve B devletleri arasındaki ilişkiye uygulanacaktır.

b) Andlaşmaya çekince koyan devletle andlaşmaya çekince koyulmasını kabul eden devlet arasındaki ilişkiye, andlaşmanın çekinceli şekli uygulanacaktır. Örneğin, C devleti X andlaşmasına çekince koymak istemiş A devleti de bunu kabul etmişse, C ve A arasındaki ilişki andlaşmanın çekinceli şekline göre gerçekleşecektir.

c) Andlaşmaya çekince koyan devlet ile andlaşmayı onaylamış fakat çekince koyulmasını kabul etmeyen devlet arasındaki ilişki bakımından, andlaşma hükümleri uygulanamayacaktır. Örneğin, aynı andlaşmaya C çekince koymuş, fakat B buna itiraz etmiş ise, C ve B devletleri arasında bu andlaşma hükümleri uygulanamayacaktır.[313]

Yine aynı dönem içerisinde, çok az sayıda devlet, genellikle Doğu Avrupa Devletleri, her devletin egemenlik haklarının bir parçası olarak andlaşmaya kendi özgür isteği ve hükümranlık yetkileri doğrultusunda, diğer devletler karşı çıksa dahi, tek taraflı çekince koyma ve andlaşmanın kendisine çekinceli haliyle uygulanmasını talep etme hakkının olduğunu iddia etmişlerdir.[314]

İkinci Dünya Savaşı sonrası ise, andlaşmalara çekince koyulması meselesi, *Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler Davası (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishmenı of the Crime of Genocide Case)*[315] sebebiyle Uluslararası Adalet Divanı tarafından etraflıca tartışılmış ve 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Sözleşmesi ile de detaylı şekilde düzenlenmiştir.

2. Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler Davası (*Reservations Case*)

İkinci Dünya Savaşı'nın uluslararası hukuk açısından en önemli sonuçlarından bir tanesi de Almanya'nın işlemiş olduğu uluslararası nitelikli suçların önlenmesi, insanlığın aynı trajedi ile tekrar karşılaşmaması düşüncesiyle, 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından oy

birliğiyle kabul ettiği Soykırım Suçunun İşlenilmesinin Önlenmesi ve Sorumlularının Cezalandırılmasına Dair Sözleşmedir. Soykırım Sözleşmesi'nin 9. maddesi, Sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar veya davalar sebebiyle Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini öngörmektedir. Birçok devlet, Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olmak istemekle birlikte, Divanın zorunlu yargı yetkisinin olmasına karşı çıkmıştır. Ancak, Soykırım Sözleşmesi, kendisine herhangi bir çekince koyulup koyulamayacağı konusunda da herhangi bir hükme yer vermemektedir. Bu sebeple, 1950 yılında, Soykırım Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden bir sene önce, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Uluslararası Adalet Divanı'ndan, Soykırım Sözleşmesi'ne çekince koyulup koyulamayacağına ilişkin bir danışma görüşü talep etmek zorunda kalmıştır. Divana yöneltilen temel sorular iki başlık altında toplanabilir:

a) Sözleşmeye taraf devletlerin bir kısmı tarafından çekinceye itiraz edilmesi, fakat diğerlerinin çekinceyi kabul etmesi halinde, Soykırım Sözleşmesi'ne çekince koyarak taraf olmak isteyen bir devlet, Sözleşmeye taraf olabilir mi?

b) Eğer, birinci soruya olumlu cevap verilirse;

i) Sözleşmeye çekince koyan devletle çekinceye itiraz eden Sözleşmeye taraf devletler; ve

ii) çekinceyi kabul eden devletler arasındaki ilişki bakımından çekincenin etkisi ne olacaktır?

Divan *Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler Davası*'nda 7 oya karşı 5 oy ile çekincenin Sözleşmenin konu ve amacına uygun olması şartıyla, bir devletin, Sözleşmeye taraf devletlerin bir kısmının karşı çıkması, diğerlerinin çekinceyi kabul etmesi durumunda Sözleşmeye taraf olabileceğine karar vermiştir. Çekincenin Sözleşmenin konu ve amacına uyumlu olmaması durumunda ise, Sözleşmeye taraf olunamayacağına hükmetmiştir.

İkinci soru kapsamında Divan yine 7'ye karşı 5 oyla; çekincenin Sözleşmenin konu ve amacına aykırı olduğu gerekçesiyle çekinceye itiraz eden devlet bakımından, çekince koyan devleti Sözleşmenin tarafı olarak kabul etmeyeceğine; çekinceyi kabul eden devletlerin ise çekince koyan devleti Sözleşmenin tarafı olarak göreceklerine karar vermiştir.[316]

Çekinceler Davası'nda Divanın ortaya koyduğu tutum, uygulamada "uygunluk testi" (*the compatibility test*) olarak adlandırılmakta olup, yukarıda kısaca izah edilen Pan-American Birliği'nin uygulamasının onaylanmasından başka bir şey değildir.[317]

3. 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sistemi

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 19-23. maddeleri, andlaşmalara çekince koyulması konusunu detaylı şekilde düzenlemiştir. En genel şekliyle değerlendirildiğinde Viyana Andlaşmalar Hukuku Sisteminin de Pan American Birliği uygulamasını benimsediği görülür.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde düzenlenen Çekinceler Sistemi kısaca şu şekilde özetlenebilir:

a) Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 19. madde düzenlemesinde genel ilke olarak bir devletin bir andlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken, veya bir andlaşmaya katılırken çekince koyma serbestisine sahip olduğunu kabul etmiştir. Yine 19. madde üç istisnai durumda bir andlaşmaya çekince koyulamayacağını hükme bağlamıştır. Bunlar:

i) Andlaşmaya çekince koyulmasının yasaklanması; bazı andlaşmalar kendisine karşı çekince ileri sürülmesini açıkça yasaklayabilirler. Örneğin, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü gibi.

ii) Bazı özel nitelikli çekincelerin koyulmasının yasaklanması; bazen çekincenin türü konusunda da sınırlama getirilebilir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 64. madde hükmü ile "genel nitelikte çekincelerin" ileri sürülemeyeceğini açıkça belirtmiştir.

iii) Çekincenin andlaşmanın konu ve amacına aykırı nitelikte olması; eğer, çekince andlaşmanın konu ve amacına aykırı bir özellik gösteriyorsa, söz konusu andlaşmaya çekince koyulamayacağı öngörülmüştür. *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler Davası*'nda gündeme gelen bu konu, Uluslararası Adalet Divanı'nın gündemine 2006'da *Kongo v. Ruanda Davası* nedeniyle tekrar gelmiş, Divan 1951'deki *Çekinceler Davası* görüşünü benimsemeyi devam ettirmiştir.[318]

b) Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 20 (1) hükmü, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, andlaşmanın açıkça çekince koyulmasına izin verdiği durumlarda, andlaşmaya taraf devletlerin çekinceyi kabulüne gerek olmadığını ifade etmiştir. Buna göre, andlaşmaya taraf olan devletin hakları ve yükümlülükleri andlaşmaya koyduğu çekinceler çerçevesinde gündeme gelecektir.

c) Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 20 (2) düzenlemesi, "görüşmeci devletlerin sınırlı sayısından ve bir andlaşmanın konu ve

amacından andlaşmanın bütün taraflar arasında bir bütün olarak uygulanmasının her birinin andlaşmayla bağlanma rızasının esaslı bir şartı olduğu anlaşıldığı zaman, bu çekince bütün tarafların kabulünü gerektirir"[319] hükmüne yer vermektedir. Bu hükümden anlaşılması gereken husus, herhangi bir andlaşmanın tarafları bakımından objektif ve tek tip yükümlülükler doğurması, böyle bir sistemin oluşturulması amacı öngörülüyorsa, kaçınılmaz biçimde çekince ileri sürülebilmesi için andlaşmaya taraf bütün devletlerin rızası gerekmektedir.

d) Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 20 (3) hükmüne göre, Uluslararası bir örgütün kurucu belgesi niteliğindeki bir andlaşmaya çekince koyulabilmesi için, söz konusu örgütün yetkili organının kabulüne ihtiyaç vardır.

e) Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 20 (4) çerçevesinde yukarıda özetlenen madde 20 (1-3) dışında kalan andlaşmalarda aksi öngörülmedikçe aşağıdaki şekilde uygulama gerçekleşecektir:

i) Andlaşmaya çekince koyulmasını kabul eden devlet ile andlaşmaya çekince koyan devlet arasında çok taraflı andlaşma hükümleri uygulanır. Bu durumda, elbette andlaşmanın çekinceli biçimi taraflar arası ilişkilere uygulanacaktır. (madde 21).

ii) Andlaşmaya çekince koyulmasına bir devletin itiraz etmesi, andlaşmanın çekince koyan devletle kendisi bakımından yürürlüğe girmesine engel teşkil etmez, meğer ki çekinceye itiraz eden devlet kesin şekilde aksi bir niyet açıklamış olsun. Aslında, burada dikkat edilmesi gereken nokta, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin bu noktada *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler Davası*'ndan bir adım daha öteye gittiğidir. Burada, çekinceye itiraz eden devlet bir yönüyle, andlaşmanın çekinceli şeklinin çekince koyan devletle arasında uygulanmaması için, açıkça çekince koyan devleti andlaşmaya taraf kabul etmediğini deklare etmek zorunda bırakmaktadır. (madde 21).

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sisteminin çekinceler açısından oldukça esnek bir yapı oluşturduğu görülmektedir. Pan-American Birliği ve *Çekinceler Davası* ötesinde, mümkün olduğu kadar çok devletin andlaşmaya taraf olması amacına hizmet edilmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak, çok taraflı bir andlaşma şemsiyesi altında, gerçek uygulamada, birçok andlaşmanın hüküm ve sonuç doğurduğu düzenlemelerle karşılaşılmaktadır.[320]

Andlaşmalar ve çekinceler konusunda üzerinde durulması gereken son bir

nokta, çekincenin şekli ve zamanı ile ilgilidir. Gerek andlaşmalara çekince koyulması gerekse çekinceye itiraz edilmesi yazılı şekilde olmalıdır. Anlaşmaya çekince koyulması, imza, onay, kabul, tasvip veya katılma aşamasında olabilmektedir ve aksi andlaşmada öngörülmedikçe her zaman geri çekilebilir. Çekincenin geri alınması, ilgili devletlere bildirildiği tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Yine aynı şekilde çekinceye itirazın geri alındığı da çekince koyan devlete bildirildiğinde etkinlik kazanacaktır. [321]

F. Andlaşmaların Yürürlüğe Girmesi

Andlaşmaların yapılması süreciyle ilgili bir diğer aşama, andlaşmaların yürürlüğe girmesidir (*entry into force*). Andlaşmalar hukuku çerçevesinde herhangi bir andlaşmanın ne zaman ve nasıl yürürlüğe gireceği konusunda izlenmesi gereken yol, öncelikle andlaşmanın kendisini oluşturan metnine bakılmasıdır. Nitekim, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 24 (1) hükmünde, "*bir andlaşma, kendisinin öngördüğü veya görüşmeci devletlerin mutabık kalabilecekleri tarzda ve tarihte yürürlüğe girer*" denilmektedir. Dolayısıyla, andlaşma içerisinde yer alan bir düzenleme andlaşmanın yürürlüğe giriş tarihini de belirtebilir. Örneğin, X Andlaşması 1 Ocak 2015 tarihinde yürürlüğe girer gibi. Genellikle, uluslararası hukuk uygulamasında andlaşmaların yürürlüğe giriş tarihi olarak, andlaşmanın belli sayıda uluslararası hukuk kişisince onaylanması veya andlaşmaya belli sayıda devletin taraf olması şartı koyulduğu görülmektedir. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, yürürlüğe girme şartı çerçevesinde 35 devletin onayı ve onay sayısının tamamlanmasından itibaren de 30 günün geçmesini öngörmüştür. Şartın gerçekleşme tarihi ise, 27 Ocak 1980'dir. [322] 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi yürürlük şartı olarak 60 devletin onayından sonra 12 ayın geçmesi gerektiğini öngörmüş ve Kasım 1994 itibariyle yürürlüğe girebilmiştir.[323] Yine aynı doğrultuda Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 17 Temmuz 1998'de kabul edilmiş ve 60 devletin Statüyü onaylamasından 60 gün geçtikten sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girme şartının gerçekleşmesi 1 Temmuz 2002'ye tekabül etmiştir.[324]

Andlaşmanın yürürlüğü tarihinden daha sonra bir uluslararası hukuk kişisi andlaşmaya taraf olur ise, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, andlaşma söz konusu uluslararası hukuk kişisi bakımından o andan itibaren hüküm ve

sonuç doğuracaktır.[325] Örneğin A Devleti Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne 5 Ağustos 2019 tarihi itibariyle taraf olmuşsa, Statü hükümleri, bu tarih sonrası cereyan eden olaylar bakımından A Devletini bağlayıcı etki doğuracaktır.

G. Andlaşmaların Tescili ve Yayınlanması

Andlaşmaların yapılması ile ilgili son aşama, andlaşmaların tescil edilmesi ve yayınlanmasıdır (*registration and publication*). Birleşmiş Milletler Andlaşması 102. maddesi, yürürlüğe giren bütün andlaşmaların Birleşmiş Milletler nezdinde tescil edilmesini ve yayınlanmasını öngörmektedir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 80 düzenlemesi, "*Andlaşmalar yürürlüğe girdikten sonra, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine tescil edilmek dosyalanmak ve yerine göre kaydetmek ve yayınlamak üzere iletilecektir*" demek suretiyle Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 102 hükmünü tamamlayıcı niteliktedir. Andlaşmaların kayıt altına alınması uygulaması Milletler Cemiyeti Misakı madde 18 hükmü ile başlamıştır. Buna göre, Milletler Cemiyeti nezdinde tescil işlemi yapılana kadar hiçbir andlaşmanın bağlayıcılık kazanması mümkün değildir. Birleşmiş Milletler Andlaşması ise, bu derece katı bir uygulamadan kaçınmış, kayıt altına alınmayan andlaşmaların da geçerli olduğunu kabul etmiştir. Ancak, Birleşmiş Milletlerde tescil edilmeyen bir andlaşma düzenlemesinin hiçbir şekilde Birleşmiş Milletler organı huzurunda, örneğin Uluslararası Adalet Divanı önünde bir hak veya yükümlülük iddiasının savunulması amacıyla getirilmesi mümkün değildir. Andlaşmaların tescil edilmesi düzenlemesinin temel amacı, uluslararası hukuk kişileri arasında gizli andlaşmalar akdedilmesinin önüne geçilmesi ve bu vesileyle uluslararası barışa katkıda bulunulması düşüncesidir.

VI. ANDLAŞMALARIN UYGULANMASI

Andlaşmaların uygulanması (*application, observance*) bakımından önemli addedilen bazı ilkelere kısaca değinmekte fayda vardır. Bu bağlamda; ahde vefa ilkesi, geriye yürümezlik ilkesi, mülkilik ilkesi, halefiyet ilkesi ile andlaşmaların kural olarak sadece taraflarını bağlaması ve üçüncü kişilere etkisinin olmaması ele alınacak konular arasında gösterilebilir.

A. Ahde Vefa (*Pacta Sunt Servanda*) İlkesi

Latince *pacta sunt servanda* olarak adlandırılan ahde vefa ilkesi, andlaşmaların uygulanmasına esas teşkil eden ilkelerin başında gelmektedir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 26. maddesi de bu ilkeye yer vermekte olup şu şekildedir: "*Yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir.*" Madde metninde dikkat çekilmesi gereken bir husus, genel hukuk ilkesi niteliğindeki iyi niyet ilkesine (*the principle of good faith*) yapılan vurgudur. Şu halde, genel hukuk ilkesi ve uluslararası hukuk kaynağı olma özelliği bulunan iyi niyet ilkesi, andlaşmaların uygulanmasında anlamını bulan *pacta sunt servanda* ilkesinin de ayrılmaz bir parçasıdır.[326]

Ahde vefa ilkesi, uluslararası hukuk kaynakları açısından değerlendirildiğinde, hiç şüphesiz uluslararası örf-adet kuralı niteliğindedir. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 26 hükmü, örf-adet niteliği bulunan bir uluslararası hukuk normunun yazılı hale getirilmesinden başka bir anlam taşımamaktadır. Ahde vefa ilkesi, sadece andlaşmalar hukuku bakımından değil, uluslararası hukuk sistemi ve diğer hukuk sistemlerinin de uygulanabilmesi açısından varlığı tartışılamaz bir prensiptir. *Pacta sunt servanda* ilkesi olmadan, herhangi bir hukuk sisteminin işletilebilir olması düşünülemez. Bu yönüyle bakıldığında, *pacta sunt servanda* ilkesinin, Kelsen tarafından dile getirilen temel norm (*grundnorm*) anlamında uluslararası hukukun gerçek kaynağını teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Aynı şekilde, bu düşünceden hareketle, *pacta sunt servanda* ilkesinin, uluslararası hukukun emredici hukuk kuralları (*jus cogens*) arasında yer aldığı ileri sürülebilir.[327]

Uluslararası yargı kuruluşlarının uygulamalarına bakıldığında, Uluslararası Adalet Divanı tarafindan *Gabcikovo-Nagymaros Davası*'nda (*Danube Dam Case*), *pacta sunt servanda* ilkesinin ne kadar önemli olduğunun bir kez daha tescil edildiği görülmektedir. Daha önce de işaret edildiği üzere, söz konusu dava, 1977 tarihinde Macaristan ile Çekoslovakya (daha sonraları Çekoslovakya'nın ikiye bölünmesi nedeniyle Slovakya) arasında Tuna Nehri üzerinde hidroelektrik santrali yapılması, nehrin ıslahı v.b. konularda işbirliği öngören iki taraflı andlaşmanın uygulanması ile ilgilidir. Macaristan, her iki devletin andlaşmanın öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle, andlaşmanın sona erdiğini iddia etmiştir. Ancak, Divan, bir andlaşmanın taraflarının karşılıklı biçimde andlaşma

hükümlerine aykırı hareket etmelerinin, andlaşmayı sona erdiremeyeceğini, böyle bir durumun bir andlaşmanın sona erdirilme sebebi olarak kabul edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.[328]. Andlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle, Divanın, her iki tarafın bu nitelikte sayılabilecek andlaşmadan doğan yükümlülüklerini ihlal etmelerini andlaşmanın sona erme sebebi kabul etmemesi kayda değerdir.[329] Divan, kararında açık şekilde *pacta sunt servanda* ilkesine ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 26 düzenlemesine atıfta bulunarak, tarafların işbirliği içerisinde soruna çözüm bulması gerektiğini belirtmiştir.[330] Divan, ayrıca 26. maddede öngörülen andlaşmanın bağlayıcılığı ve iyi niyetle yükümlülüklerin yerine getirilmesi unsurlarının önem bakımından birbirine eşit olduğunu ve iyi niyet çerçevesinde tarafların andlaşmanın akdedilmesi amacına uygun hareket etmeleri gerektiğini ifade etmiştir.[331]

B. Geriye Yürümezlik İlkesi

Uluslararası örf-adet kuralı ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 28 hükmü gereği, andlaşmaların uygulanması ile ilgili en temel ilkelerden bir diğeri de andlaşma hükümlerinin geriye yürümezliğidir (*non-retroactivity*). Diğer bir ifadeyle, andlaşmalar, yürürlük tarihinden sonra ortaya çıkan olay veya durumlara uygulanabilir. Ancak, andlaşma metninde aksi kararlaştırılmış ise veya içinde bulunulan şartlar çerçevesinde andlaşma taraflarının niyetlerinden aksi anlaşılabiliyorsa, andlaşma hükümleri geriye yürüyebilir. Andlaşmaların geçmişe etkisinin olmaması ilkesi, bizatihi Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi için de geçerlidir. Zira, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümleri kendisinin yürürlük tarihi olan 27 Ocak 1980'den sonraki durumlara uygulanabilir, yeter ki Sözleşmede öngörülen düzenleme bir örf-adet kuralı olmasın.

C. Mülkilik İlkesi

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 29 hükmü, "andlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya böyle bir niyet başka türlü tespit edilmedikçe, bir andlaşma her bir tarafı bütün ülkesi bakımından bağlar" ifadesine yer vererek, andlaşmanın uygulama alanı olarak tarafların ülkelerini işaret etmiştir. Aynca, andlaşmaya taraf bir devletin, kendi ülkesi sınırları dışında egemenlik haklarını kullandığı örneğin, işgalci sıfatıyla bulunduğu

yerler bakımından da andlaşma hükümleri ile bağlı olduğu unutulmamalıdır. Söz konusu durum özellikle, Afganistan ve Irak gibi başta Birleşik Devletler ve Birleşik Krallığın etkin olduğu coğrafyalar açısından son derece önemlidir. Bu anlamda, Birleşik Krallık askeri kuvvetlerince son Irak işgali sürecinde Basra bölgesinde işlenen insan hakları ihlalleri nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabileceği bir gerçekliktir. Özellikle, İngiliz askerlerinin kontrol ve denetimi altında bulunan bölgelerde başta işkence eylemleri olmak üzere ortaya çıkan insan hakları ihlalleri nedeniyle Birleşik Krallığın uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğu tartışmasızdır.[332] Nitekim bu bağlamda İngiltere ulusal mahkemeleri nezdinde işkence fiilleri temelinde açılan davalara da tanıklık edilmektedir.[333]

D. Andlaşmaların Ardıllığı ve Çatışması

Aynı konu hakkında birbirini takip eden andlaşmaların akdedilmesi halinde uygulama nasıl olacaktır? Andlaşmalar hukukunun en karmaşık konularından birisi olan andlaşmaların ardıllığı ile ilgili genel ilkeler, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 30 düzenlemesinde detaylı yerini almıştır. Buna göre, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 103 hükmü gereği, Birleşmiş Milletler üyelerince akdedilen fakat Birleşmiş Milletler Andlaşması ile çatışan andlaşmalar açısından, Birleşmiş Milletler Andlaşması hükümleri önceliklidir. Bunun dışındaki durumlarda sonradan yapılan andlaşmanın önceki ile farklı düzenlemeler içermesi halinde uygulanacak genel ilkeler şu şekilde belirtilebilir:

a) Sonraki andlaşmanın açıkça önceki andlaşma hükümlerine tabi olmadığını belirttiği veya sonraki andlaşmanın önceki andlaşma hükümleri ile bağdaşmaz nitelikte olması halinde, önceki andlaşma uygulanacaktır.

b) Eğer, önceki andlaşmaya taraf devletlerin tamamı daha sonra yeni bir andlaşma akdetmişlerse, önceki andlaşma hükümlerinin de yürürlüğünün devam etmesi şartıyla, önceki andlaşma hükümleri sonraki andlaşma hükümlerine uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulabilecektir.

c) Önceki ve sonraki andlaşmalara taraf devletler aynı değiller ise, önceki andlaşma her iki andlaşmaya taraf olanlar arasında sonraki andlaşmaya uyumlu olduğu oranda uygulanacaktır. Diğer yandan önceki ve sonraki her iki andlaşmaya taraf bir devlet ile andlaşmalardan sadece birisine taraf olan devlet arasındaki ilişkiye, her iki devletin taraf olduğu andlaşma hükümleri

uygulanacaktır. Örneğin, Alfa Devleti önceki ve sonraki andlaşmalara taraf, Beta Devleti ise sadece önceki andlaşmaya taraftır. Alfa ile Beta Devleti arasındaki haklar ve yükümlülükler önceki andlaşma hükümlerine göre belirlenecektir.

E. Andlaşmalar ve Üçüncü Devletler

Ulusal hukuk sistemlerinde sözleşmelerle ilgili nisbilik ilkesi çerçevesinde sadece sözleşmenin tarafları için hak ve yükümlülük doğması hali, bir anlamda uluslararası hukukta andlaşmalar için de geçerlidir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 34 düzenlemesinde de açıkça ifade edildiği üzere, bir andlaşmadan rızası olmadığı müddetçe üçüncü bir devlet için ne bir hak ne de bir yükümlülük doğar. Ancak, bu genel kuralın bazı istisnaları mevcuttur. Diğer bir deyişle, bazı andlaşmalardan kendisine taraf olmayan üçüncü devletler için hak ve yükümlülük doğması mümkündür. İstisnai olarak kabul edilebilecek bu hususları en genel şekliyle üç başlık altında incelemek mümkündür.

a) Hukuki niteliği itibariyle objektif bir rejim (sistem) oluşturan andlaşmalar, uluslararası toplumun tamamı lehine haklar veya yükümlülükler tesis edebilir. Bu tür yükümlülükler uluslararası hukukta *obligatio erga omnes* olarak adlandırılmaktadır. *Erga omnes* ifadesi haklar açısından da kullanılabilir. Elbette uluslararası hukuk sisteminde, üçüncü devletler açısından haklar getiren andlaşmalar değil, yükümlülükler tesis eden andlaşmalar için sorunlarla karşılaşılmaktadır. Bu bağlamda yükümlülük tesisi öngören andlaşmaların en güzel örneğini 1959 tarihli Antarktika Andlaşması oluşturur. Andlaşmaya taraf olmayan devletler lehine haklar getiren uluslararası andlaşma örneğine ise Versay (*Versailles*) Andlaşması'nın Kiel Kanalı'ndan geçişlere ilişkin düzenlemeleri verilebilir. [334] Hem hak hem de yükümlülük tesis eden işbu andlaşmalara en güzel örneklerden birisi ise Türk Boğazlarından geçişi düzenleyen Montrö Boğazlar Sözleşmesi'dir.

b) Önceki bölümde de detaylı şekilde incelendiği üzere, eğer bir andlaşma mevcut örf-adet hukuku kurallarını yazılı hale getirmişse veya andlaşmadaki bir düzenleme örf-adet kuralına dönüşmüşse, kendisine taraf olmayan devletler bakımından da bağlayıcı nitelikte olacaktır.[335]

c) En Çok Gözetilen Ulus Kaydı (En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydı, *The Most Favored Nation Clause*): Yukarıda belirtilen durumlarda

andlaşmaların üçüncü şahıslar bakımından hak ve yükümlülük doğurmasının ortak özelliği, üçüncü şahısların herhangi bir rızası olmadan andlaşma hükümleri ile bağlı olmalarıdır. Bunun dışında, üçüncü kişilerin rızaları çerçevesinde, andlaşmanın üçüncü kişiler açısından da hükümler doğurması mümkündür. Bu durumun en tipik örneğini, özellikle uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası yatırım hukuku alanında akdedilen andlaşmalara koyulan en çok gözetilen ulus kaydı oluşturmaktadır. En çok gözetilen ulus kaydı, bir andlaşmada tarafların belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da vatandaşlarına tanıdıkları veya tanıyacakları en iyi muameleyi, birbirlerine ya da vatandaşlarına da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan bir hüküm (kayıt) şeklinde tanımlanabilir.[336] Örneğin, X ve Y devletleri arasında akdedilen ve en çok gözetilen ulus kaydını içeren bir andlaşma, daha sonra X ve Z devletleri arasında akdedilen ve X devletinin Z devletine daha avantajlı bir uygulamasını öngören andlaşma hükümlerinin Y devletine de uygulanmasını temin edecektir.

En çok gözetilen ulus kaydı ile ilgili önemli bir husus da, bu uygulamanın ayrım gözetmeme ilkesi (*the principle of non-discrimination*) ile karıştırılmamasıdır. Her ne kadar, en çok gözetilen ulus kaydının asıl amacının da taraflar arasında ayrım gözetilmeden eşitlik ilkesinin tesis edilmesi olsa da, ayrım gözetmeme ilkesinden farklıdır. Şöyle ki, ayrım gözetmeme ilkesi bir genel hukuk ilkesidir, dolayısıyla bir hukuk kaynağıdır ve herkes tarafından ileri sürülebilir. Oysa, en çok gözetilen ulus kaydı sadece andlaşmada hüküm olarak yer almışsa, o andlaşmanın taraflarınca ileri sürülebilir.[337]

VII. ANDLAŞMALARIN TADİLİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ

Andlaşma metninin hazırlanması ve metin üzerinde görüşmelerin yürütüldüğü esnada, üzerinde ciddi şekilde durulması gereken noktalardan bir tanesi de, andlaşmalarda değişiklik yapılması imkanıdır. Zira, andlaşma yürürlüğe girdikten sonra çok geç kalınmış olabilir. İki taraflı andlaşmalarda sonradan değişiklik yapılması herhangi bir zorluk çıkarmamakla birlikte, çok taraflı bir andlaşmada değişikliğe gidilmesi, bazen yeni bir andlaşmanın yapılmasından ve yürürlüğe girmesinden daha da zor olabilir.[338] İkinci Dünya Savaşı öncesi uygulamada, çok taraflı bir andlaşmada değişiklik

yapılabilmesi andlaşmanın bütün taraflarının rızasına bağlıydı. Oybirliği uygulaması, halen günümüzde Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi veya NATO gibi bölgesel örgütlere üyelik için devam etmektedir. Ancak, diğer çok taraflı andlaşmalarda değişiklik yapılması hususunda farklı bir yöntemin kabul edilmesi gerekmiştir. Buna göre, andlaşmada değişiklik, sadece işbu değişikliği kabul eden devletler bakımından geçerli olmaktadır. Bu yönüyle bakıldığında ikili bir andlaşma rejimi (*dual treaty regime*) oluşturulmaktadır. Bu sayede, değişikliği kabul etmeyen devletler arasında orijinal ilk andlaşma metni uygulanırken, değişiklik yapılmasını kabul edenler arasında andlaşmanın yeni şekli geçerli olacaktır. Bu nedenledir ki, günümüz çok taraflı andlaşmaların büyük kısmı, andlaşmaların tadili (*amendment*) ve andlaşmanın değiştirilmesi (*modification*) ile ilgili hükümlere yer vermektedir.[339]

Nitekim, bu gelişmeler ışığında 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin andlaşmaların değiştirilmesi ile ilgili iki farklı düzenlemeyi içerdiği görülmektedir:

a) Andlaşmaların Tadili (*Amendment*): Madde 40 düzenlemesi, çok taraflı bir andlaşmada andlaşmanın bütün taraflarını bağlayıcı etkili değişiklikler yapılmasını ifade eder. Andlaşmanın tadili, bir anlamda, andlaşma taraflarının yeni bir andlaşma yapmasından başka bir şey değildir.

b) Andlaşmanın Değiştirilmesi (*Modification*): Madde 41'de düzenlenen husus çok taraflı andlaşmaların sadece bazı tarafları için geçerli değişiklikler yapılmasıdır. Andlaşmalarda sadece bazı tarafları kapsayacak değişiklik yapılabilmesi için; andlaşmanın değişiklik yapılmasına izin vermesi; andlaşmanın değişiklik yapılmasını yasaklamaması; andlaşmaya taraf diğer devletlerin etkilenmemesi; veya değişikliğin andlaşmanın konu ve amacına aykırı olmaması gerekmektedir.

VIII. ANDLAŞMALARIN YORUMLANMASI

Andlaşmaların uygulanması esnasında herhangi bir uyuşmazlık çıktığında, kaçınılmaz biçimde andlaşma hükümlerinin yorumlanmasına (*interpretation*) ihtiyaç duyulacaktır. Uluslararası ve ulusal yargı kuruluşları önlerine getirilen uyuşmazlıkların çözümü için, uyuşmazlık tarafları arasında, varsa, akdedilen andlaşma hükümlerini incelemek ve yorumlamak zorundadır. Andlaşmaların yorumlanması hangi kurallar çerçevesinde yapılır? Bir andlaşmanın yorumu ile ulaşılmaya çalışılan hedef nedir? Uluslararası hukukta andlaşmaların

yorumuyla ilgili bu ve benzeri sorulara cevap bulmaya çalışan üç farklı yaklaşım (okul, görüş, doktrin) vardır:[340]

a) Objektif Görüş (*Objective, The Literal or Textual Approach*): Andlaşmaların yorumlanması, andlaşma metninde kullanılan kelime ve terimlerin doğal ve ilk anlamlarına uygun yapılmalıdır.

b) Sübjektif Görüş (*Subjective Approach*): Andlaşmanın yorumlanmasındaki temel sebep, taraf iradelerinin ortaya çıkarılmasıdır.

c) Konu ve Amaç Görüşü (*The Object and Purpose Approach*): Andlaşmaların yorumlanması, andlaşmaların konu ve amacı ışığında yapılmalıdır. Bu anlamda, herhangi bir andlaşmanın konusu ve amacının ortaya koyulması bakımından, andlaşma metninin bir bütün olarak ele alınması gerekir.

Aşağıdaki bölümlerde örnekleriyle değinileceği üzere, söz konusu görüşler birbirlerini dışlayıcı nitelikte olmayıp aksine tamamlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu nedenle olsa gerektir ki yargı kuruluşlarının uygulamasında, bu görüşlerden sadece bir tanesinin öne çıkarılması yerine mümkün olduğu ölçüde her görüşün dikkate alınarak bir yorumlamaya gidildiğine tanıklık edilmektedir.[341]

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi yakından incelendiğinde, Sözleşmenin 3. Bölümünde Andlaşmaların Yorumu başlığı altında üç konuya değindiği görülmektedir: madde 31 andlaşmaların yorumlanmasına dair genel kuralları, madde 32 tamamlayıcı yorum kurallarını ve madde 33 iki veya daha fazla dilde kaleme alınan andlaşmaların yorumunu düzenlemektedir.

A. Genel Yorum Kuralları

Andlaşmalar hukukunda andlaşmaların yorumu ile ilgili en temel düzenleme Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 31 (1) hükmünde olup şu şekilde kaleme alınmıştır:

"*Bir andlaşma, andlaşmanın içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığı altında terimlerin olağan anlamına uygun bir biçimde iyi niyetle yorumlanmalıdır.*"

Madde metninden de kolaylıkla anlaşılacağı üzere, yukarıda belirtilen yoruma dair değişik görüşlerden herhangi birisine öncelik tanınmamaktadır. Aksine, üç farklı yorum yönteminin de benimsendiği görülmektedir. Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı'nın Libya ile Çad arasındaki sınır sorununu

hükme bağladığı *Ülkesel Uyuşmazlık Davası*'nda (*Territorial Dispute Case*), [342] Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin, andlaşmaların yorumlanması konusunda uluslararası örf-adet kuralını yansıttığı yönündeki kararına da dikkat çekmek gerekir.[343]

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. madde düzenlemesi paralelinde herhangi bir andlaşmanın yorumuna uygulanacak genel ilkeler veya özellikler kısaca incelenecek olursa:

1. İyi Niyet ilkesi

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 26 hükmünde öngörülen ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin doğal sonuçlarından bir tanesi, andlaşmaların iyi niyet ilkesine (*the principle of good faith*) uygun yorumlanmasıdır. Zira, tarafların andlaşmadan doğan haklarını ve yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirmeleri yükümlülüğü, böyle bir andlaşmanın uygulanması esnasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde, iyi niyet ilkesi çerçevesinde yorum yapmayı zorunlu kılar.

2. Terimlerin Olağan Anlamına Uygun Yorumlama

Aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, andlaşmaların yorumunda, andlaşma metninde kullanılan terimlerin olağan anlamları (*ordinary meaning*) esas alınmalıdır. Andlaşmada kullanılan terimlerin olağan anlamlarının, tarafların gerçek niyetlerini yansıttığını varsaymak daha mantıklı bir yaklaşım olsa gerektir. Terimlerin olağan anlamının ne olduğu hususu ise, en iyi biçimde andlaşmanın içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığı altında tespit edilebilir.[344] Andlaşmanın içeriği ile bağlantılı olma (*the context*) kavramı, andlaşma metninin tamamının, giriş veya başlangıç hükümlerinin (*preamble*), varsa eklerinin (*annexes*) hepsinin birlikte göz önünde bulundurulmasını ifade etmektedir. Özellikle andlaşmaların, başlangıç hükümleri, söz konusu andlaşmanın konu ve amacının anlaşılmasını sağlamak bakımından son derece önemli bir rol oynayabilir.[345]

Andlaşmada kullanılan terimlere özel bir anlam verilebilir. Terimlerin olağan anlamları dışında özel bir anlam ifade ettiği, andlaşma metninden veya tarafların niyetinden anlaşılabilir. Uluslararası yargı kararları incelendiğinde işbu durumun en güzel örneklerinden bir tanesinin,

Uluslararası Adalet Divanı'nın Nikaragua ile Kolombiya arasındaki *Ülkesel ve Deniz Uyuşmazlığına İlişkin Dava'da (Case Concerning the Territorial and Maritime Dispute)*,[346] verdiği görülür.[347] Bu anlamda son olarak, andlaşma metninde kullanılan terimlerin özel anlamının varlığını ileri süren tarafın, iddiasını ispat etme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmek gerekir.

B. Tamamlayıcı Yorum Kuralları/Araçları

Yukarıda belirtilen genel yorum kuralları çerçevesinde herhangi bir anlamlı sonuca ulaşılamaması durumunda, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 32. madde düzenlemesi, bir takım tamamlayıcı nitelikteki yorum kurallarına (*supplementary means of interpretation*) göndermede bulunmakta ve şu hükümlere yer vermektedir:

"31. maddenin uygulanmasından hasıl olan manayı teyid etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorum,

a) manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa,

b) çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa,

manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapılma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir."[348]

Yukarıdaki madde hükmünden de kolaylıkla anlaşılacağı üzere, en önemli tamamlayıcı yorum araçları arasında andlaşmanın hazırlık çalışmaları ve andlaşmanın yapıldığı şartlar yer almaktadır.

Andlaşmanın hazırlık çalışmaları (*preparatory work, travaux préparatoires*) kavramının ne anlama geldiği Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde tanımlanmamış olmakla birlikte, andlaşma metninin oluşturulması sürecindeki görüşme tutanakları, tarafların andlaşma metni ile ilgili ileri sürdükleri görüşlerini içeren belgeleri kapsayacağı konusunda herhangi bir şüpheye yer yoktur. Bu noktada gündeme gelebilecek sınırlamalardan bir tanesi, uyuşmazlığa taraf devletin, andlaşma metninin oluşumu sürecine iştirak etmemesi ve dolayısıyla, andlaşmaya ilişkin hazırlık çalışmalarının bu gibi devletler açısından yorum aracı olarak kullanılamamasıdır.[349]

Andlaşmaların yorumlanmasında dikkate alınması gereken bir diğer husus ise, andlaşmanın yapıldığı şartlardır. Özellikle, andlaşmanın akdedildiği süreç içerisinde dünyada ne gibi olaylar cereyan etmekte ve böyle bir andlaşmaya ihtiyaç duyulmasının bilinmesi ve bu çerçevede yorum yapılması, çoğunlukla

isabetli bir çözüme ulaşmada, uluslararası ve ulusal yargı kuruluşlarının işlerini kolaylaştırıcı bir etki sağlayacaktır.

Andlaşmaların yorumlanması konusu ile ilgili son bir nokta, her ne kadar Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 31'de genel kurallardan madde 32'de tamamlayıcı araçlardan söz ederek bir anlamda her iki düzenleme arasında bir hiyerarşik yapı oluşturmuş gibi gözükse de, uygulamada, her iki madde hükümlerinin aynı anda dikkate alındığını belirtmek gerekir. Bu sayede, her iki düzenleme arasında hiyerarşik bir yapının pek bir anlam taşımadığını söylemek mümkündür.[350]

C. İki veya Daha Fazla Dilde Akdedilen Andlaşmalar

Andlaşmalar genellikle iki veya daha fazla dilde (*multilingual treaties*) akdedilmektedir. İki taraflı andlaşmalar, genellikle her iki tarafın dili ile yapılmakta ve her iki dilinde uyuşmazlık halinde eşdeğer olduğu kabul edilmektedir. Bunun dışında tarafların kendi dilleri dışında, günümüzde genellikle İngilizcenin kullanılması örneğinde olduğu gibi, üçüncü bir dile yer verdiklerine ve anlaşmazlık halinde bu metnin esas alınacağına rıza gösterdiklerine de rastlamak mümkündür. Örneğin, 1978 tarihli Kuveyt Bölgesel Deniz Çevre Sözleşmesi Arapça, Farsça ve İngilizce olarak kaleme alınmış ve uyuşmazlık halinde İngilizce metnin dikkate alınacağı öngörülmüştür.[351]

Çok taraflı andlaşmalarda ise, birçok dilin kullanılması mümkündür. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu öncülüğünde akdedilen andlaşmaların altı farklı dilde (İngilizce, Fransızca, Rusça, İspanyolca, Arapça ve Çince) kaleme alındığı görülmektedir. Andlaşmaların çok dilde hazırlanması, hiç şüphesiz, farklı dillerdeki metinler arasında anlam farkının olması durumunda andlaşma metninin yorumlanması bakımından zorluklar çıkarmaktadır. Bu gibi durumlarda, çözüm için başvurulması gereken en uygun yöntem, farklı dillerden sadece bir tanesinin uyuşmazlık halinde esas alınacağına dair bir hükmün andlaşma metnine koyulmasıdır. Aksi halde, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 33'te ifade edildiği üzere, her bir dildeki metin eşit derecede geçerli olacaktır.[352]

IX. ANDLAŞMALARIN GEÇERLİLİĞİ

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi andlaşmaların geçerliliği (*validity of treaties*) ile ilgili beş temel düzenlemeye yer vermektedir. Herhangi bir andlaşmanın geçersizliğini ileri sürme sebebi olan bu hususların sınırlı sayıda düzenlenmiş olması sebebiyle sayısının arttırılması mümkün değildir.[353] İlgili her devlet işbu sebeplerden herhangi birisini ileri sürerek andlaşmanın geçersizliğini ileri sürebilir. Ancak, şu nokta unutulmamalıdır ki, uluslararası örf-adet hukuku kuralları çerçevesinde andlaşmanın geçersizliğine dair düzenlemeler, Viyana Sözleşmesi hükümleri kadar katı ve sınırlı sayıda olmayabilir.[354] Viyana Sözleşmesi çerçevesinde andlaşmaların geçersizliğini gerektiren sebepler şunlardır: İç hukuk düzenlemelerine aykırılık; hata; hile ve temsilcinin ayartılması; tehdit (zorlama); ve *jus cogens*.

Kısaca her bir sebebe değinmek gerekirse:

A. İç Hukuk Düzenlemelerine Aykırılık

Kural olarak, andlaşmaların yapılması açısından iç hukuk kurallarına aykırılık (*non-compliance with municipal law requirements*), herhangi bir devletin andlaşmanın geçersizliğini ileri sürme sebebi olamaz. Konu ile ilgili Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 46. maddesinde, "iç hukukun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümleri" başlığı altında şu düzenlemelere yer vermiştir:

"*1. Bir devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğer ki ihlal aşikar ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun.*

2. Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir devlet için objektif olarak açık görünüyorsa aşikardır."[355]

Yukarıda belirtilen 46. madde düzenlemesi, uygulamada sıklıkla karşılaşılacak bir konu değildir. Zira, andlaşmaların yapılması ile ilgili yukarıda değinilen pek çok aşamanın geçilmesi gerekmektedir. Bu aşamaların belki de en önemlilerinden bir tanesi onay safhasıdır. Bir devlet andlaşma ile bağlı olup olmayacağı konusunda kararını vermeden önce kendi iç hukuku ve özellikle anayasal düzenlemeleri ile bir çelişkinin olup olmadığını, andlaşmanın akdi esnasında temsilcileri ile ilgili bir yetki

sorununun bulunup bulunmadığını son bir kez bu aşamada detaylı biçimde gözden geçirecektir. Devletler, diğer devlet temsilcilerinin andlaşma ile bağlanma rızalarını iyi niyet ilkesi çerçevesinde beyan ettiklerini kabul etmekle yükümlüdürler.[356] Her ne kadar uygulamada çok fazla yargı kararına konu olmasa da, bu bağlamda karşılaşılan en güzel örneklerden bir tanesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Kamerun ile Nijerya Arasında Kara ve Deniz Sınırlandırma Davası'nda (Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria)*[357] vermiş olduğu karardır. Divan, kararında Nijerya Devlet Başkanı tarafından imzalanmış ama onaylanmamış olmasından dolayı, yargı konusu olan Maroua Bildirgesi'nin, uluslararası hukukta geçersiz olduğu iddiasını kabul etmemiştir. Zira, Divan tarafından da açıkça belirtildiği üzere, "*bir andlaşmanın yürürlüğe girmesine ilişkin hükümlerin sıklıkla imza ve onaydan oluşan iki aşamalı usulden yana olmasına karşın, imzadan hemen sonra derhal yürürlüğe giren andlaşmalar da vardır. Hem uluslararası örf-adet hukuku hem de Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, hangi usulün uygulanacağını tamamen Devletlere bırakmıştır.*"[358]

Bir devlet adına hareket eden temsilcinin, devletin andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanması yetkisine özel bir sınırlandırma getirilmiş olsa ve temsilci bu sınırlamaya riayet etmese bile, genel kural açıklanan rızanın geçerli olmasıdır. Eğer, temsilcinin rızasını açıklamasından önce, temsil yetkisinin sınırlandırıldığı bilgisi diğer görüşmeci devletlere bildirilmiş ise, artık bu irade beyanı ile devletin bağlı olması düşünülemez.[359] Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Kamerun ile Nijerya Arasında Kara ve Deniz Sınırlandırma Davası*'nda da açıkça ifade ettiği üzere: "*Bir Devlet açısından andlaşmaların imzalanmasına yetki veren kurallar, temel önemi haiz anayasal kurallardır. Ancak, bu bağlamda Devlet Başkanlarının yetkilerinin sınırlandırılması, en azından usulüne uygun biçimde uluslararası topluma duyurulmadığı müddetçe, 46. maddenin 2 nolu paragrafı anlamında aşikâr değildir. Bu durum özellikle böyledir, çünkü Devlet Başkanları, Sözleşmenin 7. maddesinin 2. paragrafına uygun biçimde, "görevleri gereği ve yetki belgesine ihtiyaç duymaksızın Devletlerini temsil edici olarak kabul edilen" kişiler grubuna girerler.*"[360]

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 46 düzenlemesinin yine aynı Sözleşmenin 27. madde hükmü ile karıştırılmamasıdır. 27. madde düzenlemesi, andlaşmaya taraf bir devletin, andlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine

getirmemesinin hukuki gerekçesi olarak, iç hukuk hükümlerini öne sürememesi ile ilgilidir.[361]

B. Hata

Ulusal hukuk sistemlerinde borçlar hukuku sahasında irade sakatlıkları arasında, hata (*error*), hiç şüphesiz önemli bir yer tutmaktadır. Ancak, hata, uluslararası hukukta andlaşmalar hukuku alanında oldukça sınırlı bir uygulama imkanı bulmaktadır. Uluslararası hukuk uygulamasında, bir devletin hata sebebiyle andlaşmanın geçersiz olduğunu ileri sürebilmesi için, "*hatanın andlaşma yapıldığı zaman o devletçe varlığı farzedilen ve andlaşma ile bağlanma rızasının esaslı bir temelini teşkil eden bir olay ve durumla ilgili olması gerekir.*"[362]

Ancak, bir devletin kendi davranışları hataya katkıda bulunuyorsa veya içinde bulunulan şartlar o devleti muhtemel bir hatadan haberdar edecek şekilde ise, andlaşmanın geçersizliğine dair hata hükümleri uygulanamaz.[363] Yine aynı şekilde andlaşmanın kaleme alınışı ile ilgili bir hatanın varlığı da andlaşmanın geçersizliğinin sebebi olamaz.[364] Böyle bir durumda 79. madde çerçevesinde andlaşma metninin düzeltilmesi gerekecektir.

Uygulamada hata hükümleri çerçevesinde andlaşmanın geçersizliğinin ileri sürülmesi örnekleri genellikle sınır andlaşmaları konusunda olmaktadır. Bu konuda, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1962 tarihli *Tapınak Davası* kararının (Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi düzenlemelerinden önce) Viyana Sözleşmesi düzenlemelerinin habercisi niteliğinde olduğu kolaylıkla söylenebilir. Bu yönüyle, Divan, hata ile ilgili Sözleşme hükümlerinin hazırlanmasına açık bir katkıda bulunmuştur. Kararın konu ile ilgili kısmı şu şekilde belirtilebilir. Tayland, adı geçen davada, andlaşmaya ek haritada gösterilen sınırın, haritada gösterilen su bölümü çizgisini izlemediği gerekçesiyle hatalı olduğunu iddia etmiştir. Divan ise kararında, hatanın oluşumuna katkıda bulunan tarafın veya önceden önleyebileceği bir hatanın ya da içinde bulunulan şartların muhtemel bir hatanın varlığını gösterir nitelikte olduğu durumlarda hata hükümleri çerçevesinde andlaşmanın geçersizliğini ileri sürememesinin yerleşik bir hukuk kuralı olduğunu belirterek, Taylandlı (Siyamlı) devlet yetkililerinin andlaşmaya ek haritayı gördüklerini ve bu nedenle Tayland'ın hata hükümlerine dayanmasının mümkün olmadığını belirterek, Tayland'ın itirazlarını reddetmiştir.[365]

C. Hile ve Temsilcinin Ayartılması

Hile (*fraud*) ve temsilcinin ayartılması (*corruption*) neticesi bir devletin herhangi bir andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanması, uygulamada pek rastlanılmamakla birlikte, andlaşmanın geçersizlik sebepleri olarak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 49 (hile) ve 50 (temsilcinin ayartılması)'de düzenlenmiştir. Buna göre, bir devlet bir andlaşmayı diğer bir görüşmeci devletin hileli davranışı neticesi yapmış ise veya andlaşma ile bağlanma rızası temsilcinin ayartılması suretiyle sağlanmışsa, hile veya temsilcinin ayartılmasını, andlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak ileri sürebilir.

D. Tehdit (Zorlama, Baskı)

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, tehdit veya zorlamayı (*coercion*) madde 51 ve madde 52 hükümlerinde iki farklı başlık altında düzenlemiştir: Bir Devlet Temsilcisinin Tehdit Edilmesi; Devletin Tehdit Edilmesi ve Devlete Karşı Kuvvet Kullanılması.

Madde 51 düzenlemesine göre, bir devletin andlaşma ile bağlanma rızası, temsilcisine karşı yöneltilen davranış veya tehditler neticesi sağlanmışsa, andlaşma ile bağlanma rızasının herhangi bir hukuki etkisi olmayacaktır.

Temsilcinin tehdit edilmesi uygulamada pek karşılaşılan bir durum değildir. Temsilcinin zorlanması veya tehdit edilmesinden ziyade, devlete karşı tehdit veya kuvvet kullanılması daha yaygındır ve böyle bir durum andlaşmanın geçersizliği için yeterli bir gerekçedir. Ayrıca, devlet temsilcilerinin tehdit edilmesinin aynı zamanda devletin tehdit edilmesi anlamına geleceği de açıktır. Bu durumun uygulamada bilinen klasik örneği, 15 Mart 1939'da Almanya ile Çekoslovakya arasında akdedilen andlaşmadır. Alman egemenliğini tesis eden andlaşma, imzalanmaz ise iki saat içerisinde Almanya uçaklarınca Prag'ın yok edileceği tehdidi ile Berlin'de sabah saat 02.00'da Çekoslovakya Başkam *Hacha* tarafından imzalanmıştır.[366]

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 52 düzenlemesinde konu ile ilgili olarak, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda ifadesini bulan uluslararası hukuk ilkelerini ihlal edecek biçimde kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak veya kuvvet kullanmak suretiyle yapılması sağlanan andlaşmaların geçersiz olacağı hükmüne yer vermektedir. 52. maddede ifade edilen kuvvet kullanma tehdidi ve kuvvet kullanma kavramlarının, Birleşmiş Milletler

Andlaşması madde 2 (4) hükmünde belirtilen kuvvet kullanma yasağı düzenlemeleri ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı, Birleşik Krallık ile İzlanda Arasındaki *Balıkçılık Davası (Fisheries Jurisdiction Case)*[367] çerçevesinde Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 52 düzenlemesi ile Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın kuvvet kullanmayı yasaklayan hükümleri arasında bir bağın olduğuna işaret etmiştir. Divan söz konusu kararında, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 52 ve Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda ifade edildiği üzere, modern uluslararası hukukta kuvvet kullanma tehdidi veya kuvvet kullanma neticesi akdedilen andlaşmaların batıl olduğu konusunda hiçbir şüpheye mahal olmadığını açıkça hükme bağlamıştır.[368] Bu sebepledir ki, askeri kuvvet kullanımı dışında gerçekleşen/gerçekleşebilecek olan örneğin siyasi veya iktisadi bir baskının bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir.[369]

Siyasi veya iktisadi baskının tehdit başlığı altında bir andlaşmanın geçersizlik sebebi olmamasıyla bağlantılı olarak, eşit olmayanlar arası yapılan andlaşma (*unequal treaty*) kavramı üzerinde de kısaca durmak faydalı olabilir. Andlaşmalar, bilindiği üzere, tarafların karşılıklı yararına olmak üzere hakların ve yükümlülüklerin oluşturulduğu metinlerdir. Ancak, şu da çok iyi bilinen bir gerçekliktir ki, çoğunlukla andlaşmalar. güçlü pazarlık pozisyonuna sahip bir devletin diğer devlete nazaran kendi çıkarlarının daha fazla korunduğu hükümleri içeren metinler şeklinde vücut bulmaktadır.[370] 1903'te Birleşik Devletlerin, Küba'nın İspanya'dan ayrılıp bağımsızlığının tanınmasını Guantanamo Askeri Üs Andlaşması'nın imzalanması şartına tabi tutması bu durumun tipik örneklerindendir. Günümüzde de geçerliliğini devam ettiren andlaşma hükümleri çerçevesinde Birleşik Devletler oldukça önemli çıkarlarına hizmet eden Guantanamo Askeri Üssü ile ilgili sürekli nitelikte bir hak elde etmiştir.[371] Uluslararası toplum benzer bir uygulamaya 19. yüzyılda Birleşik Krallık ile Çin arasında akdedilen ve varlığını 1997'ye kadar devam ettiren Hong Kong üzerinde Birleşik Krallık egemenliğini tesis eden andlaşmada tanıklık etmiştir. Her ne kadar, daha sonra Çin Hükümeti andlaşmanın eşit olmayanlar arasında akdedilen bir andlaşma ve dolayısıyla geçersiz olması gerektiğini ileri sürmüş olsa da, Çin'in bu iddiaları kabul görmemiştir.[372] Nitekim, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi de bu konuda yukarıda açıklanan düzenlemelere yer vererek, bir anlamda eşitler arası olmayan andlaşma kavramının içeriğinin tespit edilmesi ve uygulanmasındaki zorluklar düşüncesinden hareketle,

eşitler arası olmayan andlaşmanın bir geçersizlik sebebi olmasını düzenlememiştir. Kaldı ki, her devletin iktisadi bakımdan eşit seviyede olması ve bir andlaşmada bütün tarafların eşit seviyede haklar ve yükümlülükler altına girmesi beklenemez.

E. Jus Cogens (Emredici, Buyruk) Kurallar

Önceki Bölümlerde de izah edildiği üzere, *jus cogens* kurallar, uluslararası hukukun buyruk, diğer adıyla emredici kurallarıdır. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. maddesi, bir andlaşma, yapıldığı anda uluslararası hukukun emredici kurallarıyla çatışıyorsa, o andlaşmanın batıl olduğunu ifade etmektedir. Sözleşme, *jus cogens* normu, bir bütün olarak uluslararası toplumu oluşturan devletlerin tanıdığı ve kabul ettiği, uyulması mecburi ve ancak aynı nitelikte olan başka bir uluslararası hukuk normuyla değiştirilebilecek nitelikte olan bir norm şeklinde tanımlamaktadır.

Yine, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 64 düzenlemesine göre, eğer aynı konuda yeni bir *jus cogens* norm ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut andlaşmaların batıl hale gelmesi ve sona ermesi de mümkündür.

F. Andlaşmanın Geçersizliğini İleri Sürme Usulü ve Geçersizliğin Sonuçları

Andlaşmaların geçersizliği, sona ermesi, andlaşmadan çekilme veya hükümlerinin askıya alınması konusunda ne gibi bir usul izleneceği hususu, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 65'te detaylı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, andlaşmanın geçersizliği ile ilgili genel kural, andlaşmanın geçersizliğini iddia eden tarafın bu durumu bir bildirimle diğer taraflara haber vermesidir.[373] Bildirimden itibaren üç ay içerisinde, diğer andlaşma taraflarından herhangi bir itiraz gelmez ise, bildirimde bulunan taraf bakımından andlaşma hükümsüz hale gelecektir.[374] Eğer, taraflardan herhangi birisi itirazda bulunur ise, tarafların Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 33'te gösterilen uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yolları çerçevesinde, konuya bir çözüm bulmaları gerekecektir.[375]

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 69. maddesinde ise bir andlaşmanın geçersizliğinin hukuki sonuçlarını düzenlemiştir. Buna göre, bir geçersizliği tespit edilen andlaşma hükümsüzdür. Hükümsüz bir

andlaşmanın içerdiği düzenlemelerin hiçbir hukuki etkisi yoktur.[376] Buna rağmen geçersiz bir andlaşmaya güvenerek hukuki işlemler yapılmış ise, her bir taraf, diğer taraftan karşılıklılık esası çerçevesinde, andlaşma yapılmamış olsa idi hangi durum mevcut olacak idi ise, mümkün olduğu ölçüde o duruma dönülmesini talep edebilir.[377] Andlaşmanın geçersizliğinden önce iyi niyetle andlaşmaya dayanarak gerçekleştirilen işlemlerin, sırf andlaşma geçersizdir diye hukuk dışı addedilmesi düşünülemez.[378]

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 71. madde düzenlemesinde, *jus cogens* normlarla çatışan bir andlaşmanın geçersizliğine dair özel düzenleme içermektedir. Adı geçen hükme göre, *jus cogens* kurallarla çatışan andlaşmanın tarafları, karşılıklı ilişkilerini emredici hukuk normlarına uygun hale getirmekle yükümlüdürler. Yukarıda da belirtildiği üzere, bir andlaşma yeni oluşan bir *jus cogens* norm nedeniyle geçersiz hale gelmişse, tarafların artık o andlaşma ile bağlılıkları kalmamaktadır. Ancak, bu aşamaya kadar icra edilen yükümlülükler ve haklar bu durumdan etkilenmeyecektir.

X. ANDLAŞMALARIN SONA ERMESİ, ANDLAŞMA HÜKÜMLERİNİN ASKIYA ALINMASI

Andlaşmaların sona erme sebepleri (*termination of treaties*) ve bazı durumlarda da andlaşma hükümlerinin askıya alınması (*suspension of treaties*) hususu, hiç şüphesiz, andlaşmalar hukukunun en önemli konuları arasındadır. Bu sebeple Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi düzenlemeleri ve uluslararası yargı kararları ışığında konunun irdelenmesi yerinde olacaktır. Bu başlık altında incelenecek konular şu şekilde belirtilebilir: Andlaşmaların Rıza ile Sona Ermesi; Andlaşmanın Ağır İhlali; Sonraki İmkansızlık; Andlaşmanın Yapıldığı Şartlarda Köklü Değişiklik Olması ve Diğer Sebepler.

A. Andlaşmanın Rıza ile Sona Ermesi

Andlaşmaların sona ermesi ile ilgili, her şeyden önce, andlaşmanın hükümlerine bakılması gerekir. Andlaşmanın sona erdirilme sebepleri, andlaşmanın feshi, andlaşmadan çekilme veya andlaşmanın yürürlüğünün askıya alınması konuları, bizzat andlaşmanın kendi hükümleri ile

düzenlenmiş olabilir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 54'de belirtildiği üzere bir andlaşmanın sona erdirilmesi veya bir tarafın andlaşmadan çekilmesi ilke olarak, andlaşma hükümlerine göre veya herhangi bir zamanda diğer taraf devletlerle görüşüldükten sonra bütün tarafların rızası ile mümkün olmaktadır. Ancak, sona erme, fesih veya çekilme konusunda herhangi bir hüküm taşımayan bir andlaşmanın feshi veya andlaşmadan çekilme; tarafların fesih veya çekilme ihtimalini kabul etme niyetleri tespit edilmedikçe veya fesih veya çekilme hakkı andlaşmanın niteliğinden anlaşılmadıkça gerçekleşemeyecektir.[379] Andlaşmadan çekilme veya andlaşmayı feshetmeye ilişkin beyanların en az 12 ay öncesinden bildirilmesi, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin öngördüğü bir başka düzenlemedir.[380]

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 57 düzenlemesinde bir andlaşmanın yürürlüğünün andlaşmanın hükümleri veya taraflarının rızası ile askıya alınabileceğini öngörmektedir. Çok taraflı andlaşmalar bakımından iki veya daha fazla taraf kendi aralarında yaptıkları bir andlaşma ile andlaşmanın bazı hükümlerinin yürürlüğünü askıya alabilir. Ancak böyle bir askıya almanın, andlaşma ile yasaklanmamış veya böyle bir andlaşma yapılmasının andlaşmanın konu ve amacına aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Eğer, iki veya daha fazla taraf, kendi aralarında andlaşmanın yürürlüğünün askıya alındığına dair bir andlaşma akdetmişlerse, diğer taraf devletlere bu konuda bilgi verme yükümlülüğü altındadırlar.[381]

Andlaşmanın rıza ile sona erdirilmesi kabul edilebilecek bir diğer durum da andlaşmaya taraf devletlerin daha sonra aynı konuda yeni bir andlaşma yapmalarıdır ki, bu durumda önceki andlaşmanın zımnen sona erdirildiği varsayılır.[382]

B. Andlaşmanın Ağır İhlali

Bir andlaşma hükmünün ihlali, kural olarak o andlaşmanın sona ermesi için yeterli bir sebep değildir. Şu halde, bir andlaşmanın hükümlerinin ihlali nedeniyle sona erme sebebi olabilmesi için ihlalin ağır veya esaslı (*material breach*) olması gerekir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 60 (3) düzenlemesi, andlaşmanın ağır ihlalini şu iki durumdan birisi olarak tanımlar:

a) andlaşmanın, Sözleşmenin onaylamadığı biçimde inkar edilmesi; veya

b) andlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için mecburi olan

bir hükmünün ihlal edilmesi.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde belirtilen sözleşmenin ağır ihlali sebebiyle andlaşmanın sona erdirilmesi, aynı zamanda bir örf-adet kuralı niteliğindedir. Andlaşmanın ağır ihlali durumunda, diğer taraf veya tarafların andlaşmayı sona erdirmeleri en tabii haklarıdır. Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta, andlaşmayı esaslı şekilde ihlal eden tarafın, bu gerekçeye dayanarak andlaşmayı sona erdirme hakkının olmamasıdır.[383]

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 60 (5) hükmü ile andlaşmaların ağır ihlali ve söz konusu ihlalin sonuçlarının, insancıl/insani nitelikteki (*humanitarian character*) andlaşmalarda yer alan bireylerin korunması ile ilgili hükümlere, özellikle bu gibi andlaşmalarla koruma altına alınan kişilere karşı herhangi bir misillemeyi yasaklayan hükümlere uygulanamayacağı garanti altına alınmıştır. Söz konusu andlaşmalara en güzel örneği 1949 tarihli Silahlı Çatışmalar Hukukuna ilişkin Cenevre Sözleşmeleri oluşturmaktadır.[384]

İnsan hakları veya insani/insancıl nitelikteki bir andlaşmadan doğan yükümlülüklerin, taraflarından birisince esaslı derecede ihlal edilmesi, diğer taraf veya taraflara andlaşmayı sona erdirme veya andlaşmayı askıya alma hakkını vermemektedir.[385]

Uluslararası Adalet Divanı önünde andlaşmanın ağır ihlali sebebiyle sona erdirilmesi gerekçesine örnek anlamında, başarısız bir iddia da olsa, Macaristan'ın *Gabcikovo-Nagymaros Davası*'ndaki tutumu gösterilebilir. Macaristan, Çekoslovakya'nın (daha sonra Slovakya'nın) tarafı oldukları andlaşmadan doğan yükümlülükleri yerine getirmediğini, dolayısıyla andlaşmayı hukuki açıdan sona erdirme yetkisinin olduğunu ileri sürmüştür.[386] Divan ise kararında Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 60 hükmünün örf-adet kuralı niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte, Macaristan'ın andlaşmayı sona erdirme niyetinin olduğu döneme kadar Çekoslovakya'nın andlaşmayı ihlal etmediğini belirtmiştir. Ayrıca, Divan, Macaristan'ın ağır ihlal gerekçesine dayanamayacağını, zira, Çekoslovakya'nın sözleşmeye aykırı davranışlarının Macaristan'ın daha önce gerçekleştirdiği ihlallere bir misilleme veya cevap teşkil ettiğini ifade etmiştir.[367] Uluslararası ve ulusal hukuk düzenlemelerinde yerleşik bir uygulama olduğu üzere, herhangi bir tarafın kendi hukuka aykırı eylemlerine dayanarak avantajlı bir durum elde etmesi kabullenilemez. Divanın davada izlediği tutumdan da kolaylıkla anlaşıldığı gibi, Divan, herhangi bir

andlaşmanın ağır ihlal çerçevesinde sona erdirilmesine pek sıcak bakmamaktadır. Oysa, Divan, en azından hangi durumlarda ağır veya esaslı ihlal gerçekleşir veya gerçekleşmez konusunda daha detaylı bir karar verse idi uluslararası hukuk uygulaması açısından da hiç tartışmasız, konu ile ilgili çok faydalı bir çerçeve çizmiş olurdu.[388]

C. Sonraki İmkansızlık

Ulusal hukuk sistemlerinde sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin sonradan meydana gelen kusursuz imkansızlık sebebiyle ifa edilememesi durumunda olduğu gibi, uluslararası hukuk alanında da andlaşmaların, pek sıklıkla karşılaşılmasa bile, sonraki imkansızlık (*supervening impossibility of performance*) temelinde sona ermesi mümkündür. Bu düşünceden hareketle Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 61 (1) hükmü, bir tarafın ifa imkansızlığı nedeniyle andlaşmayı sona erdirilebileceğini veya andlaşmadan çekilebileceğini açıkça belirtmiştir. İfa imkansızlığının sona erdirme sebebi olabilmesi için, andlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin sürekli olarak ortadan kalkması veya tahrip olmasından ileri gelmesi gerekir. Eğer, imkansızlık geçici nitelikte ise, bu bir sona erme gerekçesi değil, fakat andlaşmanın yürürlüğünün askıya alınması neticesi doğurabilir. Uygulamada, sonraki imkansızlık örnekleri arasında bir nehrin suyunun paylaşılmasını öngören bir andlaşmanın nehrin kuruması nedeniyle veya hidroelektrik satımını öngören bir andlaşmanın barajın yıkılması neticesi ifa edilmemesi gösterilebilir.

Sonraki imkansızlık temelinde bir andlaşmanın sona erdirilmesi veya ondan çekilinmesi için dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, sonraki imkansızlığın, bu gerekçeyle andlaşmayı sona erdirmek isteyen veya ondan çekilmek isteyen tarafın davranışlarının neticesi olarak gerçekleşmemesi gerekir.[389]

Gabcikovo-Nagymaros Davası'nda Macaristan'ın andlaşmanın sona erdirilmesi gerekçelerinden bir tanesi de, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 61 (1) çerçevesinde sonraki imkansızlık düzenlemesidir. Macaristan, iki taraflı andlaşma çerçevesinde kendi ülkesinde Tuna Nehri üzerinde baraj inşaatı yapılmasının geriye dönüşü olmayan çevresel zararlara sebebiyet vereceğini, dolayısıyla bu açıdan bakıldığında andlaşmadan doğan yükümlülüğünün ifasının imkansız olduğunu iddia etmiştir.[390] Uluslararası Adalet Divanı ise, kararında madde 61 düzenlemesinin Macaristan tarafından

yapılan yorumunun yanlış olduğunu, bu şekilde bir gerekçenin andlaşmanın ifasını imkansız kılamayacağını, andlaşmanın hazırlık çalışmaları esnasında gündeme getirilen bir andlaşmanın ifasında sonradan ortaya çıkabilecek finansal zorlukların dahi bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ifade ederek Macaristan'ın iddialarını reddetmiştir.[391] Aynca, Divan kararında Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 62 (2) düzenlemesine de değinerek, söz konusu davada Macaristan'ın bizzat kendi eylemleri nedeniyle andlaşmanın ifa edilmediğini tespit etmiş ve bu temelden de Macaristan andlaşmayı sona erdirmek için sonraki imkansızlık gerekçesine dayanamayacağını açıkça ifade etmiştir.[392]

D. Andlaşmanın Yapıldığı Şartlarda Köklü Değişiklikler Olması

Latince *rebus sic stantibus* ilkesi olarak da bilinen andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklikler olması (*fundamental change of circumstances*), hem uluslararası örf-adet hukuku kuralları hem de Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 62 düzenlemesi çerçevesinde bir andlaşmayı sona erdirme veya andlaşmadan çekilme sebebidir. Madde 62 düzenlemesine göre, *rebus sic stantibus* ilkesi çerçevesinde bir andlaşmanın sona erdirilebilmesi veya andlaşmadan çekilebilmek için şu üç şartın varlığına ihtiyaç vardır:

a) Andlaşmanın yapıldığı şartlarda taraflarca öngörülmeyen esaslı/köklü bir değişikliğin olması;

b) Andlaşmanın yapıldığı şartların, tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı sebebini oluşturması; ve

c) Andlaşmanın yapıldığı şartlarda meydana gelen değişikliklerin andlaşmadan doğan yükümlülüklerin ifasını köklü şekilde değiştirmesi.

Andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklik olması sebebiyle bir andlaşmanın sona erdirilmesine veya andlaşmadan çekilme yoluna gidilmesine iki durumda başvurmak mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, yukarıda belirtilen kuralın iki istisnası vardır. Bunlar:

a) Sınır tesis eden andlaşmalar; veya

b) Andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklik olması, bu gerekçeye dayanan tarafın andlaşmadan doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmesi veya andlaşmanın diğer tarafına karşı yerine getirmekle yükümlü bulunduğu bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesinden kaynaklanması.[393]

Andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklikler olması ile ilgili

uluslararası yargı kararlarına en güzel örneklerden bir tanesi Uluslararası Adalet Divanı'nın *Gabcikovo-Nagymaros* Davası kararıdır. Söz konusu dava çerçevesinde Macaristan'ın, ileri sürdüğü iddialardan biri de Çekoslovakya ile 1977 yılında Tuna Nehri üzerinde baraj inşaatı ve Tuna Nehri'nin ıslahı anlamında yapılan iki taraflı andlaşmaya dair, köklü değişiklikler olduğudur. Macaristan, andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklikler olduğuna dair şu gerekçeleri ileri sürmüştür: siyasi yapıda radikal değişiklikler olması, projenin ekonomik açıdan yararının azalması, çevre bilinci ve uluslararası çevre hukuku kurallarında meydana gelen değişiklik ve ilerlemeler.[394] Divan ise kararında, andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklikler olmasının bir andlaşmayı sona erdirmede örf-adet kuralı niteliğinde olduğunu, bu anlamda Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 62 hükmünün de mevcut örf-adet kuralını yazılı hale getiren bir düzenleme olarak kabul edildiğini belirttikten sonra Macaristan'ın iddialarını değerlendirmiştir.[395] Divan, kararında siyasi yapıda meydana gelen değişikliklerin kesinlikle 1977 tarihli andlaşmanın akdedilmesiyle ilgili olduğunu ifade etmiştir. Ancak, andlaşmanın konu ve amacının Tuna Nehri üzerinde baraj yapılması, enerji üretilmesi, nehrin ıslahı ve ulaştırmada kullanılmasıyla ilgili olduğunu, tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının temelini bu konu ve amacın oluşturduğunu, dolayısıyla siyasi yapıda meydana gelen esaslı değişikliğin andlaşmada belirtilen yükümlülükleri ifa etmeyi engelleyici nitelikte olmadığını hükme bağlamıştır.[396] Divan, ayrıca projenin gerçekleştirilmesinin ekonomik açıdan yararlılığının azalmasının, tarafların yükümlülüklerini yerine getirmeleri bakımından esaslı bir değişiklik teşkil etmediğini, çevre bilinci ve uluslararası çevre hukuku kurallarında meydana gelen ilerlemelerin önceden öngörülemediği gerekçelerini ise yerinde bulmamıştır. Zira, uluslararası çevre hukuku alanında yeni kuralların oluşması, çevre bilincinin artması durumlarının andlaşmanın yapıldığı anda öngörülememesi veya söz konusu gelişmelerin tarafların andlaşmadan doğan yükümlülüklerinin ifasını köklü biçimde değiştirdiği kabul edilemez. Ayrıca, Divana göre, yerleşik uluslararası hukuk düzenlemeleri ve uygulamaları, andlaşmaların mümkün olduğu ölçüde yürürlükte kalmasını, çok istisnai durumlarda andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklik temelinde sona erdirilmesini öngörmektedir.[397]

E. Diplomatik veya Konsolosluk İlişkilerinin Kesilmesi

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 63'de de belirtildiği üzere, genel kural, diplomatik veya konsolosluk ilişkilerinin kesilmesi (*severance of diplomatic or consular relations*), taraflar arasında akdedilen andlaşmaların yürürlüğünü etkilememesidir. İstisnai durum ise, diplomatik veya konsolosluk ilişkilerinin mevcudiyetinin andlaşmanın uygulanması için kaçınılmaz nitelikte olmasıdır.

F. Andlaşmanın Sona Ermesi veya Andlaşma Hükümlerinin Askıya Alınmasının Hukuki Sonuçlan

Andlaşmanın sona ermesi veya andlaşma hükümlerinin askıya alınması durumunda ne gibi hukuki sonuçların doğacağı hususu Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 70'de düzenlenmiştir. Buna göre, andlaşmanın sona ermesi veya hükümlerinin askıya alınması halinde, artık andlaşma tarafları, andlaşmada öngörülen yükümlülükleri ifa etmek zorunda değildir. Ancak, andlaşmanın sona ermesinden önceki dönemde andlaşmanın uygulanması sebebiyle elde edilen haklar veya ifa edilen yükümlülükler veya oluşturulan hukuki durumlar etkilenmeyecektir.

XI. ANDLAŞMALARA DEVLETLERİN ARDIL OLMASI (HALEFİYET)

Andlaşmalar hukukunda karşılaşılabilecek bir diğer husus, andlaşmaya taraf olan bir devletin varlığının sona ermesi, başka bir devletin o devletin yerine geçmesi durumunda (*State succession*) ne gibi hukuki hüküm ve sonuçların doğacağı konusudur. Bu tür bir durumla, sömürgeciliğin sona ermesi neticesi yeni devletlerin kurulması veya Yugoslavya ve Sovyetler Birliği örneklerinde olduğu gibi federal devletlerin dağılması hallerinde karşılaşılabilir. Yine benzer şekilde Doğu Almanya ile Batı Almanya'nın bir andlaşmayla birleşmesi neticesinde Doğu Almanya'nın sona ermesi veya Çekoslovakya'nın Çek Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti şeklinde iki devlete ayrılması halinde de söz konusu olabilir. Konu ile ilgili 1978'de Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından Andlaşmalara Devletlerin Ardıl Olmasına Dair Viyana Sözleşmesi (*the Vienna Convention on the Succession Of States in Respect of Treaties*) hazırlanmış olup Kasım 1996 itibariyle yürürlüğe girmiştir.[398] Genel olarak Sözleşme değerlendirildiğinde mevcut

örf-adet kurallarını yazılı hale getirmekten ziyade, yeni uluslararası hukuk kuralları tesis eder nitelikte hükümlere sahip olduğu görülür.[399] Yeni bağımsızlığını kazanan devlet açısından 1978 tarihli Viyana Sözleşmesi madde 16'da kabul edilen temel ilke, yeni kurulan devletin kendisinden önceki devlet tarafından akdedilen andlaşmalarla bağlı olmamasıdır. Önceki devlet tarafından akdedilen veya taraf olunan iki taraflı veya çok taraflı andlaşmalardan doğan haklar veya yükümlülüklerin kendiliğinden yeni devleti bağlaması kabul edilmemiştir. Yeni devlet kendinden önceki andlaşmalarla bağlanma konusunda seçim hakkına sahiptir. Ancak genel kuralın bir istisnası vardır o da, sınır tesis eden, üzerinde bulunduğu ülke ile ilgili bir objektif rejim veya diğer devletler lehine ülke üzerinde kısıtlamalar öngören andlaşmalardır. Bu gibi durumlarda, yeni devletin belirtilen nitelikteki andlaşmalarla bağlı olmaması, kabul edilmesi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilirdi. 1978 tarihli Viyana Sözleşmesi devletlerin birleşmesi veya ayrılması durumlarında, ülke ile ilgili andlaşmaların yürürlüğünün -aksi kararlaştırılmadıkça veya andlaşmanın konu ve amacına aykırılık teşkil etmediği müddetçe veya andlaşmanın yürürlüğünde köklü bir değişiklik meydana getirmediği sürece- devam edeceğini öngörmektedir.

1978 tarihli Viyana Sözleşmesi madde 12'de ifade edilen yeni devletin ülke üzerinde ülkesel meselelerle ilgili yükümlülükleri hususuyla Uluslararası Adalet Divanı *Gabcikovo-Nagymaros Davası*'nda ilgilenmek zorunda kalmıştır. Macaristan'ın siyasi yapıda köklü değişiklikler olduğu iddiası karşısında Divan, sınırlara saygı ilkesinin bir örf-adet kuralı niteliğinde olduğunu, sınır tesis eden andlaşmaların Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 62 (2) anlamında andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklik olarak kabul edilemeyeceğini ve dolayısıyla andlaşmayı sona erdiren bir sebep olamayacağını hükme bağlamıştır.[400]

XII. SONUÇ

Uluslararası hukukun hiç şüphesiz en önemli kaynağını andlaşmalar oluşturmaktadır. Bu nedenledir ki, andlaşmaları bütün yönleriyle inceleyen uluslararası hukukun önemli bir sahası olarak andlaşmalar hukuku mevcuttur. Andlaşmalar hukuku, andlaşmaların yapılması, andlaşmalara çekinceler koyulması, andlaşmaların yürürlüğe girmesi, andlaşmaların yorumlanması, andlaşmaların sona ermesi, andlaşmaların taraflar ve üçüncü şahıslar bakımından meydana getirdiği hüküm ve sonuçlar gibi çok geniş bir

yelpazeyi içeren bir hukuk alanıdır. Andlaşmalar hukukunun kaynakları anlamında her ne kadar örf-adet hukuku kuralları önemini devam ettirse de en temel düzenlemeler çoğunlukla örf-adet kurallarını da içeren yazılı kaynak 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'dir.

Gerek örf-adet hukuku kurallarının gerekse Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümlerinin içeriğinin anlaşılması bakımından uluslararası yargı kuruluşları ve özellikle de Uluslararası Adalet Divanı'nın kararları son derece önemli bir rol oynamaktadır. Bu anlamda, andlaşmaların yorumlanmasına yönelik *Ülkesel Uyuşmazlık Davası, Ülkesel ve Deniz Uyuşmazlığı Davası*, çekincelere ışık tutan *Çekinceler Davası*, andlaşmaların sona erdirilme sebeplerine ilişkin uluslararası hukuk kurallarının yorumlanması bakımından *Gabcikovo-Nagymaros Davası, Kamerun ile Nijerya Arasında Kara ve Deniz Sınırlandırma Davası*, Birleşik Devletler ile İzlanda arasındaki *Balıkçılık Davası* ilk akla gelen örneklerdir.

Sınırların pek fazla öneminin kalmadığı günümüzde, uluslararası toplumun karşılaştığı küresel nitelikteki sorunların çözümünü sağlamada en önemli hukuki araç niteliğinde olan andlaşmaların, bu yüzyılda da önemi, hiç şüphesiz, gittikçe artmaya devam edecektir. Belki de bu süreçte tanıklık edilecek en önemli uygulama ve sorunlar, değişik alanlarda akdedilen andlaşmaların farklı yargı kuruluşlarınca farklı yorumlanması neticesinde ortaya çıkan/çıkacak uyuşmazlıklara çözüm bulunması olacaktır. Bu anlamda uluslararası hukukun anayasallaştırılması kapsamında uluslararası toplumun üzerinde uzlaşacağı bir mekanizmanın oluşturulması kaçınılmazdır.

Tartışma Soruları

1. Uluslararası toplum, uluslararası terörizmin önlenmesi ve sorumlularının cezalandırılması konusunda çok taraflı bir andlaşma yapmak üzere İstanbul'da toplanmıştır. Söz konusu andlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için izlenmesi gereken yöntem veya aşamaları 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ışığında açıklayınız.

2. Andlaşmalar kendisine taraf olmayan devletler açısından herhangi bir hukuki etki doğurabilir mi? Örneklerle tartışınız.

3. Özellikle uluslararası ticaret hukuku ve yatırım hukuku andlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı (*the most favored nation clause*) ile ayrım gözetmeme ilkesi (*the principle of non-discrimination*) arasında herhangi bir ilişki var mıdır? Konuyu özellikle uluslararası hukukun

kaynakları ve andlaşmaların üçüncü kişilere etkileri bakımından tartışınız.

4. Alfa ve Beta denize kıyısı olan ve aralarında deniz alanının sınırlandırılması hususunda uyuşmazlık bulunan iki devlettir. Alfa deniz hukukuna ilişkin ne 1958 tarihli Cenevre Sözleşmelerine ne de 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne taraftır. Beta devleti ise 1958 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne taraftır. Beta deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda söz konusu Sözleşme düzenlemelerinin uygulanmasını savunmakta, Alfa ise bu duyuma karşı çıkmaktadır.

a. Beta devletinde uluslararası hukuk uzmanı olarak çalışmaktasınız ve sizden konu ile ilgili bir rapor hazırlamanız istenmektedir. Beta devletine tavsiyeleriniz neler olurdu?

b. Alfa devletinde uluslararası hukuk uzmanı olarak çalışmaktasınız ve sizden konu ile ilgili bir rapor hazırlamanız istenmektedir. Alfa devletine tavsiyeleriniz neler olurdu?

5. Uluslararası hukukun emredici kurallarına (*jus cogens*) aykırı andlaşmalar batıldır. Tartışınız.

6. Uluslararası Adalet Divanı'nın *Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler Davası* ışığında, günümüz uluslararası hukuk düzenlemelerinde andlaşmalara çekinceler koyulmasını değerlendiriniz.

7. Alfa Devleti İşkencenin Önlenmesi ve Sorumlularının Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'ye taraf olmak istemekte, fakat terör şüphelilerine işkence yapılmasına ilişkin Sözleşmeye bir çekince koymak düşüncesindedir. Beta Devleti ise Sözleşmeye taraf ve Alfa Devletinin Sözleşmeye çekince koymasına şiddetle karşı çıkmaktadır. Beta Devletinin itirazlarına rağmen Alfa Devletinin söz konusu sözleşmeye taraf olup olamayacağını tartışınız.

8. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin temel düzenlemeler nelerdir? Söz konusu düzenlemelerin geliştirilmesi mümkün müdür? Tartışınız.

9, Uluslararası Adalet Divanı kararları ışığında, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan andlaşmanın yorumlanmasına ilişkin temel düzenlemeleri tartışınız.

10. 1990 yılında akdedilen Bağımsızlık Andlaşması çerçevesinde Alfa Devleti, Beta Devletine bağımsızlığını vermiştir. Bağımsızlık Andlaşması'na göre, Beta Devleti Alfa Devletine sabit fiyat üzerinden 30 yıl süreyle her yıl 20.000 ton demir satmayı kabul etmiştir. Buna karşın, Alfa Devleti, Beta

Devletinin bağımsızlığını tanımakta ve 30 yıl süreyle ekonomik kalkınmaya yardım etmeyi kabul etmektedir. Alfa Devletinin yapacağı ekonomik yardımlar her yıl Alfa Devleti Hükümetince tespit edilecektir. 1990'dan 2005 yılına kadar geçen süre içerisinde demir fiyatları dünya borsalarında sekiz kat artmıştır. 2005'de Beta Devletinde seçim yapılmış ve yeni bir Hükümet iktidara taşınmıştır. Yeni Hükümet aşağıdaki gerekçelere dayanarak Alfa Devletine demir satmayı reddetmektedir:

a. Tehdit altında yapılmış olması nedeniyle 1990 tarihli Bağımsızlık Andlaşması geçersizdir.

b. Beta Devleti 1990 tarihli andlaşmayı andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklikler olduğu gerekçesiyle sona erdirme hakkına sahiptir.

Tartışınız.

11. Alfa Devleti ile Beta Devleti, Alfa Devleti ülkesinde elektrik üretiminde kullanılmak üzere bir nükleer santral ve bir baraj yapımı konusunda iki taraflı andlaşma akdetmektedir. Andlaşmaya göre, üretilen elektrik her iki Devletin kullanımına sunulacaktır. Andlaşmanın akdedilmesinden sonra taraflar yükümlülüklerine uygun surette santrallerin yapımına başlamışlar, ancak beş yıl geçmesine rağmen santraller tamamlanamamıştır. Andlaşma çerçevesinde proje devam ederken, Alfa Devleti vatandaşları, projenin çevreye vereceği zararlar ve artan maliyetler nedeniyle geniş kapsamlı protesto kampanyaları düzenlemeye başlamışlardır. Bu sebeple, Alfa Devleti, andlaşmadan doğan yükümlülükleri ifa etmesinin imkânsız olduğunu ve andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklikler meydana geldiğini gerekçe göstererek andlaşmayı sona erdirmek istediğini Beta Devletine bildirmiştir.

Beta Devletinin Dışişleri Bakanlığı'nda çalışan bir uluslararası hukuk uzmanı olarak Alfa Devletinin bu tutumu karşısında nasıl bir hukuki yol izlenebileceği konusunda bir rapor hazırlayınız.

Dördüncü Bölüm
ULUSLARARASI HUKUK - ULUSAL HUKUK

I. GİRİŞ

En genel şekliyle, bir devletin ülkesi üzerinde bireylerin (gerçek veya tüzel kişilerin) kendi aralarında ve devlet kurumları ile olan ilişkilerini düzenleyen hukuk, ulusal hukuk veya iç hukuk olarak ifade edilir. Geleneksel biçimde ulusal hukuk sistemlerinin en temel özellikleri arasında, yasallığını o ülkenin anayasasından alan üç organın varlığından bahsedilir: Bunlardan birincisi, hukuk kurallarını yapmakla yükümlü yasama organı, ikincisi, kuralların uygulanmasından sorumlu yürütme organı ve de üçüncüsü herhangi bir hukuki ihtilafın varlığı halinde sorunların çözüm yeri olarak yargı organıdır. Uluslararası hukuk sistemine bakıldığında, uluslararası hukuk kurallarının yapılması, uygulanması veya sorunların çözüm yeri açılarından iç hukuka benzer bir yapılanmaya sahip olunmadığı görülür. Bilindiği üzere, uluslararası hukuk sistemi, oluşumu ve uygulanma mekanizmaları bakımından farklılık arz etmektedir. Uluslararası hukuk açısından, ulusal hukuk sistemi değerlendirildiğinde, ulusal hukuklar sadece bir maddi vakıa olup uluslararası hukuk kişilerinden birisi olan devletin yetkili organları aracılığıyla kanunlar koyması ve içtihatlarından oluşan uygulamaları ifade etmektedir. Bu gerçekliğin doğal bir sonucu olarak da, bir uluslararası yargı kuruluşunun karar verme sürecinde, ulusal hukuk sistemleri veya ulusal mahkeme kararlarıyla uluslararası hukukun çatışma içerisinde olup olmadığı hususuyla bağlı olması düşünülemez. Diğer bir deyişle, ulusal hukuk düzenlemeleri ve yargı kararları, uluslararası mahkemelerin kararlarında bağlayıcı bir etkiye sahip olamaz. Aynı şekilde, bir devlet uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeme gerekçesi olarak, kendi anayasal hükümleri dahil iç hukuk düzenlemelerine dayanamaz.[401] Bununla birlikte, uluslararası hukuk düzenlemelerinin yaygın biçimde uygulama sahası bulacağı hukuk alanı ise, hiç tartışmasız iç hukuk veya ulusal hukuktur.

Başka bir deyişle, ulusal yetkili organlar veya ulusal mahkemeler, yaygın biçimde uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasından sorumludurlar. Bu nedenle, uluslararası hukuk perspektifinden en önemli nokta, ulusal hukukun uluslararası hukuk ile olan ilişkisidir.[402]

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişki temel olarak iki büyük alanda tartışma konusu oluşturmaktadır: Bunlardan birincisi, teorik nitelikli olup uluslararası hukuk ile ulusal hukukun evrensel bir hukuk düzeninin parçalarını veya iki farklı hukuk sistemini oluşturup oluşturmadığı ile ilgilidir. İkincisi ise, tamamen uygulamaya yönelik olup uluslararası hukuk ile ulusal hukuk düzenlemeleri çatıştığında ortaya çıkmaktadır. Bu durumda iki şekilde; ya uluslararası yargı kuruluşu ya da ulusal yargı organı önüne getirilen uyuşmazlıklarla ilgili olabilmektedir.[403] Bu Bölümün amacı hem teorik hem de pratik açıdan uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkilerin incelenmesidir.

II. TEORİDE ULUSLARARASI HUKUK-ULUSAL HUKUK İLİŞKİSİ

Bu başlık altında öncelikle uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışan temel teorilere değinilecek, daha sonra ise, teorik yaklaşımların uluslararası alandaki ve Türk hukuk sistemindeki yansımaları değerlendirilecektir.

A. Konu ile ilgili Teorik Yaklaşımlar

Ulusal hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi teorik açıdan açıklamaya çalışan iki temel görüş vardır: Tekçi (*Monist*) Görüş ve İkici (*Dualist*) Görüş.

1. Tekçi (*Monist*) Görüş

Monist görüşe göre, ulusal hukuk ve uluslararası hukuk birlikte, tek bir evrensel hukuk sistemini oluştururlar. Uluslararası hukuk kaçınılmaz biçimde her devletin ulusal hukuk sisteminin içerisinde yer almaktadır. Bu görüşe göre, prensip olarak hiçbir ulus, uluslararası hukukun varlığını reddedemez. Sadece, bazı uluslararası hukuk düzenlemeleri konusunda çekinceleri olabilir.

Günümüz uluslararası sistemi içerisinde, devlet yönetiminde bulunan kadrolar, uluslararası hukukun varlığını kabul etmektedirler. Uluslararası hukuk, ulusal sınırlarla da kısıtlanamaz. Bu noktadan bakıldığında, uluslararası hukuk her iç hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.[404]

Uluslararası Adalet Divanı'nın uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiye bakış açısı hiçbir endişeye mahal vermeyecek derecede açıktır. Divana göre, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasında herhangi bir çatışma bulunması durumunda, ulusal hukukun hiçbir şekilde uluslararası hukuka önceliği olamaz. Divan, uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi olarak adlandırılabilecek bu görüşünü, Amerika Birleşik Devletleri'nin ulusal terörle mücadele kanunu kapsamında Filistin Kurtuluş Örgütü'nün Birleşmiş Milletler Misyonunu kapatma girişimi nedeniyle 1988 tarihli danışma görüşünde[405] teyit etmiştir.[406] Divan; söz konusu işbu düzenlemenin Amerika Birleşik Devletleri'nin tarafı bulunduğu uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülükleri ile ve uluslararası hukukun ulusal hukuklara olan önceliği ilkesi ile çeliştiğini, adı geçen ilkenin 1872 tarihli Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler arasındaki *Alabama Davası*'[407]ndan bu yana onaylandığını belirtmiş ve yine Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın da işaret ettiği üzere, andlaşmaya taraf devletlerin ilişkilerinde iç hukuk düzenlemelerinin andlaşma düzenlemelerinin önüne geçemeyeceği prensibini gerekçe göstererek böyle bir kapatma girişiminin uluslararası hukuka aykırılığı olduğu yönünde karar vermiştir.[408]

Tekçi görüşün savunucularının en önemlilerinden birisi, 20. yüzyıl pozitivist hukukçusu *Hans Kelsen*'dir. *Kelsen*'e göre, ulusal hukuk ve uluslararası hukuk aynı hukuk sistemini oluşturmaktadır. İlk dönemlerde sistemin temelini oluşturan kurallar, uluslararası hukuk olarak bilinmektedir. Aynı kurallar, ulusal hukuk sistemlerinin de itici gücü olmuşlardır. Zira devletlerin de kendi adına hareket eden kişiler aracılığıyla aynen bireyler gibi hareket etmeleri beklenmektedir. Ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinin bir bütünün parçaları olmaları nedeniyle, uluslararası hukukun ulusal hukuka göre öncelikli olmasına da gerek yoktur.[409]

Ulusal hukuk düzenlemelerinde uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi ifade eden en temel düzenlemeler devletlerin kuruluş belgesi niteliğinde olan anayasalarda yerini almaktadır. Günümüz uygulamaları dikkatle incelendiğinde *monist* görüşe yer veren örnekler arasında Hollanda,[410] Almanya,[411] İrlanda[412] ve Kosova[413]

anayasaları belirtilebilir.[414]

2. İkici (*Dualist*) Görüş

İkici (*Dualist*) görüş, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerinin iki farklı sistem olduğunu belirterek tekçi görüşün uluslararası hukuk anlayışını reddetmektedir. Bu görüşe göre, ulusal hukuk ve uluslararası hukuk farklı hukuk düzenleridir. Ulusal hukuk ve uluslararası hukuk bir bütünün parçaları değildir. Her ulus veya devlet, uluslararası hukukun öngördüğü düzenlemeleri kabul etmek veya etmemek konusunda egemenlik yetkisine sahiptir.[415]

İkici yaklaşım; devletlerin egemenliği ilkesi çerçevesinde, herhangi bir uluslararası hukuk düzenlemesi ile bağlı olunabilmesi için devletlerin rızalarının varlığını şart koşar. 1648 Westphalia Barış Andlaşması çerçevesinde oluşan devlet anlayışı, egemenlik ilkesini öne almakta ve devletin rızası olmaksızın uluslararası düzenlemelerle bağlılığının olamayacağını zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde devletlerin egemenliğinden nasıl söz edilebilir? Uluslararası hukuk, bir devletin ülkesinde ancak devletin uluslararası hukuk düzenlemelerini kendi iç hukuk sisteminin bir parçası haline dönüştürdüğünde o devlet açısından iç hukukta etkili olur. Ulusal mahkemeler, uluslararası hukuk kuralları ile çelişse dahi kendi iç hukuk düzenlemelerini uygulamakla yükümlüdür.[416] İkici görüşün en yaygın uygulama alanı bulduğu ülkelere örnekler Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve birçok İngiliz Devletler Topluluğu (*Commonwealth States*) üyesi devletler gösterilebilir.[417]

B. Teorik Yaklaşımların Uluslararası Uygulamaya Yansıması

Günümüz devlet uygulamaları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, yukarıda ana hatlarıyla belirtildiği üzere devletlerin bir kısmının tekçi görüşe diğerlerinin ikici görüşe ağırlık verdiğine tanıklık edilmesine rağmen, temel uygulamanın tekçi ve ikici görüşün karmasından meydana geldiği görülmektedir. Karma yaklaşım çerçevesinde belli konuların açık bir biçimde uluslararası hukuka uygun düzenlenmesi gereğine vurgu yapılmaktadır.[418] Bu bağlamda şu örneklere değinilebilir:

Fransız Anayasası 55. madde düzenlemesinde, usulüne uygun olarak yürürlüğe giren veya onaylanan andlaşmaların, yayımlanmış olması kaydıyla,

kanunlara öncelikli olduğuna yer verilmiştir. Buna göre, Fransız ulusal hukuk sistemi içerisinde andlaşmalar hiyerarşik olarak bir önceliğe sahiptir. Ancak şurası da göz ardı edilmemelidir ki, söz konusu uygulama sadece andlaşmalar için geçerli olup uluslararası örf-adet hukuku kurallarını kapsamamaktadır. [419]

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası madde VI (2) hükmünde, aksine bir devletin (federe) hukuku veya anayasasında hüküm bulunsa dahi Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında, usulüne göre yürürlüğe koyulan Birleşik Devletler Hukukunun ve taraf olunmuş veya Birleşik Devletler yetkisine göre taraf olunacak olan andlaşmaların ülkenin üstün hukuku (*supreme law of the land*) ve her devlette (federe) hakimlerin bu düzenlemelerle bağlı olduğu açıkça belirtilmiştir.[420] Uluslararası hukukun en önemli kaynaklarından olan örf-adet hukuku kuralları ile ilgili Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında da herhangi bir açık düzenlemeye rastlanılmamaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nin *düalist* bir yapıyı benimsemesini göstermesi bakımından son yıllarda büyük tartışma konusu olan Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesince (*the Supreme Court of the United States*) karara bağlanan *Medellin v. Texas Davası*[421]'na kısaca değinmekte fayda vardır. *José Ernesto Medellin* Meksika vatandaşıdır ve bir grup çete üyesi arkadaşlarıyla birlikte Teksas'ta 1993 yılının 24 Haziran'ında iki kıza tecavüz edip öldürme fiilinden dolayı 1997'de ölüm cezasına çarptırılmıştır. 2003 yılında Meksika, Amerika Birleşik Devletleri'nin 24 Nisan 1963 tarihli Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin 5. ve 36. maddelerine göre, vatandaşları hakkında Meksika Konsolosluğu'na herhangi bir bilgi verilmediğini, işbu Sözleşmeden doğan hakların vatandaşları tarafından kullanılamadığını, dolayısıyla uluslararası hukuk kurallarının ihlal edildiğini ve Amerika Birleşik Devletleri'nin uluslararası sorumluluğunun bulunduğunu iddia ederek Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmuştur. 2004 yılında Divan, Amerika Birleşik Devletleri'nin Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerinin varlığına ve Amerikan yargısınca verilen kararların bu açıdan yeniden gözden geçirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. [422] Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında, devletin en üst düzey mahkemesi olan Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (*the Supreme Court of the United States*), eyaletlerin hukuki düzenlemelerinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı konusunda karar verme yetkisine sahip olup bu konuda verdiği kararlar eyaletleri ve mahkemeleri bağlayıcı niteliktedir.[423] Amerika Birleşik Devletleri'nde andlaşmaların doğrudan

doğruya uygulanabilir (*self-executing*) olup olmadığına ilişkin uygulama ve anayasal düzenlemeler oldukça karmaşıktır. Söz konusu durum ile Yüksek Mahkemenin *Medellin v. Texas Davası'*nda karşılaşılmış olup, Mahkemenin çoğunluğu Mart 2008 tarihli kararında, Uluslararası Adalet Divanı kararlarının Amerika Birleşik Devletleri'nde doğrudan doğruya uygulanacak nitelikte bir yükümlülük doğurmadığına karar vermiştir. Bu yaklaşım da açıkça şunu göstermektedir ki, Amerika Birleşik Devletleri, Uluslararası Adalet Divanı kararlarıyla sabit dahi olsa, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini uygulamak bakımından konu ile ilgili bir iç hukuk düzenlemesinin varlığını aramakta ve bu konuda hiçbir taviz vermemektedir. Söz konusu durum, en temel, asgari insan haklarının uygulanması bakımından da herhangi bir farklılık göstermemektedir.[424]

C. Teorik Yaklaşımlar Açısından Türk Hukuk Sisteminin Değerlendirmesi

Türk ulusal hukuk sistemi ile uluslararası hukuk sistemi arasındaki ilişkileri tespit edebilmek için, diğer devlet uygulamalarında olduğu gibi, iç hukuk sistemlerinin en üst düzenlemesi niteliğindeki anayasal normlara, Türkiye örneğinde 1982 Anayasası hükümlerine bakmak gerekir. 1982 Anayasa düzenlemeleri, uluslararası hukukun Türk hukuk sisteminin bir parçası olduğu yönünde genel bir ilke barındırmamakla birlikte, değişik maddelerinde uluslararası hukuka atıfta bulunmaktadır. Mevcut anayasal çerçevede, uluslararası hukuk düzenlemelerinin gündeme geldiği hükümler, Anayasanın 15, 16, 42, 90 ve 92. maddeleridir.

Aşağıdaki bölümlerde detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte, Türk hukuk sistemi ve uluslararası hukuk sistemi arasındaki ilişkiyi göstermesi bakımından kısaca adı geçen düzenlemelere ve elbette ilk olarak Anayasanın 90. maddesine değinmekte fayda vardır. 1982 Anayasası'nın "*Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma*" başlıklı 90. madde düzenlemesi; "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*" hükmüne yer vermektedir. Günümüz uluslararası hukuk kaynaklarının en önemli grubunu oluşturan andlaşmalar, Türk hukuk sisteminde kanunlarla eşit seviyede kabul edilmiştir. Ancak, andlaşmaların Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulamamaları sebebiyle bu yönüyle kanunların üstünde bir konuma sahip olduğu da bir gerçekliktir.

7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 Sayılı Yasa ile 1982 Anayasası'nın 90. madde son fıkrasına eklenen; "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" hükmü, iç hukuktaki kanunlarla andlaşma hükümleri arasında bir çatışma olması durumunda. andlaşma düzenlemelerinin Türk uygulayıcıları tarafından esas alınması gerektiğini açıkça düzenlemekte, bir anlamda uluslararası hukuk kurallarına öncelik tanımaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay başta olmak üzere Türk hukuk uygulayıcıları, 2004 tarihli değişiklik kapsamında, iç hukuk ile çatışma olması durumunda, uluslararası andlaşmalara öncelik verir şekilde içtihatlarını tesis etmektedir.[425] Ancak, burada bir noktaya dikkat çekmek gerekir ki o da, Yargıtay uygulamasına konu olan bir olayda[426] verilen kararın, ne yazık ki Türk uygulayıcıları tarafından uluslararası hukuk-ulusal hukuk ilişkileri bakımından *düalist* ve *monist* görüşün ne anlama geldiğinin dahi tam olarak anlaşılamadığını ortaya koymasıdır. Uluslararası andlaşmaların lehe/aleyhe olma durumunda uygulanıp uygulanmaması hakkında Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 4 Aralık 2013 tarih, E. 2013/26567 ve K. 2013/7378 no.lu kararında şu hükümlere yer vermiştir: "*7.5.2004 tarih ve 5170 Sayılı Yasayla Anayasa'nın 90. maddesine yapılan ekleme ile; temel hak ve hürriyetlere dair uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşmaların esas alınacağını öngörmüştür. Böylece, bu düzenlemeye kadar uluslararası sözleşmeyle getirilen hükümlerin ulusal mahkemelerce uygulanabilmesi için ayrıca TBMM tarafından kanunlaştırılması gerekirken, düzenlemeden sonra bu ikici (düalist) sistem terk edilerek, sözleşmenin doğrudan uygulanabilmesine imkân sağlayan tekli (monist) sistem getirilmiştir. ...*

Bu düzenlemelerden sonra, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince usulüne göre onaylanmış AİHS ve Eki protokollerin hükümlerinin kanunla çatışması halinde artık sözleşme ve ek protokollerin esas alınacağı netleşmiştir. ..."[427]

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi açıklama gayesi olan düalist ve monist görüş çerçevesinden değerlendirmesi yapıldığında, Yargıtay'ın yukarıda aktarılan görüşüne katılmak mümkün değildir. Ayrıca, Yargıtay'ın kendi hükmü içerisinde de açık bir çelişkinin olduğu ortadadır.

Şöyle ki, "*Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince usulüne göre onaylanmış AİHS ve Eki protokollerin hükümlerinin kanunla çatışması halinde artık sözleşme ve ek protokollerin esas alınacağı netleşmiştir.*" şeklindeki hüküm, bir anlamda düalist görüşün kabul edildiğini ifade ederken, Yargıtay'ın sadece TBMM tarafından kanunlaştırma yapılmasına ihtiyaç duyulmaması temelinde düalist görüşün terk edilerek monist görüşün kabul edildiğini ifade etmesi doğru değildir. Uluslararası hukuk açısından önemli olan uluslararası hukuk işlemidir ve buna göre, bir Devletin andlaşmaya taraf olması için gerekli olan imza ve/veya onay işlemlerinin tamamlanması ve uluslararası toplumun işbu durumdan haberdar (örneğin, onay belgesinin BM veya depoziter Devlete gönderilmesi gibi) edilmesidir. Yoksa, ulusal düzeyde andlaşmanın Meclis tarafından kanunlaştırılması işlemi tamamen bir iç hukuk işlemidir ve uluslararası hukuk işlemi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Elbette, bir Devletin uluslararası bir andlaşmaya taraf olup da kendi ulusal organları tarafından uygulanmasının gereği olarak kanunlaştırma yapılması şartı, ulusal organları bağlayıcı bir işlemdir. Devletin gerekli iç hukuk işlemlerini yapmaması sebebiyle tarafı olduğu bir uluslararası andlaşmanın hükümlerini yerine getirmemesi, uluslararası hukukun ihlali olacaktır. Hiç şüphesiz böylesi bir durum, Devletin sorumluluğunu doğuracaktır.[428] Ayrıca unutulmamalıdır ki, 2004 tarihli değişiklikle kabul edilen, andlaşmanın kapsamı, temel hak ve özgürlükler alanıyla sınırlıdır ve Anayasanın mevcut düzenlemesi çerçevesinde genişletilmesi mümkün değildir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili dahi olsa, söz konusu andlaşmanın Türk hakimlerini ve uygulayıcılarını bağlayabilmesi için, Anayasanın öngördüğü usuller çerçevesinde Türkiye'nin andlaşmaya taraf olması gerekir. Andlaşmaya taraf olunması, devletin rızasının aranması şartını dikkate alması sebebiyle düalist yaklaşımın benimsendiğini göstermek bakımından önemlidir.

1982 Anayasası "*Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması*" başlıklı 15. madde 1. fıkra düzenlemesinde şu hükme yer vermektedir. "*Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde* ***milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler*** *ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*" Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını gerektiren Anayasada sözü edilen durumlardan herhangi birisi gerçekleştiğinde, Türk hakimleri ve diğer organların uygulamakla yükümlü

olduğu kıstas, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerdir. Dolayısıyla, bütün kurum ve kuruluşlar bu anlamda uluslararası hukuk kurallarını doğrudan doğruya uygulama yetkisine sahip bulunmaktadır. Buradaki düzenlemede dikkat çeken bir husus da Anayasanın 90. madde son cümlesindeki düzenlemelerden farklı olarak, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ifadesinin, Türkiye'nin taraf olduğu andlaşmalarla veya uluslararası hukukun kaynaklarından birisi olarak andlaşmalarla sınırlandırılması düşünülemez. Milletlerarası hukuk veya uluslararası hukuk, uluslararası toplumun gelişimine paralel biçimde gelişen bir sistemdir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk kurallarından doğan yükümlülükler ifadesi yorumlanırken, uluslararası hukukun bütün kaynakları dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle, her şeyden önce, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. madde 1. fıkra düzenlemesi anlamında andlaşmalar, uluslararası örf-adet kuralları, hukukun genel ilkeleri, ikincil derecede olmak kaydıyla, yargı kararları ve doktrin bu kapsamdadır. Ayrıca, uluslararası hukukun gelişimi doğrultusunda karşılaşılan ve yine potansiyel olarak uluslararası hukuk kaynakları içerisinde değerlendirilebilecek, bir takım uluslararası hukuk metin veya düzenlemelerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu kapsamda, örneğin Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararları (özellikle Bildirgeler) ve *soft law* metinleri olarak bilinen uluslararası hukuk düzenlemeleri burada zikredilebilir.

"*Yabancıların durumu*" başlıklı 16. maddesinde 1982 Anayasası "*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, **milletlerarası hukuka uygun olarak** kanunla sınırlanabilir,*" hükmüyle Türk uygulayıcılarına uluslararası hukuk kurallarını doğrudan uygulayabilme konusunda açık bir yetki daha vermektedir. Buradaki milletlerarası hukuk kavramının kapsamı yukarıda belirtilen açıklamalarla eşdeğerdir.

Anayasanın "*Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi*" başlıklı 42. madde son fıkra düzenlemesi şu şekilde olup çok sınırlı da olsa uluslararası hukuka bir atıfta bulunmaktadır. "*Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. **Milletlerarası andlaşma** hükümleri saklıdır.*" Anayasa hükmünden de kolaylıkla anlaşılacağı üzere, eğitim ve öğretim hakkı kapsamında Türkçeden başka bir dilin kullanılması konusunda kanunla getirilecek düzenlemeler dışında, Türk uygulayıcıları bağlayan Türkiye'nin

taraf olduğu uluslararası andlaşmalar vardır. Anayasa metnindeki milletlerarası andlaşma terimi yalnızca Türkiye'nin tarafı olduğu andlaşmalar bakımındandır. Yoksa genel anlamda uluslararası hukukun kaynakları bağlamında konu ile ilgili bütün uluslararası andlaşmaların dikkate alınması söz konusu değildir. Türk uygulamasına bakıldığında Lozan Andlaşması'nın azınlıklara ilişkin düzenlemeleri kapsamında, azınlıkların kendi dillerinde eğitim ve öğrenim görme hak ve ödevleri bu durumun en çarpıcı örneğini teşkil etmektedir.

1982 Anayasası 92. maddesi, "*Savaş hali ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme*" başlığı altında şu hükümlere yer vermektedir: "***Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde*** *savaş hali ilanına ve Türkiye'nin taraf olduğu* ***milletlerarası andlaşmaların*** *veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisinindir*." Türkiye Büyük Millet Meclisi, savaş hali ilanı ve yabancı ülkelere Türk askeri gönderilmesi veya yabancı askerlerin Türkiye'ye kabul edilmesi konularında yetkisini kullanırken uluslararası hukuk kurallarını dikkate almak zorundadır. Diğer bir ifadeyle, Meclisin adı geçen yetkiyi kullanmasının sınırı uluslararası hukuk düzenlemeleri, özellikle de uluslararası hukukta kuvvet kullanımına ilişkin hukuk kurallarıdır. Bu açıdan bakıldığında, uluslararası hukuk kurallarının ulusal hukuk düzenlemelerinin üzerinde yer aldığını söylemek yerinde olacaktır. Anayasanın 92. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yabancı ülkelere Türk askeri gönderilmesi veya yabancı askerlerin Türkiye'de bulunmasına izin verilmesi konularındaki yetkisinin kendisi tarafından kullanılmasına istisnai bir düzenleme de getirilmiş bulunmaktadır ki o da Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalar çerçevesinde Meclis dışında bu yetkinin başka organlarca kullanılabilmesidir.

Sonuç olarak, 1982 Anayasası düzenlemeleri ışığında Türk ulusal hukuk sistemi ile uluslararası hukuk sistemi arasındaki ilişki bir bütün olarak değerlendirildiğinde, özellikle andlaşmalar hukuku bakımından *düalist*; temel hak ve hürriyetlerin yabancılar bakımından sınırlandırılmasını düzenleyen 16. madde ve savaş, sıkıyönetim ve seferberlik ilanını içeren 15. madde ve Türk askerlerinin yabancı ülkelere, yabancı askerlerin de Türkiye'ye gelmeleri konularındaki 92. madde hükümlerindeki uluslararası hukukun önceliği nedeniyle de *monist* bir yapının esas alındığı görülmektedir. Kısacası ulusal hukuk ve uluslararası hukuk ilişkilerinde Türk uygulaması düalist ağırlıklı

karma görüşü benimsemiştir denilebilir.

III. UYGULAMADA ULUSLARARASI HUKUK-ULUSAL HUKUK İLİŞKİSİ

İlk bölümde de detaylı şekilde görüldüğü üzere, günümüz uluslararası hukuk düzenlemelerinin sadece devletlerarası ilişkilerin düzenlenmesi ile sınırlandırılması mümkün değildir. Uluslararası hukukun kapsamı devletlerarası diplomasi ilişkilerinin ve savaş hukuku düzenlemelerinin çok ötesine geçmiştir. Artık uluslararası örgütler, bireyler, uluslararası alanda hak sahibi olabilmekte, yükümlülük altına girebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası örgütler ve bireyler uluslararası hukuk kişisi olma özelliğini taşımaktadırlar. Küreselleşmenin de katkılarıyla, insanlığın refah ve huzurunun sağlanması, en azından ortak bir standardın oluşturulması bakımından uluslararası hukuk düzenlemeleri sağlıkla, eğitimle, ekonomiyle, ticaretle, iletişimle, ulaşımla v.b. konularla ilgilenmek zorunda kalmıştır. [429]

Uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin, doğrudan doğruya iç hukukta herhangi bir düzenleme yapılmadan ulusal organlarca uygulanması mümkün müdür? Örneğin, Türkiye ile İngiltere arasında yapılan ve iki devlet arasında vize uygulamasını kaldıran bir andlaşmanm akdedilmesi halinde, İstanbul Havalimanı'nda pasaport kontrolünde görevli Türk polisi, söz konusu andlaşma çerçevesinde İngiliz vatandaşlarının Türkiye'ye girmesine izin verebilir mi? Adı geçen andlaşma doğrudan Türkiye'de veya İngiltere'de uygulanabilir mi? Yoksa, andlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için, her iki devletin iç hukuk sistemleri çerçevesinde bir takım işlemlerin yapılması mı gerekir?

Yukarıda belirtilen örnek olay ve sorunun cevabı, her devletin iç hukuk düzenlemelerine göre farklılık gösterebilir. Şöyle ki ulusal organların, devlet görevlilerinin uluslararası hukuk düzenlemelerini doğrudan doğuya uygulayabilmeleri veya iç hukuk çerçevesinde birtakım işlemlerin gerçekleştirilmesinden sonra uygulanabilmesi meselesi, her devletin uluslararası hukuka yaklaşımı, diğer bir ifadeyle uluslararası hukuku algılamasıyla ilgilidir. Hatta, uluslararası hukuk kaynaklarından andlaşmalar ve örf-adet hukuku düzenlemelerinin ulusal hukuktaki etkilerinin nasıl ve ne şekilde olacağı hususu, tamamen devletlerin serbest iradelerine bırakılmıştır.

Ne yazık ki uluslararası hukuk düzenlemelerinin ulusal hukuklarda ne şekilde uygulanacağına veya ne gibi hüküm ve sonuçlar doğuracağına ilişkin evrensel nitelikli tek tip düzenlemeler halen bulunmamaktadır.

Bu düşünceden hareketle, aşağıda öncelikle ulusal hukuk düzenlemelerinin uluslararası hukuktaki yansımaları veya uluslararası yargı kuruluşlarınca uygulanması konusu kısaca görüldükten sonra, uluslararası hukuk kurallarının ulusal mahkemelerce uygulanması hususuna detaylı şekilde değinilecektir. Konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak için, örf-adet hukuku düzenlemeleri ile andlaşmalar ayrı başlıklar halinde Türk uygulaması paralelinde incelenecektir. Ayrıca bu kapsamda diğer devlet uygulamaları da karşılaştırmalı biçimde ele alınacaktır.

A. Uluslararası Yargı Kuruluşları Tarafından Ulusal Hukuk Kurallarının Uygulanması

Uluslararası yargı kuruluşları ve hukuk sistemleri penceresinden ulusal hukuk düzenlemeleri değerlendirildiğinde, uluslararası hukuk kurallarının üstünlüğü tartışmasız bir gerçekliktir. Hakemlik ve mahkeme kararları ile uluslararası hukuk metinleri bu gerçekliği her noktada açıkça ortaya koymaktadır.

Bu kapsamda uluslararası hukuk uygulamalarına bakıldığında ilk önemli örnek olarak *Alabama Hakemlik Kararı*[430] ile karşılaşılmaktadır. Uyuşmazlık konusu olay, Amerika İç Savaşı sürecinde, İngiltere'nin özel sektör için gemi yapması ile ilgilidir. Her ne kadar gemiler yapıldığında ve İngiltere'den ayrıldığında silahsız olmasına rağmen, sonraki aşamalarda gemilerin silahlandırılacağı ve savaşta kullanılacağı açıktır. Nitekim, adı geçen gemiler silahlandırılmış ve Amerikan kuvvetlerine ağır kayıplar verdirilmiştir. Birleşik Devletler, İngiltere'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan savaşta tarafsız devlet olmanın gerektirdiği yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle uğramış olduğu zararların karşılanmasını talep etmiştir. Birleşik Krallık ise, İngiliz hukuk sistemi çerçevesinde gemi yapımını ve gemilerin ülkesinden ayrılmasını engellemenin mümkün olmadığını, dolayısıyla herhangi bir sorumluluğunun doğamayacağını iddia etmiştir. Yapılan inceleme sonucunda hakemlik kararı, Birleşik Krallığın iddiasını reddetmiş ve uluslararası hukukun üstünlüğüne işaret ederek uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin gerekçesi olarak ulusal hukuk düzenlemelerine veya söz konusu uyuşmazlık ile ilgili ulusal düzeyde

herhangi bir yasal düzenlemenin olmamasına dayanılamayacağını açıkça belirtmiştir.[431] Ayrıca, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı *Türk ve Yunan Nüfuslarının Mübadelesi Davası'*ndaki[432] danışma görüşünde, yürürlükteki uluslararası yükümlülükleri ihlal eden bir devletin, yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için ulusal hukuk düzenlemelerinde, gerekli düzenleme ve değişiklikleri yapmak zorunda olduğunu ifade etmiştir.

Uluslararası hukukun üstün ve öncelikli olduğu, dolayısıyla iç hukuk düzenlemelerinin uluslararası yargı kuruluşları önünde geçerli bir savunma olamayacağı yönündeki ana ilkeye, Uluslararası Adalet Divanı da birçok kararında atıfta bulunmuştur. Bu kararlarlardan ilk akla gelenler arasında *Lockerbie Davası*,[433] *LaGrand Davası*[434] sayılabilir.

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi bir yandan madde 27 düzenlemesinde andlaşmadan doğan yükümlülüklerin ifa edilmemesinin gerekçesi olarak iç hukuk düzenlemelerinin ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir. Diğer yandan da 46. madde hükmüyle, bir devletin andlaşma ile bağlı olma rızasının iç hukuk düzenlemelerine aykırı verildiğini iddia edemeyeceğini, -meğer ki aykırılık çok açık ve iç hukukun en temel ilkelerine aykırı olsun- öngörmektedir.

Uluslararası alanda yargı kuruluşları ve hukuk metinlerinin uluslararası hukuk kurallarının üstünlüğünü öngörmesi, başarılı bir uluslararası hukuk sisteminin oluşturulması açısından kaçınılmazdır. Bir an için bile olsa, ulusal hukuk düzenlemelerinin uluslararası hukuk kurallarının üzerinde olduğu kabul edilecek olursa, her bir devletin kendi iç hukuk düzenlemelerine dayanarak, hiçbir yükümlülüğü ifa etmemesi gibi bir gerçeklikle karşılaşılacağı unutulmamalıdır. Böyle bir ortamda da uluslararası hukuk sisteminden bahsedilemezdi.

Elbette, yukarıdaki açıklamalardan da ulusal hukuk kurallarının uluslararası hukuk alanında hiçbir yeri ve önemi yoktur sonucuna da ulaşmamak gerekir. Uluslararası hukukun kaynakları bölümünde de değinildiği üzere, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38 çerçevesinde iç hukuk yargı kararları, uyuşmazlıkların çözümü konusunda hem Divana hem de diğer uluslararası yargı kuruluşlarına kaynak anlamında yardımcı olabilmektedir. Yargı kararlarında, bir uyuşmazlığın çözümü konusunda uluslararası hukukun herhangi bir düzenlemesi olmaması halinde, iç hukuk düzenlemelerine atıfta bulunularak uyuşmazlıkların çözüldüğüne tanıklık edilmektedir. Bu durumun en güzel örneklerinden bir tanesi *Barcelona Traction, Light and Power Co. Davası'*dır.[435] Divan, şirket hukuku ile

ilgili uyuşmazlık konusunda uluslararası hukukun bu alanıyla ilgili ulusal hukuk düzenlemelerinin çok önemli ve kapsamlı bir yerinin olduğuna ve sorunun çözümünde iç hukuk kurallarına başvurulması gerektiğine açıkça vurgu yapmıştır.[436] Ayrıca, örf-adet kurallarının maddi unsuru olan devlet uygulamalarının ispatı açısından da ulusal hukuk düzenlemelerinin önemli bir yer ve role sahip oldukları da unutulmamalıdır.

B. Uluslararası Hukuk Kurallarının Ulusal Yargı Organları Tarafından Uygulanması

Uluslararası hukuk düzenlemelerinin ulusal yargı kuruluşlarınca uygulanması, uluslararası yargı kuruluşlarının ulusal hukuka bakış açılarından çok farklı ve bir o anlamda çok karmaşık bir konudur. Yukarıdaki açıklamalardan da kolaylıkla anlaşılacağı üzere, devletler, ulusal hukuk sistemlerini, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmek ve sorumluluktan kurtulmak bakımından uluslararası hukuk kurallarına uyumlu hale getirmek zorundadırlar. Aksi halde yasama, yürütme ve yargı organlarının uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı, uluslararası sorumlulukları gündeme gelecektir. Ancak, uluslararası alanda devletlerin uygulamalarına bakıldığında, uluslararası hukuk kurallarının, ulusal yargı kuruluşlarınca hep aynı şekilde dikkate alındığından veya uygulandığından söz etmek mümkün değildir. Ulusal mahkemelerin uluslararası hukuk kurallarını uygulayabilmesi her bir devletin uluslararası hukuk ile ulusal hukuk ilişkisini açıklamaya çalışan *düalist* veya *monist* görüşü kabul etmesine göre farklılık gösterebilmektedir. Kaldı ki devletlerin kendi uygulamalarında sadece *monist* veya *düalist* görüşü tam olarak benimsemelerinden ziyade, farklı uluslararası hukuk kaynakları bakımından değişik görüşlere öncelik verdiklerine, başka bir deyişle uluslararası hukukun andlaşma veya örf-adet hukuku kuralı olmasına göre farklı algılamalara yer verdiğine tanıklık edilmektedir.

Yukarıda belirtilen kısa açıklamalar çerçevesinde konunun Türk hukuk uygulamasında örf-adet hukuku ve andlaşmalar hukuku çerçevesinde ayrı başlıklar altında incelenmesi yerinde olacaktır. Ayrıca, bu kapsamda diğer devletlerin uygulamalarına da değinilecektir.

1. Örf-Adet Hukuku ve Türk Hukuku Uygulaması

Uluslararası örf-adet hukuku kurallarının Türk hukukundaki yeri konusunda herhangi bir genel düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, Türk hukukunda Anayasanın 15, 16, 42, 90 ve 92. maddelerinde uluslararası hukuk kurallarına anayasal düzeyde atıf yapılmaktadır. Anayasanın 90 ve 42. madde hükümleri doğrudan doğruya uluslararası andlaşmalarla ilgili olup örf-adet hukuku konusunu içermemektedir. Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili 15. maddesi, yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasıyla ilgili 16. maddesi ile savaş ilanı ve yurt dışından asker kabulü veya yurt dışına Türk askerinin gönderilmesi konularını düzenleyen 92. madde hükmü genel biçimde uluslararası hukuka göndermede bulunmaktadır. Söz konusu alanlardaki yetkilerin kullanılması bakımından kabul edilen temel sınırlama uluslararası hukuk kurallarıdır. Bu kapsamda uluslararası hukukun kaynaklarından olan örf-adet hukuku kurallarının, Türk hukukunun bir parçası olarak kabul edildiği ve hatta ulusal hukuktan üstün ve öncelikli olduğu ileri sürülebilir. Ancak, çok sınırlı yapılan bu atıf dışında Türk hukuk uygulamasında örf-adet hukuku kurallarının yetkili makamlarca dikkate alınacağı hususunda başka herhangi bir anayasal düzenleme bulunmamaktadır.[437] Buna rağmen, Türk hukuk uygulamasında mahkemelerin, yabancı devletleri ilgilendiren davalarda herhangi bir iç hukuk işlemi ile ulusal hukukun bir parçası haline dönüştürülmeyen örf-adet hukuku kurallarını otomatik olarak uygulamayı (*incorporation*) benimsediklerine tanıklık edilmektedir. Ancak, böyle bir uygulamanın Türkiye'nin oluşumuna ve kendisine uygulanmasına ısrarla karşı çıktığı örf-adet kuralları bakımından mümkün olamayacağını belirtmekte fayda vardır.[438]

Türk mahkeme uygulamalarına örnek olması bakımından konu ile ilgili birkaç karara değinmek gerekirse:

Dava konusu ilk olay devletin yargı bağışıklığına ilişkin Türk mahkeme kararı olup, yabancı devletin savaş uçaklarının sebep olduğu haksız fiil ile ilgilidir. Olayda, davacı, kendilerine ait tankerin, İran'dan petrol yüklü şekilde Basra Körfezi'nde seyir halinde iken, Irak'a ait savaş uçaklarının saldırısına maruz kaldığını, bunun neticesi üç denizcinin öldüğünü ve tankerin de zarar gördüğünü ileri sürerek uğranılan maddi ve manevi zararın Irak Arap Cumhuriyeti tarafından ödettirilmesini talep ve dava etmiştir. İlk derece mahkemesi, olayın İran - Irak savaşı esnasında meydana gelmesinden dolayı davalı devletin yargılanamayacağını belirterek davanın reddine karar vermiştir. Somut olayda mesele; Irak devletinin Türk yargı organları önünde

yargılanıp yargılanamayacağıdır. Üst derece mahkemesi Yargıtay, kararında şu ifadelere yer vermiştir:

"*Milletlerarası hukukta yargı bağışıklığı, milletlerarası hukukun öngördüğü ölçüde, bir devletin diğer bir devleti kendi mahkemelerinde yargılayamamasını ifade eder. Yargı bağışıklığının hukuki temeli, bir milletlerarası teamül kuralıdır. Bu suretle, yabancı devletin yargı bağışıklığı, kapsamı ve çerçevesi bir milletlerarası hukuk kuralına dayanan bir dava engelidir*."[439]

Konu ile ilgili diğer örnek de, yine devletlerin yargı bağışıklığı ile ilgili olup dava konusu olay, Türkiye Cumhuriyeti Milli Savunma Bakanlığı'na ait *Meltem* adlı hücumbot ile SSCB'ye ait *Xacah* adlı savaş gemisinin çarpışması sonucu meydana gelen haksız fiil sebebiyle Türk mahkemeleri önünde SSCB aleyhine dava açılmasıdır. Yargıtay, kararında yabancı devletlerin yargı bağışıklığına uluslararası hukukun tarihi gelişimi, uluslararası hukuk kavramları ve pozitif hukuk düzenlemeleri ışığında vurgu yaparak yabancı devlet aleyhinde Türk mahkemeleri huzurunda dava açılamayacağını ifade etmiştir.[440]

Söz konusu yargı kararları diğer ülke örnekleri ile de bu anlamda paralellik arz etmektedir. Şöyle ki *dualist* sistemi benimseyen Birleşik Krallık uygulamasında, örf-adet hukuku kurallarının iç hukukta uygulanması konusunda genel bir düzenleme yoktur. Örf-adet kurallarını, mahkemeler otomatik olarak uygulama yetkisine sahiptirler (*the doctrine of incorporation*). Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, adı geçen örf-adet düzenlemesine aykırı iç hukukta kanuni bir düzenlemenin olmamasıdır.[441]

2. Andlaşmalar ve Türk Hukuku Uygulaması

Andlaşmalar kapsamında ortaya çıkabilecek sorunlarla ilgili uluslararası hukukta iki temel ilke bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, andlaşmalarla Birleşmiş Milletler Şartı arasında bir çatışma olduğunda, Birleşmiş Milletler Şartının öncelikli olarak uygulanmasıdır. Diğer ilke ise, devletlerin iç hukuk düzenlemelerini uluslararası yükümlülüklerin ihlal gerekçesi olarak kullanamamalarıdır.[442] Bu ilkeler çerçevesinde Türk hukukunda andlaşmaların yeri ve uygulanması aşağıdaki çerçevede değerlendirilebilir.

a. Türk Hukukunda Andlaşmaların Sınıflandırılması

Herkes tarafından bilindiği üzere, Türkiye'de 16 Nisan 2017'deki referandum ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin ardından 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı ve Milletvekili Genel Seçimleri neticesinde hem hukuki hem de fiili anlamda Parlamenter Hükümet Sistemine son verilmiş, onun yerine yeni bir hükümet sistemi olarak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiştir.[443] Yeni sistemde Başbakan ve Bakanlar Kurulunun olmaması sebebiyle daha önceki sistemde andlaşmaların yapılmasına ilişkin hükümet ya da Bakanlar Kuruluna ait olan yetkilerin Cumhurbaşkanına verilmesi zorunlu olmuştur.

Andlaşmaların yapılması, yürürlüğü ve yayımlanması konusu 31 Mayıs tarih ve 244 sayılı "Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması Hakkında Kanun" ile düzenlenmişti. Ancak 2 Temmuz 2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nin 181'inci maddesiyle, "Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun'un adı "Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir. 15 Temmuz 2018 tarih ve 9 sayılı "Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ile andlaşmaların yapılması ile ilgili süreçler detaylı biçimde düzenlenmiştir.[444]

Yukarıda ifade edilen yeni düzenlemeler ışığında andlaşmaların yapılmasında karşılaşılan aşamalar; imza, onay ve uygun bulma olarak belirtilebilir. İmza yetkisi, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 1'de "imza yetkisinin verilmesi" başlığı altında şu hükümlere yer vermiştir: "Milletlerarası andlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması, nota teatisine konu teşkil etmesi veya bu andlaşmalara katılma bildirilerinin yapılması için atanacak Türkiye Cumhuriyeti temsilcileri ve bu temsilcilerin yetkileri, Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenir. Bu kararlar, Resmi Gazete'de yayımlanmaz." Şu halde imza yetkisi, Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenen temsilcilere verilebilmektedir.[445]

Herhangi bir andlaşma metninin imzalanmış olması, Türk uygulayıcıları açısından bağlayıcı bir etki doğurmamaktadır. Andlaşmaların Türk hukukunda hüküm ve sonuç doğurabilmeleri için bir takım hukuki işlemlerin yapılması zorunludur. Andlaşmaların bağlayıcı olabilmesi için, Anayasanın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanınca onaylanması şarttır. Ancak Cumhurbaşkanının onayından önce, kural olarak andlaşmaların onaylanması için Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmanın kanunla uygun

bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, aşağıda detayları ile değinileceği üzere bazı andlaşmaların onaylanması için bir kanunla onaylanmasının uygun bulunmasına ihtiyaç yoktur.

Yukarıda kısaca yapılan açıklamalar esas alındığında, Türk hukukunda andlaşmaları iki büyük başlık altında incelemek mümkündür: Onaylanması için Kanunla Uygun Bulunması Gereken Andlaşmalar ve Onaylanması için Kanunla Uygun Bulunması Gerekmeyen Andlaşmalar.

aa. Onaylanması için Kanunla Uygun Bulunması Gereken Andlaşmalar

Andlaşmaların bağlayıcılık kazanabilmesi için, 1982 Anayasasının kabul ettiği temel ilke, Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir kanunla andlaşmanın onaylanmasını uygun bulmasıdır. Türk hukukunda andlaşmalarla ilgili detaylı düzenleme Anayasanın 90. maddesinde "milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlığı altında olup konu ile ilgili şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır*."

Anayasanın 90. madde 1. fıkrasında ifadesini bulan kural çerçevesinde bir andlaşmanın uygun bulma kanunu ile kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanının onayına sunulması ve yayımlanması mümkün hale gelebilmektedir.

"Onaylama ve onaylamanın uygun bulunması" kenar başlıklı 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 5 düzenlemesine göre, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması için TBMM tarafından uygun bulunması gerekli olan uluslararası andlaşmalar, Cumhurbaşkanı tarafından TBMM Başkanlığına gönderilir. Bu kapsamdaki hazırlık çalışmaları Dışişleri Bakanlığı tarafından yürütülür.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda andlaşmaların onaylanmalarının uygun bulunmasına dair kanun teklifleri görüşülür ve andlaşmanın bir bütün olarak kabul veya reddedilmesi için oylama yapılır. Andlaşma metni madde madde değil, bir bütün olarak oylanır. Dolayısıyla, herhangi bir değişiklik önergesinin verilmesi de mümkün değildir. Açık oylama usulüne göre yapılan oylama neticesinde, bir andlaşma ya tamamen kabul edilir ya da tamamen reddedilir.

Uygun bulma kanunu ile onaylanması kabul edilen bir andlaşma, onaylama işleminin gerçekleşmesi için Cumhurbaşkanına sunulmak

zorundadır. Zira, Anayasanın 104. maddesine göre, uluslararası andlaşmaların onaylanması yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. 15 Temmuz 2018 tarih ve 30479 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 9 sayılı "Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"nin 3'üncü maddesinde "milletlerarası andlaşmaların onaylanması, ... Cumhurbaşkanı kararı ile olur" denilmek suretiyle işbu durum açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre "onaylama konusu olan milletlerarası andlaşmanın Türkçe metni ile andlaşmada muteber olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni, onaylamaya ilişkin Cumhurbaşkanı kararına ekli olarak Resmi Gazete'de yayımlanır."[446]

bb. Onaylanması İçin Kanunla Uygun Bulunması Gerekmeyen Andlaşmalar

Anayasanın 90. madde ilk fıkrasında ifadesini bulan, andlaşmaların Türk hukukunda geçerli olabilmeleri için uygun bulma kanununa ihtiyaç duyulması şeklindeki düzenlemenin istisnalarına yine Anayasanın 90. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer verilmiştir. Aşağıda belirtilecek işbu kategoride yer alan andlaşmaların geçerliliği için, herhangi bir uygun bulma kanununa gerek yoktur. Ancak, söz konusu andlaşmaların yürürlüğe girebilmesi, başka bir ifadeyle bağlayıcılık kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmaları ve yayımlanmaları gereklidir.

Onaylanması için kanunla uygun bulunması gerekmeyen andlaşmalar kendi içerisinde farklı gruplara ayrılmakta olup özellikleri ile birlikte kısaca şu şekilde belirtilebilirler:

aa) İlk gruba giren andlaşmaların şartları veya özellikleri Anayasanın 90. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiş olup şu şekildedir:

- Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenlemek;
- Andlaşmanın süre olarak bir yılı aşmaması;
- Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek;
- Kişi hallerine ve Türklerin yabancı devletlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak;
- Türk kanunlarına değişiklik getirmemek.

bb) İkinci gruba giren andlaşmalar ise Anayasanın 90. maddesinin 3. fıkra düzenlemesinde yerini almıştır. Anayasanın 90. madde 4. fıkrasında belirtilen Türk kanunlarına değişiklik getirmemek kaydıyla birlikte, bu kategoride yer alan andlaşmalar şunlardır:

- Daha önce yapılan uluslararası bir andlaşmaya dayanarak yapılan uygulama andlaşmaları;
- Kanunların önceden tanıdığı yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmalar.

15 Temmuz 2018 tarih ve 9 sayılı "Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"nin "onaylama ve onaylamanın uygun bulunması" başlıklı 2. maddesine göre, yukarıda belirtilen iki gruba giren andlaşmalar. Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan doğruya onaylanan andlaşmalar olarak ifade edilmiştir. Onay işlemi Cumhurbaşkanı kararı ile yapılmaktadır ve kararın sonuna andlaşmanın metni eklenmektedir.[447]

Andlaşmaların Türk hukukunda bağlayıcı olabilmesi için, kural olarak yayımlanması gerekir. Bu bağlamda, andlaşmanın onaylanmasının TBMM tarafından kanunla uygun bulunması gerekli bir andlaşma ya da Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan onaylanan bir andlaşma olması arasında herhangi bir farklılık yoktur. Ancak, sadece Anayasanın 90. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen andlaşmaların geçerliği bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisince bir kanunla uygun bulunması zorunluluğu olmamakla birlikte, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmaların, yayımlanmadan yürürlüğe koyulması mümkün değildir. Şu halde Türk hukukunda bir andlaşmanın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için değinilen bu istisna dışında mutlaka yayımlanması gerekmektedir.[448]

cc) Üçüncü grup olarak ifade edebileceğimiz "Bazı Andlaşmaların Yapılması için Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesine Dair Kanun"[449] kapsamındaki andlaşmalar:

Bazı Andlaşmaların Yapılması için Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesine Dair Kanun'un 5. maddesi "İktisadi, ticari, idari ve teknik andlaşmaların yapılmasında Cumhurbaşkanının[450] yetkisi" başlığıyla şu hükme yer vermiştir.

"*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı Devletlerle ve milletlerarası kurullarla veya bunlar adına hareket eden kurumlarla yapılmış olup Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlükte bulunan iki veya çok taraflı andlaşmaların iktisadi, ticari, teknik veya idari hükümlerinin taşıdığı amaçların yerine getirilmesi gayesini güden iki veya çok taraflı andlaşmalar ile Türkiye Cumhuriyetine hibe, kredi veya sair suretlerle yardım sağlayan iki veya çok taraflı andlaşmaları, iki veya çok taraflı teknik veya idari işbirliği*

andlaşmalarını, iki veya çok taraflı borç ertelenmesi veya ticaret andlaşmalarını ve aynı nitelikteki modüsvivendileri 2'nci maddenin 4'üncü fıkrası gereğince onaylamaya veya bunlara katılmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir."

Yukarıdaki düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, Anayasanın 90. maddesi 2. fıkrasında belli şartlar altında uygun bulma kanununa gerek olmadan doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı tarafından onaylanacak andlaşmalar bakımından, bir takım yeni kurallar getirmiş ve bu andlaşmaları Anayasanın 90. madde 3. fıkrasında ifadesini bulan daha önceden yapılmış bir andlaşmaya dayanılarak yapılan andlaşmalar arasına dahil etmiştir. Böylelikle; ekonomik, ticari, teknik veya idari nitelikli andlaşmalar, süresi bir yılı aşsa, maliyeye bir yüklenme getirse, kişisel hallere ve Türklerin yabancı devletlerindeki mülkiyet haklarına dokunsa bile, daha önceden yapılan bir andlaşmanın uygulanmasına yönelik bir andlaşma olmak kaydıyla Cumhurbaşkanının yetkisi içerisindedir. Ayrıca, Kanun, işbu 5. madde düzenlemesiyle ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmalara ek olarak; hibe, kredi veya sair suretlerle yardım andlaşmalarını, teknik ve idari işbirliği andlaşmaları, borç ertelenmesi veya ticaret anlaşmaları ile aynı nitelikteki modüsvivendilerin de Cumhurbaşkanının yetkisinde olduğunu hükme bağlamıştır.

2 Temmuz 2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nin 181. maddesiyle adı "Bazı Andlaşmaların Yapılması için Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" olarak değiştirilen 244 Sayılı Kanunun 6. maddesinde "NATO ile ilgili andlaşmaların yapılmasında Hükümetin yetkisi" başlıklı düzenlemeye son verilmiştir.[451]

b. Andlaşmaların Hiyerarşi Bakımından Türk Hukukundaki Yeri

Andlaşmaların hiyerarşi bakımından Türk hukukundaki yerini ifade eden 1982 Anayasasının 90. madde son fıkra düzenlemesi şu şekildedir:

"*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*"

Yukarıda işaret edilen Anayasal düzenleme ilk cümlesinde uluslararası andlaşmaların Türk hukukunda kanun hükmünde ve hiyerarşik açıdan kanunlara eşit olduğunu açıkça ifade etmiştir. Ancak, ikinci cümlede andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz ifadesine yer verilmesi, andlaşmaların, diğer kanunlardan farklı, hatta onlardan üstün olduğu yönünde iddiaların ileri sürülmesine sebebiyet vermiştir. Türk hukukçuları arasında genel ilke olarak, andlaşmaların kanunlara eşit olduğu şeklinde ağırlıklı bir görüş olmakla birlikte,[452] özellikle günümüzde gelinen nokta itibariyle andlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu söylemek pek yanlış olmasa gerek. Bu görüşün desteklenmesi açısından şu noktalara dikkat çekilmesinde fayda vardır:

Birincisi, andlaşmalar aleyhine Anayasaya aykırılıkları temelinde Anayasa Mahkemesine başvurulamaması, usulüne göre yürürlüğe konulan andlaşma hükümlerinin, diğer iç hukuk kanunlarından bu yönüyle ayrıcalıklı olduğunu göstermektedir. Her ne kadar, andlaşmalar kanunlara eşittir denilirse de bu açıdan bir farklılık ve üstünlük söz konusudur. Elbette, bu demek değildir ki yasama organı, usulüne göre yürürlüğe konulan andlaşmalar aleyhine daha sonra yeni bir kanun çıkaramaz. Uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluk ve sonuçları kabul ederek her zaman egemen devlet andlaşma aleyhine ulusal düzeyde yeni kanunlar çıkarabilir. Ancak, bu düzenlemenin de bir istisnası vardır, o da şimdi ikinci nokta olarak açıklanacaktır.

İkincisi, Mayıs 2004'te yapılan değişiklikle Anayasa madde 90'a son cümle olarak yeni bir hüküm eklenmiştir. O da, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümlerinin esas alınmasıdır. Açıkça Anayasada da belirtildiği üzere, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşma hükümleri, ulusal hukuktaki kanun hükümlerinden önceliklidir. Bu konuda, daha sonra yeni bir kanun çıkarılsa dahi, Türk uygulayıcıları, Anayasa madde 90 son fıkra düzenlemesi çerçevesinde uluslararası andlaşmalara öncelik tanımak zorundadırlar. Böylesine bir düzenlemenin Anayasada yer alması, Türk hukukunun en azından temel hak ve özgürlükler temelinde uluslararası hukuk düzenlemeleri ile uyum içerisinde olmasını sağlaması bakımından olumlu karşılanmalıdır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile uyumlu bir uygulamanın Türk hakimleri ve diğer uygulayıcıları tarafından gerçekleştirilmesinin yolu da açılmış olmaktadır. Bu sayededir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

nezdinde Türkiye aleyhine verilen kararların da azaltılması mümkün olacaktır.

Üçüncüsü, Anayasanın 90. maddesi dışında uluslararası hukuka ve andlaşmalara atıf yapılan 15, 16, 42 ve 92. maddeleri kapsamında Türkiye'nin taraf olduğu veya olacağı andlaşmalar bakımından da, Türk iç hukukunda mevcut kanunlara göre bir önceliğin veya hiyerarşik üstünlüğün olması kaçınılmazdır.

Yukarıda izah edilen noktalar ışığında, uluslararası andlaşmaların Türk iç hukukunda giderek artan bir yer ve öneme sahip olduğu ve ulusal kanunlara üstünlük taşıdığını söylemek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

c. Türk Mahkeme Kararlan

Türk yüksek yargı kuruluşlarından Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi uygulamalarına bakıldığında, adı geçen yargı kuruluşlarının zaman zaman iç hukuk kuralları yanında başta andlaşmalar olmak üzere, örf-adet kurallarına ve diğer uluslararası hukuk metinlerine dayanarak kararlar verdiği görülmektedir. Bu anlamda, örf-adet kurallarının Türk mahkemelerince uygulanmasına yukarıda değinildiğinden, burada sadece andlaşmalar anlamında Türk yargı kararlarından bazılarına işaret edilecektir. [453]

Andlaşmalar bağlamında konu ile ilgili Yargıtay kararlarına örnekler olarak; usulüne göre yapılmayan andlaşmaların mahkemelerce uygulanmasına gerek olmadığına,[454] devlet memurlarının Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde taraf olunan sözleşmeler çerçevesinde (87 ve 151 no.lu sözleşmeler) sendika kurma hakkının bulunduğuna[455] ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6 (3) (e) gereğince, Türkçe bilmeyen yabancının tercüme masraflarının devletçe karşılanması gerektiğine,[456] ilişkin kararları belirtilebilir.

Yine aynı doğrultuda olmak üzere, Danıştay tarafından verilen kararlar arasında, Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi'nin 11. maddesinin sendika kurma hakkı veren hükmünün Türk hukukunda doğrudan uygulanacağına, [457] Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi çerçevesinde memurların ideoloji içerikli beyanatlarının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine,[458] Uluslararası Çalışma Örgütünün 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeleri temelinde kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkının olduğuna yönelik[459] hükümler gösterilebilir.

d. Diğer Devlet Uygulamalarına Örnekler

Türk hukuk sisteminde andlaşmaların yerini daha iyi kavrayabilmek bakımından Batılı devlet uygulamalarından özellikle ikisi üzerinde kısaca durmakta fayda vardır. Bunlardan ilk olarak Birleşik Krallık daha sonra da Amerika Birleşik Devletleri uygulamasına değinilecektir.

aa. Andlaşmalar ve Birleşik Krallık Uygulaması

Andlaşmaların Birleşik Krallıkta uygulanabilmesi için genel ilke, andlaşmadan doğan haklar ve yükümlülüklerin mutlaka bir Parlamento işlemiyle ulusal hukuka aktarılması/dönüştürülmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere, andlaşmaların yapılması Kraliyetin/yürütmenin ayrıcalıklı işlemlerindendir. Bu şekilde akdedilen bir andlaşma bireylerin kanundan veya *common law* hukuk sisteminden kaynaklanan haklarının niteliğini ve içeriğini değiştiremez. Dolayısıyla, bir andlaşma ulusal hukukta uygulanacak ise, mutlaka Parlamentonun devreye girerek bir kanunla (*Act of Parliament*) andlaşmayı iç hukuka aktarması gerekmektedir.[450] Parlamento aracılığıyla bir andlaşmanın ulusal hukuka aktarılmasının asıl sebebi, Birleşik Krallığın hukuk sisteminin özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki böyle bir Parlamentodan geçecek kanuna ihtiyaç duyulmasa idi, yürütme, andlaşma yapma yetkisini kullanarak yasama alanına giren konularda düzenlemeler yapabilirdi. Böyle bir durum da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılıktan, yasama yetkisinin gaspından başka bir şey olmazdı.[451]

İngiliz hukukunda andlaşmaların yeri ile ilgili en önemli tartışmalardan bir tanesi, Lordlar Kamarasında (*House of Lords*) *Department of Trade v. Maclaine Watson Davası*'nda (1990) yaşanmıştır. Dava konusu olayda mahkemelerin karşılaşmış olduğu sorun, bir uluslararası örgüt üyesi devletin, örgüte olan sorumluluğu sebebiyle doğrudan doğruya dava edilip edilememesidir. Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*) konuyu uluslararası örf-adet hukukundan kaynaklanan bir sorun olarak değerlendirmiştir. Lordlar Kamarası ise konuyu çok farklı şekilde değerlendirmiş, konunun bir andlaşmadan doğan haklarla ilgili olduğunu ve açıkça belirtildiği üzere Birleşik Krallığın taraf olduğu bir andlaşmanın otomatik biçimde Birleşik Krallık hukukunu değiştiremeyeceğini ifade etmiştir. Andlaşma bir kanunla Birleşik Krallık hukukuna aktarılır ise, ancak o zaman mahkemelerce uygulanma imkanı bulabilir. Bu nedenledir ki 1972

tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu, Roma Andlaşmasını Birleşik Krallık hukuk sistemine taşımıştır.[452]

Bir andlaşmanın İngiliz hukuk sistemine aktarılmasındaki genel yöntem, andlaşma düzenlemelerinin kendisine eklendiği bir kanunun parlamentodan geçirilmesidir. Bu yönüyle bakıldığında Türk hukuk sistemindeki Meclisten uygun bulma kanunun çıkarılması işlemine benzediği söylenebilir. Örneğin, 1964 tarihli Diplomatik Ayrıcalıklar Kanunu (*the Diplomatic Privileges Act 1964*) 1961 tarihli Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nin İngiliz hukuk sistemine aktarılmasını sağlamıştır.

Birleşik Krallık uygulamasında, kanuna eklenen andlaşma metni kanunun ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla, kanunun yorumlanması kaçınılmaz olarak andlaşmanın yorumlanmasını da içermek zorundadır. Buradaki asıl sorun, İngiliz mahkemelerinin bir andlaşmanın metnini yorumlarken uygulayacakları yorum kurallarındadır. Konu ile ilgili en önemli örnek uygulama, *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd. Davası'*dır (1980). Söz konusu davada, Lordlar Kamarası'ndan 1961 tarihli Hava Taşımacılığı Kanunu'nun içeriğini oluşturan 1929 tarihli Varşova Hava Taşımacılığı Sözleşmesi hükümlerini yorumlaması talep edilmiştir. Lordlar Kamarası kararında, İngiliz yorum kuralları ile çatışsa dahi 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde bulunan andlaşmanın yorumlanmasına ilişkin kuralların uygulanacağını açıkça belirtmiştir.[463]

Bir kanun çerçevesinde yetkilendirilmesi halinde İngiliz mahkemelerinin uluslararası hukuk kurallarını uygulaması mümkündür. Bu anlamda, özellikle, uluslararası deniz hukuku anlamında müsadereye ilişkin uluslararası hukuk düzenlemeleri, 1991 tarihli Savaş Suçları Kanunu temelinde İkinci Dünya Savaşı esnasında işlenilen savaş kanunları ve örf-adet kurallarına aykırılık teşkil eden eylemler, *Pinochet Davası*'nda tanıklık edildiği üzere İşkencenin Önlenmesi ve Sorumlularının Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamında işkenceye ilişkin uluslararası hukuk kuralları, uluslararası usul ve delil kuralları önemli örnekler olarak belirtilebilir.[464]

İngiliz hukuk sisteminin temel özelliklerinden bir tanesi de, İngiliz mahkemelerinin belli bazı fiili veya hukuki sorunlarla ilgili hükümetin veya diğer bir ifadeyle yürütmenin bilgisine başvurmasıdır. Yürütmenin yetkisinin diğer organlara göre öncelikli olduğu uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk alanlarında mahkeme konu ile ilgili hükümetin görüşü doğrultusunda karar vermek zorundadır. İngilizcede *executive certificate* olarak adlandırılan ve Türkçeye "uygulama belgesi" şeklinde çevrilebilecek açıklama nihai

niteliktedir ve olayla veya uluslararası hukuk sorunuyla ilgili olduğu anlamda ulusal mahkemeleri bağlayıcıdır. Örneğin, belli bir oluşumun, Birleşik Krallık hukuku çerçevesinde bir "devlet" teşkil edip etmediği hususunun 1978 tarihli Devlet Bağışıklığı Kanunu (*the State Immunity Act*) Bölüm 21'e göre kesin şekilde bir *executive certificate* ile kararlaştırılması gereklidir. Bu anlamda ulusal mahkemenin konuyla ilgili bir devletin unsurlarına ilişkin uluslararası hukuk kurallarını uygulaması mümkün değildir. Bu gibi özel durumlarda, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişki nihai nitelikte olan *executive certificate* ile açıklığa kavuşturulmaktadır.[465]

Sonuç olarak, ne yazık ki Birleşik Krallık mahkemelerinin uluslararası hukuku bir hukuk sistemi olarak kabul etmeye pek hazır olmadıkları söylenebilir.[466]

bb. Andlaşmalar ve Amerika Birleşik Devletleri Uygulaması

Yukarıda da değinildiği üzere, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası madde VI (2) hükmü ile, aksine bir devletin (federe) hukuku veya anayasasında hüküm bulunsa dahi, Amerikan Anayasasının usulüne göre yürürlüğe koyulan Federal Hukukun ve taraf olunmuş veya Birleşik Devletler yetkisine göre taraf olunacak olan andlaşmaların ülkenin üstün hukuku olduğu (*supreme law of the land*) ve her devlette (federe) hakimlerin bu düzenlemelerle bağlı bulunduğu açıkça belirtilmiştir.[467]

Birleşik Devletler Anayasası, Başkanın andlaşma yapma yetkisini açıkça düzenlemiştir. Anayasanın madde 2 bölüm 2 kayıt (*clause*) 2 hükmü; "Hazır bulunan senatörlerin üçte iki çoğunluğu sağlanmak kaydıyla Senatonun rızası ve tavsiyesi ile Başkan yetkiye sahip olur" şeklindedir. Başkanın Anayasadan kaynaklanan andlaşma yapma yetkisi ile başkanın uygulama andlaşması (*executive agreement*) yapma yetkisi arasında çok önemli farklılıklar bulunmaktadır. Uygulama andlaşmaları genellikle, herhangi bir Kongre iştiraki veya rıza ve tavsiye olmaksızın, Başkan tarafından tek başına yapılmaktadır. Başkanların Senatonun herhangi bir rıza veya tavsiyesi olmaksızın giderek artan şekilde uygulama andlaşmaları yapmaları, bir anlamda Senatonun andlaşma yapımında üstlenmiş olduğu rolün, Başkan tarafından gasp edilmesi şeklinde de farklı değerlendirmelere sebep olmuştur. Senatonun bu yöndeki endişeleri çerçevesinde, Başkanların yapmış oldukları bu tür andlaşmalar hakkında yazılı bilgi vermesi şeklinde bir uygulama benimsenmiştir.[468]

Başkanların uygulama andlaşmaları akdetme yetkileri ve bu yetkinin kapsamı, zaman zaman yüksek yargı önüne taşınmıştır. Konu ile ilgili en önemli örneklerden birisi olarak Kuzey Amerika Serbest Ticaret Andlaşması (*North American Free Trade Agreement: NAFTA*) gösterilebilir. Birleşik Devletler işçi sendikaları NAFTA'nın Anayasaya uygunluğunu dava konusu yapmışlardır. Bilindiği gibi, NAFTA Andlaşması, Senatonun rızası alınmadan Birleşik Devletler adına Kanada ve Meksika ile Başkan tarafından yapılmıştır. İşçi sendikaları, NAFTA Andlaşmasının anayasal anlamda onaylanabilmesi için Senatonun rızasının alınmasına gerek olup olmadığı hususunda yargı yoluna başvurmuşlardır. Federal Temyiz Mahkemesi kararında, konunun hukuki değil, fakat siyasi nitelikte olduğunu hükme bağlamıştır.[469]

Birleşik Devletler uygulamasında andlaşmaların hukuki açıdan hiyerarşik olarak yeri neresidir? Bir andlaşma ile Anayasa veya diğer kanunlar arasında çatışma çıktığında hangisi uygulanacaktır? konularıyla ilgili Birleşik Devletler Anayasası'nda herhangi bir düzenleme yoktur. Anayasanın VI. madde düzenlemesi, andlaşmaların ülkenin üstün hukukunu (*supreme law of the land*) oluşturduğu yönünde bir ifade kullanmakla birlikte, diğer hukuk kuralları ile bir çatışma olması halinde belli bir hiyerarşik yapı da oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, bir ulusal hukuk düzenlemesinin andlaşma hükümleri ile çelişmesi ve hatta onu devre dışı bırakması söz konusudur. Bu da açıkça uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmeme gerekçesinin ulusal hukuk düzenlemeleri olamayacağı şeklindeki uluslararası hukuk ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.[470]

Birleşik Devletler Federal Mahkemesi, istikrarlı biçimde Anayasa ile herhangi bir kanun veya andlaşmanın çatışması halinde Anayasanın öncelikli olduğunu ifade etmiştir. Anayasanın tanımış olduğu bir hakkın, federal bir kanun veya andlaşma yolu ile bertaraf edilmesi mümkün değildir.[471]

Buna mukabil, andlaşmalar ile federal kanunlar Anayasa madde VI çerçevesinde eşit kabul edilmektedir. Andlaşmalar için kullanılan *supreme law of the land* ifadesi, Anayasada federal kanunlar için de kullanılmaktadır. Dolayısıyla birinin diğerine üstün olması düşünülemez. Birleşik Devletler Federal Mahkemesi andlaşma ile federal kanunlar arasında bir çatışma olduğunda zaman açısından sonra olanın öncelikli uygulanacağına karar vermiştir.[472]

Türk hukuk uygulaması ile Birleşik Devletler uygulaması kıyaslandığında, Başkana uygulama andlaşmaları yapma konusunda tanınan yetkinin, daha

önceki sistemde Bakanlar Kurulunun yetkisi kapsamında olan, fakat Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile Cumhurbaşkanına yetki verilen Anayasanın madde 90 (2-3) fıkralarında düzenlenen ekonomik, teknik, ticari ve idari konularda andlaşma yapma yetkisine benzetilmesi mümkündür. Ayrıca, 1982 Anayasasının son cümlesinde ifadesini bulan Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çatışması halinde, andlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanacağına dair bir düzenleme, Birleşik Devletler açısından söz konusu olmamaktadır. Kaldı ki, bir andlaşma ile federal kanunlar arasında bir ihtilaf olduğunda zaman bakımından sonra olanın öncelikli uygulanacağı şeklindeki yaklaşım hiçbir tereddüte mahal bırakmamaktadır. Elbette, andlaşmaya aykırı bir ulusal hukuk düzenlemesinin, uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğu bertaraf etmesi düşünülemez.

IV. SONUÇ

Uluslararası toplum yirminci yüzyılın sonlarına doğru ve içinde bulunulan yüzyılda giderek artan küresel sorunlarla karşı karşıyadır. Çevrenin korunması, iklim değişikliği, uluslararası terörizmle mücadele, savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar, soykırım suçu, uluslararasılaştırılmış silahlı çatışmalar, uluslararası ticaret, çok uluslu şirketler ve uluslararası yatırımlar ilk akla gelen konulardandır. Uluslararası toplumun refahının arttırılması, barış ve güvenliğin uluslararası düzeyde tesis edilmesi, uluslararası hukuk sisteminin uluslararası hukuk kişilerince uygulanması ile mümkün olabilecektir.

Devletlerin uluslararası hukuk ile olan ilişkileri genel olarak değerlendirildiğinde, hala *düalist* bir yapının ağırlıklı biçimde uygulandığı görülmektedir. Klasik biçimde devletlerin egemenliği ilkesinin doğal bir yansıması olan bu anlayışın, günümüz sorunlarını çözmek noktasında yetersiz kaldığı açıktır. Uluslararası hukuk kişilerinin yapması gereken, insanlığın küresel düzeyde tanıklık ettiği ve çözümünün uluslararası toplumun tamamının yararına olduğu alanlarda çerçeve bir andlaşma yapmaları ve bu andlaşmanın gecikmeden bir an önce *monist* bir yaklaşım çerçevesinde uygulanmasını sağlamalarıdır. Daha açık bir ifadeyle, uluslararası anayasa hukukunun oluşturulması kaçınılmazdır. Bu yapılanma içerisinde ulusal hukuk kurumları, uluslararası hukuk düzenlemelerinin en etkin ve yaygın uygulandığı yerler olmalıdır.

Yukarıda belirtilen bir uluslararası anayasanın oluşturulma ihtimalinin zorlukları dikkate alındığında, belki de acil bir çözüm olarak yapılması gereken ulusal düzeyde her bir devletin anayasasının ve yine uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmalarının, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren sorunlarla ilgili kendi yasal düzenlemeleri ile uluslararası hukuk kuralları arasında bir çatışma olduğunda uluslararası hukuk kurallarının öncelikli olarak uygulanacağına ilişkin düzenlemelere yer vermesidir. 1982 Anayasasına 2004 yılındaki değişiklikle eklenen son cümle, temel hak ve özgürlüklerle ilgili Türkiye'nin taraf olduğu andlaşmalarla kendi kanunları arasında bir ihtilaf olması halinde uluslararası andlaşma hükümlerinin uygulanacağına dair hüküm, bu durumun en güzel örneklerindendir. Yine bu doğrultuda Türk hukuk uygulamasında, ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi ve uluslararası hukuk kurallarının iç hukuka doğrudan etkisini göstermesi bakımından güzel bir örnek de, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne taraf olmamasına rağmen Türkiye'nin gerek anayasal gerekse kanun düzeyinde bir takım düzenlemeleri yapmış olmasıdır. Bu anlamda özellikle vatandaşın iadesi ile ilgili anayasal ve yasal düzenleme ile Türk Ceza Kanunu'nda uluslararası suçlara yer verilmesi belirtilebilir. Bu açılardan Türk hukuk düzenlemelerinin uluslararası topluma güzel bir örnek teşkil ettiği söylenebilir.

Tartışma Soruları

1. Devletler, uluslararası hukuk kurallarını ihlal etme veya bir uluslararası yükümlülüğü yerine getirmeme gerekçesi olarak ulusal hukuk düzenlemelerine dayanamaz kuralını tartışınız.
2. Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi, uluslararası ve ulusal düzeyde açıklamaya çalışan teorileri örnekleriyle birlikte açıklayınız.
3. Ulusal mahkemelerin uluslararası hukuk kurallarını uygulamaya yönelik yaklaşımları devletten devlete farklılıklar göstermektedir. Uluslararası hukuk teorileri ve yargı kararları ışığında, örf-adet kuralları ve andlaşmaların değişik devletlerin ulusal yargı kuruluşlarınca nasıl uygulandığını tartışınız.
4. Uluslararası yargı kararlan çerçevesinde, ulusal hukuk düzenlemelerinin uluslararası mahkemeler üzerindeki etkisini tartışınız.
5. Ulusal hukuk sistemi ile uluslararası hukuk sistemi arasındaki ilişki düşünüldüğünde, Türk hukuk sistemini nasıl değerlendirirsiniz? Tartışınız.
6. "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin*

milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklindeki 1982 Anayasası madde 90 son cümle düzenlemesini, Türk hukuk sisteminin uluslararası hukuk ile olan ilişkisi açısından değerlendiriniz.

7. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 4 Aralık 2013 tarih, E. 2013/26567 ve K. 2013/7378 no.lu kararında şu hükümlere yer vermiştir: “*7.5.2004 tarih ve 5170 Sayılı Yasayla Anayasa'nın 90. maddesine yapılan ekleme ile; temel hak ve hürriyetlere dair uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşmaların esas alınacağını öngörmüştür. Böylece, bu düzenlemeye kadar uluslararası sözleşmeyle getirilen hükümlerin ulusal mahkemelerce uygulanabilmesi için ayrıca TBMM tarafından kanunlaştırılması gerekirken, düzenlemeden sonra bu ikici (düalist) sistem terk edilerek, sözleşmenin doğrudan uygulanabilmesine imkân sağlayan tekli (monist) sistem getirilmiştir. Bu düzenlemelerden sonra, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince usulüne göre onaylanmış AİHS ve Eki protokollerin hükümlerinin kanunla çatışması halinde artık sözleşme ve ek protokollerin esas alınacağı netleşmiştir. ...*”

İşbu Yargıtay kararını, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışan görüşler bakımından tartışınız.

8. Türkiye'de 16 Nisan 2017'deki referandum ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin ardından 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı ve Milletvekili Genel Seçimleri neticesinde hem hukuki hem de fiili anlamda Parlamenter Hükümet Sistemine son verilmiş, onun yerine yeni bir hükümet sistemi olarak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin andlaşmalar hukuku açısından Türk hukuku üzerinde ne gibi etkileri olmuştur. Tartışınız.

9. Türk hukukunda andlaşmaların onaylanması ve yayımlanması ne şekilde gerçekleştirilmektedir. Açıklayınız.

10. Alfa, bir uluslararası hukuk kişisi olarak gelecek yıl Beta Devletinden bağımsızlığını kazanacaktır. Alfa Devletinin anayasasının hazırlanması için İstanbul'da bir konferans düzenlenmektedir. Alfa Devletinin anayasasında, uluslararası hukuk ile Alfa Devletinin ilişkisini belirleyecek anayasal düzenlemeleri yapmakla görevlendirilmiş bulunmaktasınız.

Söz konusu durumla ilgili taslak anayasa maddeniz veya maddeleriniz nasıl olabilir? Önerdiğiniz her bir düzenlemenin gerekçelerini ve ihtimal

dahilinde olan diğer düzenlemelerden farklı yönlerini karşılaştırmalı olarak tartışınız.

Beşinci Bölüm
ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLERİ VE TANIMA

I. GİRİŞ

Uluslararası hukuk sisteminin öngördüğü hukuki düzenlemelerin muhatabı kimlerdir? Başka bir ifadeyle, uluslararası hukuk kuralları kimlere uygulanır? Bu soruların cevabı, uluslararası hukukta, uluslararası hukuk kişisi kavramıyla ilgili olup kısaca uluslararası hukuk kuralları uluslararası hukuk kişilerine uygulanır şeklindedir.

Uluslararası hukuk kişisi nedir? Uluslararası hukuk teorisi ve uygulaması dikkate alındığında uluslararası hukuk kişisi kavramının durağan ve tek tip bir kişiliği ifade etmediği kolaylıkla anlaşılabilir. Uluslararası toplum ve uluslararası ilişkiler geliştikçe, küreselleşme ve etkileri arttıkça, uluslararası hukuk kişisi kavramı da gelişmekte ve değişmektedir. Bu düşünceden hareketle, uluslararası hukuk kişisinin temelde iki önemli özelliğinin olduğunu bilmek gerekir. Bunlar:

a) Uluslararası düzeyde hak sahibi olabilme ve yükümlülük altına girebilme;

b) Sahip olduğu hakları, uluslararası düzeyde özellikle uluslararası yargı kuruluşları önünde koruyabilme yeteneğine sahip olma.[473]

1949 tarihli *Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Davası*'nda (*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the UN*) da belirtildiği üzere, en genel anlamda uluslararası hukuk kişisi, uluslararası alanda hak sahibi olabilme, yükümlülük altına girebilme ve haklarını uluslararası düzeyde özellikle uluslararası yargı kuruluşları önünde ileri sürebilme yeteneğine haiz varlık (*entity*) şeklinde tanımlanabilir.[474]

Yukarıdaki tanımlama çerçevesinde uluslararası hukuk kişiliğine sahip varlıklar hangileridir? Her biri aşağıda detaylı biçimde görülecek olmakla birlikte, bu noktada uluslararası hukuk kişilerinin tarihçesine kısaca değinmekte fayda vardır.

1648 Vestfalya Barışıyla birlikte başlayan ve Birinci Dünya Savaşı'na kadar olan süreç içerisinde, uluslararası hukuk kişiliği sıfatı münhasıran devletlere ait idi. O dönemde yazılan en önemli uluslararası hukuk eserlerine bakıldığında bu gerçeklik kolayca görülmektedir. Şöyle ki, Oppenheim çalışmasında şu ifadelere yer vermektedir:

"*uluslararası hukuk devletlerin ortak rızalarına dayandığından, ... sadece ve münhasıran devletler uluslararası hukuk kişileridir.*"[475]

Uluslararası hukuk geliştikçe, uluslararası hukukun uygulama alanı yanında uluslararası hukuk kişileri de sayı olarak artış göstermiştir. Birinci Dünya Savaşı sonrası Milletler Cemiyetinin kurulmasıyla birlikte uluslararası örgütler de yavaş yavaş uluslararası alanda yerlerini almaya başlamışlardır. İkinci Dünya Savaş sonrası Birleşmiş Milletler örgütü kurulmuştur. Birleşmiş Milletler nezdinde uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği Uluslararası Adalet Divanı'nın *Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Davası*'nda vermiş olduğu danışma görüşünde de tescil edilmiştir. Uluslararası hukuk kişiliği kavramının gelişimini de doğrular nitelikte olan danışma görüşünün, uluslararası hukuk kişiliği ile ilgili en çarpıcı bölümü şu şekildedir:

"*Her hukuk sisteminde hukuk kişileri, niteliği veya haklarının kapsamı bakımından birbirinin aynısı olmak zorunda değildir ve hukuk kişilerinin niteliği toplumun ihtiyaçlarına bağlıdır. ... mahkeme Birleşmiş Milletlerin bir hukuk kişisi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu durum, onun devlet olduğu, hukuki kişiliğinin, haklarının ve yükümlülüklerinin devletinkiyle aynı olduğu anlamına gelmez, ki kesinlikle değildir. Birleşmiş Milletler, bir uluslararası hukuk kişisidir ve uluslararası haklara ve yükümlülüklere sahip olma yeteneği vardır ve uluslararası davalar yoluyla kendi haklarını koruma yeteneği bulunmaktadır.*"[476]

Günümüzde, devletler uluslararası hukukun en önemli kişisi olmakla birlikte, yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası örgütler de, önemli uluslararası hukuk kişileri olarak yerlerini almaya başlamışlardır. Hatta, gelinen nokta itibariyle, uluslararası toplumun şekillendirilmesinde başta Birleşmiş Milletler olmak üzere Avrupa Birliği, Afrika Birliği gibi uluslararası örgütler aktif rol almışlardır. Her şeye rağmen, bağımsız uluslararası hukuk kişilikleri olmakla birlikte, uluslararası örgütlerin devletler tarafından kurulduğu ve kişiliklerinin kendilerini kuran kurucu andlaşmayla sınırlı olduğu gerçekliği de unutulmamalıdır. Uluslararası hukukun kişilere tanıdığı yetki sadece devletler tarafından tam olarak kullanılmaktadır.

Uluslararası örgütlerin ise uluslararası hukuk kişilikleri, kuruluş amaçları ile sınırlıdır. Bu gerekçelerle, devletlerin uluslararası hukuk kişiliği tam kişilik (*original personality*), uluslararası örgütlerin kişiliği fonksiyonel/işlevsel kişilik (*functional/derivative personality*) olarak adlandırılmaktadır.[477]

Devletler ve uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişilikleri dışında, uluslararası düzeyde belli oranlarda haklardan yararlanabilen ve yükümlülük altına girebilen iki farklı uluslararası hukuk kişisi daha bulunmaktadır. Bunlar, Filistin Kurtuluş Örgütü (29 Kasım 2012'ye kadar olan yapısıyla) [478] örneğinde olduğu gibi devlet niteliği taşımayan insan toplulukları ile bireylerdir. Özellikle bireyler, İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişen insan hakları hukukunun doğal bir sonucu olarak uluslararası alanda hak sahibi olmuşlardır. Bireylerin uluslararası hukuk kişiliği ile ilgili bir diğer uluslararası hukuk sahası ise, bireylerin uluslararası düzeyde sorumluluklarının tesisi amacına hizmet eden uluslararası ceza hukukudur.

Bu bölümün amacı yukarıda kısaca değinilen uluslararası hukuk kişilerini teori ve uygulama ışığında detaylı şekilde incelemektir.

II. DEVLETLER

Uluslararası hukuk kişileri sadece devletlerden ibaret olmamakla birlikte, günümüzde en önemli uluslararası hukuk kişisi, hiç şüphesiz, devletlerdir. İkinci Dünya Savaşı'na kadar olan süreçte, devletler uluslararası hukukun tek kişisi kabul edilmişlerdir. Uluslararası hukuk, devletlerarası ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı şeklinde tanımlanmıştır. Hatta, hala günümüzde, uluslararası hukukun gelişiminden, uluslararası hukukun dinamik yapısından haberdar olmayan ülkeler ve eğitim sistemleri, uluslararası hukuk için "devletler hukuku", "devletler umumi hukuku" gibi isimler kullanmaya devam etmektedirler. Birinci bölümde de detaylı biçimde görüldüğü üzere, uluslararası toplumun ihtiyaçlarına göre uluslararası hukuk düzenlemeleri ve uluslararası hukuk kişileri şekillenmektedir. Durağan bir hukuk sistemi değil, dinamik ve sürekli gelişen bir uluslararası hukuk gerçekliği vardır. Dolayısıyla, devletlerin yanında diğer uluslararası hukuk kişilerinin de ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Her şeye rağmen, devletlerin uluslararası hukukun gelişiminde oynadığı rol tartışmasızdır. Uluslararası hukuk, temelde devletlerarası ilişkilerin ürünü olarak ortaya çıkmış ve gelişmekte olan bir hukuk sistemidir. Uluslararası örgütlerin de kurucu unsurudur. Gerek uluslararası andlaşmaların

yapılmasında rızasının olması gerekse devlet uygulamaları şeklinde şekillenen uluslararası örf-adet hukuku kurallarının oluşumuna katkıda bulunması, devletlerin uluslararası hukukun kaynaklarına olan etkisini açıkça göstermektedir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 34 (1) düzenlemesi gereği, Divan önünde, çekişmeli yargı (*contentious cases*) davalarının tarafları sadece devletler olabilir. Uluslararası düzeyde bir ulus adına hak iddia etme yetkisi devletlere aittir. Benzer şekilde, bir devletin vatandaşını uluslararası düzeyde koruması bakımından diplomatik koruma hak ve yetkisine sahip olduğu da unutulmamalıdır.[479]

A. Devletin Unsurları

Uluslararası hukuk bir devletin varlığı için üç unsuru şart koşmaktadır: İnsan topluluğu, ülke ve etkin siyasal yönetim. Şu halde en genel şekliyle devlet, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde ülkesi ve insan topluluğu üzerinde etkin bir siyasal yönetime sahip varlık olarak tanımlanabilir.

Devletin tanımı ile ilgili en temel uluslararası hukuk metni 1933 tarihli Devletlerin Hakları ve Yükümlülüklerine İlişkin Montevideo Sözleşmesi'dir (*Montevideo Convention on Rights and Duties of States*).[480] Montevideo Sözleşmesi 1. madde düzenlemesi şu hükme yer vermektedir:

"*Bir uluslararası hukuk kişisi olarak devlet şu unsurlara sahip olmalıdır: a) sürekli insan topluluğu; b) sınırları belirlenmiş ülke; c) hükümet/etkin siyasal yönetim; ve d) diğer devletlerle ilişkilere girebilme yeteneği.*"

Montevideo Sözleşmesi'nin öngördüğü bu dört unsur, başta James Crawford[481] olmak üzere, Schwarzenberger ve Brown[482] gibi uluslararası hukukçular tarafından eleştirilmiştir. Her ne kadar, Montevideo Sözleşmesi devlet tanımında dört farklı unsurun varlığına işaret etse de, yukarıda yapılan tanımdan da kolaylıkla anlaşılacağı üzere bir devletin varlığı için üç unsur yeterlidir. Montevideo Sözleşmesi'nde ifadesini bulan ve dördüncü şart olarak belirtilen "diğer devletlerle ilişkilere girebilme yeteneği," bir devletin unsuru olmaktan öte, siyasi nitelikli olup devletin varlığı ile ilgili bir konu değildir. Diğer devletlerle ilişkiye girebilme yeteneği, devletin kurucu unsuru olmaktan daha çok devlet olmanın bir sonucu olarak algılanmalıdır.[484] Söz konusu durum, bir devletin uluslararası hukuk kişiliğinden ziyade, tanınması ile ilgilidir.

İnsan Topluluğu

Bireylerin bir araya gelerek siyasi bir otorite çevresinde örgütlenmesi

yoluyla devletler oluşmaktadır. Dolayısıyla, insan unsuru devletin kurucu unsurları arasında yer alır. Nüfusun ne olacağı yönünde minimum veya maksimum bir sayı öngörülmemiştir. Günümüzde nüfusu milyarı aşan devletler olduğu gibi (Çin ve Hindistan gibi), sayısı on binlerle hatta binlerle ifade edilen devletler de bulunmaktadır (Tuvalu 10 bin, Nauru 12 bin, Liechtenstein 30 bin gibi). Devletin kurucu unsuru olmak bakımından ülke üzerinde yaşayan insan topluluğunun o devletin uyruğunda olma mecburiyeti dahi yoktur.[485] Yirminci yüzyılın başlarında devlet ile nüfusu arasında vatandaşlık bağı olması, özellikle diğer devletlerin vatandaşlarından ayırıcı unsur olmak açısından önemli kabul edilmekle birlikte, vatandaşlık bağının mevcudiyeti, uluslararası hukukun aradığı bir unsur değildi. Bir devletin uyruğunda olma, kişiye vatandaşlık verilmesi, devletlerin ulusal hukuk sistemindeki düzenlemelere tabidir. Uluslararası hukuk ne vatandaşlık verilmesi ne de vatandaşlıktan çıkarma ile ilgilenir. Uluslararası hukuk sadece, vatandaşlık bağı temelinde bir devletin başka bir devlet aleyhine vatandaşlarına zarar verildiği gerekçesiyle dava açması durumunda, gerçekten böyle bir vatandaşlık bağının olup olmadığı ile ilgilenir.[486]

Uluslararası hukuk açısından, devletin kurucu unsurunu teşkil eden insan topluluğu için aranan en önemli koşul, söz konusu topluluğun ülke üzerindeki varlığının belli derecede süreklilik taşımasıdır. Nitekim, 1933 tarihli Montevideo Sözleşmesi de devletin unsurlarını sayarken insan unsurunu, Türkçeye "sürekli nitelikli insan topluluğu" şeklinde çevirebileceğimiz "*a permanent population*" şeklinde kaleme almıştır. Uluslararası yargı kararlarına bakıldığında konu ile ilgili en önemli uygulamalar arasında Uluslararası Adalet Divanı'nın *Batı Sahara Davasına (Western Sahara Case)* [487] ilişkin danışma görüşünün yer aldığı görülmektedir. Divana göre, Batı Sahara ülkesi üzerinde göçebe kavimler bulunmaktadır ve bunlar ülke sınırlarına riayet etmeden çölde özgürce bir ülkeden diğerine geçmektedirler. Ancak, Divan tarafından belli bir ülke ile ilişkilendirilmek ve devletin insan unsuru şartının gerçekleşmesi bakımından göçebe kavimlerin, belli düzeyde örgütlenmeye sahip oldukları belirtilerek varlığı yeterli kabul edilmiştir. Bu durumun bir diğer örneğini de Kenya-Etiyopya sınırında bulunan göçebe kavimlerin yüzyıllarca her iki devletin insan unsuru olarak kabul edilmesi oluşturmaktadır.[488]

Uluslararası hukukta devletin insan unsuru bakımından, ülke ile ilişkilendirilen insan topluluğunun söz konusu alanda yerli halk (*indigenous*) olup olmaması konusu da çok net değildir. Örneğin Falkland Adaları'nda

yerleşik nüfus, 19. yüzyılın ortalarındaki kolonileştirme sürecinin bir sonucu olarak adaya gelen Birleşik Krallık vatandaşlarından oluşmaktadır. Böylesi bir durum, devletin kurucu unsurlarından birisi olan insan topluluğu şartının gerçekleşmesi için yeterli midir? Sorun, özellikle Ada halkının self-determinasyon ilkesini uygulamaya aday olması durumunda daha da önem arz etmektedir ki, self-determinasyon ilkesi genellikle kolonileştirilen yerli halkın yabancı devletlerden bağımsızlığını elde etmesinin hukuki bir yolu olarak kabul edilmiştir.[489]

Ülke

Devletin kurucu unsurlarından ikincisi, ülkedir (*territory*). Devletin siyasal yönetiminin üzerinde etkin olduğu insan unsuru yanında, söz konusu insan topluluğunun üzerinde yaşadığı sınırları tespit edilmiş bir ülkenin de varlığına ihtiyaç vardır. Uluslararası hukukta bir devletin ülke unsuru denildiğinde, ülke kavramının üç boyutunun olduğunun bilinmesi gerekir. Bunlar; kara ülkesi, deniz ülkesi ve hava ülkesidir. Kara ülkesi üzerinde yaşamları toprak parçasını ve toprak parçasındaki nehirleri ve gölleri kapsar. Deniz ülkesi, denize kıyısı olan devletler bakımından karasularını içerir. Ayrıca, devletlerin karasuları dışında kısmi düzeyde egemenlik haklarını kullanabilecekleri deniz alanları da vardır. Bitişik bölge ve münhasır ekonomik bölge bu alanlardan sadece ikisine örnektir. Ancak, deniz ülkesi kavramı, kıyı devletinin karasuları ile sınırlı olarak kullanılmaktadır. Hava ülkesi ise, bir devletin kara ve deniz ülkesi üzerinde belli bir yüksekliğe kadar olan hava sahasını içermektedir.

Uluslararası hukukta devletin ülkesinin büyüklüğü için herhangi bir sınırlama yoktur. Öte yandan, bir kıtadan ibaret devletler (Avustralya gibi) bulunabileceği gibi, dünya haritası üzerinde bir noktadan ibaret devletler de (Lüksemburg, Lesotho, Monaco, San Marino gibi) olabilir. Uluslararası hukuk açısından önemli olan devletin üzerinde egemenliğini icra ettiği bir ülkenin olmasıdır. Ülke sınırlarının da kesin olarak belli olma mecburiyeti bulunmamaktadır. Örneğin, İsrail devletinin bugün itibariyle sınırlarının nereleri kapsadığı hala net değildir. Devletler arasında sınır anlaşmazlıklarının süregeldiği dikkate alındığında devletin sınırlarının kesin şekilde belli olmamasının devlet niteliğine engel teşkil etmediğinin mümkün olduğu görülür. Örneğin, Hindistan ile Pakistan arasındaki Keşmir sorunu, İsrail ile Arap Devletleri ve özellikle Filistin Devleti'nin sınırlarının ne olacağı; ne Hindistan ile Pakistan'ın ne de İsrail ile Filistin'in uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde devlet olmalarına engel teşkil eder.

Ülke unsuru ile ilgili bir diğer husus, bir devletin ülkesi üzerinde siyasal etkisini belli bir süre kaybetmesi duyumunda, devlet niteliğinin ortadan kalkmamasıdır. 1970 li ve 1980 li yıllarda Lübnan iç savaşı, 1990 lı yıllarda Irak'ın Kuveyt'i işgali, 1992-95 arası Bosna-Hersek iç savaşı ve 2001'de başlayıp halen devam etmekte olan Amerika Birleşik Devletleri'nin Afganistan'ı işgali; Lübnan'ın, Kuveyt'in, Bosna-Hersek'in ve Afganistan'ın devlet olma özelliğini ortadan kaldırmamıştır.

Etkin Siyasal Yönetim

Devletin kurucu unsurlarından en önemlisi hiç şüphesiz etkin bir siyasal yönetimin (*government*) olmasıdır. Ne kadar ülke veya insan topluluğu olursa olsun, etkin bir siyasal yapılanma ve yönetim olmadığı müddetçe bir devletin varlığından söz edilemez Uluslararası hukukta bir devletin etkin siyasal yönetimi, devletin diğer devletlerden bağımsız, kendi hukuki ve idari yeterliliğini ifade etmektedir,

Yukarıda devletin ülke unsuru izah edilirken ülke üzerinde etkin siyasal yönetimin belli bir süre kaybedilmesinin, devlet olma niteliğini ortadan kaldırmadığına değinilmişti. Aynı örnekler, etkin siyasal yönetim açısından da geçerlidir. Uluslararası alanda mevcut bir siyasal yönetimin iç savaşlar veya dış müdahaleler sebebiyle etkisiz kalması veya henüz daha devletin kuruluş aşamasında organlarının dahi tam olarak oluşturulmadığı, ülke üzerinde tam bir siyasi etkinlik/kamu otoritesi tesis edilmediği hallerde de söz konusu oluşumların devlet olarak tanındığı örneklerle karşılaşılmaktadır. Bu durumun en tipik örneklerinden bir tanesi Yugoslavya'nın dağılma sürecinde Hırvatistan ve Bosna-Hersek devletlerinin kuruluşunda görülmüştür. Her iki devletin ülkelerinin büyük bölümleri başka devletlerin askeri kontrolleri altında olmasına rağmen, ikisi de Avrupa Birliği üyelerince bağımsız birer devlet olarak tanınmış ve Birleşmiş Milletlere de üye kabul edilmiştir.

Devletin unsurları arasında yer alan etkin bir siyasal yönetimin olması, uluslararası hukuk kişisi olarak devletin hem iç işlerinde hem de uluslararası ilişkilerinde egemen biçimde hareket etmesini gerekli kılmaktadır. Tarihte görülen vesayet altındaki yönetimlerin veya sömürge toplumlarının bu manada bir devlet ve uluslararası hukuk kişisi olarak kabul edilmesi düşünülemez. Günümüz devletlerinin egemenlik anlayışı küreselleşmenin ve uluslararası toplumun karşılaştığı sorunların çözülebilmesi amacıyla, geçmişteki algılamalardan çok daha farklı bir anlam taşımaktadır.

B. Egemenlik/Bağımsızlık Kavramına İstisnai Bazı Durumlar

Uluslararası alanda öyle bazı durumlar vardır ki klasik olarak yorumlandığında bir devletin egemenlik veya bağımsızlığı ile çelişmektedir. Zira, klasik yaklaşımda siyasal yönetim egemen ve bağımsız olmalı, başka hiçbir devletin veya uluslararası örgütün yetki veya denetimine tabi olmamalıdır. Ancak, uygulamada aşağıda değinilecek konular bakımından devletlerin bağımsızlıklarının ve uluslararası hukuk kişiliklerinin devam ettiği kabul edilmektedir.

1. Anayasal Sınırlamalar

Bir devletin kuruluşuna esas teşkil eden anayasal düzenlemelerde, söz konusu devletin egemenliğini sınırlayıcı düzenlemeler bulunabilir. Böylesi bir durum, adı geçen devletin uluslararası hukuk kişiliğini etkilemez. Kaldı ki, bir anlamda uluslararası hukuk kişisi olarak uluslararası toplumda yerini alabilmenin şartı anayasal sınırlamaların tesis edilmesidir. 1960 tarihli Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası işbu durumun tipik örneklerindendir. Kıbrıs Anayasası; Türk, Yunan ve İngiliz askeri kuvvetlerinin ülkede konuşlandırılmasına ve İngilizlerin iki askeri üs kurmasına imkan sağlamıştır. [490]

2. Andlaşmadan Doğan Yükümlülükler

Uluslararası hukukta devlet olmanın yansımalarından bir tanesi, devletlerin uluslararası andlaşmalar yapabilmesidir. Dolayısıyla, bir devletin andlaşmaya taraf olması onun devlet olarak kabul edilmesinin tescili niteliğindedir. Ancak, burada tartışma konusu olan husus, bir andlaşmanın devletin ekonomik veya siyasi bağımsızlığını kısıtlamasıdır. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı 1931 tarihli *Avusturya-Almanya Gümrük Birliği Andlaşması Davası (Austro-German Customs Union Case)*[491] sebebiyle verdiği danışma görüşünde, andlaşmadan doğan yükümlülüklerin devletin bağımsızlığına olan etkisini incelemek zorunda kalmıştır. Dava konusu olay, Avusturya ile Almanya arasında gümrük birliği andlaşması yapılması sebebiyle ortaya çıkmıştır. Birinci Dünya Savaşı sonrası imzalanan barış andlaşması düzenlemeleri çerçevesinde, Avusturya, Milletler Cemiyeti'nin rızasını almadan bağımsızlığını doğrudan veya dolaylı etkileyecek herhangi bir andlaşma yapmaktan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Adı geçen olayda

Avusturya, Milletler Cemiyeti'nin rızasını almadan Almanya ile Gümrük Birliği Andlaşması yapmıştır. Bu sebeple, Milletler Cemiyeti Avusturya'nın bu eyleminin barış andlaşmalarını ihlal edip etmediğini Divana sormuştur. Divan, yapmış olduğu incelemeler neticesinde, Avusturya'nın başka bir devletle gümrük birliği andlaşması yapmasını barış andlaşmalarının ihlali olarak değerlendirmiş, fakat bu durumun Avusturya'nın bağımsız bir devlet olarak varlığını sürdürmesine engel teşkil etmediğine karar vermiştir.[492]

3. Yabancı Askeri Üslerin Varlığı

Düşman bir devletin askeri güçlerinin başka bir devlet topraklarında bulunması, hiç şüphesiz devletin bağımsızlığını etkileyen bir durumdur. Burada yabancı askeri üslerin varlığı ile ifade edilmek istenen konu, bir andlaşma çerçevesinde yabancı askeri kuvvetlerin ülke üzerinde bulunmasıdır. Devletlerin rızaları çerçevesinde gerçekleşen yabancı askeri üş kurulması, devletlerin uluslararası hukuk kişiliğini etkilememektedir. Günümüzde, yabancı askeri üslerin varlığına, özellikle NATO çerçevesinde tanıklık edilmektedir. NATO düzenlemelerine göre Türkiye'de, İtalya'da ve Almanya'da askeri üslerin kuruluyor olması adı geçen devletlerin, devlet olma niteliğini ve bağımsızlıklarını ortadan kaldırıcı bir etken olarak kabul edilemez.[493]

4. Uluslararası Örgütlere Üyelik

Bir devletin uluslararası örgüte üye olması, o devletin bağımsızlığını ortadan kaldırmaktan ziyade, uluslararası alanda devlet niteliğinin tescilinden başka bir anlam taşımamaktadır. Bu anlamda, örneğin bir devletin evrensel örgüt niteliğindeki Birleşmiş Milletler üyeliği, o devletin uluslararası toplum tarafından tanındığını ifade etmektedir. Belki, burada devletlerin egemenlik haklarının kısıtlanması bakımından Roma Andlaşması ve bu andlaşmaya ek diğer uluslararası metinler çerçevesinde Avrupa Birliği'ne üyelik tartışma konusu olabilir. Zira, devletler Avrupa Birliği'ne üye olmaları sebebiyle, sahip olduğu egemenlik hakkından kısmen vazgeçerek egemenlik alanlarına giren bir çok konuyu Avrupa Birliği organlarına ve onların düzenlemelerine bırakmaktadır.[494] Nitekim günümüzde Avrupa Birliği hukuku, kendine özgü bağımsız bir hukuk sistemi oluşturma noktasına ulaşmıştır. Avrupa

Birliği hukuk düzenlemelerinin üye devletler hukuk sisteminde doğrudan etki doğurma özelliği bulunmaktadır. Birlik düzenlemeleri dışına çıkan üye devletlerin, devlet sorumluluğu gündeme gelmektedir. Avrupa Adalet Divanı, Avrupa Birliği hukuk sisteminin tüm üye devletlerde aynı şekilde uygulanabilmesinin garantörü olma rolünü üstlenmiştir. Ancak, buna rağmen uluslararası toplum Birlik üyesi devletlerin bağımsız uluslararası hukuk kişiliklerinin devam ettiğini kabul etmektedir.

C. Self-determinasyon İlkesi ve Yeni Devlet Oluşumu

Self-determinasyon ilkesinin uzun bir siyasi geçmişi olmasına karşın, bir uluslararası hukuk ilkesi olarak yerini alması oldukça yenidir. Bir ülkenin hukuki statüsünün değiştirilme modellerinden birisi kabul edilen self-determinasyon ilkesi sahip olduğu öneme rağmen uluslararası alanda yeterince açıklığa kavuşturulmamıştır.[495]

Birinci Dünya Savaşı sonrası Milletler Cemiyeti ve manda sistemi bağlamında self-determinasyon ilkesi tartışılmaya başlanmış olsa da, uluslararası hukuk ilkesi olarak self-determinasyonun uluslararası hukuk metinlerinde yerini bulması İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Birleşmiş Milletler Andlaşması ile gerçekleşmiştir. Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 1 (2) hükmü, Birleşmiş Milletler'in kuruluş amaçlarından birisi olarak, halkların self-determinasyon ve eşit haklar ilkesine bağlı olması temelinde uluslar arasında dostça ilişkilerin geliştirilmesini öngörmüştür. 1960 tarih ve 1514 (XV) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun Sömürge Altındaki Ülkeler ve Halklara Bağımsızlığının Verilmesine İlişkin Bildirgesi 2 no.lu paragrafında, halkların self-determinasyon ve bu sayede kendi siyasi statülerine özgürce karar verme hakkına sahip olduklarını ilan etmiştir. 1970 tarih 2625 (XXV) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk ilkeleri Bildirgesi'nde de aynı hak ve ilkeye bir kez daha vurgu yapılmıştır. Yine aynı doğrultuda 1966 tarihli ikiz sözleşmeler olarak bilinen Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ortak I. maddelerinde self-determinasyon hakkı açıkça düzenlenmiştir.

Self-determinasyon ilkesinin bir hak olarak uluslararası hukuk metinlerinde yer almış olmasına rağmen, içeriği ve uygulama şartlan ile ilgili detaylı bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Bu sebeple, self-determinasyon ilkesinin farklı algılama ve uygulamaları ile karşılaşılabilmektedir.

En genel ifadesiyle self-determinasyon ilkesi, halkların kendi kaderlerini kendilerinin tayin etmeleri şeklinde tanımlanabilir. Self-determinasyon ilkesinin iki yönü bulunmaktadır. Birincisi, iç self-determinasyon olarak adlandırılmakta olup bir halkın istediği yönetim şeklini seçmesini ifade eder. Bu anlamda, halklar, serbestçe istedikleri siyasal yöntemi, özellikle devlet ve hükümet biçimlerini tespit etme haklarına sahiptir. Ayrıca, devletlerin ekonomik kaynakları üzerinde sürekli egemenliğinin olması ilkesi de self-determinasyon hakkının ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir.[496]

Self-determinasyon ilkesinin ikinci yönü dış self-determinasyon olarak adlandırılmaktadır. Buna göre; bir halk bağımsız bir devlet kurmak dahil, istediği devlete bağlı olmayı seçme hakkına sahiptir. Ancak, self-determinasyon ilkesinin uluslararası hukuk alanındaki gelişimi ve uygulaması değerlendirildiğinde, self-determinasyon hakkının sömürge altındaki toplulukların bağımsızlıklarını elde etme yöntemlerinden birisi olduğu kolaylıkla anlaşılır. Dolayısıyla, bağımsızlığını elde etmiş bir devletin içerisinde bulunan herhangi bir azınlık veya etnik grubun bu devletten ayrılarak (*secession*) ayrı bir bağımsız devlet kurma yönündeki taleplerinin self-determinasyon hakkı kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildir. Aksine bir durumu kabul etmek, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 (4)'de ifadesini bulan devletin ülkesinin bütünlüğü ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.[497]

Self-determinasyon ilkesinin bağımsızlığım elde etmiş bir devletin ülkesinden ayrılma yönünde kullanılamayacağının en yeni örnekleri arasında, 2008 yılındaki Rusya ile Gürcistan arasında Güney Osetya ve Abhazya ile ilgili ortaya çıkan çatışma gösterilebilir. Gürcistan'ın ülkesinde bulunan her iki özerk bölgede yaşayan halkların self-determinasyon haklarını kullanmaya destek amaçlı kuvvet kullanma şeklinde değerlendirilebilecek Rusya yaklaşımının, uluslararası toplum tarafından kabul görmediği ortadadır. Şöyle ki, Avrupa Konseyi tarafından kurulan Gürcistan'daki Çatışmalarla İlgili Bağımsız Uluslararası Gerçekleri Araştırma Misyonu (*The Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia*) raporunda, self-determinasyon hakkının Güney Osetya ve Abhazya'ya Gürcistan'dan ayrılma hakkı vermediği sonucuna ulaşmıştır. Bu sebepler temelinde Misyon, Rusya'nın self-determinasyon hakkını desteklemek amaçlı kuvvet kullanma yönündeki iddiasını hiç dikkate almamıştır. Aynı doğrultuda olan bir diğer örnek yine Rusya ile Ukrayna arasında ortaya çıkan çatışmaların neticesi olarak Kırım'ın Rusya tarafından ilhakı sürecinde yaşanmıştır. Yine, Rusya,

Kırım halkının self-determinasyon hakkını desteklemek amaçlı kuvvet kullanma iddiasını tekrarlamıştır. Ancak, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu almış olduğu 68/262 sayılı kararı ile Kırım halkı tarafından 2014 yılının Mart ayında gerçekleştirilen ve Rusya'ya katılma yönünde neticelenen Rusya destekli referandumun hukuka uygun bir self-determinasyon hakkı kullanımı olmadığını ve Ukrayna'dan ayrılmanın geçersiz olduğunu uluslararası topluma deklare etmiştir.[498]

Self-determinasyon hakkının sömürge altındaki halkların bağımsızlığını elde etme yöntemlerinden birisi şeklinde kabul görmesi, her zaman sömürge altındaki toplulukların kayıtsız şartsız bağımsız bir devlet olacakları anlamına da gelmemelidir. Her ne kadar, self-determinasyon hakkının uluslararası hukukta bir *jus cogens* norm ve bu bağlamda *erga omnes*[499] yükümlülük doğurduğu uluslararası yargı kararlarında tescil edilmiş olsa da, bu hakkın kullanılmasının ve bağımsızlık elde edilmesinin ana devletin iradesine de belli oranda bağlı olduğu gerçekliği unutulmamalıdır. Günümüz sömürge altında bulunan halkları ve bağımsızlığın kazanılması yönünde ana devletin oynadığı rolü göstermesi bakımından en yakın örnek Grönland'in durumudur. Bilindiği üzere, Kasım 2008'de 57.000 nüfuslu Grönland'de referanduma gidilmiş, nüfusun yüzde 72'si oylamaya katılmış ve katılanların yüzde 75'i de sömürgeci ana devlet Danimarka'dan bağımsızlığın alınması yönünde oy kullanmıştır. Grönland 1979'da kendi kendini yönetme hakkını elde etmiş olmasına rağmen, Danimarka'dan kendi milli gelirinin yüzde 30'una tekabül eden yıllık yardımları almaya devam etmiştir. Grönland nüfusu az olmasına rağmen yüzölçümü itibariyle büyük çoğunluğu Kuzey Kutbu'nda bulunan 2 milyon 160 bin kilometrekarelik bir alana sahip geniş bir ülkedir. Doğal kaynaklar ve özellikle petrol bakımından oldukça zengin olan Grönland'in Danimarka'dan tam bağımsızlığını elde etmesi için daha çok beklemesi gerektiği açıktır. Danimarka'nın söz konusu doğal zenginliklerden vazgeçmesi şu an için pek mümkün görünmemektedir. Bu arada Grönland'in Avrupa Birliği içerisinde yer almadığı da unutulmamalıdır.[500]

D. Kuvvet Kullanma ve Yeni Devlet Oluşumu

Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 (4) düzenlemesi uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanmayı açıkça yasaklamaktadır. Uluslararası hukukta kuvvet kullanmayı yasaklayan bu düzenleme, *jus cogens* normdur ve uluslararası hukuk kişilerinin bu yasağa uyması *erga omnes* yükümlülük

doğurmaktadır. Devletlerin kurulması bakımından burada tartışmalı olan konu, bir devletin uluslararası hukuk kurallarını ihlal ederek bir başka devlete müdahale etmesi ve bunun neticesinde yeni bir devletin kurulduğunun iddia edilmesidir. Uluslararası hukuk ve kuvvet kullanmaya ilişkin kuralların gelişimi incelendiğinde, uluslararası hukuk kurallarının ihlal edilerek yeni bir devlet oluşturulması durumunda, uluslararası toplum üyelerinin yeni devleti tanımaması, diğer bir ifadeyle uluslararası hukuk kurallarının ihlalini hoş görmediği belirtilmelidir.

Özellikle Batı kökenli uluslararası hukuk kitaplarında, hukuka aykırı kuvvet kullanma sonucu kurulan devletlere örnek niteliğinde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti gösterilmektedir.[501] Batılı eserler, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin insan topluluğu, ülkesi ve etkin bir siyasal yönetimi olmasına rağmen, 1974'de Türkiye'nin askeri müdahalesinin uluslararası hukuktaki kuvvet kullanma kurallarını ihlal neticesi kurulduğu düşüncesinden hareketle bir devlet olmadığını iddia etmektedirler.[502] Böylesi bir görüşün uluslararası hukuk ilkeleriyle bağdaştığını söylemek çok zordur. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, uluslararası hukuk açısından değerlendirildiğinde hiç şüphesiz bağımsız bir devlettir ve uluslararası toplum tarafından da tanınması gerekir. Böylesine bir sonuca ulaşılmasının temel gerekçeleri arasında şunlar belirtilebilir:

Uluslararası hukukta devletin kurucu unsurları olan insan topluluğu, ülke ve etkin siyasal yönetim Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti örneğinde mevcuttur. Ülkesi üzerinde yaşayan insan topluluğu, etkin bir yasama, yürütme ve yargı organına sahiptir. Kaldı ki, adanın kuzeyinde etkin bir siyasal yönetim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kurulmasından önce Kıbrıs Türk Federe Devleti zamanında dahi mevcuttu. Adanın kuzeyinde etkin bir siyasal yönetim olduğu İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin *Hesperides and Another v. Aegean Turkish Holiday and Another Davası*'nda[503] da tescil edilmiştir. Söz konusu kararın en etkileyici paragraflarından bir tanesi Türkçeye şu şekilde çevrilebilir: "*Kıbrıs'ın kuzeyinde halkın gündelik yaşamını düzenleyen hukuk kurallarını yapan etkin bir yönetim vardır. Bu hukuk kurallarına göre, Girne'deki otellerde bulunan kişiler, işgalci değildir. Onlar hukuka aykırı biçimde oralarda bulunmamaktadırlar. Onlar, yönetimin izniyle veya mevcut hukuk kurallarına göre oralarda bulunmaktadırlar.*"[504]

1974'deki Türk müdahalesinin uluslararası hukukta kuvvet kullanma kurallarına aykırı olduğu yönündeki iddia, konunun detaylarının

bilinmemesiyle ilgilidir. Bilindiği üzere, Türkiye'nin askeri müdahalesi Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran andlaşmalara uygun gerçekleştirilmiştir. Garanti Andlaşması 2. madde düzenlemesi,[505] her bir garantöre Kıbrıs Türkleri ve Rumlarının korunması amacıyla müdahalede bulunma yetkisi vermektedir. Türkiye, 1974'deki Yunan askeri darbesinin, adayı kendine bağlamasını önlemek ve adadaki her iki toplumun can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla askeri müdahale yapmak zorunda kalmıştır. Dolayısıyla, adı geçen müdahalenin kuvvet kullanma kurallarını ihlal etmediği açıktır. Bir diğer nokta, askeri müdahale 1974'de yapılmış, fakat Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kurulması dokuz yıl sonra 15 Kasım 1983'de gerçekleşmiştir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kurulması 1974 müdahalesinin bir sonucu olmayıp, 1963'te başlayan siyasi ve idari bir gelişim sürecinin son aşamasıdır.[506]

Türkiye'nin Kıbrıs müdahalesinin yukarıdaki gerekçeler yanında insani amaçlı müdahale olarak da değerlendirilmesi mümkündür.[507] Zira, 1963'ten itibaren Kıbrıs Türklerinin karşılaşmış olduğu başta hayat hakkı ve işkence olmak üzere insan hakları ihlalleri,[508] askeri müdahaleyi gerekli kılmıştır. Müdahale sonrası adada hem Kıbrıs Türkleri hem de Kıbrıs Rumları için barış tesis edilmiş ve insan hakları ihlalleri önlenmiştir.

Türkiye'nin askeri müdahalesinin insani amaçlı olduğu ve bu bağlamda uluslararası hukukta kuvvet kullanma kuralları ile çelişmediği konusunda uluslararası uygulamadan esinlenilen bir örnek bağlamında Hindistan'ın 1971'de Doğu Pakistan'a yaptığı müdahale gösterilebilir.[509] Bu müdahalenin hemen sonrasında, Bangladeş bağımsız bir devlet olarak uluslararası toplumda yerini almıştır.[510]

İnsani amaçlı kuvvet kullanma konusu 1999 yılında NATO önderliğinde Kosova'ya yapılan askeri müdahale ile tekrar gündeme gelmiş ve konu bu bağlamda uluslararası hukuk alanında detaylı şekilde tanışılmıştır. Askeri müdahale sonrası, Birleşmiş Milletler gözetiminde Kosova'da Sırbistan'dan bağımsız bir yönetim oluşturulmuştur. Nihayetinde 17 Şubat 2008'de Kosova tek taraflı bağımsızlığını ilan etmiş ve Türkiye başta olmak üzere birçok devlet Kosova'yı tanımıştır. Hatta, Kosova'nın tek taraflı bağımsızlık ilan etmesinin uluslararası hukuka uygun olup olmadığı konusunda, 8 Ekim 2008 tarih ve 63/3 sayılı kararı ile Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Uluslararası Adalet Divanı'ndan danışma görüşü talep etmiştir. Divan, danışma görüşünde,[511] Kosova halkının self-determinasyon hakkının olup olmadığı ile ilgilenmemiş,[512] bunun yerine uluslararası hukukta tek taraflı

bağımsızlık bildirgesinde bulunulmasını yasaklayan genel bir kuralın olmadığı gerekçesiyle, tek taraflı bağımsızlık ilan edilmesinin uluslararası hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.[513] Divan, sadece kararının belli paragraflarında self-determinasyon ilkesinden bahsetmiş ve özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısında bu ilkenin geliştiğine işaret etmiştir.[514] Divanın bu yöndeki yaklaşımı, self-determinasyon hakkının sömürge toplumlarının bağımsızlığını elde etmesinde geçerli olduğunun dolaylı kabulü şeklinde yorumlanabilir.

Elbette, Divanın görüşü birçok açıdan eleştirilebilir. Hatta, Divan üyesi Hakimlerden Koroma, Bağımsızlık Bildirgesi'nin geçersiz olduğu yönünde görüş beyan etmiştir. Danışma görüşünün, bağımsızlık bildirgeleri hakkında uluslararası hukukun "tarafsız" olduğuna vurgu yapmasına rağmen, bir bağımsızlık bildirgesinin bazı şartlar altında hukuka aykırılık teşkil edebileceğine de dikkat çektiği görülmektedir. Bu bağlamda, özellikle ilk akla gelen durumlar arasında, bağımsızlık bildirgesinin hukuka aykırı bir kuvvet kullanma veya uluslararası hukukun *jus cogens* nitelikli normlarının ihlal edilmesi neticesi gündeme gelmesi yer almaktadır. İşte tam da bu noktada, 16 Mart 2014'de Kırım'da gerçekleştirilen referandum ve akabinde bağımsızlığın ilan edilmesi akla gelmektedir. Gerek Devletler gerekse akademisyenler tarafından bilinmektedir ki, referanduma gidilmesi ve neticesinde bağımsızlık ilan edilmesi Rusya'nın hukuka aykırı askeri müdahalesinden kaynaklanmaktadır.[515] Bundan dolayıdır ki, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, *Ukrayna'nın Toprak Bütünlüğü Hakkihda Almış Olduğu Genel Kurul Kararı*'nda, 16 Mart 2014'de Özerk Kırım Cumhuriyeti ve Sivastopol'de düzenlenen referandumun geçerli olmadığını ve işbu referandumun Özerk Kırım Cumhuriyeti ve Sivastopol'un statüsünde herhangi bir değişikliğin gerekçesi olmayacağını ifade etmiştir. Ayrıca, Genel Kurul; Devletlerden, uluslararası örgütlerden ve bağlı özel kuruluşlardan söz konusu referanduma dayalı Özerk Kırım Cumhuriyeti ve Sivastopol'un statüsünün herhangi biçimde değiştirilmesi durumunun tanınmaması ve herhangi bir şekilde değişikliğin tanınması anlamına gelecek davranışlardan kaçınmaları çağrısında bulunmuştur.[516]

E. Devletlerin Sona Ermesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, devletin kurucu unsurlarından herhangi birinin geçici olarak kaybedilmesi, uluslararası alanda devletin uluslararası

hukuk kişiliğinin sona erdiği anlamına gelmemektedir. Kuveyt'in Irak tarafından işgali, Irak'ın ve Afganistan'ın Amerika Birleşik Devletleri'nce işgal edilmesi; Kuveyt'in, Irak'ın ve Afganistan'ın devlet olma niteliklerini sona erdirmemiştir. Bosna-Hersek ve Lübnan örneklerinde olduğu gibi iç savaş veya silahlı çatışmalar sebebiyle etkin siyasal yönetimin geçici kaybı da devlet olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Uygulamada devletin sona erme şekilleri anlamında değişik örneklerle karşılaşılmaktadır. Eski Yugoslavya ve Sovyetler Birliği örneğinde olduğu gibi, bir devletin dağılarak yeni devletlerin ortaya çıkması ve eski devletin ortadan kalkması mümkündür. Bu durumda Eski Yugoslavya ve Sovyetler Birliği uluslararası hukuk kişisi niteliğini yitirmiş ve tarihteki yerlerini almışlardır. Bir devletin sona ermesi, mevcut devletin bir andlaşmayla bölünerek ikiye ayrılması (31 Aralık 1992'de Çekoslovakya'nın Çek Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti olarak ayrılması gibi) veya iki devletin bir andlaşmayla birleşmesi (Doğu Almanya ile Batı Almanya'nın 1990'da birleşmesi) şeklinde de olabilir. Bu örneklerde Çekoslovakya ve Doğu Almanya'nın devlet olma özellikleri sona ermiştir.

Uluslararası hukuk alanında son yıllarda ciddi şekilde tartışma konusu olan önemli bir noktaya çok kısada olsa dikkat çekmekte yarar vardır. O da iklim değişikliğinin devletlerin sona ermesi konusu üzerinde ne gibi etkilerinin ve neticelerinin olacağıdır. Bilindiği üzere, iklim değişikliği devletlerin ülkesel bütünlüğüne açık bir tehdit oluşturmaktadır ki, bu husus da devlet olma/devletin unsurlarından niteliğindeki ülke ve nüfus kavramları ile doğrudan ilgilidir. Şöyle ki iklim değişikliği devletlerin ülkeleri üzerinde farklı şekillerde etkili olmaktadır/olacaktır. Bu anlamda, çölleşme ve ülke üzerinde yaşam şartlarının zorlaşması, hatta ülkenin terkedilmesi, zorunlu göç, küresel ısınma neticesi su seviyesinin yükselmesi sebebiyle özellikle küçük ada devletleri başta olmak üzere, diğer okyanus ve denizlere kıyısı bulunan devletlerin topraklarının/ülkelerinin su altında kalması, sel felaketleri ile fırtınalar sonucu erozyon ve toprak kayıplarının artması belirtilebilir. Özellikle, yirmi birinci yüzyılın sonuna kadar, Tuvalu, Kiribati, Marshall Adaları ve Maldivler gibi su seviyesinde olan ada devletlerinin su altında kalacak olmaları sebebiyle üzerinde yaşamın sona ereceği öngörülmektedir. Böylesi bir durum bir anlamda "kaybolan devletlerin" devlet olma statüsü ne olacaktır sorusunu da beraberinde getirmektedir. Uluslararası hukuk, açıkçası ülkenin ya da nüfusun ortadan kaybolması durumunda devletlerin devlet olma statüsünün devam edip etmeyeceği ile ilgili herhangi bir düzenleme

içermemektedir. İklim değişikliğinin klasik olarak devletin zorunlu unsurlarına işaret eden Montevideo Sözleşmesi'nin 1. maddesinde ifadesini bulan sürekli bir nüfus ve üzerinde yaşanılan sınırları tespit edilmiş ülke şartı üzerindeki etkileri tam anlamıyla iklim değişikliğinin devlet olma statüsüne yönelik meydana getirdiği en önemli sorunlardan hatta çıkmazlardandır.[517] Söz konusu sorunlara çözüm anlamında elbette, klasik uluslararası hukuk düzenlemeleri ışığında çözüm önerileri getirilmekle birlikte, devlet statüsünün yeniden tanımlanması, diğer bir ifadeyle yeni devlet kategorilerinin gündeme gelmesi mümkündür. Bu anlamda, artık günümüzde *ülkesini kaybetmiş devlet/ülkesizleşmiş devlet (deterritorialised state)* kavramlarının kullanılmaya başlandığına tanıklık edilmektedir.[518]

F. Devletlerin Halefiyeti

Uluslararası hukukta tartışmalı konulardan birisi, bir devletin sona ermesi ve onun yerine yeni bir devlet veya devletlerin kurulması durumunda (*State succession*) andlaşmadan doğan yükümlülükler, borçlar, önceki devletin mal ve mülkleri ile arşivlerinin ne olacağı hususudur. Yirminci yüzyılın sonlarına doğru görüldüğü üzere, devletlerin bölünmesi veya birleşmesi neticesi yeni devletler ortaya çıkmıştır. Örneğin, Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla 15, Yugoslavya'nın dağılması ile 6 yeni devlet kurulmuştur.[519] Yeni devletlerin kurulmasıyla ortaya çıkan sorunlar, genelde her devletin durumuna göre çözülmeye çalışılmıştır. Bu sebeple, devletlerin halefiyeti konusunda kesin uluslararası hukuk kuralları oluşturulamamıştır. Fakat, bununla birlikte uluslararası alanda çok fazla kendisine taraf olmasa da iki andlaşma konuya açıklık getirmeye çalışmıştır. Bunlardan birincisi, 1978 tarihli Devletlerin Andlaşmalara Halefiyetine İlişkin Viyana Sözleşmesi (*Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties*), ikincisi de 1983 tarihli Devletlerin Malvarlığı, Arşiv ve Borçlarına İlişkin Viyana Sözleşmesi'dir (*Vienna Convention of States in Respect of State Property, Archives, and Debts*).

1978 tarihli Viyana Sözleşmesi 16. maddesinde, yeni kurulan devletin kural olarak kendisinden önce yapılan andlaşmalarla bağlı olmayacağını düzenlemiştir. Ancak bu kuralın istisnaları arasında, sınır andlaşmaları veya ülke sınırları ile ilgili düzenleme içeren örneğin, objektif bir sistem kuran andlaşmalarla bağlılık bulunmaktadır. Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı 1997 tarihli *Gabcikovo-Nagymaros Project Davası*'nda, sınır tesis eden bir

andlaşmanın, daha sonra andlaşmanın yapıldığı şartlarda köklü değişiklikler olduğu gerekçesiyle andlaşmayı sona erdiremeyeceğini hükme bağlamıştır. [520] Özellikle, bu noktada Türk Boğazlarından geçiş rejimini düzenleyen Montrö Sözleşmesi'nin de bu nitelikte olduğu unutulmamalıdır. Konu ile ilgili Türkiye açısından bir diğer örnek, Ermenistan'ın Türkiye'nin Doğu sınırlarını tanımaması yönündeki iddialarıdır. Ermenistan'ın açıklamalarının siyasi nitelikli olduğu ve uluslararası hukukta herhangi geçerli bir zemininin olmadığı açıktır. Zira, Türkiye Cumhuriyeti'nin sınırları, Ermenistan'ın kurulmasından yıllarca önce tesis edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Ermenistan bağımsız bir devlet olarak uluslararası arenada yerini almadan çok önce, Türkiye'nin doğu sınırları çizilmiştir. Dolayısıyla, Ermenistan, uluslararası hukukun en temel örf-adet hukuku ve andlaşmalar hukuku ilkesi niteliğindeki, sınırlara saygı ilkesiyle bağlıdır.

III. DEVLET NİTELİĞİ OLMAYAN İNSAN TOPLULUKLARI

Tarihsel süreç içerisinde, bağımsızlıklarını elde edemeyen, kendi kendilerini yönetemeyen bazı insan toplulukları veya ülkelerin uluslararası hukuk kişilikleri tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda, geçmişte karşılaşılan koruma altında ülke, Milletler Cemiyeti döneminde manda sistemi, Birleşmiş Milletler rejiminde vesayet yönetimi ilk akla gelen örneklerdir. Günümüzde, ne manda sistemine ne de vesayet sistemine tabi bir insan topluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte, uluslararası hukukun ve özellikle self-determinasyon ilkesinin gelişimi ve yaygın bir uygulama alanı bulması sebebiyle, uluslararası hukuk kişisi statüsüne sahip olabilecek devlet niteliği kazanamamış insan toplulukları veya ülkeler için, ulusal özgürlük hareketleri (*national liberation movements*) adı kullanılmaktadır. 29 Kasım 2012'ye kadar ulusal özgürlük veya kurtuluş hareketi denildiğinde ilk akla gelen örnek, Filistin Kurtuluş Örgütü/Teşkilatı (*Palestine Liberation Organisation*) idi. Nitekim, bu tarihe kadar, Filistin Kurtuluş Örgütü, uluslararası hukuk kişisi olmak açısından bazı haklara sahip olabilmekte ve aynı zamanda belli yükümlülükler altına girebilmekteydi. Bu yönüyle bakıldığında Filistin Kurtuluş Örgütü, devlet niteliği taşımayan bir uluslararası hukuk kişisi niteliğindeydi. Bu anlamda, Filistin Kurtuluş Örgütü 1974'te Birleşmiş Milletler'de gözlemci statüsünü elde etmiş, Filistin

Kurtuluş Örgütü lideri Genel Kurulda yerini almış ve Birleşmiş Milletler'de görüşmelere katılma hakkı elde etmişti. 29 Kasım 2012'ye gelindiğinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Birleşmiş Milletler'de Filistin'in Statüsü başlığı altında aldığı 67/19 sayılı kararı ile Filistin'in Birleşmiş Milletler üyesi olmayan gözlemci devlet statüsünü (*non-member observer State*) açık oy farkıyla kabul etmiştir.[521] Uluslararası hukuk açısından gözlemci devlet statüsü, İsviçre'nin 2002'ye kadar (Birleşmiş Milletler üyesi olmadan önceki) veya günümüz Vatikan devletinin (*the Holly See*) sahip olduğu hukuki statüyü ifade etmektedir. Yine uluslararası hukukta devletlerin tanınması işleminin hukuki olmaktan daha çok siyasi nitelikte olduğu dikkate alınırsa, Birleşmiş Milletler Genel Kumlu kararının Filistin Devleti'ni gözlemci devlet statüsünde kabul etmesinin, Filistin halkının İsrail ile süregelen silahlı çatışma ve mücadelesinde işlerini kolaylaştırıcı bir etki oluşturacağı ortadadır. Ancak, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Filistin Devletİ'nin Birleşmiş Milletler üyeliğine başvurusunu reddetmesi, üyeliğin gerçekleşmesini belli bir süre erteleyici etki doğurmakla birlikte, uluslararası hukukta devletlerin sahip olduğu hakları kullanma ve yükümlülükleri yerine getirme açısından herhangi bir engel oluşturmamaktadır. Bu düşünceden hareketle olsa gerek, Filistin Devleti Ocak 2015'te sadece devletlerin kendisine taraf olabildiği Roma Statüsü'ne imza koyarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul etmiştir. Yine bu başvurunun neticesi olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi, 2013 yılı sonrası Filistin topraklarında işlenen savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar ve soykırım suçu hakkında ön incelemesine başlamıştır.

IV. ULUSLARARASI ÖRGÜTLER

Hiç şüphesiz devletler günümüzde de en önemli uluslararası hukuk kişileridir. Ancak, daha önce de işaret edildiği üzere, devletler dışında da uluslararası hukuk kişileri mevcuttur. Devletlerden sonra en önemli uluslararası hukuk kişisi, uluslararası örgütlerdir (*international organisations*). Birinci Dünya Savaşı sonrası 1919'da Milletler Cemiyeti'nin, İkinci Dünya Savaşı ertesi 1945'te Birleşmiş Milletler'in kurulması, uluslararası alanda bağımsız devletler dışında başka uluslararası hukuk kişilerinin de olabileceğinin en açık delilleri olmuştur. Özellikle, yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası örgütlerin sayısı hızlı bir şekilde artmıştır. Birleşmiş Milletler, Dünya Ticaret Örgütü, Dünya Sağlık

Örgütü gibi küresel veya evrensel nitelikli uluslararası örgütler yanında Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Afrika Birliği, Amerika Devletler Örgütü ve İngiliz Devletler Topluluğu gibi bölgesel nitelikli örgütler de bulunmaktadır.[522]

Uluslararası örgüt en basit şekilde, iki veya daha fazla devlet tarafından bir andlaşma ile kurulan ve kendini oluşturan devletlerden bağımsız uluslararası hukuk kişiliği bulunan varlık olarak tanımlanabilir. Elbette, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Davası'nda* da belirttiği gibi devletlerin kişiliğinden farklıdır. Devletlerin uluslararası hukuk kişiliği her devlet için aynı olmakla birlikte, uluslararası örgütlerin her birinin kişiliği kendisini kuran kurucu andlaşmada belirtilen amaçlarla sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliği bir fonksiyonel (işlevsel) kişiliktir[523]

Uluslararası hukuk kişisi olarak uluslararası örgütlerin en önemli özelliklerinden bir tanesi, devletlerin bir andlaşma ile uluslararası örgütleri kurmalarıdır. Uluslararası örgütlerin üyeleri devletlerdir ve kendini oluşturan devletlerin iradelerinden ayrı bir irade ve kişilik meydana getirilmektedir. Bu yönüyle bakıldığında, uluslararası örgütlerin uluslararası sivil toplum kuruluşlarından (*non-governmental organisations*, NGO's) farklı olduğu ortadadır. Uluslararası örgütlerin, uluslararası sivil toplum kuruluşları ile karıştırılmaması gerekir. Sivil toplum kuruluşları belli bir devletin hukuki düzenlemeleri temelinde bireylerin kurdukları örgütlerdir.[524] Uluslararası Kızılay ve Kızılhaç Örgütü, Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi sivil toplum kuruluşları, uluslararası hukukun gelişiminde, özellikle insan hakları ihlallerine dikkat çekilmesinde ve silahlı çatışmalar hukuku alanında önemli roller üstlenmektedirler.[525] Sivil toplum kuruluşları, bir andlaşmanın yapılması aşamasında andlaşmanın imzalanması veya onaylanması bağlamında hukuk kuralı oluşturulması sürecinde doğrudan taraf olamamakla birlikte, devletlerin ve uluslararası toplumun üzerinde baskı aracı olarak dolaylı biçimde etkin olabilmektedirler. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluş sürecinde oluşturulan Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu adındaki sivil toplum hareketi bu durumun en tipik örneklerindendir. Sivil toplum kuruluşları, uluslararası örgütler anlamında bir uluslararası hukuk kişisi olmamakla birlikte, belli derecede uluslararası hukuk kişilikleri de kabul edilen yapılanmalardır. Aşağıda detaylı şekilde değinileceği üzere, *Rainbow Warrior Davası* çerçevesinde

Greenpeace örgütünün uluslararası düzeyde hak talep edebilmesi, bir uyuşmazlık tarafı olması, sivil toplum örgütlerinin uluslararası hukuk kişiliklerinin kabulü anlamında önemli bir adım olarak değerlendirilebilir.[526]

A. Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Hukuk Kişiliği ve Kapsamı

Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişilikleri ve kişiliğin kapsamı konusunda belli bir yargıya ulaşabilmenin en kolay yolu, hiç şüphesiz, uluslararası örgütü kuran andlaşma metnine bakılmasıdır. Uluslararası hukukta, örgütü kuran andlaşma metninde, örgütlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin bulunduğuna ilişkin bir düzenleme mutlaka bulunmalıdır şeklinde bir anlayış olmamakla birlikte, bazen uygulamada, andlaşma metinleri bu konuya açıklık getirmektedir. Örneğin, Avrupa Birliği Andlaşması (*Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Functioning of the European Union*) madde 47 düzenlemesinde, "Birlik (Avrupa Birliği) hukuki kişiliğe sahiptir" şeklinde bir hükme yer vermektedir. Bir başka örnek, 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 4. maddesinin 1. fıkrasında ifadesini bulan "Mahkeme uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir" yönündeki düzenlemedir. Uluslararası örgütü kuran andlaşmada, kişilik ile ilgili herhangi bir düzenleme olmaması durumunda, örgütün amaçlarından, yetkilerinden ve uygulamalarından, uluslararası hukuk kişiliği ve bu kişiliğin kapsamının tespit edilmesi gerekecektir.[527]

Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişilikleri, haklara sahip olabilme ve yükümlülük altına girebilme açısından devletlere benzemektedir. Ancak, uluslararası örgütlerin kişiliği, devletlerin hukuk kişiliğinden, yetkileri ve kapsamı bakımından farklı ve sınırlıdır. Bu bağlamda, örgütler, mülk edinebilirler, devletlerle ve diğer örgütlerle andlaşma/sözleşme yapabilirler. Uluslararası düzeyde haklarını korumak anlamında davalar açabilirler, tazminat alabilirler. Örgütlerin kişilikleri, kendilerini kuran andlaşmalarla sınırlı olduğundan, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Silahlı Çatışmalarda Nükleer Silah Kullanımının Hukukiliği* ile ilgili danışma görüşünde de belirttiği üzere, ortak amaçlara ulaşılması amacıyla taraflar belli amaçlar doğrultusunda hareket etme yeteneğine sahip yeni hukuk kişileri oluşturabilirler.[528]

Uluslararası örgütlerin hukuk kişiliklerinin fonksiyonel olduğunu, diğer bir ifadeyle kendisini kuran andlaşma ile sınırlı olduğunu göstermesi açısından, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Silahlı Çatışmalarda Devletin Nükleer Silah Kullanmasının Hukukiliği*ne ilişkin danışma görüşüne kısaca değinmekte fayda vardır. Dünya Sağlık Örgütü (*the World Health Organisation*), nükleer silahların silahlı çatışmalarda kullanılmasının uluslararası hukuk kurallarına uygun olup olmadığı konusunda Divandan danışma görüşü talep etmiştir.[529] Divan, her şeyden önce Dünya Sağlık Örgütü'nün kendisinden böyle bir konuda danışma görüşü talep etme yetkisinin olup olmadığını incelemek zorunda kalmıştır. Bu kapsamda, Dünya Sağlık Örgütü Andlaşması'nın 2. maddesini inceleyen Divan, Örgütün nükleer silahların sağlık üzerine etkilerini inceleme yetkisinin bulunduğuna, böylesi bir yetkinin nükleer silah kullanımının hukuki olup olmadığına ilişkin konuları kapsayamayacağına karar vermiştir. Kısacası, nükleer silah kullanımının hukukiliği konusunun Örgütün yetki ve amaçları dışında, diğer bir ifadeyle kişiliğinin kapsamında olmadığına hükmedilmiştir.[530] Dünya Sağlık Örgütü'nün nükleer silah kullanımının hukukiliğine ilişkin danışma görüşü talebinin Divan tarafından reddedilmesi sebebiyle aynı konu daha sonra Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından Divana sorulmuş ve konu ile ilgili çok detaylı bir danışma görüşü alınmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Birleşmiş Milletler Andlaşması çerçevesinde Divandan nükleer silahların silahlı çatışmalarda kullanımı ile ilgili danışma görüşü talep etmesinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.[531]

B. Bir Evrensel Uluslararası Örgüt Örneği: Birleşmiş Milletler

Birinci Dünya Savaşı sonrası 1919'da kurulan Milletler Cemiyeti, tarihsel anlamda ilk küresel uluslararası örgüttür ve aynı zamanda Birleşmiş Milletler'in öncüsüdür. Milletler Cemiyeti uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması amacıyla kurulmuş olmasına rağmen, bu konuda başarılı olamamıştır. Başarısızlığının sebepleri arasında Amerika Birleşik Devletleri Senatosunun Milletler Cemiyeti Sözleşmesi'ni onaylamaması, Birleşik Devletlerin Cemiyetten kendini izole etmesi, üyelerinin askeri müdahalelerini önleyememesi, özellikle Sovyetler Birliği'nin 1934'te Cemiyete üye olması ve daha sonra Finlandiya'yı işgal etmesi ve akabinde üyelikten çıkarılması, Brezilya, Almanya ve Japonya'nın üyelikten çekilmesi, Almanya'nın Avusturya'yı işgal etmesi, İtalya'nın Etiyopya'yı işgali ve 1930'lu yıllardaki

küresel ekonomik kriz sayılabilir.[532]

1942'de bir grup Milletler Cemiyeti üyesi devlet Cemiyetin yeniden gözden geçirilip aktif hale getirilmesini değerlendirmiş ve sonuç olarak, Cemiyetin yerine bir başka küresel uluslararası örgüt kurulması fikri üzerinde anlaşmaya varmışlardır. Birleşmiş Milletler (*United Nations*) adı, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı *Roosvelt* tarafından teklif edilmiş ve ilk defa 1 Ocak 1942 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisi'nde kullanılmıştır.

Birleşmiş Milletler'in kurucu andlaşması niteliğindeki Birleşmiş Milletler Andlaşması, Nisan 1945'te San Fransisco'da toplanan konferansın görüşmeleri neticesinde 26 Haziran 1945'te konferansa katılan 50 üye tarafından imzalanmıştır. Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın yürürlük tarihi ise, 24 Ekim 1945'tir. Ayrıca bu görüşmelerde Uluslararası Adalet Divanı Statüsü de Birleşmiş Milletler Andlaşması'na ek olarak kabul edilmiştir.

1. Birleşmiş Milletlerin Amaçları ve İlkeleri

Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 1. maddesinde detaylı şekilde belirtilen örgütün amaçları kısaca dört başlık altında toplanabilir. Bunlar:

a) Uluslararası barış ve güvenliği sağlamak;

b) Uluslar-arasında dostça ilişkileri geliştirmek;

c) Uluslararası işbirliğini geliştirmek ve

d) Uluslararası uyuşmazlıkların veya sorunların çözüldüğü bir merkez olmak.[533]

Yukarıda belirtilen amaçlara ulaşılması için Birleşmiş Milletler Andlaşması 2. maddesinde uyulması gereken temel ilkeleri yedi fıkra halinde belirtmiştir. Buna göre, Birleşmiş Milletler ve üyeleri şu ilkelere uygun hareket etmek zorundadırlar:

a) Üye devletlerin egemen eşitliği ilkesi;

b) İyi niyet ilkesi;

c) Uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi;

d) Kuvvet kullanma yasağı;

e) Birleşmiş Milletler Andlaşması çerçevesinde alınacak her türlü eylem ve karara yardımcı olma;

f) Üye olmayan devletlerin de uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına katılımlarının gerçekleştirilmesi ve

g) Üye devletlerin ulusal yetkisine giren konulara karışılmaması (iç işlerine müdahale edilmemesi).[534]

2. Birleşmiş Milletler'e Üyelik

Birleşmiş Milletler'e üyelik, Andlaşmanın ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler üyelerini ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır:

a) Asli Üyeler: 1945'te San Fransisco'da Birleşmiş Milletler'in kurulmasına ilişkin Konferansa katılan devletler ile 1942'deki Birleşmiş Milletler Bildirisi'ni imzalamış devletler, asil üyeleri oluşturmaktadır ve bunların sayısı elli bir olup Türkiye'de bu üyeler arasındadır.

b) Sonra Kabul Edilen Üyeler: Andlaşmanın 4. maddesinde belirtilen barışsever olma ve Andlaşmanın getirdiği yükümlülükleri yerine getirme gücüne sahip oldukları Örgüt tarafından kabul edilen devletlerdir. 2019 yılı Mayıs ayı itibariyle bu şekilde Birleşmiş Milletlere üye kabul edilen devlet sayısı 142'ye ulaşmıştır. Dolayısıyla, asil üyelerle birlikte Örgüte üye sayısı devlet 193 olmuştur. Güney Sudan 14 Temmuz 2011'de Birleşmiş Milletler'e üye kabul edilen son devlettir.

Birleşmiş Milletler'e üyelik için başvuran bir devletin yukarıda belirtilen şartları taşıması yanında, üyeliğe kabul için Güvenlik Konseyi'nin üyeliği kabul yönünde Genel Kurul'a tavsiyede bulunması gerekmektedir. Buradaki Güvenlik Konseyi tavsiyesine ilişkin kararın alınmasına daimi üyelerin veto hakkı mevcuttur. Genel Kurul'un üyeliğe kabulünde de üçte iki nitelikli çoğunluk oyuna ihtiyaç vardır. Birleşmiş Milletler'in ilk yıllarında Soğuk Savaş sürecinde üyeliklerin kabul edilmediği görülmektedir. Özellikle, siyasi nedenlerle Batılı devletlerin Doğu Bloğu devletlerin üyeliklerinin reddi yönünde tavır almalarına tanıklık edilmiştir. Bu sebeple, Genel Kurul, üyeliğe kabul ile ilgili Uluslararası Adalet Divanı'ndan danışma görüşü almak zorunda kalmıştır. Divan, *Üyeliğe Kabul (Admissions Case) Davası*'ndaki[535] danışma görüşünde Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 4'te belirtilen şartların sınırlı sayıda olduğunu ve bu şartları yerine getiren devletlerin üyeliğe kabulü yönünde Güvenlik Konseyi'nin tavsiyede bulunma yükümlülüğü altında olduğunu hükme bağlamıştır. Divanın bu yaklaşımından sonra, siyasi gerekçelerle üyelik başvurusunun reddine ilişkin fazla bir örnek yaşanmamıştır. Ancak, Aralık 2014'de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Filistin Devleti'nin üye olmayan gözlemci devlet statüsünü bir kenara bırakarak tam üyelik başvurusu ile ilgili red kararının, üyeliğe ilişkin Birleşmiş Milletler Andlaşması düzenlemeleri ve Uluslararası Adalet Divanı'nın *Üyeliğe Kabul Davası*'nda (*Admissions Case*) verdiği

danışma görüşü ile çelişir olduğunu belirtmekte fayda vardır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, üyeliğe son verilmesi veya üyeliğin askıya alınması konusunda yetkilere sahiptir. Eğer, bir üye Andlaşmada belirtilen ilkeleri sürekli suretle ihlal ederse, Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul üçte iki niteliği oy çoğunluğu ile üyeliğe son verebilir.[536] Şu ana kadar, üyelikten çıkarılma yönünde herhangi bir uygulama bulunmamaktadır. Birleşmiş Milletler'in üyelikten çıkarmadan ziyade, üyeliğin askıya alınması yolunu tercih ettiği görülmektedir. Böylesi bir örnek 1974'de Güney Afrika'nın *apartheid* (ırkçılık) rejimi sebebiyle gerçekleşmiştir.[537]

Birleşmiş Milletler üyeliğinden çekilme konusunda Andlaşmada herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, üyelerin böylesine bir uygulamaya başvurması hususunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim, geçmişte Ocak 1965'de Endonezya üyelikten çekildiğini deklare etmiş, ancak Eylül 1966'da Birleşmiş Milletler'deki çalışmalara tekrar başlayacağını açıklamıştır. Endonezya'nın bu tutumu karşısında diğer üye devletler Endonezya'nın çekilme kararını gerçekten üyelikten ayrılma şeklinde algılamamışlar ve bu sebeple Endonezya'nın yeniden üyeliğe başvurusuna gerek kalmamıştır.[538]

3. Birleşmiş Milletler'in Ana Organları

Birleşmiş Milletler Andlaşması 7. madde düzenlemesine göre, Örgüt altı temel organdan oluşmaktadır. Bunlar; Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Vesayet Konseyi, Sekreterlik ve Uluslararası Adalet Divanı.

Genel Kurul

Tüm üye devletlerin eşit bir şekilde temsil edildiği Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (*the General Assembly*), 2019 yılı Mayıs ayı itibariyle 193 üye devletten oluşmaktadır. Her üye beşe kadar temsilci gönderme hakkına sahip olmakla birlikte, üyelerin sadece bir oy hakkı vardır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, uluslararası toplumun parlamentosu gibidir. Genel Kurul'un yetkileri ile ilgili düzenlemeler Andlaşmanın 10-17 maddeleri arasında yer almaktadır. Buna göre, Genel Kurul'un temel görevi, Birleşmiş Milletler Andlaşması kapsamına giren her konuyu görüşme, tartışma ve bunun neticesi üye devletlere veya Güvenlik Konsey'ine veya her ikisine birlikte tavsiyelerde bulunmaktır. Genel Kurul

yılda bir kez toplanmakla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin dokuz oyu ile veya Genel Kurul'un toplam üye sayısının çoğunluğunun kararı üzerine acil toplanabilir. Kararlar genellikle, basit çoğunluk ile alınmakla birlikte, üyeliğe kabul, üyelikten çıkarma, uluslararası barış ve güvenlik ile ilgili konularda hazır bulunan ve oylamaya katılanların üçte iki nitelikli çoğunluk oyuna ihtiyaç duyulmaktadır.

Genel Kurul her ne kadar yılda bir defa veya olağanüstü durumlarda acil olarak toplansa da, çalışmaları komiteler ve komisyonlar aracılığıyla yıl boyu devam etmektedir. Altı büyük komite Genel Kurul'un temel işlemlerini yürütmektedir. Bunlar, Silahsızlanma ve Uluslararası Güvenlik Komitesi (*Disarmament and International Securtiy Committee*), Ekonomi ve Finans Komitesi (*Economic and Finance Committee*), Sosyal, İnsani ve Kültür Komitesi (*Social, Humanitarian and Cultural Committee*), Özel Siyasi ve Sömürgeciliğin Sona Erdirilmesi Komitesi (*Special Political and Decolonisation Committee*), Yönetim ve Bütçe Komitesi (*Administrative and Budgetary Committee*) ve Hukuk Komitesi (*Legal Committee*).[539]

Yukarıda da belirtildiği üzere, Genel Kurul Birleşmiş Milletler Andlaşması çerçevesinde her konunun tartışılabileceği, küresel sorunların çözümü konusunda görüşlerin dile getirilebileceği bir forum niteliğindedir. Ancak, Genel Kurul uygulamalarına bakıldığında, Kurulun sadece sorunların tartışıldığı ve görüşüldüğü bir organ olmanın ötesine geçtiği de görülmektedir. Bu durumun en önemli örneğini 1950'de Genel Kurul tarafından alınan 377 sayılı Barış İçin Birlik (*Uniting for Peace*) kararı oluşturmaktadır. Adı geçen karar, Güvenlik Konseyi'nin veto hakkı bulunan daimi üyelerinin uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına yönelik karar alamamaları halinde, Genel Kurul'un bu boşluğu doldurucu kararlar alma yetkisini göstermesi açısından önemlidir. Genel Kurul'un uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden durumlar için bu yönde karar alması, Güvenlik Konseyi'nin barış ve güvenliğin sağlanması hususunda daha dikkatli davranması sonucunu da beraberinde getirmiştir.[540]

Genel Kurul kararlarının hukuki niteliği konusu uluslararası hukukun kaynakları bölümünde detaylı biçimde incelendiğinden, burada sadece o bölüme atıfta bulunmakla yetinilmektedir.

Güvenlik Konseyi

Genel Kurul'un uluslararası toplumun tamamını temsil etme özelliğine karşın Güvenlik Konseyi (*the Security Council*) çok daha küçük ve sınırlı bir yapılanmadır. Konsey 15 üyeden oluşmaktadır. Hatta, 1965'e kadar sadece

11 üyeden oluşmaktaydı. Genel Kurul tüm üyelerin karşılaşılan sorunları özgürce tanıştığı bir forumdur. Ancak, Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler'in daha hızlı ve etkin kararlar alabilmesi için öngörülen bir organ statüsündedir. Üyeler, herhangi bir sorunu karara bağlanması için Konseye havale edebilirler. Konsey, Genel Kurul'un aksine, sürekli bir organ niteliğindedir. Konsey üyelerinin temsilcileri, Birleşmiş Milletler'in merkezi New York'ta daimi suretle bulunmak zorundadırlar.[541]

Güvenlik Konseyi iki tür üyeye sahiptir: *Daimi/Sürekli Üyeler* ve *Geçici Üyeler*. Daimi üyeler beş tane olup Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Fransa, Çin ve Rusya'dan müteşekkildir. Geçici üyeler ise on tanedir ve iki yıllık süreler için Genel Kurul tarafından seçilmektedir.

Güvenlik Konseyi'nin temel görevi, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasıdır. Bu sorumluluğu yerine getirebilmesi için, Konseye Birleşmiş Milletler Andlaşması Bölüm VII'de gerekli yetkiler verilmiştir. Buna göre, madde 39 çerçevesinde Konsey, dünyanın herhangi bir bölgesinde gerçekleşen bir olayın veya durumun uluslararası barış veya güvenliği tehdit edip etmediğine karar verme yetkisine sahiptir. Eğer, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden bir durumun varlığına karar verilirse, Konsey, Andlaşmanın 41 ve 42. maddeleri uyarınca askeri kuvvet kullanma dahil her tür önlem alınmasına karar verebilir. Güvenlik Konseyi'nin bu yönde alacağı kararlar üye devletler açısından bağlayıcı niteliktedir.

Güvenlik Konseyi'nin herhangi bir konuda karar alabilmesi için, oybirliğine ihtiyaç duyulmamaktadır. On beş üyenin dokuzunun olumlu oy kullanması karar alınması için yeterlidir. Ancak, beş daimi üyeden herhangi birisinin kararı veto etmemesi şarttır. Daimi üyelerden herhangi birinin çekimser kalması, söz konusu kararı veto ettiği anlamına gelmemekte ve kararın alınmasına engel teşkil etmemektedir.[542] Daimi üyelerin veto hakkının olması, Güvenlik Konseyi'nden karar çıkarılmasını güçleştirmektedir. Bu sebeple, Konseyin bu çalışma yapısı, "demokrasi içerisinde diktatörlük" (*a dictatorship within a democracy*) olarak tanımlanabilir.[543]

Konseyin daimi üyelerinin veto hakkına sahip olması, özellikle kendilerini ilgilendiren konularda veya çıkarları ile çelişen hususlarda herhangi bir karar alınamaması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla açıkça uluslararası barışı tehdit eden olaylarla ilgili uluslararası toplum herhangi bir tepki verememektedir. Bu durumun çarpıcı örnekleri arasında, 1989'da Amerika Birleşik Devletleri'nin Panama'yı işgali; 1986'da Yeni Zelanda'da

Greenpeace gemisi *Rainbow Warrior*'un batırılması ve mürettebatının öldürülmesi olayında Fransız gizli servisinin yer alması; 1982 yılında Birleşik Krallık ile Arjantin arasındaki Falkland Adaları Savaşı; 1979'da Sovyetler Birliği'nin Afganistan'ı işgali ve 1989'da Pekin'deki Tiananmen Meydanı'nda yaklaşık 3.000 sivilin öldürülmesi gösterilebilir.[544] Daimi üyelerin kendi uluslararası hukuk ihlalleri karşısında Birleşmiş Milletler'in sessiz kalması ve dünyanın değişik bölgelerindeki silahlı çatışmalarla ilgili aktif rol oynamaması, genelde Birleşmiş Milletler'e, özelde ise Güvenlik Konseyi'ne olan güveni temelden sarsmıştır. Özellikle, 1991-1995 yıllan arasında Eski Yugoslavya'nın dağılma sürecinde Avrupa'nın ortasında Bosna-Hersek'te yüzbinlerce insanın öldürülmesi ve 1994'te Afrika'nın kalbi Ruanda'da soykırım suçu başta olmak üzere, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçların önlenememesi, bu eleştirileri haklı çıkarmaktadır.

Güvenlik Konseyi'nin mevcut karar alma usulü veto hakkı ile birlikte devam ettiği sürece, Konseyin, uluslararası silahlı çatışmaları veya uluslararası hukuk ihlallerini ortadan kaldırma ihtimali yoktur. Olması gereken, her şeyden önce veto hakkının kaldırılması ve karar alma mekanizmalarının yeni bir düzenlemeye tabi tutulmasıdır. Diğer bir ifadeyle, İkinci Dünya Savaşı sonrası şekillenen Birleşmiş Milletler ve Güvenlik Konseyi yapısı değiştirilmelidir. Artık, dünya ve uluslararası toplum İkinci Dünya Savaşı esnasındaki yapıdan çok farklıdır. Veto hakkının kaldırılması yanında, Güvenlik Konseyi daimi üye sayısının artırılması gerekmektedir. Dünya ekonomilerinde ağırlığı tartışılmaz olan Almanya, Japonya gibi devletlerin bu anlamda daimi üyelikleri tartışılmamalıdır. Gelişen bir ekonomi ve büyük bir nüfusa sahip Hindistan, yine aynı şekilde dünya enerji ihtiyaçlarını karşılamakta birinci derecede rol oynayan Arap devletlerinden bir tanesinin, daimi üyeliği olmalıdır. Hiç şüphesiz, Orta Doğu'da, Orta Asya'da ve Balkanlar'da siyasi ve ekonomik açıdan önemli bir rol üstlenen ve dünyanın 16. büyük ekonomisine sahip Türkiye'nin de bu anlamda Güvenlik Konseyi'ne sürekli üyeliği bir an önce gerçekleşmelidir. Böylesi bir yeniden yapılanma, hem Birleşmiş Milletler'e hem de Güvenlik Konseyi'ne olan güveni yeniden artıracak ve uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında devasa bir adım atılmış olacaktır.

Ekonomik ve Sosyal Konsey

Milletler Cemiyeti'nin askeri ve siyasi sorunlara öncelik vermesine karşın, Birleşmiş Milletler sistemi, çatışmaların çıkmasında ekonomik ve sosyal unsurların ağırlığı sebebiyle, insan hakları, bireylerin sosyal refah seviyesi,

eğitim ve sağlık alanlarında da etkin olmayı tercih etmiştir.[545]

Ekonomik ve Sosyal Konsey (*the Economic and Social Council*) 54 üyeden oluşmaktadır ve dönüşümlü olarak her yıl 18 üye üçer yıllık dönemler için Genel Kurul tarafından seçilmektedir. Güvenlik Konseyi daimi üyeleri burada da her zaman seçilmektedir. Her bir üyenin tek oyu bulunan Konseyde kararlar basit çoğunlukla alınmaktadır.[546]

Ekonomik ve Sosyal Konsey, Genel Kurul'un yetkisi altında çalışmakta ve Genel Kurul'a tavsiyelerde bulunmaktadır. Konu ile ilgili Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 62 düzenlemesi, Konseyin görevlerini belirtmektedir. Buna göre, Ekonomik ve Sosyal Konsey, uluslararası ekonomi, sosyal, kültürel, eğitim, sağlık ve ilgili konularda çalışmalar yapabilir, raporlar sunabilir ve yetkisi çerçevesinde Genel Kurul'a, Birleşmiş Milletler'e ve diğer yardımcı nitelikli uzman organlara tavsiyelerde bulunabilir.

Ekonomik ve Sosyal Konsey, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili çalışmalar konusunda ön plana çıkmıştır. Özellikle, insan haklarının gelişimi konusunda Konsey, İnsan Hakları Komisyonu'nu kurmuştur. Komisyonun ilk faaliyetlerinden birisi 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni hazırlamak olmuştur. Komisyonun en önemli çalışmalarından bir diğeri de "İkiz Sözleşmeler" olarak bilinen 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Uluslararası Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'dir. Genel Kurul'da kabul edilen her iki Sözleşme 1976'da yürürlüğe girmiştir.

Vesayet Konseyi

Milletler Cemiyeti döneminde manda yönetimi benimsenmişken Birleşmiş Milletler yapısı yeni bir model olan vesayet sistemini getirmiştir. Bu sistemde kendi kendini yönetemeyecek durumda bulunan insan toplulukları ve ülkeler, Vesayet Konseyi'nin (*the Trusteeship Council*) denetimi altında varlıklarım sürdürmüşlerdir. Vesayet sistemi çerçevesinde 1994'te bağımsızlığını kazanan son devlet Palau'dur. Vesayet altında herhangi bir ülke veya insan topluluğu kalmaması sebebiyle, 1 Kasım 1994 itibariyle Konsey faaliyetlerini askıya almıştır.[547] Ancak, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda değişiklik yapılması gerektiği için, fiilen hiçbir görevi olmamakla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinden oluşan Konsey, hukuki varlığını sürdürmeye devam etmektedir.[548]

Her ne kadar günümüzde Birleşmiş Milletler'in Vesayet Konseyi denetiminde bulunan bir ülke olmasa da, Birleşmiş Milletler'in özellikle Soğuk Savaş sonrası gerçekleştirdiği eylemlerinin "çağdaş sömürgecilik"

(*contemporary colonialism*)[549] şeklinde adlandırılabilecek bazı uygulamalarına burada kısaca değinmekte fayda vardır. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler'in Doğu Timor ve Kosova yönetimi "eşi benzeri olmayan" (*unique*) yönetimler olarak nitelendirilmektedir. Her iki olay, Birleşmiş Milletler Andlaşmaşı'nın hiçbir yerinde hukuki dayanağı olmayan, Güvenlik Konseyi kararları aracılığıyla Birleşmiş Milletler'in yeni bir devlet veya ulus oluşturmasının ilk örnekleridir. Çatışma sonrası Birleşmiş Milletler önderliğinde kurulan yönetimler, yeni bir devlet meydana getirilmesi anlamında geçmişteki sömürgecilik sistemi ile kıyaslanabilir. Bir anlamda, Milletler Cemiyeti döneminin manda sistemi ile Birleşmiş Milletler'in vesayet sisteminin yerini, Birleşmiş Milletler'in adı geçen yeni uygulaması almıştır.[550]

Birleşmiş Milletler'in Doğu Timor ve Kosova'daki faaliyetleri barış gücü operasyonları niteliğinde değildir. Bu faaliyetlerdeki temel özellik, sivil yönetimdir. Diğer bir açıdan bakıldığında, uluslararası ülke yönetimi gerçekten de sömürgeci işgalden farklılık göstermekte midir? Kosova örneğine bakıldığında, Tito'nun komünist yönetiminde sahip olunan özerklikten, çok daha azının Birleşmiş Milletler Kosova Misyonu tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Sonuç olarak, Birleşmiş Milletler Yönetimi altındaki Doğu Timor ve Kosova bağımsızlıklarını ilan etmişler ve uluslararası alanda yerlerini almışlardır. Birleşmiş Milletler'in Soğuk Savaş sonrası izlediği yeni yöntem ve yeni devletlerin kurulması tartışma konusu olmuş ve adı geçen uygulama yeni emperyalizm (*new imperialism*) ve postmodern emperyalizm (*postmodern imperialism*) şeklinde adlandırılmalara neden olmuştur.[551]

Sekreterlik

Birleşmiş Milletler Sekreterliği (*the Secretariat*), Genel Sekreter ve çalışanlarından oluşmaktadır. Sekreterlik, Birleşmiş Milletler'in bütün programlarının yürütülmesini sağlar. Genel Sekreterin başkanlığında dünyanın değişik yerlerinde başta New York, Cenevre, Viyana ve Nairobi olmak üzere çalışan personel sayısı otuz binin üzerindedir.[552] Genel Sekreter, Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul tarafından beş yıl için seçilir. Görev süresi dolan Genel Sekreter bir dönem daha bu göreve seçilebilir.

Genel Sekreter ve Birleşmiş Milletler çalışanları, Andlaşmanın 100. maddesi uyarınca, görevlerini icra ederlerken, Örgüt dışında başka hiçbir devlet veya otoriteden talimat alamazlar, sadece Örgüt adına bağımsız

hareket ederler ve Örgüte karşı sorumludurlar.

Genel Sekreter; Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey ile Vesayet Konsey'inin kendisine tevdi edeceği görevleri, Andlaşmanın 98. maddesi gereğince yapmak zorundadır. Genel Sekreterin görevleri arasında 99. madde düzenlemesinden kaynaklanan uluslararası barış ve güvenliğin tehlikeye düştüğü yönünde bir düşüncesi oluştuğunda, söz konusu durumu Güvenlik Konseyi'nin dikkatine sunmak da bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'nin uluslararası alanda ve medyada en çok karşılaşılan işlevi, önleyici diplomasi rolüdür. Başka bir ifadeyle, uluslararası çatışmaların önlenmesinde veya herhangi bir uluslararası uyuşmazlık var ise onun çözümünde Genel Sekreterlerin önemli bir rol üstlendikleri görülmektedir. Örneğin, Fransa ile Yeni Zelanda arasında *Greenpeace* Örgütünün *Rainbow Warrior* adlı gemisinin batırılması ve mürettebatının öldürülmesi olayı sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde dönemin Genel Sekreteri Butros Gali hakem tayin edilmiştir. Bir diğer örnek, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile Güney Kıbrıs Rum Yönetimi arasındaki sorunların çözümüne yönelik dönemin Genel Sekreteri Kofi Annan tarafından hazırlanan ve Annan Planı olarak adlandırılan çalışmadır. Nitekim, Kıbrıs'ın tamamını ilgilendiren geniş kapsamlı çözümler öneren Annan Planı, adanın her iki tarafında halkoylamasına sunulmuş, Kıbrıs Türklerinin büyük çoğunlukla onayladığı plan, Kıbrıslı Rumlarca reddedilmiş ve Annan Planı başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Ancak, Annan Planı, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinin uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde aldığı rolü göstermesi açısından son derece önemlidir.

Uluslararası Adalet Divanı

Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 92 hükmüne göre, Birleşmiş Milletler'in temel yargı organı Uluslararası Adalet Divanı'dır (*the International Court of Justice*). Bilindiği üzere, Uluslararası Adalet Divanı, Hollanda'nın Lahey (*The Hague*) şehrinde bulunmaktadır ve dünya mahkemesi (*the world Court*) olarak adlandırılmaktadır. Divanın iki önemli görevi vardır. Bunlardan birincisi, devletler arasında çıkan uluslararası hukuki uyuşmazlıkları çözmek olup bu tür uyuşmazlıklar çekişmeli yargı davası (*contentious cases*) şeklinde görülmektedir. Divanın ikinci görevi ise, danışma görüşü (*advisory opinion*) vermektir.

Divanın Birleşmiş Milletler yargı organı olarak kurulması, uluslararası hukuki uyuşmazlıkların aynı zamanda Birleşmiş Milletler'in diğer organlarının örneğin Güvenlik Konseyi veya Genel Kurul'un gündeminde

olması yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil etmeyecektir. Her ne kadar, Divanın *Lockerbie Davası*[553]'nda, önündeki hukuki uyuşmazlıkla ilgili olmasına rağmen Güvenlik Konseyi'ne öncelik tanıması yönündeki kararı, sonraki uygulamalarıyla haklı biçimde terk edilmiştir. Bu uygulamaların en önemli örnekleri arasında ilk olarak Divanın 2004 tarihli *İşgal altındaki Filistin Ülkesinde Duvar İnşaatının Hukuki Sonuçlarına İlişkin Danışma Görüşü (Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*[554]*)* belirtilebilir. Söz konusu davada, Divan, Güvenlik Konseyi tarafından ele alınmakta olan konu ile ilgili Genel Kurul'un danışma görüşü talep etme yetkisinin olamayacağı yönündeki iddiayı karara bağlamak zorunda kalmıştır. Gerçi konu her ne kadar, Genel Kurul ile Güvenlik Konseyi'nin aynı anda aynı konu hakkında karar alıp alamaması ile ilgili Birleşmiş Milletler örgütünün iç meselesi gibi yorumlansa da, Divan, Filistin-İsrail sorununun Güvenlik Konseyi tarafından ele alındığı gerekçesiyle danışma görüşü vermeyi reddetmemiştir. İkinci örnek ise, 2008 tarihli *Kosova'nın Tek-taraflı Bağımsızlık Bildirgesi'nin Uluslararası Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüdür (Advisory Opinion on the Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*[555)]. Divan, Kosova'nın bağımsızlığını ilan etmesi gibi gerek Genel Kurul gerekse Güvenlik Konseyi nezdinde tartışmaların sürdüğü ve birtakım önlemlerin uygulandığı süreçte, konunun hukuki yönüyle ilgili karar almada herhangi bir tereddüte düşmemiştir. Divanın bu yöndeki tavrının sadece danışma görüşü ile sınırlı olduğunu da söylemek mümkün değildir. Şöyle ki çekişmeli davalarda da Divan aynı tutumu sergilemektedir. Bu durumun da en yeni örnekleri arasında 2011 tarihli Yunanistan ile Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti arasındaki 13 Eylül 1995 tarihli *Geçici Andlaşmanın Uygulanması Davası (Application of the Interim Accord of 13 September 1995)*[556] gösterilebilir. Davanın taraflarından Yunanistan'ın dava konusu uyuşmazlığın Güvenlik Konseyi girişimiyle çözüleceği yönündeki iddiası reddedilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Uluslararası Adalet Divanı ile ilgili en büyük eleştiri, yargı yetkisinin zorunlu olmamasıdır. İki devlet arasında uluslararası hukuki nitelikli bir uyuşmazlığın çözülebilmesi için, mutlaka her iki tarafın Divanın yargı yetkisini kabul etmesi gerekmektedir.

V. GERÇEK VE TÜZEL KİŞİLER

Ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi, uluslararası hukuk alanında da bireylerin gerçek kişiler (*individuals*) ve tüzel kişiler (*legal persons*) olarak ele alınmasında fayda vardır.

A. Gerçek Kişiler

Gerçek kişilerin, insanoğlunun bir mensubu olarak uluslararası hukuk kişisi kabul edilmeleri, günümüz algılaması ile oldukça doğal karşılanabilir. Ancak, gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliği oldukça yenidir ve özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bireylerin uluslararası hukuk kişiliği hususu gittikçe artan biçimde öne çıkmaya başlamıştır. Bu durumun temel sebebi, uzun yıllar sadece devletlerin uluslararası hukuk kişiliğinin kabul edilmesidir. İnsanlığın ortak düşmanı kabul edilen korsanlık suçu hariç, uluslararası hukuk, yüzyıllarca devletlerin hukuk sistemi olarak anılmıştır. Devletler uluslararası hukuk kişisi, bireyler ise devletlerin bir objesi şeklinde değerlendirilmiştir.[557] Gerçek kişilerin devletlerin objesi olduğu yönündeki geleneksel algı ve bu yöndeki uygulamanın en tipik örneği, 1928 tarihli Almanya ile Polonya arasındaki *Danzig Demiryolu Davası (Danzig Railway Case*)dır.[558] Dönemin Uluslararası Sürekli Adalet Divanı danışma görüşünde, iki devlet arasında yapılan bir andlaşmadan bireyler için herhangi bir yükümlülük veya hak doğmayacağını belirtmiştir.[559]

Gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişisi olarak uluslararası düzeyde hak sahibi olmaları veya yükümlülük altına girmeleri, sınırlı bir uluslararası hukuk kişiliğine kavuşmaları İkinci Dünya Savaşı sonrası gerçekleşmiştir. Gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliği, özellikle iki önemli uluslararası hukuk sahasında gözlemlenmektedir: Uluslararası Ceza Hukuku ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku.

İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri, gerçek kişilerin uluslararası hukuk kişiliği konusunda, yepyeni bir sayfa açmıştır. Gerçek kişilerin savaş suçları, saldırı suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlar gibi uluslararası suçlar sebebiyle uluslararası bireysel cezai sorumluluklarının tesisi mümkün olmuştur. Bireylerin devlet adına hareket ediyor olmaları veya üstün emirlerini icra etmeleri, uluslararası cezai sorumluluğun kaldırılmasında etkili olmamıştır. Bu noktada, Nüremberg Mahkemesi'nin Amerikalı Başsavcısı Robert Jackson'ın açış konuşması tarihi bir önem arz etmektedir: "*İnsanlığa karşı suçlar bireyler tarafından işlenmektedir, soyut varlıklar tarafından değil ve sadece söz*

konusu suçları işleyen bireylerin cezalandırılması ile uluslararası hukuk kuralları uygulanabilir."[560]

Bireylerin uluslararası suçlar sebebiyle cezai sorumluluklarının daha detaylı uygulama alanı bulduğu diğer örnekler arasında, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi bulunmaktadır. Her iki mahkemenin başarılı uygulamaları ve içtihatları 1998'de Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün kabulünü kolaylaştırmıştır.[561] Hollanda'nın Lahey kentinde bulunan Uluslararası Ceza Mahkemesi 1 Temmuz 2002 itibariyle yürürlük kazanmış sürekli nitelikli bir uluslararası yargı kuruluşudur.[562]

Bireylerin, uluslararası düzeyde sadece sorumlu tutulmaları değil aynı zamanda haklardan da yararlanmaları uluslararası insan hakları hukukunun gelişimiyle mümkün olmuştur. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Uluslararası Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin kabulü, adı geçen hakların elde edilmesinde önemli kilometre taşları olmuşlardır. Diğer yandan Avrupa Konseyi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları da, bireylerin uluslararası düzeyde en azından temel haklar ve özgürlükler bakımından uluslararası hukuk kişisi kabul edilmelerinde çok etkin rol oynamışlardır. Artık, insan hakları konusu, devletlerin kendilerini ilgilendiren bir sorun olmanın çok ötesine geçmiştir. Temel hak ve özgürlükler her birey için doğumla elde edilen ve kendisinden vazgeçilemeyen haklar statüsüne ulaşmıştır.[563]

B. Tüzel Kişiler

İkinci Dünya Savaşı sonrası tüzel kişilerin (*legal persons*) uluslararası hukuk alanında etkin olmaya başladıkları gözlenmektedir. Küreselleşmenin dünyayı küçük bir köy haline dönüştürmesi, uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkilerin iç içe geçmesi, adeta sınırların ortadan kalktığı bir uluslararası ticaret uygulamasının olması, uluslararası ekonomi hukukunun gelişimi, Dünya Ticaret Örgütü'nün aktif olması, iklim değişikliği, çevrenin korunması v.b. durumlar, uluslararası hukukun gelişiminde ve uygulanmasında tüzel kişilerin de uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmasını zorunlu kılmaktadır.

Her ne kadar sınırlı bir kişilik ve role sahip olsalar da, içinde

bulunduğumuz asırda, hiç şüphesiz tüzel kişiler, uluslararası hukukun en önemli hukuk kişileri olmaya en güçlü adaylardandır. Uluslararası hukuk kişiliği açısından tüzel kişilikleri ve önemli özelliklerini iki alt başlıkta incelemekte fayda vardır: Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları ve Çok-uluslu Şirketler.

1. Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları

Uluslararası sivil toplum kuruluşları (*international non-govemental organisations, NGO's*), ulusal hukuk sistemlerine göre kurulan, fakat küresel düzeyde karşılaşılan sorunlara dikkat çekmeyi ve onlara çözüm bulmayı amaç edinen global sivil toplum yapılanmalarıdır. Gerçekleştirdikleri faaliyetler ile hem ulusal hem de uluslararası düzeyde uluslararası hukuk kişilerini etkilemektedirler. Her ne kadar ulusal hukuk sistemleri çerçevesinde kurulmuş olsalar da, sivil toplum kuruluşlarının etkileri ulusal sınırları aşmaktadır. Uluslararası Kızılay ve Kızılhaç Federasyonu, Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Örgütü örneklerinde olduğu gibi uluslararası sivil toplum kuruluşları uluslararası hukukun değişik alanlarında ve tüm insanlığı ilgilendiren konularda çalışmalar yapmakta ve bu yönüyle uluslararası hukukun gelişimine katkıda bulunmaktadır. Uluslararası insani hukuk ve savaş hukukuna ilişkin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile 1977 tarihli Ek Protokollerin hazırlanmasında Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün yaptığı katkı tartışmasızdır.[564]

Uluslararası sivil toplum kuruluşları, küresel yönetim anlamında, politikaların oluşturulmasında önemli görevler üstlenmektedir. Gerçekleştirdikleri lobi faaliyetleri, firmalar üzerindeki baskıları, ulusal ve uluslararası alanda bünyelerindeki hukukçuların hazırladıkları hukuki görüşleri mahkemelere sunmaları, insan hakları, çevre, ticaret, iklim ve birçok benzer alanlardaki konferanslara katılmaları sayesinde, sivil toplum kuruluşları, devletleri ve uluslararası örgütleri etkileri altına almaktadır. Özellikle, son yıllarda uluslararası konferanslarda, sivil toplum kuruluşu temsilcilerinin diğer devlet ve uluslararası örgüt temsilcilerinden sayı olarak daha fazla ve daha etkin oldukları gözlemlenmektedir.[565] Örneğin, 1992 Çevre Sorunları ile İlgili Dünya Zirvesine 1400 sivil toplum kuruluşu temsilcisi katılmış ve yaklaşık 100'ü devlet başkanı olmak üzere 150 devlet delegasyonunu etkilemeye çalışmışlardır. Sivil toplum kuruluşlarının sayısı 100 bini geçmekle birlikte, bunlardan uluslararası nitelikli olanı 5 bin

civarındadır.[566]

Uluslararası sivil toplum kuruluşlarının uluslararası hukuk kişiliği oldukça sınırlıdır. Hatta, bazı yazarlara göre, uluslararası sivil toplum kuruluşlarının uluslararası hukuk kişiliği bulunmamaktadır.[567] Böylesi bir görüşün, günümüzde savunulması aşağıdaki gerçeklikler ışığında pek mümkün görünmemektedir.

Hiç şüphesiz, uluslararası sivil toplum kuruluşlarının uluslararası hukukun gelişiminde ve uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde oynadıkları rol, uluslararası hukuk kişiliklerinin var olup olmaması konusunun veya sınırlı kişiliklerinin çok ötesine geçmiştir. Sivil toplum kuruluşları, kuruldukları ülkenin iç hukuk düzenlemelerine tabidirler ve kişilikleri de bu çerçevede ele alınır. Ulusal hukuk sistemlerinde kar amacı gütmeyen sivil toplum kuruluşları şeklinde kabul edilirler, vergiden muaftırlar ve hukuk davaları bakımından davacı veya davalı olabilmektedirler. Uluslararası düzeyde ise, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 71 çerçevesinde Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin yetkisine giren konularda danışman statüsünden (*consultative status*) faydalanmaktadırlar. Andlaşmalar hukuku açısından, en üst seviyede bulunan Birleşmiş Milletler Andlaşması'na göre danışman statüsü elde edebilen sivil toplum kuruluşlarının işbu statüleri, uluslararası hukuk kişiliklerinin kabulü açısından önemlidir.[568] Bölgesel nitelikli bir uluslararası örgüt olan Avrupa Konseyi, özel bir andlaşma ile sivil toplum kuruluşlarının rolünü düzenleyerek, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın ötesine geçmiştir. Avrupa Konseyi, sivil toplum kuruluşlarının haklarını ve yükümlülüklerini düzenlediği Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşlarının Hukuki Kişiliğinin Tanınmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi 1991'de yürürlüğe girmiştir ve Konsey üyelerinin dörtte biri, adı geçen Sözleşmeyi onaylamıştır.[569]

Sivil toplum kuruluşlarının belli oranda uluslararası hukuk kişiliği olduğuna dair en güçlü delillerden bir tanesi, Fransa ile *Greenpeace* örgütü arasındaki 1987 tarihli hakemlik davasıdır. 1985'te Fransız özel kuvvetleri *Greenpeace* örgütüne ait *Rainbow Warrior* adlı gemiyi Yeni Zelanda'nın Auckland limanında batırmışlar ve bir mürettebatın ölümüne sebep olmuşlardır. Bilindiği üzere, *Rainbow Warrior*, Fransa'nın o bölgede gerçekleştirmekte olduğu nükleer denemeleri protesto için orada bulunmaktaydı. Dönemin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Butros Ghali hakem olarak tayin edilmiş ve *Greenpeace* uluslararası sivil toplum kuruluşu olarak, hakemlik sürecinde yerini almıştır.[570] Uluslararası hukuk

kişiliğinin tipik özelliklerinden birisi olan uluslararası düzeyde hakkını koruma, davacı veya davalı olabilme açısından *Rainbow Warrior Davası*, bir yönüyle sivil toplum örgütlerinin uluslararası hukuk kişiliğini tesis anlamında çok önemli bir adımdır.

2. Çok-Uluslu/Ulus-Ötesi Şirketler

Çok-uluslu veya ulus-ötesi şirketler (*multinational corporations, transnational corporations*), aslında bir anlamda özel yönlü uluslararası sivil toplum kuruluşu gibidirler. Ancak, faaliyetleri ve etkileri, sivil toplum kuruluşlarının çok ötesine geçmektedir. Çok-uluslu şirketler, küreselleşmenin en önemli sebeplerinden bir tanesidir ve küreselleşmenin ekonomik/iktisadi aktörleridir. Belli bir ülkede kurulmakla birlikte, çok değişik ülkelerde faaliyette bulunmaktadırlar. BMW örneğinde olduğu gibi, firmanın merkezi Almanya'nın Bavyera eyaletinde, üretim Almanya, Avusturya ve Amerika Birleşik Devletleri'nde, satışlar ise 100'den farklı devlette gerçekleştirilmektedir. General Motor, Coca Cola, Nestle, Michelin, Sony, Pfizer, McDonald's, Burger King, Boeing v.b. yüzlerce çok-uluslu şirket, ucuz işgücü, hammadde ve pazar arayışında olup, ulusal düzeylerde yatırımlar yapmaktadır.[571]

250 bin civarında yan kuruluşu ile birlikte yaklaşık 38 bin çok-uluslu şirket, dünyanın birçok ülkesine dağılmıştır. Günümüz dünya ekonomisinin çok önemli bir kesimi, mal ve hizmet sektörü, teknoloji transferi, patent sahipliği ve sermaye yatırımı başta olmak üzere, çok-uluslu şirketlere aittir.[572]

Çok-uluslu şirketlerin dünya ekonomisinde oynadıkları rol ortada olmakla birlikte, uluslararası hukuk kişilikleri tartışmalıdır. Çok-uluslu şirketler de aynen uluslararası sivil toplum kuruluşlarında olduğu gibi, belli bir devletin iç hukuk sistemine göre kurulmaktadır. Merkezlerinin bulunduğu veya adına tescil yapılan ülkenin uyrukluğuna tabi olan çok-uluslu şirketler, kural olarak, ulusal hukuk düzenlemelerine tabidirler. Uluslararası hukuk sahasında, çok-uluslu şirketlerle ilgili karşılaşılan en önemli sorun ve uygulama, çok-uluslu şirketin uyrukluğu konusunda olmaktadır. Bu bağlamda öne çıkan soru, çok-uluslu şirketin uyrukluğunun adına tescil yapılan ülkeye mi yoksa şirketin hisselerini elinde bulunduran bireylerin vatandaşlığına göre mi tespit edileceğidir. Konu ile ilgili en önemli uluslararası yargı kararı, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1970 tarihli *Barcelona Traction Davası*'dır. Divan,

Barcelona Traction şirketinin Toronto'ya kayıtlı olması sebebiyle Kanada uyruğunda olduğuna karar vermiştir. Şirket hisselerinin çoğunluğunun Belçika vatandaşlarına ait olması, *Barcelona Traction*'ı bir Belçikalı firmaya dönüştürmez. Hissedarların uluslararası düzeyde hak iddia edebilmesi, belli bir devletin diplomatik korumasından faydalanması sadece Kanada aracılığıyla gerçekleşebilecektir.[573]

Çok-uluslu şirketlerin uyruğunda bulunduğu devletin hukuk sistemine göre değerlendirilmesi gerektiği yönündeki algılamaların ve uygulamaların, içinde bulunulan yüzyılda değişmesi gerektiği açıktır. Çok-uluslu şirketlerin, uluslararası düzeyde, uluslararası yargı kuruluşları nezdinde bağımsız olarak davacı ve davalı olabilmesi, uluslararası hukuk kişiliklerinin tanınması kaçınılmaz görünmektedir. Bu anlamda Avrupa Birliği ve özellikle Avrupa Adalet Divanı uygulamaları yol gösterici olabilir. Nitekim, Divan, 1952'den itibaren üye devletler, Birlik kurumları ve bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevlidir. Dolayısıyla, şirketlerin de tarafı olduğu davalar Avrupa Adalet Divanı tarafından sonuçlandırılmakta ve bu anlamda Divanın yargı yetkisi kapsamında bulunması sebebiyle, şirketlerin uluslararası hukuk kişilikleri de kabul edilmiş olmaktadır.[574]

Uluslararası alanda şirketlerin uluslararası düzeyde hak talep edebildikleri en güzel örneklerden bir diğeri de İran-Birleşik Devletler Alacaklar Mahkemesi'dir (*Iran-US Claims Tribunal*). Söz konusu Mahkeme huzurunda hem gerçek kişiler hem de şirketler alacaklarını dava etmişlerdir. Mahkemenin vermiş olduğu kararlar bağlayıcı niteliktedir. İran-BirIleşik Devletler Alacaklar Mahkemesi uygulaması, *Barcelona Traction Davası*'nda tanıklık edilen devletin uyruğundaki bireyler veya şirketler adına hareket etmesi gerçekliğinin çok ötesine geçmiştir.[575]

VI. TANIMA

Uluslararası hukukta en genel anlamıyla tanıma (*recognition*), uluslararası hukuk kişiliğinin diğer uluslararası hukuk kişileri tarafından kabul edilmesi şeklinde tanımlanabilir. Aşağıda detaylı değinileceği üzere, tanıma işlemi, uluslararası hukuk kişisinin tek taraflı bir işlemidir. Devletler ile ilgili açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, uluslararası toplum ve uluslararası hukuk durağan yapılar değildir. Uluslararası hukuk kişileri gerek sayı, gerekse kişilik kapsamı bakımından sürekli biçimde gelişme göstermektedir. Bazı devletlerin varlığı sona ererken, yeni devletlerin kurulmasına tanıklık

edilmektedir. Uluslararası hukuk kişilerinden devletler, yeni kurulan devletlerle uluslararası düzeyde ilişkiye girmek isterlerse, söz konusu devleti tanımakta, bir anlamda yeni devletin uluslararası hukuk kişiliğini kendisi açısından tescil etmektedir. Tanıma, her ne kadar bir uluslararası hukuk konusu olsa da, tanıma işlemi, özü itibarıyle siyasi niteliklidir.

Uluslararası hukukta tanıma denildiğinde, ifade edilmek istenilen bir devletin diğer devleti tanımasıdır. Dolayısıyla devletin tanınması hükümetin tanınmasından farklıdır. Devlet yapıları içerisinde kabul edilen sisteme göre, hükümetler kurulur, görevlerini icra ederler ve daha sonra yeni hükümetler oluşturulabilir. Her hükümet değişikliğinde, uluslararası hukuk kişilerinin yeni hükümeti tanıması diye bir şey söz konusu değildir. Ancak, bir devlette hükümet değişikliği olağan süreci içerisinde değil de örneğin, askeri müdahale yoluyla anayasal düzenlemelere aykırı biçimde, silahlı kuvvet kullanılarak veya yabancı devlet desteğiyle gerçekleşmişse hükümetin tanınması konusu gündeme gelebilmektedir. Böylesi, olağanüstü durumlarda, devletler kendi ulusal çıkarlarını ve özellikle vatandaşlarım ve mülklerini koruma düşüncesiyle yeni kurulan hükümeti tanıma yoluna gitmektedirler.

A. Tanımanın Hukuki Niteliği

Uluslararası hukukta tanımanın hukuki niteliğini açıklamaya çalışan iki görüş vardır: Kurucu Teori ve Açıklayıcı Teori.

Kurucu Teori

Kurucu görüşe (*constitutive theory*) göre, adından da anlaşılacağı üzere, bir devletin uluslararası hukuk kişiliğinin kabulü için, mutlaka diğer devletler tarafından tanınması gerekir. Başka bir ifadeyle, tanıma işlemi devletlerin kurucu unsurları arasında yer almaktadır. Eğer, yeni kurulan bir devlet diğer devletler tarafından tanınmamış ise, devlet kurulamamış ve uluslararası hukuk kişiliği kazanılamamıştır.[576]

Böylesi bir görüşün uluslararası hukuk açısından kabulü mümkün değildir. Şöyle ki, devletin kurucu unsurları, yukarıda da detaylı şekilde anlatıldığı üzere, insan topluluğu, ülke ve etkin siyasal yönetimdir. Bir devletin kurulabilmesi, kendisinin dışında diğer devletlerin takdirinde bulunan ve siyasi nitelikli bir işlem olan tanımaya bağlı tutulamaz. Bir devlet, kendi çıkarlarına uygun gördüğü takdirde, yeni ortaya çıkan devleti veya hükümeti tanımakta, kendisi açısından menfaatlerine ters düşen oluşumları tanımamaktadır. Nitekim, Çin Halk Cumhuriyeti ile Doğu Almanya

Cumhuriyeti, Batılı devletlerce uzun yıllar tanınmamıştır. Tanınma işleminin gerçekleşmediği süreçte Çin Halk Cumhuriyeti veya Doğu Almanya (Demokratik Almanya Cumhuriyeti) diye bir devlet yoktur denilebilir mi? Yine günümüzde Tayvan ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, uluslararası toplum üyelerince tanınmadı diye, adı geçen devletler yoktur denilebilir mi?

Yukarıdaki açıklamalardan da kolaylıkla anlaşılacağı gibi, kurucu görüşün uluslararası hukuk ve uluslararası ilişkiler alanından kabul görmeyeceği açıktır.

Açıklayıcı Teori

Açıklayıcı görüşe (*declaratory theory*) göre, devletin kurucu unsurları arasında tanıma işlemi yer almamaktadır. Tanıma işlemi, var olan fiili durumun kabulünden başka bir anlam taşımamaktadır. Tanıma işleminin siyasi niteliğinden dolayı, devletler, yeni kurulan bir devleti tanıyıp tanımamakta tamamen özgürdürler. Bir devletin tanınması, onunla uluslararası düzeyde ilişki kurulması arzusunun uluslararası topluma ilanıdır. Uluslararası hukuk kişiliği, tanıma işleminden bağımsız bir konudur. Uluslararası toplumun en son uygulamalarından birisi olarak 2008'de bağımsızlığını ilan eden Kosova devletine yaklaşımı, bu görüşleri destekler niteliktedir. Türkiye, Birleşik Devletler, Birleşik Krallık, Almanya, Fransa ve İtalya, Kosova'yı tanırken, Rusya ve Sırbistan tamamen aksi yönde tutum izlemişlerdir.

Uluslararası uygulama, açıklayıcı görüşün kabul edilmesi yönündedir. [577] Nitekim, tanınmayan devletlerin de uluslararası hukuk çerçevesinde yükümlülükleri vardır. Tanınmayan bir devlet uluslararası alanda, istediğini yapan, hukuki düzenlemeleri hiçe sayan yapılanmalar olarak kabul edilemezler. Tanınmayan devletler aleyhine uluslararası düzeyde hak taleplerinde bulunulduğu, diğer bir ifadeyle uluslararası yargı kuruluşları nezdinde davalı oldukları görülmektedir. Bu bağlamda, Birleşik Krallık tarafından henüz o dönemde kendisini tanımadığı Arnavutluk aleyhine Uluslararası Adalet Divanı'nda açtığı *Korfu Kanalı (Corfu Channel) Davası*[578] hatırlanabilir.

B. Tanıma Türleri

Uluslararası hukukta tanıma işlemi değişik açılardan sınıflandırılabilir. Başlıca tanıma yolları şu şekilde belirtilebilir: *De Jure-De Facto* Tanıma; Açık-Kapalı/Örtülü Tanıma; Şartlı Tanıma; Otomatik Tanıma.

1. De Jure-De Facto Tanıma

De jure tanıma, bir devleti veya hükümeti tam olarak tanımayı ifade eder. Başka bir ifadeyle, uluslararası hukukun tanımaya bağladığı bütün hüküm ve sonuçları kapsayan tanıma şeklinde tanımlanabilir. Genellikle, uluslararası hukukta tanıma denildiğinde ifade edilmek istenilen tanıma türü, *de jure* tanımadır. *De jure* tanımanın bir diğer önemli niteliği ise, bir kez tanıma gerçekleştiğinde geri alınamamasıdır.[579]

De facto tanıma ise, geçici tanıma olarak adlandırılabilir. Sınırlı bir tanımayı ifade eder. *De facto* tanıma geri alınabilir. Eğer, bir devletin başka bir devlet veya hükümetin hukukiliği ile ilgili şüpheleri var ise, ilk aşamada *de facto* tanıma yolu tercih edilebilir. Daha sonra ise *de jure* tanıma gerçekleştirilir. Uygulamada genellikle, iç savaş süreçlerinde alternatif bir devlet veya hükümet kurulduğu iddiaları ile karşılaşıldığında devletler, söz konusu devlet veya hükümeti, *de facto* tanımaktadırlar. Buradaki tanımanın temel sebebi, tanıyan devletin, *de facto* tanıdığı devlet veya hükümetin kontrolü altında bulunan vatandaşlarını, mülklerini, daha genel bir ifadeyle çıkarlarını koruma düşüncesidir. Böylesi bir durumun en yeni örneği olarak, Türkiye'nin 2011 yılındaki Libya lideri Kaddafi yönetiminin sona erdirilmesine yönelik askeri müdahale sürecinde izlediği politikalar gösterilebilir. Henüz, Kaddafi rejimi sona ermeden, Türkiye muhalif grup konumundaki Ulusal Geçiş Konseyi'ni (*National Transitional Council) de facto* tanımış, daha sonra ise *de jure* tanıma gerçekleştirilmiştir. Tarihteki örneklerden Birleşik Krallık'ın 1921'de Sovyetler Birliği'ni *de facto* ve 1924'de *de jure* tanıması hatırlanabilir.[580]

De jure tanıma ile *de facto* tanıma konusunda son bir noktaya değinmekte fayda vardır. Bazı çalışmalarda *de jure* tanıma için hukuki tanıma; *de facto* tanıma için de fiili tanıma ifadesinin kullanıldığı görülmektedir.[581] Böylesi bir ayrımın kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, gerek *de jure* gerekse *de facto* tanıma, her ikisi de hukuki tanımadır. *De facto* veya *de jure* tanıma, yukarıda da değinildiği üzere, tanınacak olan devletin varlığı veya hukukiliği ile ilgili şüpheler olup olmamasına göre şekillenen bir ayrımdır. Yoksa *de facto* tanımayı hukuki işleme başvurmadan gerçekleşen tanıma fiili tanımadır biçiminde değerlendiren görüş, tamamen yanlış olup örtülü tanıma ile de karıştırılmamalıdır.[582]

2. Açık-Örtülü/Kapalı Tanıma

Tanıma iradesinin açıklanma biçimine göre, tanıma açık tanıma (*express recognition*) ve kapalı/örtülü/zımni tanıma (*implied recognition*) olarak ikiye ayrılabilir.[583]

Açık tanımada, herhangi bir devleti tanımak isteyen devlet, bu yöndeki iradesini bir bildirim (*notification*) veya bir bildiri (*declaration*) ile gerçekleştirmektedir.[584]

Kapalı veya örtülü tanımada ise, tanımak isteyen devletin herhangi bir bildirim veya bildirisi olmamakla birlikte, tanınacak olan devletle girmiş olduğu öylesine işlemler vardır ki, tanınmanın gerçekleştiğine ilişkin herhangi bir şüphe bırakmamaktadır. Gerçekleştirilen davranış, tanımanın delili niteliğindedir. Aksi iddia edilmedikçe uluslararası hukukta kapalı tanıma kabul edilen durumlar şunlardır: a) tanıma olmadığına ilişkin herhangi bir çekince konulmadan ikili andlaşma yapmak; b) diplomatik ilişki kurmak; c) konsolosa *exequatur* vermek; d) bağımsızlık merasimine resmi devlet temsilcisi göndermek; e) sadece devletlerin üye kabul edildiği bir örgüte üyeliğin kabulü veya örgütte temsili yönünde olumlu oy kullanmak.[585] Buna karşılık şu durumlar ise, kapalı tanıma olarak kabul edilmez: a) aynı uluslararası konferansa katılmak; b) çok taraflı andlaşmaya taraf olmak; c) tanıma konusuna ilişkin görüşmeler yapmak; d) diplomasi temsilcileri dışında, diğer temsilcilerle ilişki kurmak; e) ticari ilişki kurmak.[586]

3. Şartlı — Şartsız Tanıma

Uluslararası hukukta bir devletin başka bir devleti veya hükümeti tanıması ilke olarak herhangi bir şarta bağlanmamaktadır. Devletin kurucu unsurlarının varlığı halinde, adı geçen devletle uluslararası düzeyde ilişkiye girmek isteyen diğer uluslararası hukuk kişileri tanıma yoluna gidebilirler. Bununla birlikte istisnai olarak, devlet veya hükümetlerin şartlı tanınması (*conditional recognition*) da mümkündür. Şartlı tanıma konusundaki en önemli uygulama, Avrupa Birliğinin, Doğu Avrupa ve Balkanlarda kurulan yeni devletleri tanıması sürecinde görülmüştür. 1991 yılı Haziran ayında Yugoslavya'nın dağılma sürecinde Slovenya ve Hırvatistan derhal bağımsızlıklarını ilan etmişler, Avrupa Birliği ve üye devletler, her iki devletin bağımsızlığını hemen tanımamışlardır. Aralık 1991'de Birlik üyesi devletlerin dışişleri bakanları bir araya gelmişler ve "Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği'nde kurulan yeni devletlerin tanınmasına ilişkin yol haritası" (*Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and*

in the Soviet Union)[587]nı kabul etmişlerdir. Birlik üyeleri beş şartın gerçekleşmesiyle tanıma işleminin olabileceğine karar vermişlerdir. Söz konusu şartlar şunlardır: İnsan haklarına saygı; azınlık haklarının garanti altına alınması; sınırların değişmezliğine saygı; bölgesel güvenlik ve istikrara katkıda bulunmayı kabul ve devletin halefiyeti ile ilgili uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü. Slovenya, Hırvatistan ve Bosna-Hersek, ileri sürülen şartları kabul ettiklerini beyan etmelerinin ardından 1992'nin ilk günlerinde tanınmışlardır. Avrupa Birliği'nin öngördüğü tanıma şartları, devletin unsurlarının varlığının açıkça çok ötesine geçmiştir.[588] Avrupa Birliği'nin ileri sürdüğü şartlar, çok net şekilde siyasi konulardadır ve bir devletin tanınması ile ilgili uluslararası yükümlülük şeklinde değerlendirilmesi de doğru değildir.[589] Avrupa Birliği ve üyelerinin Balkanlarda ve Sovyetler Birliği'nin dağılması neticesi ortaya çıkan devletlerin tanınması hususunda izlediği yol tanımanın hukuki olmaktan çok siyasi nitelikli bir işlem[590] olma özelliğini teyit etmesi açısından kayda değerdir. Ayrıca, tanımanın hukuki niteliğine ilişkin açıkla görüşün ne kadar yerinde olduğunun da açık bir delili niteliğindedir.

4. Otomatik Tanıma

Uluslararası uygulamada Sovyetler Birliği'nin dağılma süreci sonrasında, uluslararası toplum otomatik tanıma (*automatic recognition*) şeklinde adlandırılabilecek yeni bir tanıma türü ile tanışmıştır. 1991 tarihli Rusya Federasyonu, Ukrayna ve Beyaz Rusya arasındaki Minsk Andlaşması'nda, Sovyetler Birliği'nin sona erdiği belirtilmesine rağmen, daha sonra 13 Ocak 1992'de Rusya Federasyonu, Sovyetler Birliği'nin devam eden devleti niteliğinde olduğunu, bu sebeple tanınmasına ihtiyaç bulunmadığını bildirmiştir. Diğer devletler de bu bildirim çerçevesinde hareket etmişler, yeni devletleri açıkça tanımalarına karşın, Rusya Federasyonu'nu hiçbir tanıma işlemine başvurmadan otomatik tanımışlardır.[591] Bu uygulamadan hareketle, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde Sovyetler Birliği'nin daimi üyeliği Rusya Federasyonu'nca devam ettirilmektedir.

C. Tanımanın Hüküm ve Sonuçları

Her ne kadar tanıma siyasi nitelikli bir işlem olsa da, tanınan devletin, uluslararası düzeyde diğer uluslararası hukuk kişileri ile ilişkilerini

yürütebilmesi ve uluslararası toplumda yerini tam olarak alabilmesi açılarından tanımanın son derece önemli işlevlerinin olduğu unutulmamalıdır. Tanıma işlemi, geriye etkili hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Bu doğrultuda tanınan devletin yapmış olduğu işlemler, fiilen kurulduğu tarihten itibaren tanıyan devlet nezdinde geçerlilik kazanmaktadır. Tanıma dolayısıyla devletler, ikili andlaşmalara girebilmekte, diplomatik ilişki kurabilmekte, elçilik ve konsolosluklar açabilmektedirler. Tanınan devletin resmi nitelikli belgeleri uluslararası alanda geçerlilik kazanmaktadır. Örneğin, pasaport ve diğer resmi belgeler diğer devletlerce kabul edilmektedir. Tanınan devletin vatandaşları, özgürce seyahat edebilmektedir. Devlet dokunulmazlığı, ayrıcalıklar ve diğer kolaylıklar, tanıma ile bir anlam kazanmaktadır. Uluslararası sorumluluk tesisi anlamında, uluslararası yargı kuruluşları nezdinde hak talebinde bulunma, tanınma işlemiyle gerçekleşmektedir. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere, tanınmayan devlet, uluslararası alanda uluslararası hukuku ihlal eder şekilde hareket etme serbestisine sahip değildir. Tanınmayan devlet aleyhine uluslararası yargı kuruluşlarında dava açılma imkanı vardır. Nitekim, *Korfu Boğazı Davası*, Birleşik Krallık tarafından tanımadığı devlet Arnavutluk aleyhine Uluslararası Adalet Divanı'nda açılmış ve Divan davayı yürütmekte herhangi bir sakınca görmemiştir. Yine tanınmayan bir devletin ülkesi üzerindeki egemenlik hakkı göz ardı edilememektedir. Örneğin, hava sahasından uçuşlar tanınmayan devletin iznine bağlı, karasularından geçiş ise zararsız geçiş rejimine tabi olmaktadır.[592]

VII. SONUÇ

Uluslararası hukuk kişisi, uluslararası düzeyde hak sahibi olabilen yükümlülük altına girebilen ve haklarını ve sorumluluklarını uluslararası yargı kuruluşları nezdinde ileri sürebilen varlıklardır. Hiç şüphesiz, devletler en önemli uluslararası hukuk kişileridir. Ancak, uluslararası hukuk kapsam ve kişileri açısından durağan bir hukuk sistemi değildir. Nitekim, küreselleşmenin de etkisiyle uluslararası hukuk gelişmekte, uluslararası hukuk kişileri de çeşitlenmektedir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, devletlerin yanısıra, uluslararası örgütlerin ve bireylerin uluslararası hukuk kişilikleri de kabul edilmiştir. Uluslararası örgütlerin kişilikleri, kendilerini kuran kurucu andlaşmada belirtilen konularla sınırlı olduğundan işlevsel (fonksiyonel) bir kişilik söz konusudur. Bireyler ise, özellikle uluslararası

ceza hukuku ve insan hakları hukuku bağlamında uluslararası kişilik statüsünün beraberinde getirdiği yükümlülüklerden sorumlu tutulmaya ve haklardan faydalanmaya devam etmektedir. Ayrıca, uluslararası toplumun karşılaştığı iklim değişikliği, çevre, insan hakları, uluslararası terörizm gibi global nitelikli sorunlara karşı toplu bir tepki gösteren uluslararası sivil toplum kuruluşlarının, uluslararası hukuk kişiliklerinin tanınması bir zorunluluktur. Öte yandan, uluslararası ekonomi hukuku, uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası yatırımların artması ve gelişmesi çokuluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin de tanınmasını ve detaylı şekilde düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Devletlerin ve hükümetlerin uluslararası hukuk kişiliklerinin tanınması anlamında, tanımanın açıklayıcı nitelikli ve siyasal yönünün ön plana çıktığı, son uluslararası uygulamalar ile bir kez daha ortaya koyulmuştur. Avrupa Birliği ve üyelerinin, Doğu Avrupa ve Balkanlarda ortaya çıkan yeni devletleri tanıma konusunda izlediği yöntem, bu durumun en açık delilidir. Yine Rusya Federasyonu'nun tanınması örneğinde de görüldüğü üzere, uluslararası toplum otomatik tanıma adıyla yeni bir tanıma türüne tanıklık etmiştir. Söz konusu uygulama ve örnekler, uluslararası hukukun her yönüyle sürekli bir gelişme içerisinde olduğunu göstermesi açısından ayrı bir yer ve öneme sahiptir.

Tartışma Soruları

1. Sizce günümüzün en önemli uluslararası hukuk kişisi hangisidir? Tartışınız.
2. Uluslararası kişilik kavramı ne durağan ne de tek tip bir kişiliktir, Tartışınız.
3. "Herhangi bir hukuk sistemindeki hukuk kişileri, nitelikleri veya haklarının kapsamı itibariyle aynı olmak zorunda değildir ve hukuk kişilerinin niteliği toplumun ihtiyaçlarına bağlıdır." (*Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Davası'ndaki Uluslararası Adalet Divanı'nın Danışma Görüşü*'nden alınmıştır).

Yukarıdaki ifadeyi, uluslararası hukuk sistemindeki hukuk kişileri açısından tartışınız.

4. 17 Şubat 2008 tarihli Kosova Bağımsızlık Bildirgesi'nin uluslararası hukuka uygunluğunu. Uluslararası Adalet Divanı'nın konu hakkındaki 22 Temmuz 2010 tarihli Danışma Görüşü ışığında tartışınız.

5. Aşağıdakilerin uluslararası hukuk kişiliğini tartışınız:

a) Birleşmiş Milletler

b) Filistin Kurtuluş Örgütü

c) Slobodan Miloseviç, Eski Sırbistan Devlet Başkanı

d) BP Petrol şirketi

e) Uluslararası Kızılhaç Örgütü

6. Uluslararası hukukta tanıma işlemi, hukuki bir işlem olmaktan ziyade daha çok siyasi bir işlem olarak algılanmaktadır. Tartışınız.

7. Eski Yugoslavya'nın dağılma süreci sonrası kurulan Slovenya, Hırvatistan ve Bosna-Hersek gibi devletlerin tanınması işlemi, uluslararası hukukta devletlerin tanınmasına ilişkin kuralların ortaya konulması bakımından uluslararası hukuka önemli katkıda bulunmuştur. Tartışınız.

8. Alfa Devleti, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda yer alan ilkeleri sürekli suretle ihlal ettiği gerekçesiyle Birleşmiş Milletler üyeliğinden çıkarılmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği çalışanlarından uluslararası hukuk uzmanı Dr. Evans, Alfa Devletinin tekrar Birleşmiş Milletler üyeliğine kabulü konusunda görüşme yapmak üzere, Alfa Devletinin başkentine gitmiş ve görüşme esnasında suikast sonucu öldürülmüştür.

Birleşmiş Milletlerin, uluslararası hukuk çerçevesinde Alfa Devleti aleyhine dava açıp açamaması konusunda, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine tavsiyeniz hangi yönde olurdu? Açıklayınız.

9. Devlet unsurlarını haiz bir yapının uluslararası alanda tanınmamış olması, kendisinin uluslararası hukuk kuralları ile bağlı olmadığı sonucunu doğurmaz. Tartışınız.

10. Uluslararası hukukta tanımanın hukuki niteliğine ilişkin görüşler çerçevesinde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin durumunu değerlendiriniz.

11. Uluslararası toplumun karşılaştığı en büyük sorunlardan birisi olan iklim değişikliğinin uluslararası hukukta devletlerin hukuki statüleri/devlet olmanın zorunlu unsurları üzerinde herhangi bir etkisi var mıdır? Tartışınız.

12. Self-determinasyon hakkının bağımsız olan bir devletin ülkesinden ayrılma yönünde kullanılamayacağının yirmi birinci yüzyıldaki uygulamalarının en güzel örnekleri, sizce nelerdir? Açıklayınız.

Altıncı Bölüm
ÜLKE

I. GİRİŞ

Günümüzde uluslararası örgütlerin ve bireylerin uluslararası hukuk kişilikleri giderek önem kazansa da, uluslararası hukukun en önemli kişisi olarak karşımıza yine devletler çıkmaktadır. Devletleri diğer uluslararası hukuk kişilerinden, özellikle de örgütlerden ayıran en temel özelliklerin başında, üzerinde egemenlik tesis ettiği ülke adı verilen yeryüzü parçasına sahip olması gelmektedir. Bir önceki bölümde de görüldüğü üzere, bir devletin varlığından söz edebilmek için ülke, insan topluluğu ve etkin bir siyasal yönetimin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Devletin üzerinde egemenlik tesis ettiği alan ülke (*territory*) olarak adlandırılmaktadır. Ülke kavramı üç boyutlu olup devletin kara ülkesi (*land territory*), deniz ülkesi (*sea territory*) ve hava ülkesinden (*airspace*) oluşmaktadır.

Bilim ve teknolojinin gelişimi ve insanlığın doğal kaynaklara ihtiyacının artmasına paralel olarak devletlerin üzerinde egemenlik iddia ettikleri alanlar da farklılıklar göstermiştir. 15. yüzyıldan 17. yüzyıla kadar olan dönemde Avrupa devletleri, okyanuslara sadece birkaç devletin sahip olabileceği veya aralarında paylaşılabileceği iddialarında bulunmuşlardır. 20. yüzyılın başlarında uçağın keşfi ile birlikte, devletler kendi egemenlik alanlarının üzerindeki hava sahaları ile ilgili iddialarda bulunmaya başlamışlardır. Soğuk Savaş döneminde Sovyetler Birliği'nin 1957'de uzaya uydu fırlatması ve yörüngeye oturtması, bu defa devletlerin uzay üzerinde egemenlik iddiasında bulunmasını beraberinde getirmiştir. Ardından doğal kaynaklar, özellikle petrol ve doğal gaz açılarından zenginlikleri keşfedilen Kuzey Kutbu ve Antarktika üzerinde de değişik hak ve egemenlik talepleri ortaya çıkmıştır. [593]

Bu bölümde devletlerin üzerinde egemen oldukları ülke kavramı üzerinde durulacaktır. Uluslararası hukukta farklı özellikleri olan ülke türlerine kısaca değinildikten sonra, ülke kazanım yöntemleri detaylı şekilde ele alınacaktır. Son olarak, üzerinde herhangi bir devletin egemenlik iddiasında

bulunamayacağı ve uluslararası hukukta insanlığın ortak mirası kabul edilen alanlar ve bunlarla ilgili uluslararası hukuk düzenlemeleri incelenecektir.

II. ÜLKE TÜRLERİ

Modern devlet sistemi ile birlikte dört farklı ülke kavramı oluşmuştur: Sahipli Ülke (*Sovereign Territory*), Özel Statülü Ülke (*Trust Territory*), Sahipsiz Ülke (*Terra Nullius*) ve Sahip Olunamayan Ülke (*Res Communis*). [594]

A. Sahipli Ülke

Sahipli ülke (*sovereign territory*) kavramı, devletlerin kendi ülke sınırlan içerisinde bulunan kara, deniz ve hava sahasını kontrol etme, bu anlamda bireyler ve yerlerle ilgili hukuki düzenleme ve uygulama yetkisinin bulunduğu alanları kapsamaktadır. Önceki bölümde de belirtildiği üzere, devletin ülkesi kara, deniz ve hava sahasını içermektedir. Devletin üzerinde bulunduğu kara parçası, bu alan içerisindeki nehirler, göller ve kanallar devletin kara ülkesi kabul edilmektedir. Devletin deniz ülkesini ise; iç sular, limanlar, takımada suları ve karasuları oluşturmaktadır. Uluslararası deniz hukukundan da bilinmesi gerektiği üzere, devletin deniz ülkesi dışındaki kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge gibi diğer deniz alanları üzerinde de bazı egemenlik haklarının bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Hava ülkesi, devletin kara ve deniz ülkesi üzerinde bulunan ve belli bir yüksekliğe kadar (kesin bir sınır olmamakla birlikte genel kabul gören görüş yeryüzünden 150-200 mil arası bir yere kadar) olan hava sahasını ifade etmektedir. Devletin egemenliğini tesis ettirme imkanını bulduğu kara, deniz ve hava sahasından oluşan alan, sahipli ülke olarak adlandırılır. Söz konusu ülke, Lüksemburg, Monako, Liectenstein, Andora gibi çok küçük veya Rusya, Çin, Hindistan gibi çok büyük, hatta Avustralya örneğinde olduğu üzere bir kıta şeklinde olabilir. 1648 Westphalia Barışından itibaren devletlerin üzerinde münhasır egemenlik yetkilerini kullandığı alan, sahipli ülkedir. Ülke üzerinde bulunan bireylerin, devletin vatandaşı veya yabancı, turist veya yabancı şirket olması, devletin öngördüğü kuralların uygulanması açısından farklılık göstermez. Devlet, ülkesi üzerindeki egemenlik haklarında çok titiz davranmakta ve çok istisnai durumlarda bu yetkilerinden

vazgeçmektedir. İlerleyen bölümlerde ayrıntılı bir şekilde ele alınacak olan devlet dokunulmazlığı (*State immunity*) ve diplomasi dokunulmazlığı (*diplomatic immunity*), bu istisnalardan iki tanesidir. Devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik hakları, diğer devletlere ve hatta Birleşmiş Milletlere devletlerin iç işlerine karışma yasağını beraberinde getirmiştir.[595]

B. Özel Statülü ülke

Herhangi bir devlete ait olmayan, fakat özel bir statüye tabi bulunan ülke, özel statülü ülke (*trust territory*) olarak adlandırılmaktadır. Özel statüsünden dolayı, herhangi bir devletin münhasır egemenlik hakkı bulunmamaktadır. Milletler Cemiyeti'nin vekalet veya manda sistemi (*mandates*) ile Birleşmiş Milletler'in vesayet sistemine (*trusteeships*) tabi yerler, özel statülü ülke konumunda idiler. Manda sistemi veya vesayet sisteminin uygulandığı yerler, kendisine vesayet veya vekalet yönetimi tevdi edilen devlet dahil hiçbir devletin ülkesi kabul edilemez. Günümüzde özel statülü ülke konumunun herhangi bir önemi olmamakla birlikte, yakın geçmişte Birleşmiş Milletler yönetimi altında bulunan Kosova ve Doğu Timor örnekleri modern özel statülü ülkeler şeklinde adlandırılabilir. Buradaki temel farklılık, özel statülü ülkenin yönetiminden bir devletin değil de uluslararası örgütün sorumlu olmasıdır. Söz konusu uygulamanın sömürgeciliğin yerini alan modern uluslararası ülke yönetimi şeklinde adlandırıldığı da görülmektedir.[596]

C. Sahipsiz Ülke

Herhangi bir devletin egemenliği altında olmamakla birlikte, egemenlik altına alınmaya herhangi bir engel bulunmayan ülke, sahipsiz ülke (*terra nullius*) olarak adlandırılır. Sömürgecilik sürecinde, Avrupalı yazarlar ve devletler, Avrupalıların yaşamadığı alanları sahipsiz ülke şeklinde görme eğilimindeydiler. Uluslararası hukukun gelişiminde oynadıkları rol dikkate alındığında Avrupalı güçlü devletler, belli alanları *terra nullius* olarak nitelendirmişlerdir. Örneğin, 1885'de Berlin Konferansı'na katılan devletler, Afrika Kıtası'nın çok büyük bir kısmını *terra nullius* ilan etmişlerdir. Kıtanın yerleşik halkı kendi kendini yönetemez kabul edilmiştir.[597] Sahipsiz ülke konumunda bulunan herhangi bir alan, birden çok devletin egemenlik iddiasına konu olabilir. Uluslararası hukuk hangi şartlar altında sahipsiz ülkenin kazanılabileceği veya üzerinde egemenlik kurulabileceği konusunda

bir takım kurallar geliştirmiştir. Bu konu ile ilgili açıklamalar aşağıda ülke kazanım yolları başlığı altında yapılacaktır.

D. Sahip Olunamayan Ülke

Herhangi bir devletin üzerinde egemenlik iddia edemeyeceği ve sahip olamayacağı ülke, Latince *res communis* adıyla bilinmekte olup Türkçeye sahip olunamayan ülke şeklinde çevrilebilir. Hiçbir devlete ait olmamakla birlikte, uluslararası toplumun tamamının kullanımına açık olan yerlerdir. *Res communis* nitelikli ülke kavramının klasik örnekleri arasında açık denizler ve uzay bulunmaktadır.[598] *Res communis* kavramından biraz farklı olmakla birlikte, bu bağlamda yeni bir kavram daha geliştirilmiştir: insanlığın ortak mirası (*common heritage of mankind*).[599] İnsanlığın ortak mirası kavramı ilk defa, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1970 tarih ve 2749 (XXV) Sayılı Derin Deniz Yatağı ve Okyanus Tabanının Yönetimine İlişkin ilkeler Bildirisi'nde (*UN General Assembly Declaration of Principles Governing the Seabed and Ocean Floor*) kullanılmıştır. Adı geçen Bildiriye göre, derin deniz yatağı ve okyanus tabanı insanlığın ortak mirasıdır. Nitekim, aynı kavram 1979 Ay Andlaşması ve 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde de kullanılmıştır. İnsanlığın ortak mirası kabul edilen herhangi bir alan, *res communis* de olduğu gibi herhangi bir devletin egemenliği altına alınamamaktadır. Ancak, *res communis*'den farklı biçimde, insanlığın ortak mirası kabul edilen bir yer, tüm insanlığın faydasına olmak kaydıyla işletilebilir. Oysa, *res communis* statüsünde olan bir alan diğer devletlerin özgürlüklerine zarar vermemek şartıyla devletlerce keşfedilebilir ve işletilebilir.[600] Kısacası, *res communis* statüsüne tabi yer bakımından tüm insanlığın yararı gözetilmek zorunda değildir.

III. SINIRLAR

Devletlerin münhasır egemenlik yetkisini kullandığı alan olan ülkenin nereden başlayıp nereye kadar devam ettiğini gösteren çizgiler, sınır (*boundary, border, frontier*) olarak adlandırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, devletlerin egemenlikleri altında bulunan kara, deniz ve hava parçalarını diğer devletlerin ülkelerinden veya uluslararası alanlardan ayıran çizgilere sınır denilmektedir.[601] Sınırların kesin biçimde çizilmeye başlanması

olgusu ulus-devlet anlayışıyla birlikte 16-17. yüzyıllarda yerleşmeğe başlamıştır. Devletler arasında var olan sınırlar her zaman hukuki açıdan geçerli çizgileri belirtmemektedir. Ayrım çizgisi (*demarcation line*) olarak adlandırılan ve devletlerin ülkelerini ayıran güzergahlar, hukuki açıdan geçerliliği tartışmalı sınırlardır. Bazı yazarlar, ayrım çizgilerini sınır kavramı içerisinde kabul etmemekle birlikte,[602] uygulanan uluslararası hukuk açısından ayrım çizgilerinin hukuki geçerliliği tartışmalı sınır şeklinde, sınır kavramı içinde değerlendirilmesi daha doğrudur.[603]

Sınırların tespit edilmesi noktasında İngilizcede *delimitation* ve *demarcation* kelimeleri, sınırlarla ilgili andlaşmalarda dahi birbiri ile karıştırılarak kullanılmaktadır. *Delimitation* veya sınırlandırma işlemi, bir devletin kara veya kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge dahil deniz sınırlarının, genellikle enlem ve boylam koordinatları aracılığıyla tespit edilmesidir. Ortaya çıkan sonuçlar genellikle harita veya bir tabloya işaretlenmektedir.[604] Sınırların tespit edilmesinde temel ilke, taraf devletlerin anlaşmasıdır. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması durumunda, uluslararası yargı kuruluşlarınca da sınırların tespiti mümkündür. *Demarcation* kavramı ise, sınırların tespitinden sonraki aşama olup kabul edilen verilerin yer üzerinde, genellikle kalıcı nitelikli taşların veya coğrafik şekillerin işaretlenmesini ifade etmektedir. Uygulamada, haritada veya tabloda tespit edilen sınırların yer üzerindeki işaretlemeden farklılık gösterebilmesi sebebiyle, işaretleme işlemi belli ölçüde sınırların tespit edilmesini de içermektedir. Bu sebeple, harita üzerinde de kaçınılmaz biçimde düzeltmelere gidilmesi gerekmektedir.[605]

İster tarafların anlaşması ile isterse uluslararası yargı kararıyla tespit edilmiş olsun, sınırların belirlenmesinde bazı unsurlar dikkate alınmaktadır. Bunlar: Daha önce başka amaçlarla tespit edilmiş sınırların devletler arasındaki sınır olarak kabul edilmesi; enlem ve boylam çizgileri; sıradağlarda en yüksek noktayı oluşturan su ayrımı çizgisinin kabul edilmesi; akarsuların iki kıyısından birinin veya en derin nokta olarak bilinen *thalweg* çizgisinin kabulü; gölün iki kıyısından birisinin veya eşit uzaklık ilkesine göre tespit edilen çizginin kabulü; kıyıdaş devletlerin göle kıyı uzunluklarının dikkate alınması suretiyle hakça ilkeler çerçevesinde sınırın oluşturulmasıdır.[606]

Bu çerçevede Türkiye'nin sınırları değerlendirildiğinde, bütün sınırların andlaşma ile tespit edildiği görülür. Avrupa'daki sınırlar Yunanistan ve Bulgaristan; Asya'daki sınırlar ise İran, Irak, Suriye ve Sovyetler Birliği ile

çizilmiştir. Türkiye-Sovyetler Birliği sınırı, 16 Mart 1921 tarihli Moskova Andlaşması ve 13 Ekim 1921'de Ermenistan, Azerbaycan ve Gürcistan ile imzalanan Kars Andlaşması'yla tespit edilmiştir. 1991'de Sovyetler Birliği'nin dağılması sonucunda, mevcut sınırlar devletlerin halefiyeti ile ilgili uluslararası hukukun yerleşik kuralları çerçevesinde varlığını korumaya devam ettirmektedir. Türkiye-Suriye sınırının önemli bölümü 20 Ekim 1921 tarihinde TBMM-Fransa arasında akdedilen barış andlaşması ile tespit edilmiştir. Söz konusu andlaşma Lozan Barış Andlaşması'nın 2. maddesi ile teyit edilmiştir. Hatay bölgesi ile ilgili sınır meselesi ise, Hatay Meclisi'nin Türkiye'ye katılması kararı ile kesin biçimde çözüme kavuşmuştur.[607]

IV. ÜLKE KAZANIM YOLLARI

Bir devletin üzerinde münhasıran egemenlik hakkı bulunan ülkenin uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde kazanılması nasıl olmaktadır? Geleneksel olarak, uluslararası hukukta ülke kazanımına ilişkin bir takım yol veya yöntemler bulunmaktadır. Bunlar: İşgal (*occupation*); zamanaşımı (*prescription*); fetih ve ilhak (*conquest and annexation*); keşif (*discovery*); devir ve andlaşma (*cession and treaty*); arazi oluşumu (*accretion and avulsion*); yargı kararları (*judicial decisions*); ve *uti possidetis* ilkesi.

A. İşgal

İşgal (*occupation*), daha önce hiçbir devlete ait olmayan veya terk edilmiş sahipsiz ülke (*terra nullius*) niteliğindeki bir ülkenin kazanılmasını ifade etmektedir. Sahipsiz bir ülkenin işgal yolu ile kazanılması, üzerinde egemenlik tesis edilmesi mümkündür. Buradaki işgal kavramının, günlük hayatta ve silahlı çatışmalar hukukunda yabancı devlet askeri kuvvetlerinin başka bir devletin ülkesinde onun rızası hilafına bulunması anlamındaki kullanımından çok farklı olduğu ortadadır. Bilindiği üzere, düşman askeri kuvvetlerinin başka bir ülke topraklarım işgali, uluslararası silahlı çatışmalar hukuku ve savaş hukuku kurallarına tabidir. Konu ile ilgili en önemli uluslararası hukuk düzenlemeleri, 1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri (*Hague Regulations*), 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I ve II no.lu Protokollerdir. İşgal yoluyla ülke kazanımının, son yıllarda Birleşmiş Milletler önderliğinde gerçekleştirilen

insani amaçlı müdahaleler sonucu oluşturduğu insani amaçlı işgal (*humanitarian occupation*)[608] kavramından da farklı olduğu bilinmelidir. Uluslararası örgütün ülke üzerinde devletlere özgü yetkileri kullandığı bu son durumun örnekleri arasında Doğu Timor ve Kosova bulunmaktadır.

Sahipsiz ülkenin işgal edilmesi, başlı başına sahipsiz ülke üzerinde egemenlik kurulduğu anlamına gelmemektedir. Her şeyden önce, işgal edilen ülkede egemenlik iddia edebilmek için etkin kontrolün (*effective control*) varlığına ihtiyaç vardır. Uluslararası hukukta etkin kontrol ve işgal yolu ile ülke kazanımının niteliği, 1928 tarihli *Palmas Adası Davası (Island of Palmas Case)*[609] ile açıklığa kavuşturulmuştur. Dava konusu olay, Birleşik Devletler ile Hollanda'nın *Palmas Adası* üzerindeki egemenlik iddialarıdır. *Palmas Adası*, Filipinlerin *Mindanao Adası*'nın güneydoğusuna 50 mil uzakta, uzunluğu iki mil, genişliği bir milden az ve üzerinde yaklaşık bin kişinin yaşadığı bir adadır. 1898 İspanya-Amerika Savaşı'nı sona erdiren 1898 tarihli Paris Barış Andlaşması'na göre, İspanya, Filipinleri Birleşik Devletlere bırakmıştır. 1906'da Birleşik Devletler resmi görevlisi Filipinlere ait olduğu ve dolayısıyla kendilerine terk edildiği düşüncesiyle *Palmas Adasını* ziyaret etmiş, fakat adada Hollanda bayrağı ile karşılaşmıştır.[610] Söz konusu durum Birleşik Devletler ile Hollanda arasında uyuşmazlığa sebebiyet vermiş ve nihayetinde taraflar, 1928'de konunun hakemlik mahkemesine sevk edilmesi hususunda anlaşmışlardır. Hakem olarak *Max Huber* tayin edilmiştir. Birleşik Devletler iddialarını, adanın İspanya tarafından keşfedildiği ve kendisinin de İspanya'nın halefi olduğu gerçekliğine dayandırmıştır. Gerçekten de adanın 17. yüzyılda İspanya tarafından keşfedildiğine ilişkin deliller mevcuttur. Ancak, ada üzerinde İspanya'nın gerçek bir egemenlik tesis ettiği konusunda herhangi bir delil bulunmamaktadır.[611]

Hakem *Huber*'e göre. keşif tek başına ülke kazanımı için yeterli olmayıp mutlaka etkin kontrol (işgal) ile desteklenmelidir. Öte yandan, *Huber*, Hollanda'nın 1700'den itibaren ada üzerinde barışçıl ve sürekli surette egemenlik kullandığını tespit etmiştir. Hollanda'nın söz konusu egemenliği, 1898'de de başka herhangi bir devletin egemenlik iddiası veya direnişiyle karşılaşmamıştır. Bu gerçeklikten hareketle, hakem *Palmas Adası'nın* Hollanda'ya ait olduğuna hükmetmiştir.[612]

Uluslararası Hukukta Etkin Kontrolün Şartları

Palmas Adası Davası, uluslararası hukukta işgal yoluyla ülke kazanımının şartlarını ve niteliğini göstermesi, özellikle etkin kontrol veya etkin işgal

kavramına vurgu yapması sebebiyle, günümüzde de önemli bir yer ve öneme sahiptir. Bu noktada, sahipsiz ülke üzerinde etkin kontrolün bir ülke kazanımı yöntemi olabilmesi için gerekli şartların neler olduğu konusu üzerinde durmak yararlı olacaktır. Bunlar: egemenlik kullanımının açık göstergeleri (*apparent display of sovereignty*); egemen olma kastı (*intention to acquire sovereignty*); süreklilik ve dönüm noktası (*continuous display and the critical date*); barışçıl olma (*peaceful display*) ve dönüm noktasında uygulanan hukuk (intertemporal law).[613]

a) Egemenlik Kullanımının Açık Göstergeleri

Uluslararası hukukta işgal yoluyla ülke kazanmanın en önemli unsurlarından birisi, egemenlik hakkının varlığına ilişkin emarelerin olmasıdır. Başka bir ifadeyle, işgal yoluyla ülke kazanımı için sahipsiz ülke üzerinde bir devletin sahip olduğu yetkilerini kullanması gerekmektedir. Devletin en azından etkin kontrolünün olduğu, yerel bir yönetimin veya ulusal hukuk sisteminin kurulması gerekmektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın, El Salvador ile Honduras arasındaki *Kara, Ada ve Deniz Sınırları Uyuşmazlığı Davası'nda (Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case)* [614] açıkça belirttiği üzere, ülke kazanımı açısından, devletin bütün fonksiyonlarının icra edilmesine ihtiyaç yoktur. Elbette, egemenlik hakkının kullanıldığına ilişkin emareler, her olayın özelliğine ve üzerinde hak iddia edilen ülkenin durumuna göre farklılıklar göstermektedir. Örneğin, Danimarka ile Norveç arasındaki Doğu *Grönland Davası'nda (Eastern Greenland Case)*,[615] Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, Danimarka'nın egemenlik hakkının dayanağı olarak *Grönland*'e ilişkin ticari imtiyazların verilmesi ve bazı idari işlemlerin yapılmasını kabul etmiştir. Divan, egemenlik göstergesi bazı uygulamaların etkin kontrol ve işgal yolu ile ülke kazanımına yeterli olduğuna hükmetmiştir. Egemenlik hakkının kullanımına dair göstergelerin kapsamı, uyuşmazlık konusu ülkenin niteliği ile yakından ilgilidir. Endonezya ile Malezya arasındaki *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Davası'nda (Case Concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan)*[616] Uluslaramsı Adalet Divanı, ekonomik veya ticari açıdan fazla önemi olmayan küçük adalar üzerinde hak kazanımı için, çok az bir egemenlik kullanımına ilişkin eylem veya işlemlerin varlığını yeterli görmüştür. Yeter ki, söz konusu ülke üzerinde devletin egemenlik icra kastı ve uygulaması olsun.[617] Aynı zamanda, diğer devletlerin karşı çıkmamaları veya hak iddialarında bulunmamaları da önemlidir.[618]

Divanın Endonezya İle Malezya arasındaki *Pulau Ligitan ve Pulau*

Sipadan Davası'nda vermiş olduğu karar, Türkiye ile Yunanistan arasındaki Ege Denizi uyuşmazlığı çerçevesinde hukuki statüsü tartışmalı olan ada, adacık v.b. alanların hangi devlete ait olması gerektiği hususunda yol gösterici niteliktedir.

b) Egemen Olma Kastı

İşgal yoluyla ülke kazanılabilmesi için, devletin sahipsiz ülke üzerinde egemen olma kastının (*intention to acquire sovereignty*) olması gerekir. Eğer, devletin egemen olması anlamında herhangi bir eylemi veya söylemi yok ise işgal suretiyle sahipsiz ülkenin egemen gücü olması düşünülemez. Zira, devletin böyle bir niyet veya arzusu bulunmamaktadır. Uluslararası yargı kuruluşlarının *Doğu Grönland Davası* ve *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Davası*'nda da belirttiği gibi, devletin egemen olma kastı eylemleriyle desteklenmelidir. Her olayın özelliğine göre, devletin icra ettiği yetkilerinden, egemen olma kastının var olup olmadığı anlaşılabilir. Örneğin, *Doğu Grönland Davası*'nda, Danimarka'nın ulusal hukukunun Grönland'de uygulanacağına ilişkin bildirisi, *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Davası*'nda ise Malezya'nın çevrenin korunması ve ulaştırmanın sağlanması için gerekli önlemlerini alıyor olması, bu bağlamda her iki adaya inşa edilen deniz fenerlerinin tamiri, bakımı, balıkçılık ile ilgili düzenlemelerinin bulunması, egemen olma kastının delilleri kabul edilmiştir.[619]

c) Süreklilik ve Dönüm Noktası

Hakem, Huber'in *Palmas Adası Davası*'nda da ifade ettiği gibi, sahipsiz ülkenin bir defa keşfi ile ülke kazanımı gerçekleşmemekte; egemenlik emarelerinin veya delillerinin sürekli bir nitelik göstermesi gerekmektedir. Sürekliliğin iki yönü önemlidir. Bunlardan birincisi, egemenlik iddialarının ve işaretlerinin devam ediyor olması, ikincisi de egemenlik eylem ve söylemlerinin en az dönüm noktasına kadar (*critical date*) varlığını korumasıdır. Dönüm noktası ile ifade edilmek istenilen husus, egemenlik ile ilgili sorunların değerlendirildiği zamandır. İşgal yolu ile ülke kazanımı açısından, dönüm noktası olarak kabul edilen zaman diliminden sonra ortaya çıkan uygulama veya eylemler dikkate alınamaz. Dönüm noktası itibariyle mevcut olan şartlar, egemenlik ve ülke kazanımı açısından önem arz etmektedir. Bir yönüyle bakıldığında, dönüm noktasında adeta zaman durdurulmuştur ve tarafların o an itibariyle iddiaları değerlendirilmektedir. Örneğin, *Palmas Adası Davası* 1928'de görülmüştür. Ancak bu dava ile ilgili dönüm noktası, İspanya ile Amerika arasında 1898'de yapılan Paris Andlaşması'dır. 2002'de karara bağlanan *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan*

Davası'nda dönüm noktası, her iki ada ile ilgili Endonezya ve Malezya'nın egemenlik iddialarında bulunduğu 1969'dur.[620]

d) Barışçıl Olma

Sahipsiz ülke üzerinde devletin egemenlik yetkilerini kullanması barışçıl olmalıdır. Başka bir ifadeyle, diğer devletler söz konusu duruma karşı çıkmamalıdır. Devletler arasında egemenlik yetkisi bakımından bir uyuşmazlık olmamalıdır. İşgal yoluyla ülke kazanımı açısından, diğer devletlerin sadece sözlü karşı çıkmaları yeterli olmamaktadır. İşgal yoluyla ülke kazanımına karşı çıkan devletlerin eylemleriyle de sürekli biçimde itirazda bulunmaları, barışçıl olma özelliğini sona erdirebilecektir.[621]

e) Dönüm Noktasında Uygulanan Hukuk

Palmas Adası Davası'nda Hakem *Huber*'in de tartıştığı gibi, uyuşmazlık konusuna uygulanacak olan hukuk kuralları, dönüm noktası olarak adlandırılan zaman dilimindeki mevcut düzenlemelerdir (*intertemporal law*). Bu anlamda, *Palmas Adası* üzerindeki egemenlik iddialarının ve ülke kazanımının çözümü için başvurulacak hukuk kaynakları 1898'de Paris Andlaşması zamanındaki kurallardır, yoksa hakemlik mahkemesine konunun havale edildiği 1928'deki kurallar değil. Aynı şekilde, *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Davaları'nda* 1969'daki düzenlemeler karara esas teşkil edecektir, 2002 deki hukuk kuralları değil. Ulusal hukuk veya uluslararası hukuk açısından önemli olan, dönüm noktası olarak ifade edilen zamandaki hukuki düzenlemelerin uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınmasıdır. Bu noktada, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak açısından uluslararası hukukta kuvvet kullanmaya ilişkin düzenlemelere dikkat çekilebilir. Uluslararası hukukta kuvvet kullanma 1945 Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 (4) hükmü çerçevesinde yasaklanmış ve adı geçen düzenleme, uluslararası hukuk açısından *jus cogens* haline gelmiştir. Uluslararası hukuk kişilerinin bu bağlamdaki yükümlülükleri de *erga omnes* niteliklidir. Dolayısıyla, 1945 öncesi fetih yolu ile ülke kazanım, o dönemin uluslararası hukuk kurallarına uygundur. Günümüz uluslararası hukuk kurallarının kuvvet kullanmayı yasaklayan düzenlemelerinin Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın kabul edildiği 1945 öncesi meydana gelen olaylara uygulanma imkanı bulunmamaktadır.[622]

Dönüm noktasında uygulanan hukuk kavramı, uluslararası hukuk ve uluslararası ilişkiler bakımından son derece önemlidir. Özellikle, günümüzde uluslararası hukuk düzenlemelerinden habersiz veya gündem oluşturmak isteyen çevreler, iletişim araçlarını da kullanarak uluslararası toplumu yanlış

yönlendirmeye çalışmaktadır. Bu durumun en büyük mağdurlarından bir tanesi de, hiç şüphesiz, Türkiye Cumhuriyeti'dir. Ermeni Diasporasının 1915 Ermeni Tehciri ile ilgili sözde soykırım iddiaları, bu durumun en tipik örneğidir. Oysa, genelde uluslararası hukuk, özelde uluslararası ceza hukuku kuralları açısından 1915 olayları değerlendirildiğinde, o dönem itibariyle uluslararası suç kategorileri arasında soykırım suçu bulunmadığı, hatta insanlığın soykırım kelimesi ile dahi tanışmadığı açıkça görülür. Herkesin iyi bildiği üzere, soykırımın uluslararası bir suç kabul edilmesi ve uluslararası hukuki düzenlemelerde yer alması, İkinci Dünya Savaş sonrasıdır. Soykırım kelimesinin ilk kullanımı da 1940'lı yıllara denk gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında, mevcut uluslararası hukuk kurallarına göre, 1915 Ermeni Tehciri konusunun soykırım suçu olarak değerlendirilmesinin hukuk mantığı ile izahı mümkün değildir. 1915 olaylarının, o dönemdeki uluslararası silahlı çatışmalar hukuku ve savaş hukuku düzenlemelerine göre değerlendirilmesi hukuki bir anlam ve önem taşır, yoksa çok daha sonraları ortaya çıkan hukuk kuralları ile değil.

B. Zamanaşımı

Ülke kazanımı yollarından bir diğeri de zamanaşımıdır (*prescription*). Bir ülkenin kazanımı ile ilgili egemenlik iddiasında bulunan devlet, keşif ve işgal durumunu zamanaşımı iddiaları ile güçlendirebilmektedir.[623] Zamanaşımı, bir ülke üzerindeki aleni, barışçıl ve süreklilik arzeden etkin kontrol yoluyla ülke kazanılmasını ifade etmektedir. Zamanaşımı, *de facto* egemenlik kullanımını içermektedir. Devletin yetkisini kullanımı aleni olduğu müddetçe, başlangıçta şüpheli bir hak durumunun zamanaşımı yoluyla geçerli hale dönüştürülmesi mümkündür. İşgal yoluyla ülke kazanımından farklılıkları bulunmaktadır. Farklılıkların en önemlisi, işgalin sadece sahipsiz ülkeler için geçerli olmasıdır. Oysa, zamanaşımı yoluyla ülke kazanımı, başka devletlerin üzerinde hak iddia ettikleri alanlar için de uygulama sahası bulmaktadır. Dolayısıyla, diğer devletlerin egemenlik iddialarında bulunmaları, zamanaşımı ile ülke kazanımına açık engel teşkil edebilmektedir.[624]

Zamanaşımı ifadesi kullanıldığında, ulusal hukuk sistemlerinden alışık olunduğu üzere, akla gelen ilk soru, kaç yıl süreyle aleni, barışçıl ve sürekli nitelikli etkin kontrolün varlığı halinde ülke kazanımının gerçekleşeceği olacaktır. Ne yazık ki, uluslararası hukuk kuralları zamanaşımı yoluyla ülke

kazanımı için herhangi kesin bir zaman dilimi öngörmemiştir. Her olayın kendi özelliği içerisinde, örneğin üzerinde hak iddia edilen coğrafyanın niteliği veya başka egemenlik iddiasında bulunan devletin olup olmamasına göre, zamanaşımı yoluyla ülke kazanımı için farklı zaman dilimleri gündeme gelebilmektedir.[625]

C. Fetih ve İlhak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 (4) düzenlemesi, kuvvet kullanmayı veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunmayı yasaklamıştır. Devletlerin ülke bütünlüğü aleyhine kuvvet kullanılması veya uluslararası ilişkilerin kuvvet kullanma tehdidi altında sürdürülmesi 1945 sonrası ortaya çıkan uluslararası hukuk kuralları ile yasaklanmış ve adı geçen düzenleme uluslararası hukukun *jus cogens* (emredici) kuralları arasında yerini almıştır. Günümüzde kuvvet kullanılarak, başka bir devletin işgal edilmesi ve neticesinde ilhakı ağır bir uluslararası hukuk ihlalidir. Dolayısıyla, 1945'ten itibaren, kuvvet kullanma ve ilhak yolu ile ülke kazanılması söz konusu değildir. 1945 öncesi olaylarda kuvvet kullanımı ve ülke ilhakı, o dönemin uluslararası hukuk kurallarına göre geçerlidir ve günümüz düzenlemeleri ile tartışılması doğru değildir.

Bununla birlikte, uluslararası toplum, 1945 sonrası kuvvet kullanma suretiyle ülkelerin işgaline tanıklık etmeye devam etmektedir. Bu bağlamda akla gelen en önemli örnek Ağustos 1990'da Irak'ın Kuveyt'i işgali ve ilhakıdır. Her ne kadar Irak, işgalinin gerekçesini Kuveyt üzerindeki tarihsel haklarına dayandırmışsa da, uluslararası toplum ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1990 tarih ve 662 sayılı kararıyla Irak'ın iddialarını şiddetle reddetmiştir.[626]

Uluslararası toplum, günümüzde kuvvet kullanma yoluyla ülke işgaline Filistin topraklarında tanıklık etmektedir. İsrail işgal ettiği topraklar üzerinde sürekli kendi vatandaşlarını yerleştirmeye ve sınırlarını genişletmeye çalışmaktadır. Oysa, Uluslararası Adalet Divanı'nın 2004 yılında İsrail'in Filistin topraklarında inşa etiği duvar ile ilgili verdiği danışma görüşünde de (*Palestinian Wall Advisory Opinion*) açıkça belirtildiği üzere,[627] İsrail'in uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanımı kendi vatandaşlarını yerleştirmesi ve dolayısıyla etkin kontrol veya işgal temelinde Filistin topraklarını kazanması, kendi ülkesine ilhak etmesi mümkün değildir.[628] Benzer bir durum Ermenistan'ın Azerbaycan'a ait Karabağ'ı işgalinde görülmektedir.

Divanın Filistin toprakları konusunda vermiş olduğu danışma görüşü, hiç şüphesiz Karabağ için de önemlidir. Dolayısıyla, Ermenistan'ın işgal ve yerleşim yoluyla Karabağ'ı kendi ülke sınırlarına etkin kontrol çerçevesinde katması, uluslararası hukuk kurallarına göre düşünülemez.

D. Keşif

Palmas Adası Davası'nda da ifade edildiği üzere, uluslararası hukukta, tek başına keşif (*discovery*) ülke kazanımı için yeterli değildir. Keşif, ülke kazanımı açısından başlangıç niteliğinde önemli bir adım olarak değerlendirilebilir. Ülke kazanımının gerçekleşebilmesi İçin, keşfin belli bir süre etkin kontrol veya işgal ile; başka bir ifadeyle devletin egemenlik haklarını kullanması ile desteklenmesi gerekmektedir. Etkin kontrol ile desteklenmeyen bir keşif, başka devletlerin söz konusu ülkeye gelmesi ve yerleşmesi suretiyle kendi etkin kontrol veya işgalleriyle hukuki anlamda etkisini yitirir. Böylesi bir durumda da etkin işgal, keşfe oranla daha öncelikli olup ülke kazanımında öncelikli rol oynayacaktır.[629]

E. Devir ve Andlaşma

Bir devletin kendi ülkesini, başka bir devlete devri (*cession and treaty*) çok karşılaşılan bir durum değildir. Bununla birlikte, savaş sonrası akdedilen barış andlaşmaları neticesinde devletler arasında ülke devirlerine rastlanılmaktadır. Ayrıca, ülke devrinin, 1867'de Alaska'nın Amerika Birleşik Devletleri tarafından 7.2 milyon dolara para karşılığı Rusya'dan alınmasında olduğu şekliyle de gerçekleşmesi mümkündür. Bazen ülke devrinin iki devlet arasında akdedilen andlaşma çerçevesinde belli süreyle sınırlı olması da mümkündür. Bu durumun en tipik örneği, Birleşik Krallık ile Çin arasında yapılan 1898 tarihli andlaşmaya göre, Hong Kong'un doksan-dokuz yıllığına Birleşik Krallık'a devridir.[630] Nitekim, andlaşma hükümleri çerçevesinde Hong Kong, 30 Haziran 1997'de tekrar Çin'e devredilmiştir. Bu durumun bir diğer örneği de 1903'de Küba ile Amerika Birleşik Devletleri arasında akdedilen ve Guantanamo Körfezi'nde ABD'ye askeri üs kurmasını sağlayan bölgenin ya da alanın devrini öngören andlaşmadır.[631]

Bir ülkenin başka bir devlete devri işlemi, ülke üzerindeki egemenlik haklarının tamamının devri anlamım taşır. Hava sahası, karasuları, kıta

sahanlığı, münhasır ekonomik bölge ve söz konusu olabilecek her türlü hak ve yetkiler devredilmektedir. Elbette, devir sebebiyle üçüncü devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan haklarına zarar verilemez.[632]

Devir ile ilgili son bir nokta, aynen ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hiç kimsenin sahip olduğundan daha fazla bir hak veya yetkiyi bir başkasına devredememesidir (*nemo dat quod non habet ilkesi*). Bu ilkeden hareketle, herhangi bir devletin ülkesini bir başkasına devredebilmesi için, hukuki açıdan öncelikle kendisinin o ülkenin sahibi olması gerekir. *Palmas Adası Davası'*nda olduğu gibi, eğer, İspanya *Palmas Adası* üzerinde hak sahibi değilse, Paris Andlaşmaşl ile söz konusu adayı ABD'ye devretmesi düşünülemez.[633]

F. Arazi Oluşumu

Arazi oluşumu (*accretion and avulsion*) yoluyla ülke kazanılması, pek yaygın olmayan coğrafi olaylara bağlı bir durumdur. Arazi oluşumu, yukarıda açıklanan ülke kazanımı yollarından farklılık göstermektedir. Burada mevcut bir ülke üzerinde egemenlik iddiası bulunmamaktadır. Aksine, bir devletin ülkesinin arazisi yavaş yavaş tabii olaylar neticesi, örneğin bir nehrin alüvyonları taşıması sonucu nehir ağzında bir ova veya delta oluşturmasında olduğu gibi, genişlemektedir (*accretion*). Mevcut devletin egemenlik hakkı, yeni oluşan bu arazileri de kapsayacaktır. Eğer, arazi oluşumu iki devlet arasında sınır olan bir nehrin yatağının yavaş yavaş yer değiştirmesi şeklinde gerçekleşirse, uluslararası sınırın da değişmesi sonucunu doğuracaktır.[634] Arazi oluşumunun bir diğer şekli de, çok daha ani biçimde, örneğin bir nehrin yatağını değiştirmesi veya volkanik aktiviteler neticesi bir ülkenin karasularında yeni volkanik adaların oluşmasıdır (*avulsion*). Böylesi bir durumda, karasularına egemen olan devlet, yeni oluşan adanın da sahibi olmaktadır. Nehrin aniden yatağını değiştirmesi örneğinde olduğu gibi, ani değişiklik durumlarında uluslararası sınırlar etkilenmeyecek ve sınır olarak kararlaştırılan yer neresi ise sınır kalmaya devam edecektir.[635]

G. Yargı Kararları

Uluslararası mahkeme veya hakemlik kararları (*judicial decisions*) ülke kazanımı anlamında, günümüz uluslararası hukuk uygulamalarında önemli bir yer ve etkiye sahiptir. 1945 sonrası, devletlerin kuvvet kullanma ve

kuvvet kullanma tehdidinde bulunmalarının yasaklanması ve uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünün kabul edilmesi gibi temel uluslararası hukuk ilkeleri, ister istemez, uluslararası hukuk kişilerini taraf oldukları uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası yargı kuruluşlarına başvurmaya sevk etmiştir. Özellikle, sınır uyuşmazlıkları ile egemenlik iddiaları yaygın suretle uluslararası yargı kuruluşları önüne getirilmektedir. *Palmas Adası Davası*, *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Davası*, *Tapınak Davası*, bu duruma örnek gösterilebilir. Bu noktada, özellikle Uluslararası Adalet Divanı'nın karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge gibi devletlerin egemenlik yetkilerinin söz konusu olduğu deniz alanlarının sınırlandırılması konusundaki başarılı uygulamaları kayda değerdir. Bu anlamda, *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası, Balıkçılık Davaları* ilk akla gelen örnekler olarak belirtilebilir.

H. *Uti Possidetis* ilkesi

Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 2 (4), üye devletlerin uluslararası ilişkilerinde diğer devletlerin ülke bütünlüğü aleyhine kuvvet kullanma tehdidi veya kuvvet kullanmalarını yasaklamıştır. Sınırlarda istikrarın sağlanması ve yeni kurulan devletlerin mevcut sınırlara saygılı olması, devletlerin ülke bütünlüğünün sağlanmasında önemlidir. Sömürgeciliğin sona ermesi sürecinde, yeni devletlerin sınırlarının tespitinde, ülkesel bütünlük kavramı yoğun şekilde gündeme gelmiştir. Özellikle, Afrika ülkelerinin sınırlarının tespitinde, ülke üzerinde yaşayan insan toplulukları dikkate alınmamış, dolayısıyla aynı etnik gruba dahil insan toplulukları farklı sömürge güçlerinin egemenlikleri altında kalmıştır. Bağımsızlık sürecinde siyasi açıdan oldukça zor olan sınırların yeniden çizilmesi yerine, mevcut sömürge sınırlarının bağımsızlıkta da aynı kalması uygulaması tercih edilmiştir. Nitekim, 1960 tarihli Sömürge Altındaki Halklar ve Ülkelere Bağımsızlıklarının Verilmesine İlişkin Bildirge 6 no.lu paragrafında bir ülkenin toprak bütünlüğünü tamamen veya kısmen ihlale yönelik girişimlerin, Birleşmiş Milletler'in ilkeleri ve amaçları ile çelişeceğini ifade etmiştir.[636]

Uluslararası hukukta toprak bütünlüğü ilkesi, *uti possidetis* doktrini ile tamamlanmıştır. *Uti possidetis* ilkesi, yeni kurulan devletlerin, üzerinde kuruldukları eski sömürgeci devletin sınırlarının kabul edilmesini ve kolaylıkla tek taraflı olarak söz konusu sınırların değiştirilememesini ifade etmektedir. *Uti possidetis* ilkesi, İspanya İmparatorluğu'nun çöküşünün bir

neticesi olarak Güney Amerika'da doğmuş ve yeni kurulan Latin Amerika devletleri arasında sınır uyuşmazlıklarını önlemek amacıyla uygulanmıştır. Afrika Birliği de aynı gerekçelerle kıtada aynı ilkenin uygulanmasını kabul etmiştir.[637] Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı, Burkina Faso ile Mali arasındaki *Sınır Uyuşmazlığı Davası'nda (Frontier Dispute Case)*,[638] *uti possidetis* ilkesinin genel bir uluslararası hukuk ilkesi olduğunu ve sadece Güney Amerika ile sınırlı olmadığını açıkça ifade etmiştir.[639]

Uti possidetis ilkesinin uygulandığı bir diğer örnek, 1992'de Eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılma sürecidir. Eski Yugoslav Cumhuriyetlerinin bağımsızlıklarını kazanma sürecinde kurulan ve *Badinter Komisyonu*[640] olarak bilinen Komisyon, eski Yugoslavya döneminde federal yapı içerisinde çizilen sınırların yeni devletlerin sınırları olduğuna ve hangi şartlar altında olursa olsun self-determinasyon hakkının bağımsızlık anındaki sınırları değiştiremeyeceğine karar vermiştir.[641] Uluslararası toplum, aynı uygulamaya Sovyetler Birliği'nin dağılma sürecinde de tanıklık etmiştir.[642] Şu halde son iki uygulama açıkça göstermektedir ki, *uti possidetis* ilkesi sadece sömürge sınırlarının kabulü şeklindeki tanımlamanın çok ötesine geçmiştir ve uluslararası hukukta gözlemlenen dinamik yapı anlamında önemli bir gelişme[643] veya modern bir uygulama olarak yerini almıştır.

V. HİÇ BİR DEVLETİN EGEMENLİĞİ ALTINDA OLMAYAN YERLER (RES COMMUNIS, COMMON HERITAGE OF MANKIND VEYA İNSANLIĞIN ORTAK MİRASI)

Bu başlık altında üç konuya değinilecektir. Antarktika (*Antarctica*), Kuzey Kutbu (*the Arctic*) ve Uzay (*Outer Space*). İnsanlığın ortak mirası kabul edilen ve üzerinde hiçbir devletin egemenlik tesis edemeyeceği derin deniz yatağı (*deep sea bed/international sea bed*) konusu ise, uluslararası deniz hukukunu detaylı şekilde ele aldığımız Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II adlı kitapda incelendiğinden, burada sadece o konuya atıfta bulunmakla yetinilecektir.

A. Antarktika

Antarktika, güney yarım kürede üzeri buzlarla kaplı kara parçasından oluşan bir kıtadır. Üzerinde yedi farklı devletin (Birleşik Krallık, Fransa, Arjantin, Şili, Avustralya, Yeni Zelanda ve Norveç) egemenlik iddiasında bulunduğu bir yerdir. Bilimsel araştırmalar ve keşifler Antarktika'nın kömür, petrol, doğal gaz ve değerli madenler açısından son derece zengin doğal kaynaklara sahip olduğunu göstermektedir.[644]

Antarktika'nın uluslararası hukuki statüsünü 1959 tarihli Antarktika Andlaşması düzenlemekte olup Andlaşma 1961'de yürürlüğe girmiştir.[645] Buna göre, barışçıl amaçlar için kullanılması öngörülen Antarktika'da askeri nitelikli herhangi bir üssün kurulması, askeri tatbikatların ve silah denemelerinin yapılması yasaklanmıştır.[646] Ayrıca, nükleer silah denemelerinin yapılması ve radyoaktif maddelerin veya kalıntılarının Antarktika'ya atılması yasaktır.[647] Antarktika Andlaşması 4. maddesinde, Antarktika üzerinde egemenlik iddiasında bulunulamayacağını ve andlaşma çerçevesinde kıtada gerçekleştirilen faaliyetlerin ileride egemenlik iddiasının dayanağı olamayacağını açıkça düzenlemiştir. Dolayısıyla 1961 sonrası, Antarktika üzerinde egemenlik iddiaları, bir anlamda askıya alınmıştır.[648] Andlaşma hükümleriyle egemenlik iddialarının askıya alınmış olması, Antarktika'nın siyasi bir çatışma ve egemenlik sahası olmasından ziyade, uluslararası toplumun bilimsel işbirliği yaptığı önemli bir saha olmasını sağlamıştır. Antarktika Andlaşması'nın ne kadar süre geçerli olacağına ilişkin resmi, kesin bir süre olmamasına rağmen, yürürlük tarihinden itibaren 30 yıl sonra gözden geçirilebileceği öngörülmüştür. Bu sebeple 30 yılın dolduğu 1991'de sistemin çökmesinden endişe edilmiştir. Ancak Danışma Üyeleri, 1982'den itibaren düzenli şekilde bir araya gelmişler ve 1959 Antarktika Andlaşması'nın getirdiği sistemi daha da geliştirmeye çalışmışlardır. Hiç şüphesiz, Andlaşmanın yürürlüğü bakımından getirilen en önemli düzenleme, Danışma Üyeleri (*Consultative Parties*) ve yıllık yapılan toplantılardır. Danışma toplantıları neticesinde Antarktika'daki faaliyetlerle ilgili 150'den fazla bağlayıcı niteliği olmayan tavsiye kararları alınmış ve neticesinde kıtanın korunması amacına hizmet eden bir takım önlemlerin alınması sağlanmıştır. 1972 tarihli Antarktika Foklarının Korunmasına İlişkin Sözleşme (*Convention for the Conservation of Antarctic Seals*)[649] ve 1980 tarihli Antarktika Deniz Canlı Kaynaklarının Korunmasına İlişkin Sözleşme (*Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources*),

[650] bu durumun tipik örneklerindendir.[651]

Antarktika'nın korunması ve hukuki statüsü ile ilgili en kapsamlı andlaşma, 1991 tarihli Antarktika Andlaşması'na Yönelik Çevrenin Korunmasına İlişkin Madrid Protokolü ve Protokolün ayrılmaz parçası niteliğindeki dört ektir (*the 1991 Madrid Protocol on Environmental Protection to the Antarctİc Treaty*).[652] 1991 tarihli Madrid Protokolü'nün 2. maddesine göre, Antarktika, barışa ve bilime adanmış doğal bir kaynaktır, zenginliktir. Protokolün en önemli hükümlerinden bir tanesi madde 7 düzenlemesi olup bilimsel araştırma dışında her türlü doğal kaynak çıkarılmasını yasaklamaktadır.[653] Çevrenin Korunmasına İlişkin Madrid Protokolü, 1959 Antarktika Andlaşması'nın askıya aldığı egemenlik iddialarını hukuki açıdan bertaraf etmemekle birlikte, çok önemli bir başarı olarak değerlendirilebilir. Aynı zamanda böylesi bir gelişme, uluslararası örf-adet hukuku kuralları çerçevesinde Antarktika'nın insanlığın ortak mirası kabul edilmesi (*common heritage of mankind*) anlamında atılan dev bir adım şeklinde de yorumlanabilir ki, böylesi bir hukuki statü, Antarktika üzerindeki egemenlik iddialarının tamamen sona ermesi sonucunu doğurur.[654]

B. Kuzey Kutbu

Kuzey Kutbu, Antarktika'nın aksine donmuş denizden oluşan bir alandır. Bununla birlikte, Kutup bölgesinde birbirinden bağımsız adalar da yer almakta ve söz konusu adalar ve alanlarla ilgili bölgede yer alan sekiz devletin (Kanada, Finlandiya, Grönland/Danimarka, İzlanda, Rusya, Norveç, İsveç ve Amerika Birleşik Devletleri) egemenlik iddiaları bulunmaktadır. Söz konusu yerler dışındaki temel alan tamamen buzlarla kaplı deniz olmasına rağmen, yine de Kanada ve Rusya gibi devletler egemenlik taleplerinden vazgeçmemişlerdir. 2008'de Kanada, kendisine ait olduğunu iddia ettiği bölgelerdeki Kutup Dairesi'nde askeri eğitim üssü ve liman yapma planlarını dünyaya duyurmuştur. 2007 Ağustos ayında Rusya, Kuzey Kutbu derin deniz yatağına bayrağını dikmiş ve egemenlik iddialarını yenilemiştir. Ancak, egemenlik iddialarının yapıldığı bölgeler, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve uluslararası örf-adet kurallarının öngördüğü 200 deniz mili münhasır ekonomik bölge sınırlarının dışında yer almaktadır.[655] Rusya ve Kanada'nın Kutup Bölgesi'ndeki hak iddialarına; açık denizlerin hukuki statüsüne ilişkin uluslararası hukuk düzenlemelerinin Kuzey Kutbu için de geçerli olduğu gerekçesiyle Amerika Birleşik Devletleri

ve Norveç şiddetle karşı çıkmaktadır. Antarktika ve Uzay konusundaki hukuki düzenlemelerle kıyaslandığında, hukuki statüsü tartışmalı olan Kuzey Kutbu ile ilgili herhangi bir uluslararası andlaşmanın olmadığı görülmektedir.[656] Esasında Kuzey Kutbu'nu çekim merkezi haline getiren asıl sebep, küresel ısınma sonrası buzların erimesi, belli bir toprak parçasının ortaya çıkması ve daha da önemlisi dünyada keşfedilmeyen petrol ve gaz rezervinin yaklaşık yüzde yirmi beşinin Kutup bölgesi deniz yatağında olmasıdır.[657] Kuzey Kutbu ile ilgili uyuşmazlığın çözümünde uygulanması gereken temel düzenlemeler, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve uluslararası örf-adet kurallarında bulunabilir. Anılan hukuk kuralları çerçevesinde, buzların erimesi neticesinde ortaya çıkan alanın, açık deniz ve derin deniz yatağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Derin deniz yatağının işletilmesi ve buradan elde edilen gelirlerin Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından adil şekilde tüm uluslararası toplumun yararına kullanılması yerinde olacaktır. Böylesi bir yaklaşım, Kuzey Kutbu'nun insanlığın ortak mirası kabul edilmesi sonucunu da beraberinde getirecektir.

C. Uzay

Devletler kara ve deniz ülkesinin (karasularının) hemen üzerinde bulunan hava sahası (*airspace*) üzerinde münhasır egemenlik hakkı sahibidir.[658] Dolayısıyla, devlet kendi hava sahasını diğer devletlerin kullanımına ve uçuşuna kapatabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, uluslararası hukukta hava sahası ile ilgili sorun, hava sahasının yer yüzünden itibaren ne kadar mesafeye kadar devletin egemenliğine dahil olduğudur. Diğer bir ifadeyle, devletin hava sahası üzerindeki egemenliği nereye kadardır? Çünkü, hava sahasının bitim noktası, uluslararası hukukta başka bir alanın (uzayın, *outer space*) ve bu alana ilişkin farklı bir hukuk sahasının (uzay hukukunun, *space law*) başlangıcı niteliğindedir. Hava sahası bitim noktasının devletin münhasır egemenliğinin de sona erdiği yer olması sebebiyle, sınırlarının net biçimde ortaya konulması kaçınılmazdır. Ancak, ne hava hukuku ne de uzay hukuku metinleri bu konuda açık bir düzenleme içerir. Hava sahası ile uzay arasındaki sınırın çizilmesinde değişik görüşler ileriye sürülmektedir: Uyduların en düşük yörüngesi; uçağın çıkabileceği en üst nokta; veya yer çekimi etkisinin olmadığı seviye, söz konusu kriterlerden sadece birkaç tanesidir.[659] Günümüz uluslararası hukuk uygulamasında üzerinde tartışma devam etmekle birlikte, birçok uluslararası hukukçu, hava sahasının bitim,

dolayısıyla uzayın ve uzay hukukunun başlangıç noktası olarak yeryüzünden itibaren 150-200 mil arasında bir yerin olabileceğini kabul etmektedir.[660]

Uzay ve uzay hukukunun gelişimi bir ihtiyaç olarak, ilk defa 1957'de Sovyetler Birliği'nin uzaya uydu (*Sputnik* isimli) göndermesi ile başlamıştır. Amerika Birleşik Devletleri, Soğuk Savaş dönemi rekabet sürecinde uzaya ve Ay'a astronot göndermiş ve yarıştaki yerini almıştır. Karşılıklı olarak uzay istasyonları inşa edilmiş, uzay araçları geliştirilmiş, yüzlerce uydu Dünyanın yörüngesine yerleştirilmiştir. Uluslararası silahlı çatışmalar hukuku, deniz hukuku gibi alanların gelişiminin yüz yıllarca sürmesine karşın, uzay hukukunun uluslararası hukuktaki yerini alması çok kısa bir zaman diliminde gerçekleşmiştir.[661]

Birleşmiş Milletler, hiç tartışmasız, uzay hukukunun ortaya çıkışında lider rol oynamıştır. 1958'de Uzayın Barışçıl Kullanımına İlişkin Birleşmiş Milletler Komitesi (*the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space*) kurulmuştur. Komite, uluslararası hukukun özel bir bölümü olan uzay hukukunun şekillenmesine yönelik taslak andlaşma metinleri hazırlamış ve uzay hukukuna dair ilkelerin neler olacağına yönelik tavsiyelerde bulunmuştur.[662]

Uzay çağının ilk dönemlerinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu uzaya ilişkin kararlar almıştır. Bunlar içerisinde en önemlisi, 1963 tarihli Uzayın Keşfi ve Kullanımına Yönelik Devletlerin Eylemlerini Düzenleyen Hukuk İlkeleri Bildirgesi'dir (*the 1963 Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space*). Söz konusu Bildirge, 1967 tarihli Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil Uzayın Keşfi ve Kullanımına Yönelik Devletlerin Eylemlerini Düzenleyen ilkeler Andlaşması'nın (*the 1967 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*, kısacası *the 1967 Outer Space Treaty* veya 1967 Uzay Andlaşmaşı)[663] hazırlanmasına esas teşkil etmiştir. Uzay Andlaşması madde 1 düzenlemesine göre, ay ve diğer gök cisimleri dahil uzayın keşfi ve kullanımı tüm ülkelerin çıkarlarına ve faydalarına uygun olmalı; ay ve diğer gök cisimleri bütün insanlığın ortak mirası kabul edilmelidir. Yine aynı madde uzayda bilimsel çalışma serbestisini ve uluslararası toplumun bu anlamda işbirliği içerisinde olmasını hükme bağlamaktadır. 2. madde hükmü ise, ay ve diğer gök cisimleri dahil uzay üzerinde ulusal mülk veya egemenlik iddialarının olamayacağım ifade etmektedir. Uzay Andlaşması'nın diğer önemli düzenlemeleri arasında; uzayda, dünyanın yörüngesine nükleer silah

veya kitle imha silahlarının yerleştirilemeyeceği, uzayın sadece barışçıl amaçlarla kullanılabileceği,[664] bu bağlamda askeri üslerin inşa edilemeyeceği, askeri tatbikat ve silah denemelerinin yapılamayacağı,[665] astronotların insanlığın elçileri olduğu, kendilerine her türlü yardımın yapılması gerektiği,[666] uzayda gerçekleştirilen eylemlerden dolayı uluslararası sorumluluğun olduğu[667] yönündeki hükümler sayılabilir.

1967 tarihli Uzay Andlaşması, sonraki yıllarda gözden geçirilmiş ve bu doğrultuda dört ek andlaşma daha akdedilmiştir. Bunlar: 1968 tarihli Uzaya Fırlatılan Nesnelerin ve Astronotların Dönüşüne, Astronotların Kurtarılmasına İlişkin Sözleşme (*the 1968 Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astranauts and the Return of Objects Launched into Outer Space*); 1972 tarihli Uzay Nesnelerinin Sebebiyet Verdiği Zarardan Dolayı Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Sözleşme (*the 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*);[668] 1976 tarihli Uzaya Fırlatılan Nesnelerin Tesciline İlişkin Sözleşme (*the 1976 Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space*); ve 1979 tarihli Ay ve Diğer Gök Cisimleri Üzerinde Devletlerin Eylemlerine İlişkin Sözleşme (*the 1979 Agreement Concerning the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies*). Söz konusu dört yeni sözleşme, 1967 Uzay Andlaşması'ndaki hükümleri daha da detaylandıran ve onaylayan niteliktedir ve günümüz uzay hukukunun temel belgelerini oluşturmaktadır.

Konumuz açısından uzay hukukuna ilişkin uluslararası hukuk metinleri değerlendirildiğinde, uzayın barışçıl amaçlarla kullanımı, uzayın devletlerin egemenlik iddialarına konu olamaması, uzayın keşfi ve kullanımının bütün devletlerin faydasına olması, ay ve diğer gök cisimleri dahil uzayın insanlığın ortak mirası kabul edildiğinin en açık göstergeleri olduğu sonucuna kolaylıkla ulaşılabilir.

VI. SONUÇ

Devletlerin üzerinde münhasır egemenlik sahibi olduğu alan; kara, deniz ve hava ülkesi olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. Diğer devletlerin egemenlik sahalarından ayırt edebilmek ve uyuşmazlık konusu olmamak bakımından, devletlerin sınırlarının kesin surette tespit edilmesi son derece önemlidir. Üzerinde tartışma konusu olabilecek yerler açısından uluslararası hukukun ülke kazanımına dair kuralları, belirleyici rol oynamaktadır. Tarihsel süreç içerisinde değerlendirildiğinde, uluslararası hukukun benimsediği belli

başlı ülke kazanım yolları şunlardır: İşgal, zamanaşımı, devir ve andlaşma, yeni arazi oluşumu, fetih ve ilhak, yargı kararları ve *uti possidetis* ilkesi. Günümüzde, sınır anlaşmazlıkları veya ülke kazanımı konusunda en etkin rolü, uluslararası mahkeme veya hakem kararları oluşturmaktadır. Özellikle deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda, uluslararası yargı kuruluşlarının, uluslararası hukuka katkısı çok belirleyicidir.[669] Ayrıca, sömürge sonrası süreçte, yeni devletlerin oluşumunda sınırların tespitinde *uti possidetis* ilkesi uygulamasının kolaylığı ve önemi de tartışmasızdır.

Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelere paralel biçimde, Kutup bölgeleri, uzay ve doğal zenginlikleri keşfedilmiştir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk söz konusu alanların hukuki niteliği konusunda düzenleme yapmak zorunda kalmıştır. Antarktika, Kuzey Kutbu, Ay ve diğer gök cisimleri dahil uzayın, bireysel düzeyde devletlerin egemenliğine dahil edilmemesini, söz konusu alanların barışçıl amaçlarla ve tüm insanlığın yararına kullanılmasını işaret etmektedir. Bu düşünceden hareketle, uluslararası hukukta insanlığın ortak mirası doktrini geliştirilmiştir ve hiç şüphesiz bu anlayış, içinde bulunulan yüzyılın en önemli uluslararası hukuk konusu olmaya devam edecektir.

Tartışma Soruları

1. Uluslararası hukukta başlıca ülke kazanım yolları nelerdir? Sizce günümüzde en önemli ülke kazanım yolu hangisidir? Tartışınız.

2. Alfa, Hint Okyanusu'nda Hindistan'a 300 mil uzaklıkta bir adadır. 1720'de adanın bir İngiliz kaptan tarafından keşfedilmesi sebebiyle, İngiltere, adanın kendisine ait olduğunu iddia etmiştir. Ada keşfedildiğinde, üzerinde hiçbir canlı yaşamamaktadır. İngiltere, daha önce Hindistan'ın güneyinde Beta adlı bir sömürge kurmuştur ve Beta, Alfa adasına en yakın yerleşim birimidir. Ancak, İngiliz kaptanın adayı keşfinden sonra ne kaptan ne de mürettebattan herhangi biri veya başka bir yerleşimci adada yaşamıştır.

1800'de ise Portekiz, askeri gemilerinden birisinin adaya gelmesi ve mürettebatının adaya yerleşmesi gerekçesiyle, Alfa adasının kendisine ait olduğunu iddia etmiştir. Yerleşimciler, adada bayraklarını dikmişler ve küçük bir yönetim oluşturmuşlardır. Ancak, adadaki su sıkıntısı ve tarımın yetersizliği sebebiyle, yerleşimciler ancak elli yıl kadar yaşayabilmişlerdir. Daha sonra adada herhangi bir yerleşim olmamıştır. Ancak, 1850 sonrası, Alfa adasının sularında Portekizli balıkçıların düzenli balık avladıkları ve av

süresince ada üzerinde kalmaya başladıkları görülmüştür.

1800-1955 yıllan arasında Beta'nın ada üzerinde herhangi bir aktivitesi olmamıştır. Ancak, 1955'de Beta, İngiltere'den andlaşma yoluyla bağımsızlığını almıştır. Ayrıca, anlaşmaya göre Alfa adasının Beta'ya ait olduğu kabul edilmiş ve ada yeni kurulan Beta devletinin sınırları içerisinde gösterilmiştir.

1960'dan itibaren Portekiz dışişleri görevlileri Beta'nın iddialarına karşı çıkmış ve iki devlet (Portekiz ve Beta) Alfa adasının kendilerine ait olduklarını iddia etmeye başlamışlardır.

Her iki devlet aralarında yaptıkları andlaşma çerçevesinde Alfa üzerindeki uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla Uluslararası Adalet Divanı'na gönderilmesine karar vermişlerdir. İki devlet arasındaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın karan nasıl olurdu? Tartışınız.

3. "Ülke kazanımı için, ülke üzerinde süreklilik ve barışçıl nitelikli egemenlik göstergelerinin olması yeterlidir." (1928 tarihli *Palmas Adası Davası'*ndan alınmıştır).

Ülke kazanımına ilişkin modern uluslararası hukuk düzenlemeleri ve uygulamaları ışığında, yukarıdaki ifadeyi eleştirel yönden değerlendiriniz.

4. 1963'de bağımsızlığını kazanan Alfa ve Beta devletleri sınır komşularıdır. Ancak, günümüzde sınırları üzerinde anlaşamamaktadırlar. Sınır uyuşmazlığı ile ilgili sorun, iki devlet arasında orta noktası sınırı oluşturan nehirle ilgilidir. Nehir yaklaşık 100 yıllık akımı sürecinde yatağını değiştirmiş ve şimdi Beta devletinin ülkesine doğru üç mil içeriden akmaya başlamıştır.

Uluslararası hukuk kuralları ve yargı uygulamaları çerçevesinde nehir ile ilgili egemenlik iddialarına ilişkin çözümünüz ne olurdu? Tartışınız.

5. İsrail Başbakanı, Benjamin Netanyahu, ülkesinde yapılacak seçimleri kazanması durumunda, işgal altındaki Filistin ülkesindeki Yahudi yerleşim birimlerini, İsrail Devleti'nin ülkesine ilhak (katma) sözü verdi. (7 Nisan 2019 tarihli The Guardian Gazetesi'nin İnternet Baskısındaki *Netanyahu vows to annex the Jewish settlements in occupied West Bank* başlıklı haberinden alınmış ve çevrilmiştir).

Yukarıda yer alan açıklamayı uluslararası hukukta ülke kazanım yolları açısından tartışınız.

6. 25 Mart 2019'da İsrail Başbakanı Benjamin Netanyahu ile gerçekleştirilen resmi toplantıda Birleşik Devletler Başkanı Donald

Trump’ın, İsrail’in Golan Tepeleri üzerindeki egemenliğinin Amerika Birleşik Devletleri tarafından tanınmasına ilişkin imzaladığı Başkanlık Kararnamesi’ni, uluslararası hukukta ülke kazanım yollarına ilişkin kurallar ışığında nasıl değerlendirirsiniz? Tartışınız.

7. Uluslararası hukukta insanlığın ortak mirası (*common heritage of mankind*) görüşünü tartışınız.

8. Uluslararası hukukta toprak bütünlüğü ilkesi ile *uti possidetis* ilkesi arasında nasıl bir bağ olabilir. Tartışınız.

9. Uluslararası hukukta *uti possidetis* ilkesi uygulamasını Uluslararası Adalet Divanı kararları ışığında değerlendirerek, ayrıca, söz konusu ilkenin modern anlamda uygulanmasının örneklerinin mevcut olup olmadığını tartışınız.

1 2 3 4 5 6 7