

KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI İLİŞKİLER ANA BİLİM DALI

DEMET ŞEFİKA MANGIR

DOKTORA TEZİ

ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR HUKUKUNDA
JUS COGENS (BUYRUK) KURALLAR

DANIŞMAN

PROF. DR. ENVER BOZKURT

KIRIKKALE 2011

ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR HUKUKUNDA
***JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLAR**

İÇİNDEKİLER

KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA	VI
ÖNSÖZ.....	VI
KISALTMALAR	VIII
ÖZET.....	IX
ABSTRACT	XI
GİRİŞ	11

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA
NORMLAR HİYERARŞİSİ VE KAMU DÜZENİ

1. ULUSLARARASI HUKUKTA NORMLAR HİYERARŞİSİ.....	15
1.1. Hukuk Düzeninin Nitelikleri	15
1.2. Hukuk Normlarının Sınıflandırılması.....	18
1.3. Normlar Hiyerarşisi	22
2. ULUSLARARASI HUKUKTA KAMU DÜZENİ	26
2.1. Kamu Düzeninin Kavramsal Boyutu	26
2.2. Kamu Düzeninin Hukuki Niteliği.....	30
2.3. Kamu Düzeninin Özellikleri	33
2.3.1. Kamu Düzeninin Zamansal Değişimi	33
2.3.2. Kamu Düzeninin Mekânsal ve Konusal Değişimi	34
2.4. Kamu Düzeninin Etkisi.....	35
2.5. Ulusal Yasal Sistemlerde Kamu Düzeni	36
2.6. Uluslararası Sistemde Kamu Düzeni.....	39

2.6.1. Uluslararası Sistemde Kamu Düzeninin Gerekliliği	41
2.6.2. Uluslararası Sistemde Kamu Düzeni ve <i>Jus Cogens</i>	44
3. ULUSLARARASI HUKUKTA EMREDİCİ NORM OLGUSU	47
4. ULUSLARARASI HUKUKTA EMREDİCİ NORMLARIN TEMEL VARSAYIMLARI	48

İKİNCİ BÖLÜM

***JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLARIN KAVRAMSAL BOYUTU TANIMLANMASI VE TARİHSEL GELİŞİMİ**

2.1. <i>JUS COGENS</i> (BUYRUK) KURALLARIN KAVRAMSAL BOYUTU	53
2.2. <i>JUS COGENS</i> (BUYRUK) KURALLARIN TANIMLANMASI	55
2.2.1. Yapısal Normlar ve Bağımsız Normlar	61
2.2.2. Otoriter Normların Ahlakiliği	63
2.2.3. <i>Jus Cogens</i> (Buyruk) Kuralların Mutlak Yapısı	64
2.2.4. <i>Jus Cogens</i> (Buyruk) Kurallar ve İlga Etme	66
2.2.5. <i>Jus Cogens</i> (Buyruk) Kuralların Etkisi	70
2.3. <i>JUS COGENS</i> (BUYRUK) KURALLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ	72
2.4. <i>JUS COGENS</i> (BUYRUK) KURALLARA BENZER KAVRAMLAR	76
2.4.1. Erga Omnes Kurallar ve <i>Jus Cogens</i>	76
2.4.2. Antlaşma Yükümlülükleri ve <i>Jus Cogens</i>	77
2.4.2.1. Objektif Antlaşma Yükümlülükleri	78
2.4.2.2. Birbirine Bağlı veya ‘Bütüncül’ Antlaşma Yükümlülükleri	82
2.4.2.3. Sözde ‘Objektif’ Düzenlemeler	84
2.5. <i>JUS COGENS</i> (BUYRUK) KURALLARIN KAYNAKLARI VE DEĞİŞİMİ	86
2.5.1. <i>Jus Cogens</i> (Buyruk) Kuralların Kaynakları	86
2.5.1.1. <i>Jus Cogens</i> ve Antlaşmalar	89
2.5.1.2. <i>Jus Cogens</i> ve Örf ve Adet	90

2.5.1.3. <i>Jus Cogens</i> ve Hukukun Genel İlkeleri	98
2.5.2. <i>Jus Cogens</i> (Buyruk) Kuralların Değişimi	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR HUKUKUNDA VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜNDE *JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLAR

3.1. VİYANA ANTLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİNİN OLUŞUM SÜRECİNDE <i>JUS COGENS</i> (BUYRUK) KURALLAR	103
3.1.1. Viyana Konferansı ve <i>Jus Cogens</i> (Buyruk) Kuralları Belirleyen Gelişmeler	105
3.1.2. Viyana Konferansı Sonrasında <i>Jus Cogens</i> (Buyruk) Kurallara İlişkin Tartışmalar	108
3.2. ANTLAŞMALARIN AMACI VE OBJESİ.....	109
3.3. <i>JUS COGENS</i> (BUYRUK) KURALLARLA ANTLAŞMALARIN ÇATIŞMASI	114
3.3.1. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 53 ve Objektif Yasadışılık	114
3.3.2. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 53 ve Normatif Çatışma Kavramı	117
3.3.3. <i>Jus Cogens</i> ve Antlaşmaların Geçersizliği.....	119
3.3.4. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 64; Antlaşmaların Sonlandırılması	119
3.3.5. <i>Jus Cogens</i> ve Antlaşmalara Yönelik Çekinceler	121
3.4. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜ VE <i>JUS COGENS</i>	123
3.4.1. Uluslararası Sorunların Çözümünde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi	125
3.4.2. Devletlerin Eylemleri ve Güvenlik Konseyi.....	130
3.4.3. Güvenlik Konseyi Kararları ve <i>Jus Cogens</i>	133
3.4.4. Güvenlik Konseyi Kararlarının <i>Jus Cogens</i> Kapsamında Yorumlanması .	140

3.4.5. *Jus Cogens* ile Çatışan Güvenlik Konseyi Kararlarına İtiraz Etme Yolları 142

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR HUKUKUNDA
GENEL KABUL GÖREN
***JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLAR**

4.1. ULUSLARARASI HUKUKTA KUVVET KULLANIMI.....	147
4.1.1. Kuvvet Kullanmama İlkesinin Tanımlanması	150
4.1.2. Kuvvet Kullanmama İlkesinin İhlali	154
4.2. ULUSLARARASI HUKUKTA SELF-DETERMİNASYON İLKESİ	158
4.2.1. Self-Determinasyon İlkesinin Tanımlanması	161
4.2.2. Self-Determinasyon İlkesinin İhlali	163
4.3. ULUSLARARASI HUKUKTA İNSAN HAKLARI.....	167
4.3.1. İnsan Haklarının Tanımlanması.....	170
4.3.2. İnsan Haklarının İhlali.....	173
4.4. ULUSLARARASI HUKUKTA İNSANCIL HUKUK.....	176
4.4.1. İnsancıl Hukukun Tanımlanması	176
4.4.2. İnsancıl Hukukun İhlali	179
4.5. ULUSLARARASI HUKUKTA ÇEVRE HUKUKU	180
4.5.1. Çevre Hukukunun Tanımlanması	180
4.5.2. Çevre Hukukunun İhlali	184
SONUÇ.....	187
KAYNAKÇA.....	192
ÖZGEÇMİŞ.....	215

KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA

Doktora tezi olarak hazırladığım “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* (Buyruk) Kurallar” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

16.05.2011

DEMET ŞEFİKA MANGIR

ÖNSÖZ

Bu çalışma, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Doktora Programı kapsamında hazırlanmış olan “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* (Buyruk) Kurallar“ başlıklı tez konusudur. Bu tezin danışmanlığını Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Enver Bozkurt yapmıştır.

Tezin hazırlanma aşamasında çalışmalarımı değerlendirip eleştiri ve önerileriyle katkıda bulunan danışman hocam Prof. Dr. Enver Bozkurt’a teşekkürlerimi sunarım. Tez izleme komitemde bulunan ve savunma esnasında jüride yer alan hocalarım Prof. Dr. Birol Akgün, Prof. Dr. Erol Kurubaş, Yrd. Doç. Dr. Yasin Poyraz ve Yrd. Doç. Dr. Hüseyin Demir’e çalışmamda rehberlik ettikleri için çok çok teşekkür ederim. Bu çalışmaya manevi katkılarıyla destek olan hocalarım Prof. Dr. Şaban Çalış ve Prof. Dr. Nasuh Uslu’ya da teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmanın başından beri ilgi ve desteklerini esirgemeyen, hayat ışığım annem ve babama ve eşime gemiyi limana getirip getirmediğimle değil başımdan geçen fırtınalarla ilgilendikleri için sonsuz teşekkür ederim.

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
Çev.	: Çeviren
DHS	: Deniz Hukuku Sözleşmesi
Ed.	: Editör
FRY	: Federal Yugoslavya Cumhuriyeti
HRW	: Human Rights Watch
ICCPR	: International Covenant on Civil and Political Rights
ICJ	: International Court of Justice
ICTY	: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
ILC	: International Law Commission
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
MC	: Milletler Cemiyeti
md.	: Madde
MÖH-UK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
NATO	: Kuzey Atlantik Antlaşması Teşkilatı
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
S/RES	: Security Council Resolution
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UADS	: Uluslararası Adalet Divanı Statüsü
UHK	: Uluslararası Hukuk Komisyonu
UN	: United Nations
v.	: Versus
VAHS	: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

ÖZET

ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR HUKUKUNDA *JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLAR

Örf ve adet hukuku kurallarından hareketle uluslararası hukukun sorumluluğu, uluslararası toplumun tamamı için geçerli olan ortak bağlayıcı kuralları oluşturmak ve uluslararası toplumun bu kurallara kendisini bağlı hissetmesini sağlamaktır. Bu sorumluluk, uluslararası hukukun geleneksel kurumlarının yeniden ele alınmasını ve toplumun temel değerlerinin korunmasına yönelik adımların geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Uluslararası hukuk, uluslararası sistemde yer alan devlet ya da devlet dışı unsurların çıkarlarından ziyade, uluslararası toplumun çıkarlarının ve değerlerinin daha öncelikli korunmasını amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda, üstün/öncelikli niteliğini, uluslararası toplumun temel değerlerinden alan *jus cogens* (buyruk) kurallar, uluslararası antlaşmalar hukukunun önemli bir argümanı olarak, Birleşmiş Milletler Antlaşmalar Hukuku Konferansı ve bu konferans sonucunda kabul edilen, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile uluslararası pozitif hukuktaki yerini almıştır.

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. Maddesinde düzenlenen *jus cogens* normların, diğer normlar üzerindeki hâkim niteliği vurgulanmıştır. Otoriter normlarla çatışan antlaşmaların, geçersiz/butlan olduğuna ve otoriter bir normun, uluslararası toplum tarafından tanınması gerektiğine açıklık getiren 53. Madde, normun ilga/kısmi yürürlükten kaldırmaya izin vermediğini ve sadece genel uluslararası hukukun aynı karaktere sahip müteakip bir normu ile değiştirilebildiğini de belirtmektedir. Dolayısıyla bu normlar, otoriter normlarla çatışan eylemleri geçersiz kılarak, hiyerarşik sıralamanın en üstünde yer aldıklarını göstermektedirler.

Uluslararası toplumun çıkarlarını koruyan ve otoriter normlar olarak adlandırılan *jus cogens* normlar, ulusal yasal sistemlerdeki ulusal kamu politikalarının eylemlerine benzer şekilde, uluslararası eylemlerin alanını niteleyen ve birbirleriyle çatışan normların geçerliliğini etkileyen, uluslararası kamu düzeni algısı üzerine şekillenmiştir. Uluslararası toplumun öncelikli değerlerini temel alan (kuvvet kullanımının yasaklanması, insan hakları ihlallerinin engellenmesi gibi) uluslararası kamu düzeni normları, hukukun gelişiminde, uygulanmasında ve yorumlanmasında etkin bir rol oynamakta ve uluslararası hukuk normları arasında hiyerarşik bir bağın kurulmasını

öngörmektedir. Dolayısıyla, *jus cogens* normlar olarak genel kabul gören kuralların kapsamının belirlenmesi ve uluslararası toplumdaki işlevlerinin saptanması ile hem uluslararası toplumun temel değerlerinin açıkça ortaya koyulmasının hem de uluslararası hukuk subjelerinin antlaşma yapma özgürlüğünün toplumsal çıkar bağlamında sınırlandırılmasının gerekliliğini ve önemini ortaya koyan kapsamlı bir çalışma hedeflenmiştir. Bu çalışmada, uluslararası hukuk alanına ilişkin geniş bir literatür taraması yapılmış ve konuya ilişkin kitaplar, makaleler, Uluslararası Adalet Divanı Davaları ve Raporları incelenmiştir.

ABSTRACT

JUS COGENS (WRIT) RULES IN THE LAW OF INTERNATIONAL TREATIES

With moving from the rules of common law, responsibility of international law is to form binding rules, which is valid for all of international community, and to provide international community to feel itself subjected to these rules. This responsibility entails to reconsider the traditional institutes of international community to take steps toward keeping the fundamental values of the society. International laws aim to keep of first priority the interests and values of international community, rather than the interests of governmental and nongovernmental elements taking place in international system. In the direction of this aim, the rules receiving its superior / privileged quality from the fundamental values (*jus cogens/writ*) of international community, as an important argument of law of international treaties, took its place in international positive law with United Nations Conference on Treaties Law and 1969 Vienna Contracts on Treaties Law accepted at the end of this conference.

The dominant quality of *jus cogens*, regulated to 53rd item of 1969 Contract of Vienna Treaties Law, on the other norms was emphasized. The item 53 clarifying that the treaties conflicting authoritarian norms is invalid, and that an authoritarian norm should be recognized by international community suggests that it does not allow to be annulled the norm, and that it can be replaced with the successive norm having the same character of general international law. Hence, *jus cogens* rules indicates that, making invalid the actions conflicting with the authoritarian norms, they take places on top of hierarchical ranking.

Jus cogens rules keeping the interests of international community and called authoritarian norms, in similar with national public policies in national legal systems, was shaped on the perception of international public order qualifying the area of international actions and influencing the validity of norms conflicting to each other. International public order norms based on the values of priority of international community play effective role in developing law, applying and interpreting it and foresees to be set an hierarchical relation among international law norms.

Hence, as *jus cogens* rule, with determining the scope of generally accepted rules and identifying their functions in international community, a comprehensive study putting forth that both fundamental values of international community are clearly presented and that the freedom of international law subjects on making agreement is limited in the context of social interest are necessary and important is targeted. In this study, a comprehensive literature review on the international law was carried out and the books, articles, and cases and reports of International Justice Court about this issue was reviewed and analysed.

GİRİŞ

Uluslararası antlaşmalar hukukunda, kökenleri Roma Hukuku'na dayanan *jus cogens* normların uluslararası toplumun temel değerlerini temsil ettiği ve bu değerlerden kaynaklanan bir üstünlüğe sahip olduğu düşüncesi tartışmalı da olsa genel kabul görmekte ve uluslararası toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından desteklenmektedir. Bu düşünceden hareketle çalışmanın temel argümanını uluslararası sistemde yer alan devlet ya da devlet dışı unsurların çıkarlarından ziyade, uluslararası toplumun çıkarlarının ve değerlerinin daha öncelikli olarak koruması gerektiğini temel alan *jus cogens* normlar oluşturmaktadır. Burada, uluslararası toplumun değer yargılarını temsil eden *jus cogens* normların uluslararası hukuk içerisindeki yapılanması ve uluslararası sistem içerisindeki algısı dikkate alınarak, uluslararası hukukun temel varsayımları kapsamında uluslararası sistemin gerçekleriyle örtüşüp örtüşmediğinin belirlenmesi amaçlanmaktadır.

Jus cogens normlar, Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşmalar Hukuku Konferansı ve bu konferans sonucunda kabul edilen 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde (VAHS) düzenlenerek somut bir nitelik kazanmıştır. Uluslararası antlaşmalar hukuku içerisinde Latince bir terim olarak, mutlak bağlayıcı kurallar olarak nitelenen bu normlar, zorlayıcı özellikleri bakımından buyruk/mutlak kurallar (*jus publicum*) ve tamamlayıcı/düzenleyici kurallar (*jus dispositivum*) ayrımı ile uluslararası hukuk doktrinindeki yerini almıştır. İç hukuktan esinlenerek oluşturulan bu normların, Grotius dönemi ve doğal hukuk okulu tarafından da benimsendiği ve pozitif hukuk kurallarının üstünde olduğu anlayışının ağırlık kazandığı bilinmektedir. Bu anlayış, uluslararası antlaşmalar yapılırken devletlerin tamamıyla özgür hareket etmelerinin eleştirilmesine zemin hazırlamıştır.

Uluslararası antlaşmalar hukukunun *jus cogens* normları birçok devlet tarafından kabul edilmekte ve devletlerin bu kuralları uygulamak zorunda olduklarına ilişkin uluslararası toplumsal inanç katlanarak artmaktadır. Bu bağlamda, 1969 VAHS'nin de etkisiyle *jus cogens* normlar niteliğindeki normlar hem teoride hem de uygulamada genel kabul görmekte ve bu normlara aykırı sözleşmelerin yapılamayacağı ifade edilmektedir. VAHS, bu normların hukuksal niteliğini, kaynaklarını ve içeriğini tam olarak belirlememiş ve hukuksal sınırlarını çizmemiştir. Dolayısıyla, *jus cogens* normların sıradan normlardan nasıl ayrılacağı ve bu normların ihlal edilmesi durumunda nasıl bir yaptırım uygulanacağı gibi sorulara cevap vermek oldukça zor görünmektedir.

Bu nedenle *jus cogens* normlar, VAHS’de kutsal bir yere konulsa da henüz uluslararası hukukta normatif içerikte bir konsensusa varılamamış, pozitif hukukun bütün referanslarından eksik, sadece retorik amaçlar için kullanılabilir olmaktadır.

Hukukta taraflar sözleşmede irade serbestisi ilkesi gereğince normların aksini kararlaştırabilmekte ve sözleşmelerdeki boşlukların yedek hukuk kurallarınca giderilmesini öngörebilmektedirler. Ancak, iç hukuktan farklı olarak *jus cogens* normların aksi kararlaştırılamamakta ve tarafların rızası olsa bile, aksine antlaşma hükmü konulamamaktadır. Dolayısıyla bu normlar, yasalardan, genel ahlaktan ve örften, kamu yararı düşüncesinden ya da hukukun genel ilkelerinden oluşmaktadır. Bu bağlamda uluslararası hukukta, uluslararası örf ve adetler çerçevesinde kabul edilen genel ahlak kuralları, kişilik hakları, insan hak ve özgürlükleri, *jus cogens* normlar ile özdeşleştirilmektedir. Ancak, büyük ölçüde teamül ve hukukun genel ilkelerini kapsamamasına rağmen, bütün genel uluslararası hukuk ilkelerinin ve kurallarının, bu normlar içerisinde yer almaması -kuvvet kullanma yasağı gibi- bazı klasikleşmiş konular dışında, bu normların tespit edilmesini zorlaştırmaktadır.

Jus cogens normları en iyi yansıtan normlardan biri, uluslar arasında barışı koruyan kuvvet kullanma yasağı ilkesidir. Bu ilke, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları niteliği kazanmış ve BM Şartı’na imza koymayan devletleri de yükümlülük altına almıştır. Ayrıca köle ticareti, çocuklara idam cezası uygulanamaması, deniz haydutluğu, soykırım ve devletlerin egemen eşitliğine aykırı davranma, halkların kendi kaderlerini belirleme ilkeleri gibi toplumsal değerleri koruyan ilkeler de *jus cogens* normlar niteliğinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu ilkelerin temel amacı, uluslararası toplumun düzenini korumak ve toplumun haklarını zedeleyecek bir sonucun ortaya çıkmasına engel olmaktır.

Kısacası *jus cogens* normlar, genel bir ifadeyle uluslararası toplumun yararını gözeten ve temel hak ve hürriyetleri korumaya yönelik kuralları nitelendirmektedir. Bu bağlamda bu normların, uluslararası toplumun temel değerlerini temsil etmesinden kaynaklanan üstünlüğü, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* (Buyruk) Kurallar” başlıklı çalışmada dört ana bölüm çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmanın birinci bölümünde, “Uluslararası Hukukta Normlar Hiyerarşisi ve Kamu Düzeni” başlığı altında, hukuk düzeninin niteliklerinden yola çıkılarak normların hiyerarşik yapısı tanımlanmış, bu yapı içerisinde kamu düzeni kavramı ulusal ve

uluslararası kapsamlarıyla tanımlanmaya ve anlamlandırılmaya çalışılmıştır. Ayrıca kamu düzeninin hukuki niteliği, zamansal, mekânsal ve konusal değişiminin yanısıra, uluslararası sistemin kamu düzenine olan ihtiyacı sorgulanmış ve ulusal ve uluslararası yasal sistemlerdeki yeri incelenmiştir. Burada ulusal veya uluslararası toplumun temel değer yargıları kapsamında kamu düzeni kavramını niteleyen normların nitelikleri çalışmanın temel ekseninde yer alan *jus cogens* normların nitelikleri ile birlikte dikkate alınmıştır. Bu bağlamda bu normların otoriter niteliğinin anlaşılır olması adına uluslararası hukukta emredici norm olgusu temel varsayımlar çerçevesinde incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü, “*Jus Cogens* (Buyruk) Kuralların Kavramsal Boyutu Tanımlanması ve Tarihsel Gelişimi” başlığı altında, bu normların kavramsal boyutunun tanımlanmasına ve tarihsel süreç içerisindeki gelişiminin incelenmesine yer verilmiştir. Burada özellikle, *jus cogens* normların uluslararası toplumun değerlerini nasıl yansıttığı ve antlaşma yükümlülükleri ile otoriter karakterini nasıl bağdaştırdığı vurgulanmaya çalışılmıştır. Özellikle, *jus cogens* normların tespit edilmesinde kesin kriterlerin olmamasına rağmen, bu normlarla benzer niteliklere sahip olan normların farklı yönleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla, uluslararası toplumun üstün, zorlayıcı ve otoriter niteliğini kabul ettiği normlar çerçevesinde *jus cogens* normların çerçevesi belirlenmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda ve Birleşmiş Milletler Örgütünde *Jus Cogens* (Buyruk) Kurallar” başlığı altında, VAHS’nin oluşum sürecinde ve sonrasında *jus cogens* normları belirleyen gelişmeler ve bu normlara ilişkin tartışmalar incelenmiştir. *Jus cogens* normlarla antlaşmaların çatışması, VAHS 53. ve 64. maddeler kapsamında ele alınmış ve antlaşmaları geçersiz kılan unsurlar üzerinde durulmuştur. Uluslararası toplumun *jus cogens* normlar algısı özellikle, BM kapsamında, uluslararası sorunların çözümünde önemli bir role sahip olan Güvenlik Konseyi’nin (GK) aldığı kararlar doğrultusunda gelişmiştir. Burada, GK kararlarının *jus cogens* normlar kapsamında yorumlanması ve bu normlarla çatışan kararların incelenmesine yer verilmiştir.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Genel Kabul Gören *Jus Cogens* (Buyruk) Kurallar” başlığı altında, uluslararası hukukta kuvvet kullanımına, self-determinasyon ilkesine, insan haklarına, insancıl hukuka ve

evre hukukuna yer verilmiştir. Burada, uluslararası toplumda genel kabul gören *jus cogens* normlar olarak nitelendirdiğimiz ilkelerin uluslararası hukuktaki yeri tanımlanmış ve bu ilkelere yönelik ihlallere karşı uluslararası toplumun tutumu örneklerle incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın sonuç kısmında genel bir analiz yapılarak, uluslararası toplumun temel değerlerini yansıtan, koruyan ve uluslararası toplum inancının yaygınlaşmasına aracılık eden otoriter nitelikli bu kuralların kavramsal kargaşadan uzak, daha somut hukuki bir çerçeveye oturtulmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA

NORMLAR HİYERARŞİSİ VE KAMU DÜZENİ

1. ULUSLARARASI HUKUKTA NORMLAR HİYERARŞİSİ

1.1. Hukuk Düzeninin Nitelikleri

Hukuk normu incelemelerinin başlangıç noktasını, normların kişiler üzerindeki sosyal düzenleme fonksiyonları oluşturmaktadır. Bu nedenle, hukuk normları bireylerin ya da grupların haklara, sorumluluklara ve ayrıcalıklara sahip olmalarından dolayı, bazı durumları kabul etmelerini ya da reddetmelerini düzenlemektedir. Hukuk normları ile düzenlenen ilişkiler normatif hukuki ilişkileri oluşturmaktadır. Dolayısıyla normatif hukuki ilişkilerin temel amacı insanların davranışlarını ve insanlar arası ilişkileri ele almaktır. Hukuk ilişkileri, temelde insanlar arası ilişkileri içerse de hukuk düzeninin işleyişi içerisinde gerekli olan soyut tüzel kişi kavramına da yer vermek gerekmektedir. Bu nedenle, bakanlıklara, derneklere, siyasal partilere, ticaret şirketlerine ve benzeri bazı kuruluşlara hukuk düzenince tüzelkişilik tanınmakta ve ilgili kurullarla tüzel kişiyi temsil eden organlar hak ve sorumluluk sahibi olmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzeni, hem uyulması zorunlu bir kurullar bütünü oluşturmak hem de örgütlenmiş toplumsal yapı aracılığıyla bu kurullara uyulmasını yaptırım yoluyla sağlama amacı taşımaktadır.¹

Hukuk normları insanın sosyalliğinden kaynaklanan davranışları, toplum içerisinde düzenleme amacı taşıdıkları için normların niteliklerinin belirlenmesi ve davranışların hür iradenin bir ürünü olup olmadığının dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle hukuk mekanizması, hukuki ilişkiler doğuran eylemin iradi ya da gayri iradi bir davranışın sonucu olup olmadığını belirlemekle görevlidir. Bu konuda pozitif hukuk, davranışın iradi olup olmadığını belirlemek için günlük deneylerin sonuçlarına,

¹ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap**, 10. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s.6.

uygulayıcının sezgisine ve ilgili bilim dallarından psikolojinin ve sosyolojinin bulgularına dayanmaktadır.²

İnsanoğlu varlığından bu yana toplu halde yaşama ihtiyaçı içerisinde olmuştur. Bu durum toplumu tanımlamada az ya da çok sübjektif nitelikleri ön plana çıkarmıştır. Bu nedenle, en küçük topluluk aileden en büyük topluluk olan uluslararası topluma kadar uzanan değişik tanımlarla toplum anlamlandırılmaya çalışılmıştır. Toplum, ortak gelenekleri, kurumları, kolektif faaliyetleri ve çıkarları olan ulusal bir birlik olarak tanımlanırken, yeleri arasında organize örgütlü ilişkiler bulunan, sürekli ve işbirliğine dayanan bir topluluk olarak da tanımlanmıştır.³ Dolayısıyla, kişisel davranışları düzenlemeyi amaçlayan normatif hukuk düzeninin, temelde sosyal bir düzen niteliği taşıdığı görülmektedir. Sosyal düzen, toplumun sosyo-ekonomik değerleriyle bağlantılıdır. Aynı zamanda, toplumdaki ilişkiler zamana ve mekâna göre değişiklikler gösterdiği için toplumsal yaşam bir dinamizme sahiptir.

İlkel toplumlarda, toplumsal düzeni oluşturma amacıyla kendiliğinden oluşan kuralların, sosyal ihtiyaçlar çerçevesinde, zamanla yetkili kişiler ya da kurumlar tarafından düzenlenmesi gerekmiştir. Modern hukuk sistemlerinde, hukuk kuralları hukuk düzeni içerisinde geçerli olan yönteme göre çıkarılmakta ve ilke olarak belirtici veya emredici ifadelerle açıklanmış olmaktadır. Ayrıca bazı hukuk kuralları yetki vermeye yönelik düzenlenmiş ve bir hukuk kuralınca yetkili kılınan bir organın çıkardığı kuralların da hukuk kuralı sayıldığı kabul edilmektedir. Bu nedenle hukuk kuralının ihlali veya ona aykırı davranılması, hukuk kuralını hükümsüz veya geçersiz kılmamakta ve kurala uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımını da içermektedir.⁴

Hukuk kuralları, kökeni geçmişe dayanan ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Roma hukukları, özellikle Ulpianus, zel hukuk ve kamu hukuku ayrımını benimsemiş ve kamu hukuku ile Roma devletini ilişkilendirmiştir. Özel hukuk ile de kişisel yararı göz önünde bulunduran Roma hukuk anlayışına göre, özel hukukun kaynakları, tabii hukukta, *ius gentium*'da ve Roma medeni hukukunda bulunmaktadır. Roma hukukundan gelen bu ayrım bugün bilimsel ve teorik değerini yitirmesine rağmen

² Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 8. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2009, s. 107.

³ Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, ev., Selçuk Baran Veziroğlu, Ankara, Banka ve Ticaret Kurulu Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 147.

⁴ Güriz, s. 107.

pratik bir değer taşıtmaktadır.⁵ Hukuk kuralı kişilerarası ilişkileri dzenlediği için, hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ilişkin dzenlemeler, gerçek kişilerin iradi davranışları ile ilgili bulunmaktadır. Dolayısıyla, felsefi açıdan da hem kamu hukuku ilkeleri hem de özel hukuk ilkeleri, toplumun sosyo-kültürel değerlerini yansıttığından aralarında bir ayırım bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuk normlarının oluşumunda, değişiminde ve gelişiminde rol oynayan temel etkenleri belirlemek mümkün olmamakla birlikte, sosyo-ekonomik ve psikolojik faktörlerin etkili olduğu görölmektedir. Ayrıca, dini ve ideolojik inançlar, tarihsel gelenekler ve değerler gibi değişik faktörler de bu süreçte rol oynayabilmekte ve hukuk kuralları ile toplumun sahip olduğu haklar, yetkiler ve yükümlölükler bağlamında toplumsal dzen, maddi müeyyidelerle sınırlanmaktadır. Böylece hukuk kuralları sadece devletler topluluğunu değil aynı zamanda uluslararası toplumu da şekillendirmektedir.

Hukuk normlarının oluşum sürecine ilişkin olarak modern çağın değişimleri ile toplumsal yaşamda büyük değişikliklerin yaşandığı görölmektedir. Örneğin, bir bilim olarak sosyolojinin gelişmesi ile toplum yeniliklere açık, bilimsel ve işlevsel bir kimlik kazanmıştır. Bu durum toplumsal rollerin ve görevlerin yeniden dağılımını gerektirmiştir. Bu bağlamda, sosyolojik yaklaşım Dworkin'in hukuki realizmiyle bütünleşerek, hukuku oluşurmada ve uygulamada devletin tek başına yeterli olamayacağını savunmuş ve devletin (ve diğer grupların) de kendisinden üstün, iğneyemeyeceği kurallara tabi olduğu gerçeğini vurgulamıştır.⁶ Dolayısıyla sosyolojik isyan, devletler topluluğunun üzerinde, uluslararası toplum tarafından kabul edilen uluslararası hukukun varlığına vurgu yapmıştır.

Modern hukuk anlayışına göre, devletler başta olmak üzere, uluslararası örgütler, yetkileri sınırlı devletler, *sui generis* bazı topluluklar ve uluslararası hukukun koruma alanları içinde yer alan gerçek kişiler, uluslararası toplumun üyeleri olarak görölmekte ve bu üyeler arasındaki ilişkiler uluslararası hukuk tarafından dzenlenmektedir.⁷ Dolayısıyla, uluslararası toplumun bir üst otoriteye tabi olmayan birimlerden oluştuğu kabul edilmektedir.

⁵ Enver Bozkurt/M. Akif Kütükçü/Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 18.

⁶ Ahmet Ulvi Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, 2. Baskı, İstanbul, Derin Yayınları, 2010, ss. 26–27.

⁷ Bozkurt/Kütükçü/Poyraz, s. 21.

1.2. Hukuk Normlarının Sınıflandırılması

Hukuk normlarının sistematik bir biçimde düzenlenmesi toplumsal düzenin amacına hizmet ederek, hukuk normlarının belirlenmesini ve en üst seviyede rasyonalleşmesini sağlamaktadır. Geleneksel sınıflandırmaya göre hukuk, birincil ve ikincil normlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birincil normlar, davranışları düzenleme amacıyla eylemin yapılıp yapılmayacağını belirten normlardır. İkincil normlar ise, birincil normun ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımları belirlemektedir.⁸ Hukuk, devlet içerisinde yürürlükte olan zorlayıcı kurallar bütünü olarak düşünüldüğünde, bu şekilde yapılan bir sınıflandırma ile birincil normlar itaat etmeleri için vatandaşlara yönelik kuralları kapsamakta, ikincil normlar ise yargı ve yürütme organlarına yönelik kuralları oluşturmaktadır.⁹

Viyana Okulu'nun kurucusu ve Yeni-Kantçılığın temsilcilerinden biri olan Hans Kelsen'in sisteminde bütün normların tek tür olduğu görülmektedir. Kelsen'e göre, bütün normlar ikincil normlar olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle hukuk normunun gerektirdiği davranışa aykırı hareket edilmesi halinde yaptırım uygulanması doğal bir sonuç olarak kabul edilmektedir. Kelsen, normların fonksiyonuna öncelik vererek temel normun normlar hiyerarşisinin en üstünde yer aldığını ve bu normun ardından anayasa, kanun ve diğer normların geldiğini kabul etmektedir.¹⁰

İngiliz hukukçu Hart, birincil ve ikincil normların birbirini tamamladığını ileri sürerek, normları kronolojik ve hiyerarşik özelliklerine göre yeni bir sınıflandırmaya tabi tutmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre, birincil normlar davranışları düzenleyen hukuk normları olması itibarıyla ilk önce oluşturulan normlardır. İkincil normlar ise, tarihsel açıdan birincil normları takip etmekte ve yetki verici niteliğe sahip olan normlardır. Bu bağlamda ikincil normlar, tanıma, değiştirme ve muhakeme normu olarak üç kategoride incelenmiştir.¹¹ Hart'a göre, gelişmiş bir hukuk sisteminden söz edebilmek için davranışları düzenleyen normların, kategorik incelemede birbirini

⁸ Güriz, s. 111.

⁹ Hırş, s. 153.

¹⁰ Vecdi Aral, **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Doçentlik Tezi), 1978, s. 4.

¹¹ Herbert Lionel Adolphus Hart, **The Concept of Law**, (with a postscript) Edited by Penelope Bulloch, Joseph Raz, Oxford, Oxford University Press, 1997, s. 77.

tamamlaması zorunludur. Hart'ın kuramı, dönemin hukuk kuramına birçok yönden katkıda bulunmuştur. Hukuku tanımlamaktan ziyade, hukukun birincil ve ikincil kurallar birliği olduğunu açıklamaya ve doğrulamaya çalışan Hart, birincil kuralları dışsal bakış açısıyla, ikincil kuralları da içsel bakış açısıyla ilişkilendirmektedir. Dolayısıyla, kendi içerisinde tutarlı bir yapı oluşturmaya çalışan Hart, hukuku kurallar yığını olmaktan çıkartarak bir hukuk sistemi oluşturmuştur.¹²

Hart'ın görüşlerini eleştiren ve dahası kendi kuramının temelini Hart'ın çalışmaları üzerine kuran Dworkin, kendi içinde bulunduğu ortamın siyasal, sosyal ve kültürel farklılıklarına yönelik bir hukuk kuramı geliştirme çabası içerisine girmiştir. Bu bağlamda, Dworkin'e göre bir toplumun hukuku, *“kamu gücü tarafından hangi davranışın cezalandırılacağını ya da zorla dayatılacağını, toplum tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak belirleme amacıyla kullanılan özel bir kurallar dizisi”* olarak tanımlanmakta ve hukukun ahlaktan bağımsız olarak ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Aslında Dworkin, Hart eleştirisi üzerine kurduğu hukuk kuramını aynı özü koruyarak genişletmiş ve yeni amaçları doğrultusunda değiştirmiştir.¹³

Hukuk normları, emredici, tanımlayıcı, tamamlayıcı ve yorumlayıcı olarak dört ayrı kategoride de değerlendirilmektedir.¹⁴ Bu değerlendirmeye göre, emredici hukuk normları, zorunlu bir itaati gerektirmekte ve ihlali durumunda yaptırım uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Kamu düzenini, genel ahlakı ve adabı koruma düşüncesiyle oluşturulan emredici hukuk normları, yokluk ve geçersizlik gibi müeyyidelerle bağlanmıştır ve kişiler kendi iradelerini kullanarak bu normların uygulanmasını engelleyememektedir.¹⁵ Tanımlayıcı normlar ise, hukuki ilişkilere ilişkin bazı tanımlara yer veren normlar olarak literatürdeki yerini almıştır. Tanımlayıcı nitelikteki normlar, bir terimin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin belirli bir tanımları ortaya koydukları için emir niteliğine sahiptirler.¹⁶ Kişilerin iradelerini belirtmedikleri durumlarda uygulanan tamamlayıcı normlar ise, tarafların tercihlerini belirtmemelerinin bir sonucu olarak, kanunda gerekli görülen şekilde davranmalarını sağlamaktadır. Tamamlayıcı normların böyle bir fonksiyonu olması normların emir niteliğine sahip olmasından

¹² Türkbağ, s. 52.

¹³ Dworkin'in temel tezlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Türkbağ, s. 65.

¹⁴ Aydın Aybay/Rona Aybay, **Hukuka Giriş**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 333.

¹⁵ Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2006, s. 187.

¹⁶ Güriz, s. 114.

kaynaklanmaktadır.¹⁷ Yorumlayıcı normlar, tarafların iradeleri ile belirlenen ancak bir kaç anlama gelebilen durumlarda, tarafların isteklerini açıklamak amacıyla oluşturulan normlardır. Ayrıca davranış düzenleyen normların uygulanmasındaki zorlukları ortadan kaldırma amacı da taşımaktadırlar.¹⁸

Hukuk sisteminde, normlar hiyerarşisi kapsamında normlar arasındaki ilişkilerin niteliği ve etki alanının belirlenmesine yönelik, uygulamada neyin ölçüt alınabileceğine ilişkin bir değerlendirilmenin yapılması gerekmektedir. Bu konuda, normlar arasındaki ilişkilerin değerlendirilmesine yönelik Kelsen'in çalışmaları, saf hukuk teorisinin temelini oluşturmuştur. Kelsen teorisinde, politika, ahlak ve sosyolojinin etkilerine kapalı bir hukuk anlayışı oluşturmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla hukukun hukuk ötesi özelliklerden arındırılarak, objektif bilim seviyesine çıkarılması amaçlanmaktadır.¹⁹

Kelsen'in saf hukuk teorisi, hukuk kavramının basitleştirilmesine ve birleştirilmesine neden olarak, hukuk teorisine monist bir karakter kazandırmıştır. Böylece bu durum hukukun derecelendirilmesine yol açacaktır. Bu da normlar hiyerarşisini gerektirecektir.²⁰ Dolayısıyla hukuk kuralları arasındaki öncelik ilişkisi normlar hiyerarşisi olarak adlandırılmaktadır.

Devletler, hiyerarşik normlar sistemini içeren bir hukuk düzenine sahiptir. Bu hiyerarşik sistemde, hiyerarşinin en alt kısmında hukuku uygulayan organların oluşturduğu normlar yer almaktadır. Bu normlar, kanun koyucu tarafından çıkarılan ve genel normlar olarak adlandırılan kanunlara dayanmaktadır. Kanunlar dışında örf ve adet hukuku da hiyerarşideki yerini almakta ve kanunlar gibi anayasayı temel almaktadır.²¹ Pozitif normlar olarak değerlendirilen bu sıralama, alt düzeydeki normun geçerliliğini bir üst sıradaki normdan aldığı, basamaklı bir sistemi ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, anayasanın pozitif normlar sisteminde en üst seviyede yer aldığı varsayılmaktadır. Bu nedenle, daha alt düzeydeki normlar, kendi yürürlüklerini daha üst düzeydeki normlardan alırken, anayasa kendi yürürlüklerini hukuk düşüncesinin

¹⁷ Aybay/Aybay, s. 334, Ayrıca bkz. Güriz, s. 114.

¹⁸ Yasemin Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 429. Ayrıca Bkz., Gözler, s. 188., Aybay/Aybay, s. 336., Güriz, s. 115.

¹⁹ Işıқтаç, s. 430.

²⁰ Aral, s. 16.

²¹ Yasemin Işıқтаç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1997, s. 120.

varsaydığı hipotetik/varsayımsal temel normdan almaktadır.²² Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinde en genel, en soyut normdan en özel, en ferdi ve en somut norma doğru bir geçiş söz konusudur.

Hukuk sisteminin en üst normu olan temel norm normatif bir karaktere sahiptir. Kelsen, temel normun kökenini ilk yasa koyucunun iradesi olarak tanımlamaktadır. Bu irade ile normların yürürlük nedeni arasında bir bağlantı kurmaktadır. Temel normun ilk yasa koyucunun iradesine indirgenmesi Kelsen'in kaçındığı hukuk dışı öğelerin hukuk sistemine girmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla, Kelsen'in çelişkiler içeren teorisi, temel normun pozitif bir hukuk kuralı olmadığını sadece bir hipotezden ibaret olduğunu göstermektedir.²³

Hukuk düşüncesi içerisinde bir varsayım niteliğini taşıyan temel norm hukukun etkinliğine bağlıdır. Hukukun etkinliği, organların ve sùjelerin normlar düzenine göre davranmalarını gerektirmektedir. Dolayısıyla bir anayasanın geçerliliği, temel norma uygun olarak etkinliğe sahip olduğunu göstermekte ve bütün hukuk düzeni içerisindeki normların geçerliliğini öngörmektedir. Bu nedenle, özellikle de demokratik toplumlarda anayasanın üstünlüğünün benimsendiğini ve normlar arasında bir hiyerarşisinin var olduğunu görmekteyiz. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti, 1982 Anayasası'nın 11. Maddesinde, "*Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları ve diğer kuruluşları ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar anayasaya aykırı olamaz.*" hükmü ile hukuk devleti kavramının en temel göstergelerinden biri olan anayasanın üstünlüğü ilkesini kabul etmiştir.

Uluslararası toplumda ilişkiler hiyerarşik bir yapıdan ziyade yatay bir şekilde düzenlenmekte ve bu nedenle üst bir otorite bulunmamaktadır. Dolayısıyla, uluslararası toplumda bir yasa koyucu bulunmadığı için normlar merkezi ve tek düze bir şekilde oluşmamaktadır. Devletlerin savaş ve barış hallerini düzenleyen klasik tanımlamanın çok ötesinde yer alan ve devlet dışı birimlerin de uluslararası kişiliğini kapsayan uluslararası hukukta, özellikle devletler, egemenlik ve eşitlik ilkesi gereğince kendi iradeleri ile uluslararası hukuk kurallarını oluşturmakta ve bu kurallara itaat

²² Hans Kelsen, **What is Justice? : Justice, Law and Politics in The Mirror of Science**, New Jersey Lawbook Exchange, 2000, s. 221–222.

²³ Işıktaç (2004), s. 432.

etmektedirler. Ancak uluslararası hukuk, iç hukukla kıyaslandığında uluslararası toplumun ilişkilerini düzenleyen kuralların hukukiliği tartışılmaktadır. Bu tartışmaların merkezinde, uluslararası üstün bir otoritenin, uluslararası bir kanun koyucunun ve yargı organının ve uluslararası uygulamada sistemli bir müeyyidenin olmaması gibi unsurlar yer almaktadır.²⁴ Bu tartışmalar, devletlerin kendi koydukları kurallarla uluslararası toplumu düzenlemelerine ya da taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, tarafların konuyu UAD'na götürmelerine, hatta zararlar karşılık, misilleme, askeri müdahale gibi ortak kararlarla uluslararası yaptırımların uygulanmasına engel olmamakta aksine uluslararası hukukun varlığını ve önemini ortaya koymaktadır.

1.3. Normlar Hiyerarşisi

Uluslararası hukuk kuralları arasında bir hiyerarşinin olup olmadığına dair yazarlar arasında çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler içerisinde, UAD Satatüsünün 38. Maddesinin, hiyerarşik bir sıralamaya yer verdiğine ilişkin yaklaşımlar vardır. Bu yaklaşıma göre antlaşmalar ilk sırada, teamül kuralları ikinci sırada ve genel hukuk ilkeleri de üçüncü sırada yer almaktadır. Bir diğer yaklaşım da, antlaşmaların bağlayıcılığını, bazı teamül kurallarından almasından ve de antlaşmaları yöneten kuralların da teamül kuralı olmasından dolayı, teamül kurallarının antlaşmalardan önce ve ilk sırada yer alması gerektiğini ileri sürmektedir. Benzer nedenlerle, genel hukuk kurallarının da açık, kesin ve ispata gerek duyulmayan ve anayasal nitelikte kurallar olarak uluslararası toplumun yapısına ilişkin temel kurallar olarak kabul edildiğine ve diğer kuralların üzerinde yer aldığına dair görüşler de bulunmaktadır.²⁵

Pozitivist hukukçular, uluslararası hukuku devletlerin iradesine dayandırdıkları için, kurallar arasında bir hiyerarşinin olmaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş kapsamında, antlaşmalar ile teamüller arasında hiyerarşik bir sıralama bulunmamaktadır.²⁶ Dolayısıyla iç hukuktan farklı olarak, uluslararası hukuk kuralları arasında herhangi bir hiyerarşi bulunmamakta ve devletler iradelerinin bir sonucu olarak antlaşmalar ve teamüller yapmaktadırlar.

²⁴ Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2006, s. 5.

²⁵ Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler-Örnek Kararlar**, İstanbul, Beta, 2003, s. 37.

²⁶ Gündüz, s. 37.

Devletlerin istekleri sonucunda ortaya çıkan normları uluslararası hukuka dayandıran ve bir normun başka bir norm üzerinde üstünlük kurabilmesine yer veren normatif hiyerarşi, uluslararası topluma yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmesine zemin hazırlamaktadır. Bu bağlamda UAD'nın, Barcelona Traction Davası'nda, *“özellikle, bir devletin bir bütün olarak milletlerarası topluma karşı olan yükümlülükleri ile diplomatik himaye alanında diğer devletlere karşı olan yükümlülükleri arasında bir ayırım yapılmalıdır. Birinci gruba giren yükümlülükler doğaları gereği tüm devletleri ilgilendirirler... Onlar erga omnes yükümlülüklerdir. Bu gibi yükümlülükler... çağdaş milletlerarası hukukta, saldırganlık ve jenosit fiillerinin hukuk dışı ilan edilmesinden ve kölelik ve ayrımcılıktan korunma da dahil olmak üzere insanın temel hakları ile ilgili ilke ve kurallardan doğarlar.”* ifadeleri ile uluslararası hukuk kuralları arasında bir ayırım gözettiği görülmektedir.²⁷ Benzer şekilde, Nikaragua Davasında da, BM Şartı 2(4)'de yer alan kuvvet kullanma yasağının, uluslararası teamül hukukunun en temel ve en önemli ilkelerinden biri olduğu ve açıkça *jus cogens* niteliği taşıyan kurallara örnek teşkil ettiği vurgulanmıştır.²⁸ Görüldüğü gibi, bazı uluslararası hukuk kurallarının emredici nitelikte olduğu UAD tarafından da kabul edilmektedir.

Normatif hiyerarşiden hareketle, daha sonra ortaya çıkan bir normun daha önceki bir norm üzerinde hâkim olduğu varsayımını BM Şartı 103. Madde de doğrular niteliktedir. BM'e üye devletlerin antlaşma yükümlülükleri ile sıradan antlaşma yükümlülüklerinin çatışması durumunda, BM Antlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerin üstün olduğunu öngören 103. Madde, tutarsız antlaşmalar üzerinde, öncelikli yükümlülüklerin belirlenmesine ve belirli normlara öncelik verilmesine yer verilerek normatif hiyerarşinin yerleştirilmesine katkıda bulunmuştur.²⁹

Dolayısıyla uluslararası hukukta, sonraki normun önceki norm üzerinde baskın olduğu varsayımı genellikle kabul görmektedir. Ancak norm, ilgili devletlerin isteklerinden dolayı baskın bir nitelik kazanmamıştır. Burada sınırlı sayıda devletlerarasında uygulanan bir normun, genel uluslararası hukukun tamamına yönelik olması devletlerin isteklerinin, öncelikli normları belirlediği anlamına gelecektir ki, bu

²⁷ Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium/Spain), 33-34., <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.

²⁸ Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6457.pdf>.

²⁹ Gündüz, s. 38.

da normun baskın niteliğinin doğal karakterinden kaynaklandığının göz ardı edilmesine neden olacaktır.³⁰

1969 VAHS'nin 53. Maddesinde normun otoriter niteliği vurgulanmıştır. Otoriter normlarla çatışan antlaşmaların geçersiz olduğuna ve otoriter bir norm olarak kabul edilen bir normun, uluslararası toplum tarafından tanınması gerektiğine açıklık getiren 53. Madde, normun ilga edilmesine izin verilmediğini ve sadece genel uluslararası hukukun aynı karaktere sahip müteakip bir norm ile değiştirilebildiğini de belirtmektedir.³¹ Dolayısıyla, otoriter normlar devletler bu doğrultuda karar aldıkları için değil, doğaları gereği üstün olmaktadır. Burada hiyerarşi, otoriter normlarla çatışan eylemleri geçersiz kılarak kendini göstermektedir.

Otoriter ve otoriter olmayan kurallar arasındaki ayrımın arkasındaki mantık, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) Özel Raportör Fitzmaurice tarafından tanımlanmaktadır. Fitzmaurice, uluslararası hukuk kurallarının genelde, zorunlu/emreden (*jus cogens*) ve zorlayıcı/emredici (*jus dispositivum*) olarak, iki sınıfa bölündüğünü ifade etmektedir. Zorlayıcı/emredici (*jus dispositivum*) bir durumda, diğerinin yokluğunda uygulanan bir kural kabul edilen düzene daha doğrusu bu düzen altında değişime veya değişikliğe izin vermekte ve üçüncü devletlerin haklarını etkilememektedir.³² *Jus cogens* normlar ise, devletlerin tavrı ve istekleri her ne olursa olsun uygulanmak zorunda olan kurallardır. *Jus dispositivum* kurallarının uygulanabilirliği, devletlerin isteklerine göre ayrılabilen ve değiştirilebilmektedir. Böyle bir düzenleme ile otoriter normlar, antlaşmalar üzerinde hâkim olmakta ve bu durum *lex specialis* ilkesine bir istisna oluşturmaktadır.³³ Bu durum, genel uluslararası hukukun bir olgusu olarak, uluslararası kamu düzeni ile bağlantılı bir hiyerarşiyi ortaya koymakta ve bu nedenle herhangi bir kurumsal *lex superior*den farklı olmaktadır.³⁴

³⁰ Alexander Orakhelashvili, **Peremptory Norms in International Law**, New York, Oxford University Press, 2006, p. 9.

³¹ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 22 Mayıs 1969, Kısım V, Madde. 53.

³² Gerald Fitzmaurice, "Third Report on the Law of Treaties", *Yearbook of the International Law Commission II* (IIYbILC) 1958, A/CN.4/115 and Corr.1, p. 40., http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_115_corr1.pdf.

³³ Bu ilke, *lex specialis derogat legi generali* (özel kanun genel kanunları ilga eder) ifadesiyle özdeşleşmiştir. Aynı düzeyde yer alan ve aynı tarihli iki hüküm arasında çelişki varsa özel hüküm niteliğindeki hüküm uygulanır. Gözler, s. 228.

³⁴ *Lex superior derogat legi inferiori* (üst kanun alt kanunları ilga eder) ifadesiyle, normlar hiyerarşisinde yer almaktadır. Hukuk düzeni alt alta ve üst üste dizilmiş normlardan oluşmakta ve hukuk kuralları

Rozakis'in de ifade ettiği gibi, uluslararası yasal sistemde normlar, yukarıdan aşağıya doğru dikey bir sistem içerisinde dönüştürülmekte ve farklı hiyerarşik (üstün ve ikincil derecede) kuralları kapsamaktadırlar.³⁵ Dolayısıyla, alt kurallar üst kuralların içeriğiyle uyumlu olurken, üst kurallar kendisinin içinde alt kuralların geçerli olabildiği yapıyı belirlemektedir. Ulusal hukukta, otoriter normların diğer normlara yönelik hiyerarşik üstünlüğü yoktur ve pozitif hukuk sıralaması her ne ise sözleşmelerin üzerinde hakim olmaktadır.

VAHS'de tanımlanan otoriter normların, uluslararası toplumun doğası dikkate alındığında birçok fonksiyona sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle otoriter normlar, hem hukuki kişilere sözleşmeye dayalı yükümlülüklerini hatırlatmakta, hem de anayasal normlar olarak çalışmaktadırlar. Dolayısıyla, otoriter normların antlaşmalar üzerinde hâkim olması için, bir anayasal öğeyi içermesi gerekmektedir. Bu özelliğinden dolayı *jus cogens* kavramsal olarak, sadece hukuki kişilerin sözleşmeye dayalı özgürlüğünü sınırlayan otoriter normları değil, aynı zamanda yasa-yapıcıların özgürce kanunlaştırabildiği anayasal sınırlamalara da benzemektedir. Ulusal hukukta, *jus cogens* ve anayasal normlar birbirlerinden farklıdırlar. Otoriter normlar, özel sözleşmelere bağlı iken anayasal normlar idareyle ilgili düzenleme ve yasamaya ilişkin ayrıntılı yapıyı oluşturmaktadır. Uluslararası yasal sistemin âdem-i merkeziyetçi yapısı, devletler tarafından yapılan antlaşmaları, pozitif hukukun ilk kaynağı olarak kabul etmekte ve uluslararası hukukun yasa-yapıcıları olarak devletleri görmektedir.³⁶ Dolayısıyla, uluslararası hukukun anayasal öğeyi inşa etmesi mümkün olmadığından otoriter normların bu potansiyele sahip olduğu düşünölmektedir. Bu nedenle otoriter normlar, yasal sistemi uyumsuz yasalardan koruyan kamu düzeni olarak işlevselleşirler.

Kısacası, kuramsal tartışmaların konusu haline gelen 1969 VAHS ile pozitif hukukun bir parçası olarak kabul edilen *jus cogens* normlarla, uluslararası toplumun çıkarları için önemli bazı değerlerin, devletlerin çıkarlarından ziyade öncelikli olarak korunması ve özel düzenlemelerle güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Söz konusu değerlerin korunması ile ortaya çıkan *jus cogens* normlara itaat etme,

arasında güçleri itibarıyla hiyerarşik sıra vardır. Gözler, s. 225.

³⁵Christos L. Rozakis, **The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties**, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1976, pp. 19–20.

³⁶Orakhelashvili, pp. 9–10.

uluslararası toplumun temel yükümlülüğü olarak görülmekte ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde ise uluslararası hukuk önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla, uluslararası toplumun öncelikli değerleri sorunu, uluslararası hukuk normları arasında hiyerarşik bir bağın kurulmasını öngörmektedir. Bu bağlamda, hiyerarşide en üst düzeyde *jus cogens* normlar yer alırken, diğer normlar daha alt düzeylere yerleştirilmektedir.³⁷ Böylece uluslararası toplumun anayasası, *jus cogens*den başka, uluslararası ilişkilerdeki konuları düzenleyen BM Şartı, İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve VAHS'yi de içine alacak şekilde kapsamlı bir anayasa olmalıdır. Ancak bu unsurların bir bütün olarak uluslararası toplumun anayasası olduğuna dair herhangi bir kanıt henüz bulunmamaktadır.

2. ULUSLARARASI HUKUKTA KAMU DÜZENİ

2.1. Kamu Düzeninin Kavramsal Boyutu

Kamu düzeni kavramı,³⁸ hem ulusal hukukta hem de uluslararası hukukta yer edinmesine rağmen kavramın içeriğine ve esaslarına dair kesin bir tanımlamada bulunmak oldukça güçtür. Bu nedenle, kamu düzeninin sınırlanmamış doğası ve belirsizliği tartışmalara neden olmakla birlikte, sosyal düzenin birbirinden farklı hukuk anlayışları içerisinde kamu düzeninden vazgeçilemeyeceği açıkça görülmektedir. Genel olarak kamu düzeni kavramı içerisinde, kamu yararı, kamu vicdanı ve genel ahlaki ilgilendiren konular yer almaktadır.³⁹ Kamu düzeni, toplumun bir arada yaşamasını güvenli kılma, sosyal ayrıcalıkların sınırlarını ve hukukun uygulanmasını teminat altına alma gibi fonksiyonları icra ettiği için hukuk toplumunun temeli olarak görülmektedir.⁴⁰ Dolayısıyla kamu düzeni, toplumun güvenliğinin sağlanması anlamında hem toplumun

³⁷ Şule A. Güneş, “Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S.59-4, s. 125.

³⁸ *Ordre public, public policy, amne intizami, intizam-ı amme* gibi deyimlerle ifade edilen, kamu politikası veya kamu düzeni terimleri, birbirlerinin yerine kullanılmakta ve farklı yasal sistemlerde aynı kavramlar olarak yer almaktadırlar. Türk hukukunda, yargıtay iç hukukla ilgili bir içtihadı birleştirme kararında, kamu düzeni devimini kullanmıştır. 22.5.1946 tarih ve 9 sayılı içtihadı birleştirme kararı için bkz. **Resmi Gazete** (27.7.1946-sayı 6366).

³⁹ Gündüz Ökçün, **Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu, 1997, s. 9.

⁴⁰ Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 1.

maddi düzeni olarak hem de toplumun karşı gelmeyeceği belirli kurallardan oluşan normatif kamu düzeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, kamu düzeni kavramının niteliği, içeriği ve kapsamına ilişkin değişik anlayış ve uygulamalar bulunmaktadır. Ancak, yabancı hukuk kuralının ulusal kamu düzenine aykırılığının tespit edilmesi durumunda, yabancı hukuk kuralının uygulanamayacağı genel kabul görmektedir. Böylece, yabancı hukuk kuralının uygulanmaması ile ulusal hukuk düzeninin temel değerlerinin korunması amaçlanmaktadır.⁴¹

Kamu düzeninin ülkeden ülkeye değişiklik göstermesi ya da ülke içinde zamanla değişikliğe uğraması, kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade eden bir tanımlama yapmamızı güçleştirmektedir. Kamu düzenine ilişkin olarak, gerek doktrinde gerekse yüksek yargı içtihatlarında, tek bir tanım üzerinde mutabakat sağlanamamasına rağmen çeşitli açılardan tanımlamalar yapılmıştır.⁴² Bu tanımların ortak noktasını, hem özel hukukta hem de kamu hukukunda kökleri çok eskiye dayanan kamu düzeninin, ahlak ve adap anlayışı ile yere ve zamana göre değişen sosyal şartlarla dikkate alınması oluşturmaktadır.⁴³ Böylece kamu düzeni, düzensizlikten uzak, uyumlu bir toplum yaşamını amaçlamaktadır.

Özel hukukta kamu düzeni kavramı, Roma hukukunun zengin kaynakları çerçevesinde *bonnes moeurs* kavramı ile birlikte yer almaktadır. Hukuk metinlerinde ahlak anlamını çağrıştıran bu kavram ile kamu düzeni, site tarafından benimsenen gerek yazılı gerekse örfi hukuk kurallarını temsil etmektedir. Tarihsel süreç içerisinde Monarşinin güçlenmesi ve laik temelli bir hukukun gelişmesi ile daha tutarlı bir kamu düzeni teorisi oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu teorik yaklaşım içerisinde özellikle kamu düzenini bozan hiçbir şeyin yapılmaması öngörülürken, yapılan antlaşmaların toplum düzenine uygun olması koşuluyla geçerli olacağı vurgulanmıştır.⁴⁴

⁴¹ Rona Aybay/Esra Dardoğan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 125.

⁴² Kemal Dayınlarlı, **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1994, s. 7.

⁴³ Kamu düzenine ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2001, s. 25. Ayrıca bkz. Dayınlarlı, ss. 7–9.

⁴⁴ Tekinsoy, s. 8.

İç hukukta tarafların uymaları gereken, kamu hukukunu ve özel hukuku ilgilendiren kurallar, kamu düzeni kavramı içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle, iç hukukta kamu düzenini ilgilendiren konular, tarafların iradesi ile ortadan kaldırılamamaktadır. Dolayısıyla kamu hukuku içerisinde yer alan kamu düzeni kavramı da emredici kurallar bütünü olarak karşımıza çıkmakta ve devletle bireyler arasındaki siyasi ilişkiyi ortaya koymaktadır. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu, Madde 19/II ve 20/I'de sözleşme özgürlüğü kabul edilmekle birlikte, sözleşme hükümlerinin emredici kurallara, kanuna, ahlak ve adaba, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı olamayacağı bildirilmiştir.⁴⁵ Dolayısıyla, kamu düzenini koruyan bir hükme aykırı olan bir sözleşme, emredici hukuk kurallarına da aykırı olacaktır ve sözleşmenin geçersiz olarak nitelendirilmesini gerektirecektir. Bu nedenle, iç hukukta kamu düzeninin temel özelliği bireyin iradesinin kamu düzeni karşısında bertaraf edilmesidir.

Tarihsel süreç içerisinde dünyanın değişimiyle birlikte, modern devletin feodal yapıyı aşarak hukuk birliğini sağlaması dışı karşı koruyucu sınırların çizilmesine neden olmuştur. Modern devletin ortaya çıkmasıyla bireyler, güvenli bir toplumda yaşama karşılığında bir parça özgürlüklerinden vazgeçmişler ve devleti düzenin koruyucusu olarak kabul etmişlerdir. Devlet düzenin koruyucusu olma görevini, kamu hukukunda kamu düzeni kavramı ile bir arada yer alan “polis” ile birlikte yürütmektedir. Dolayısıyla, kamu düzeni kavramının tamamen maddi bir içerikle, yasaların ihlal edilmesi ya da ihlal edilme tehlikesine karşı koyan ve toplumda düzen sağlayan “polis” kavramı ile birlikte yer alması kavramın merkezinde güvenlik duygusunun yer aldığını göstermektedir. Bu bağlamda kamu hukukunda kamu düzeni toplumun kolektif güvenliğini, dirliğini ve sağlığını korumakla yükümlüdür.⁴⁶

Kamu düzeni kavramının içeriğinin daha iyi anlamlandırılabilmesi için her hukuk dalında neyi ifade ettiğinin sorgulanması gerekmektedir. Bu nedenle çok geniş bir alanı kapsayan ve sürekli bir değişim içerisinde yer alan kamu düzeni kavramının hem sektörel hemde daha bütüncül bir yaklaşımla analiz edilmesi gerekmektedir. Örneğin sektörel yaklaşım kapsamında analiz edilen kamu düzeninin, devletin örgütsel yapısı ve kamu gücü ile toplumsal ahlak ve aileyle ilgili olması, kamu düzeninin ahlaki

⁴⁵ Aysel Çelikel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1997, s. 124.

⁴⁶ Tekinsoy, ss. 13–16.

ve politik boyutunun ayrı ayrı ele alınmasını gerektirmektedir. Benzer şekilde sosyal devletle birlikte ekonomik kavramların ortaya çıkması ile kamu düzeninin korumacı ve yönlendirici fonksiyonlarının ön planda olduğu görülmektedir.⁴⁷ Dolayısıyla, kamu düzeni kavramının çok farklı alanlarda ve içeriklerde uygulandığını ve sürekli bir değişim içerisinde olduğunu kabul etmemiz gerekmektedir.

Kamu düzeni kavramının bütüncül bir yaklaşımla incelenmesi kavramın genel anlamına ulaşmamıza yardımcı olmaktadır. Bu yaklaşım ile öncelikli olarak, kavramın rolünün ve fonksiyonlarının ne olduğunu ve onu oluşturan unsurların neyi kapsadığını ve bu unsurlarla nasıl bir bağlantı kurulduğunu ortaya koyabilme amacı güdülmektedir. Burada, kamu düzeninin çatışan çıkarların üstünde Kelsen'in normlar hiyerarşisini hatırlatan biçimde toplumsal bir kural rolü oynadığı görülmektedir.⁴⁸

Uluslararası hukukta kamu düzeni anlayışı, iç hukuktan farklı olarak daha dar ve sınırlı bir anlama sahiptir. İç hukukta, kamu düzeni kavramı içerisinde yer alan ve emredici kurallara bağlanan esaslara, uluslararası kamu düzeni içerisinde yer verilmeyebilir. Örneğin, reşit olma, evlenme ehliyeti veya evlat edinme ile ilgili konular, iç hukukta kamu düzeni düşüncesi ile konulmuş emredici kurallarla düzenlenmişlerdir. Ancak uluslararası kamu düzeni içerisinde bu kurallar, kamu düzeni kuralları olarak yer almamaktadır. Dolayısıyla iç hukukta kabul edilen kuralları, yerine getirmede taraflar kendi milli hukuklarına tabidirler. Ayrıca, bu kurallara aykırı olan yabancı hukuk hükümlerinin uygulanması kamu düzenini ihlal etmemekte, ancak uygulanması kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk kurallarının uygulanmayacağı yaygın olarak kabul edilmektedir.⁴⁹

Böylece iç hukukta ehliyetle ilgili hükümler kamu düzeni kaydı olarak, yabancı hukukun uygulanmasına engel olmadığından dolayı, ulusal kamu düzeni (*ordre public interne*) ve uluslararası kamu düzeni (*ordre public international*) ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım ilk kez, Brocher tarafından yapılmıştır.⁵⁰ Ancak doktrinde, uluslararası kamu düzeni kavramı kamu düzeninin ulusal olma niteliğine uygun olmadığından kabul

⁴⁷ Tekinsoy, s. 18.

⁴⁸ Tekinsoy, ss. 22–25.

⁴⁹ Çelikel, s. 125.

⁵⁰ Brocher (Ch.), *Nojveau traite de droit international prive an double point de vue de la theorie et de la pratique*, Geneva, H., Georg ed., 1876, 36'dan Aktaran Ökçün, s. 10, dip. 30.

görmemektedir. Uluslararası hukukun özüne rehberlik eden Alman bilgin Zitelmann da, her yasal düzen için kamu düzeni normlarının vazgeçilemez olduğunu belirtmiştir. Ancak uluslararası kamu düzeni kavramının eleştirilmesine engel olamamıştır.⁵¹ Bu nedenle, ulusal ve uluslararası kamu düzeni kavramı yerine, mutlak kamu düzeni ve nispi kamu düzeni kavramlarıyla tanımlanan bir ayırımın yapıldığı görülmektedir. Kamu düzeni, ortak değerler temelinde örgütlenmiş bir yapı içerisinde toplumsal düzenin varlığını zorunlu kılmaktadır. Ancak kamu düzeninin niteliği yeterince açıklık kazanmamakla birlikte hukukun her alanında kullanılan temel ve disiplinlerarası bir kavram olduğu genel kabul görmektedir.

2.2. Kamu Düzeninin Hukuki Niteliği

Hukukun gelişmesinde, uygulanmasında ve yorumlanmasında, kamu düzeni normlarının gerekli olup olmadığı tartışılrsa da, her yasal düzende yazılı ve yazılı olmayan değerleri temel aldığı ve kamu düzeni müdahalesinden vazgeçilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle, kamu düzeninin hukuki niteliği ve fonksiyonunun belirlenmesi gerekmektedir.

Kamu düzeni düşüncelerinin, hangi hallerde ve nasıl göz önünde bulundurulacağına dair tartışmalar iki görüş üzerinde yoğunlaşmıştır. Günümüzde etkisini büyük ölçüde yitirmiş olan birinci görüş, kamu düzeni kurallarının bağlama kuralı (örneğin ehliyet) gibi doğrudan olaya uygulanması niteliğini kabul etmektedir.⁵² Dolayısıyla, kamu düzeni kurallarının yabancı hukuka gidilmeksizin, doğrudan doğruya uygulanacağı görüşü savunulmaktadır. Bu anlayış içerisinde, ulusal kamu düzeni içerisinde yer alan kanunlar mutlak bir yürürlüğe sahip olmakta ve kamu düzeni pratik yönden doğrudan doğruya kendi hukukunu uygulamaktadır. Bunun sonucu olarak, kamu düzeni tek taraflı bir kanunlar ihtilafı normu görevine sahip olmaktadır.⁵³

⁵¹ Zitelmann, E., *Internationales Privatrecht* (Bd. 1, Leipzig, 1897)'den Aktaran, Orakhelashvili, p. 11.

⁵² Çelikel, s. 125.

⁵³ Ergin Nomer/Cemal Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku, Genel Prensipler-Uygulama- Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s. 160.

İtalyan hukukçu Mancini ve Fransız hukukçu Pillet'in varsayımlarına dayanan birinci görüşe göre, kamu düzeni kuralları bağımsız bir bağlama kuralı gibi olaya uygulanmaktadır. Ayrıca, ulusal kanunlar kamu düzeni niteliğinde ise, yetkili yabancı kanuna gidilmeden olaya bu kamu düzeninin uygulanması gerekmektedir.⁵⁴ Dolayısıyla, yabancı unsur taşıyan ilişkilere kural olarak ulusal hukuk uygulanmaktadır. Ancak, mutlak kişisellik prensibi kapsamında, ulusal hukukun uygulanamayacağı bazı durumlar bulunmaktadır. Bunlar, hukuki işlemin yapıldığı yer hukukunun (*lex loci actus*) uygulanması; irade özgürlüğünün bir sonucu olarak sözleşmede taraflarca seçilen hukukun uygulanması; kamu düzeni kurallarının hâkimin mensup olduğu ülke içinde doğrudan doğruya uygulanması şeklinde ifade edilmektedir.⁵⁵ Dolayısıyla, hâkim ulusal hukuku araştırmadan kamu düzeni kurallarını doğrudan doğruya uygulamaktadır.

Fransız hukukçu Antoine Pillet, iç hukukta kanunların süreklilik ve genellik nitelikleri taşıdığını ileri sürmektedir. Dolayısıyla kanunlar çıkarıldıkları andan itibaren herkese ve her şeye ayırım gözetmeden uygulandıkları için sürekli ve geneldirler.⁵⁶ Bu nitelikler, yabancı unsurlar taşıyan ilişkiler söz konusu olduğunda, uluslararası toplumun gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Pillet, kanunları niteliklerine ve toplumsal amaçlarına göre ayırmaktadır. Bu ayrımla, bazı kanunların kişinin korunması için yapıldığını, bazılarının ise toplumun teminatı veya kamu düzeni için yapıldığını savunmaktadır.⁵⁷

Kısacası birinci görüş, Mancini'nin hukukun kişiselliği ilkesi ile Pillet'in kanunların toplumsal amaçlarına göre yaptığı ayrıma dayanmakta ve kamu düzeni kurallarının doğrudan doğruya uygulanmasını kabul etmektedir. Bugün genellikle kabul edilmeyen görüş, kanunların ülkeselliği ilkesi ile kamu düzeninin karıştırılmasından dolayı eleştirilmektedir. Dolayısıyla, Mancini ve Pillet'in ifade ettikleri şekliyle, kamu düzenini ilgilendiren kanunlarının ülkeselliği kabul edilmemektedir.⁵⁸

⁵⁴ Dayımlarlı, s. 9.

⁵⁵ Ökçün, s. 12.

⁵⁶ Nihal Uluocak, **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971, s. 215.

⁵⁷ Ökçün, s. 12.

⁵⁸ Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi No. 116668, (Doktora tezi) 2001, s. 3.

Kamu düzeninin niteliğine ilişkin olarak tartışılan ikinci görüş, kaynağını Amerikalı Joseph Story ile Alman hukukçu Friedrich-Carl von Savigny'den almıştır. Bu görüş, kamu düzeni kurallarının uygulanmasını, yetkili yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnası olarak kabul etmektedir. Burada, kamu düzeni düşünceleri ile yetkili yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, kamu düzeninin engelleyici bir fonksiyona sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, yetkili yabancı hukukun uygulanması ile o ülkenin kamu düzenine aykırı sonuçlar ortaya çıkarsa, bu hukukun uygulanamaz olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹

Hollanda okulunun, özellikle Ulrich Huber'in görüşünden etkilenen Story, kanunların ülkeselliği ilkesini benimsemiş ve devlet egemenliğine tabi ülke sınırları içerisinde, herkese ayırım gözetmeden uygulandığını savunmuştur. Bu bağlamda, her egemen devletin ülke sınırları içerisinde kabul ettiği bir hak, nezaket kuralı gereği bir diğer devlet tarafından da tanınmalı, ancak bu tanıma sonucunda devletin halkı zarar görmemelidir. Dolayısıyla, nezaket kuralı dikkate alındığında, yabancı hukuka göre kabul edilen bir hakkın, kamu düzenine aykırı olduğu düşüncesiyle reddedilebileceği de kabul edilmektedir. Örneğin, yabancı bir ülkede gerçekleştirilen çok eşli evlenmeler ve lex forinin (hâkimin hukuku) eşler arasında yakınlık sebebiyle yasakladığı evlilikler, ilgili devletin kamu düzeni düşünceleriyle uyumlu olmadığından kabul edilmemektedirler.⁶⁰

Alman hukukçu Savigny, yetkili yabancı hukukun uygulanmasına dair kamu düzeninin engelleyici niteliğini, daha açık bir şekilde ele almaktadır. Savigny'e göre, hukuk kuralları, bireyin ve kamunun menfaatlerinden oluşan ve ahlaki sebeplerle kabul edilmiş kurallardır. Kamu menfaatlerini içeren hukuk kuralları, kamu düzenine yabancı hukukun uygulanmasını engelleyici bir niteliğe sahiptirler. Böylece kamunun menfaatlerine aykırı ve ahlaki sebeplerle kabul edilemez sonuçların ortaya çıkması engellenmektedir.⁶¹ Savigny, hukuku ilişkiye uygun olarak, o ilişkinin ilgili olduğu yer

⁵⁹ Çelikel, s. 126., Ayrıca bkz. Dayınlarlı, s. 9.

⁶⁰ Ökçün, s. 14.

⁶¹ Çelikel, s. 126.

hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir.⁶² Böylece kamu düzeni kurallarının, yetkili hukukun uygulanmasına engel olacağını savunmaktadır.

Kamu düzeninin hukuki niteliğinin ve fonksiyonunun, yetkili yabancı hukukun uygulanmasında nasıl bir rol aldığına ilişkin, ortaya konulan iki eğilim içerisinde gerek Story'nin gerekse Saving'in görüşleri, Mancini ve Pillet'in görüşlerinden daha çok benimsenmiştir. Dolayısıyla kamu düzeni kavramının, zaman, konu ve yer bakımından değişken bir niteliğe sahip olduğu ve her somut olayda başka özellikler gösterdiği genel kabul görmektedir.

2.3. Kamu Düzeninin Özellikleri

2.3.1. Kamu Düzeninin Zamansal Değişimi

Kamu düzenini şekillendiren düşüncelerin zamana uygun olarak toplumdan topluma değişebildiği görülmektedir. Toplumun menfaatleri doğrultusunda, kamu düzeni anlayışı zaman içerisinde değişmektedir.⁶³ Örneğin, Türk Medeni Kanununun kabulü ile kişi haklarının korunması, tek eşli evlilik, mirasçılar arasında eşitlik gibi temel konularda büyük değişiklikler yapılmıştır. Türk kamu düzeni anlayışında meydana gelen bu değişikliklere aykırı olarak yabancı hukukun uygulanması mümkün değildir.⁶⁴ Dolayısıyla, bir toplumda kamu düzeni anlayışı, siyasal, ekonomik ve sosyal yaşamla uyumlu olmak zorundadır.

Kamu düzeni anlayışı içerisinde, genel hukuk kuralları ile birlikte ahlak ve görgü kuralları da toplum içerisinde zamanla değişebilmektedir. Dolayısıyla, yabancı unsurlar taşıyan konulara ilişkin kararlar verilirken, kamu düzeni anlayışına yön veren zaman unsuru da gözönünde bulundurulmalıdır. Böylece, değişen ve gelişen toplumun görüş ve menfaatleri doğrultusunda kamu düzeniyle uyumlu kararlar verilecektir.⁶⁵

⁶² Savingy yer hukukunun uygulanmasını iki istisna ile ifade etmektedir: “(i) *lex forice* bilinmeyen hukuki müesseseler imal edilebilir; (ii) ister genel siyaseti isterse asayiş ve iktisadi siyaseti ilgilendirsin, kamu menfaatine ya da ahlaki temellere dayandırılarak çıkarılan kanunlar da, yetkili hukukun uygulanmasına engel olabilir.” Ökçün, s. 14.

⁶³ Dayınlarlı, s. 9.

⁶⁴ Nomer, s. 161. Ayrıca bkz. Dayınlarlı, s. 26.

⁶⁵ Çelikel, s. 133.

Kamu düzeni zaman bakımından, öncesinde kamu düzeni müdahalesinin kabul edildiği bir olaya, sonrasında kamu düzeninin müdahale edilemeyeceğinin kabul edilmesi ya da tam tersi önceden müdahale edilemeyen bir olaya sonradan müdahale edilmesi gibi bir değişkenliği içermektedir. Bu konu Fransız doktrininde Pillet tarafından kamu düzeninin güncelliği olarak vurgulanmış ve hâkimin sadece ülkesinin dava anındaki kamu düzeni anlayışını dikkate aldığı Fransız yerel mahkemeleriyle de somutlaşmıştır.⁶⁶

2.3.2. Kamu Düzeninin Mekânsal ve Konusal Değişimi

Bir ülkedeki kamu düzeni anlayışı ile diğer bir ülkedeki kamu düzeni anlayışı arasında farklılıklar olabilmektedir. Hatta herhangi bir ülkede kamu düzenini ilgilendiren bir konu, diğer ülkelerin kamu düzeni anlayışı içerisinde yer almayabilir. Örneğin, Alman hukukuna göre, bir kişi yeğeni ile evlenebilirken, Türk hukukunda böyle bir evlilik kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla, kamu düzeni anlayışı her toplumun kendine özgü karakterlerle şekillenmektedir.

Kamu düzeninin mekânsal olarak değişiklik göstermesi, kavramın ülkesel olma niteliği ile özdeşleşmektedir. Bu nedenle, kamu düzeninin uygulanmasında, hâkim tabi olduğu hukuk birimini dikkate alarak, yabancı unsurlar taşıyan ilişkileri karara bağlamakla yükümlüdür. Ancak, yargıç kamu düzenini öne sürerek, kendi hukukunun uygulanma kolaylığından faydalanmak amacıyla, yabancı hukukun uygulanmasını engellememelidir. Bu durum, kamu düzeni doktrinine yöneltilen ciddi bir eleştiri niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, kamu düzeninin *lex fori*'nin tercihine hizmet etmesinin önlenmesi ve uluslararası hukukun amaçlarından uzaklaşmaması gerekmektedir.⁶⁸

Bir ülkenin kamu düzeni temel alınarak, belirli hak veya yükümlülükler kazanılmaktadır. Dolayısıyla, ırk veya din ayrılığı nedeniyle, kendi ulusal hukuklarına göre evlenmeleri mümkün olmayan kimselerin, bir başka ülkede evlenmeleri mümkündür. Burada evliliğin gerçekleştiği ülkeye ait kamu düzeni anlayışında,

⁶⁶ Gökyayla, s. 29.

⁶⁷ Ökçün, s. 111. Ayrıca bkz. Dayınlarlı, s. 26.

⁶⁸ Nomer, s. 162.

evlenmelerine ilişkin olarak herhangi bir aykırılığın olmaması gerekmektedir. Bu nedenle, hakkın kazanıldığı ülke kamu düzeni uyarınca, kazanılmış olan bir hak veya durum tanınabilmektedir. Örneğin, “kendi hukuklarına göre evlenme ehliyetine sahip olmayan kimseler, bir başka ülkede, örneğin İngiltere’de evlenebilirler. Böyle bir ehliyetsizlik, İngiliz kamu düzenine aykırı sayılacağı için, milli hukukun uygulanması reddolunacak ve ilgililer İngiliz hukukuna uygun olarak evlenebileceklerdir.”⁶⁹

2.4. Kamu Düzeninin Etkisi

Kamu düzeni hem olumlu hem de olumsuz bir etkiye sahiptir. Kamu düzeninin olumlu etkisi, ulusal hukukun belirli bir hükmünün tercihen uygulanmasını sağlamaktadır. Bu etki ile kamu düzeni gereği ulusal hukuk düzeninin dokunulmaz kısmı ifade edilmekte ve bu hukuk kısmıyla uyuşmayan yabancı hukuk uygulanamamaktadır. Kamu düzeninin olumsuz etkisi ise, uygulanması gerekli yabancı hukuka ilişkin olarak ortaya çıkan sonuçların yabancılığından dolayı ortaya çıkmakta ve ilgili yabancı hukuk normunun uygulanmasını önlemektedir.⁷⁰

Kamu düzeninin olumsuz etkisi incelenirken, özellikle yabancı kanun hükmünün uygulanması sonucu ortaya çıkan sonuçların kabul edilip edilmeyeceği üzerinde durulmaktadır. Örneğin, Evli bir İranlı vatandaş kendi milli hukuku gereğince, ikinci, üçüncü veya dördüncü evliliğini yaparken, Türkiye’de, evli iken yeniden bir evlilik yapamaz. Ancak, kendi ülkesinde dört kadınla geçerli evlilikler yapan İranlının bu evliliklerden olan çocukları arasında Türkiye’de miras sebebiyle bir ihtilâf çıktığında, İran miras hukuku tek mil bu çocuklar için, Türkiye’de doğmuş olanlar için dahi, Türk mahkemesince tatbik edilir. Böyle bir olayda, Türk kamu düzenini ihlâl eden İran hukukunun, çok evliliğe ilişkin hükümleri Türkiye’de doğrudan doğruya uygulanamamakta, ancak mirasa ilişkin hükümlerin meydana getirdiği sonuçlar bakımından uygulanmasında mahsur görülmemektedir.⁷¹

⁶⁹ Ökçün, s. 112.

⁷⁰ Nomer, s. 166., Ayrıca bkz. Dayınlarlı, s.27.

⁷¹Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları Madde 5’te “gerekli görülen hallerde” ifadesi ile kamu düzeninin olumlu ve olumsuz etkisine yer verilmiştir. Nomer, s. 166.

Yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren bazı olaylarda, yabancı hukuk hükmü her koşulda geçerli olmak isteyen ulusal hukuk hükmüne aykırı olmamalıdır. Dolayısıyla, burada ulusal hukuk hükümlerinin uygulanmasını gerektiren sebepler, yabancı hukukun uygulanmasını haklı kılan sebeplerden daha güçlü nedenlerle kendini kabul ettirmek zorundadır. Bu konuda, Alman hukukunda yabancı hukukun uygulanmasının sonuçları, Alman kamu düzenlemesine ve bu düzenlemenin temelinde yatan hakkaniyet anlayışına tahammül edilmez derecede aykırı ise, Federal Mahkeme'nin kamu düzeninin olumlu müdahalesini benimseyeceği kabul edilmiştir.⁷²

2.5. Ulusal Yasal Sistemlerde Kamu Düzeni

Ulusal yasal sistemlerde, kamu politikası hukukun ilkelerine ve antlaşmaların geçerliliğine sınırlamalar koymaktadır. Temel bir ilke olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ulusal mahkemelerce, yabancı unsurlar taşıyan durumlara yabancı hukukun uygulanması gerekmektedir. Ancak, bazı kamu çıkarlarıyla ilintili nedenlerden dolayı, ulusal yasal sistemlerde kamu politikası engelleyici bir fonksiyona sahip olmaktadır. Burada, yabancı hukukun uygulanmasının reddedilmesi siyasal gerekçeler ile açıklanamamakta ve bu nedenle, kamu politikasının, özellikle siyasal bir politika olmadığına altı çizilmelidir.

İngiliz hukuku, kamu düzeni yerine kamu politikası terimini kullanmaktadır. İngiltere'de düzen kavramı, 'hukuk ve düzen'le tanımlanmaktadır.⁷³ Bu bağlamda, İngiliz mahkeme kararlarını inceleyen Cheshire, Dicey ve Graveson gibi bazı yazarlar, İngiliz kamu düzenine ilişkin bazı tespitlerde bulunmuşlardır.⁷⁴ Bu tespitlere göre, İngiliz mahkemeleri adalet ilkelerini ihlal eden ve İngiliz genel ahlakına aykırı olan durumlarda, yabancı mahkeme kararlarını tanımamaktadır. Örneğin, davalının savunma hakkından mahrum bırakılması, bahis sözleşmeleri ve kadın pazarlığına dair sözleşmeler gibi, yabancı hukuka göre uygulanmasında sakınca görülmeyen durumlara ilişkin yabancı mahkeme kararları tanınmamaktadır. Ayrıca, yabancı devlet tarafından

⁷² Nomer, s. 166.

⁷³ Ronald Harry Graveson, **The Conflict of Laws: Private International Law**, 7 th ed., London, Sweet & Maxwell, 1974, p. 165.

⁷⁴ Geoffrey Chevalier Cheshire, **Private International Law**, 7th ed., London, Butterworths, 1965, p. 137-139., Morris Dicey, **Conflict of Laws**, 8th ed., London, Stevens and Sons Limited, 1967, p. 12-16., Graveson, p. 576.

konulan ithal yasağına aykırı olarak yapılan hukuki eylemlerin, İngiltere'nin çıkarlarını ihlal etmesi ya da iyi ilişkiler içerisinde bulunduğu bir hükümete karşı zarar vermek amacıyla yapılması halinde bu tür eylemleri kamu düzenine aykırı kabul etmektedir.⁷⁵ Dolayısıyla, İngiliz hukukunda kamu düzeninin kapsamını, devletin hayati ilişkilerini tehlikeye atmayan ve genel ahlak ve adalet ilkelerine aykırı olmayan uygulamalar oluşturmaktadır.

Fransız hukuk sisteminde kamu düzeni, mahkemenin sosyal veya adli kararlarını bozan yabancı hukukun uygulanmasını engellemek için vardır. Fransa Medeni Kanununun 6. Maddesinde genel ahlak ve adaba ilişkin ifadeler yer verilmekte ve hukuk birimleri arasında toplumsal farklılıkların olduğu gerçeğinden hareket edilerek, genel hukuk ilkelerine, genel ahlaka ve adalete aykırı olan yabancı hukuk kurallarının uygulanması engellenmektedir. Örneğin, aynı anda iki eşle evliliğe yabancı bir norm izin verse ve hatta çatışan normlar altında evlilik, kişisel yasalar ile düzenlense bile, Fransız mahkemeleri bu tarz evliliklerin geçerliliğini kabul etmemektedir.⁷⁶ Dolayısıyla, Fransız kamu düzeninin kapsamı, yabancı hukukun uygulanmasını önleyici bir niteliğe sahiptir.

Alman yasal sisteminde de kamu düzeni yabancı normlarla çatışmakta ve yabancı hukukun uygulanabilirliği belirli sınırlamalara maruz kalmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak, Alman Medeni Kanunu *Einführungsgesetz*'in 30. Maddesinde, “*bir yabancı devlet kanununun uygulanması genel ahlaka ve adaba yahut bir Alman kanununun ruhuna aykırı olduğu takdirde, o kanun uygulanmaz.*” ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla, Alman hukukunun amaçlarına ve ahlaka aykırı olarak, özellikle temel haklarla bağdaşmayan yabancı hukukun uygulanmasının yasaklanması ile kamu düzeninin kısıtlayıcı ve engelleyici niteliği benimsenmiştir.⁷⁷ Alman hukukunda, aile ve evlilikte mahkemenin kararlarını yansıtan veya özel hukukun isteklerini özgürce ifade eden normlar tanımlanmaktadır. Örneğin, Alman hukukunda ebeveynlerin çocuklarıyla iletişime geçme hakkı vazgeçilemez haklardandır ve eğer yabancı bir norm bu haktan

⁷⁵ Ökçün, s. 100, Ayrıca bkz. Nomer, s. 165.

⁷⁶ Orakhelashvili, p. 13.

⁷⁷ Çelikel, s. 126, Ayrıca bkz. Nomer, s. 165.

feragat etmeye izin verirse, bu norm kamu düzenine müdahale ettiği sürece kabul edilmeyecektir.⁷⁸

Türk hukukunda, kamu düzenin genel çerçevesi incelendiğinde, hem Fransız hukukundan hem de İngiliz hukukundan etkilendiği görülmektedir. Dolayısıyla, genel ahlak ve adaba, Türk kanunlarının temel kurallarına ve Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete uygun olmayan yabancı hukuk kuralları uygulanmamakta ve kamu düzeninin engelleyici fonksiyonu kabul edilmektedir.⁷⁹ Bu konuya ilişkin olarak, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun (MÖH-UK) 5. Maddesinde, “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır.” ifadelerine yer verilmiştir. Örneğin, iki eşcinselin evlenme isteği, kendi milli hukuklarına göre bu isteğin yerine getirilmesi uygun olsa dahi, bu eylemin Türk kamu düzenine aykırı olması nedeniyle, Türkiye’de evlenmeleri mümkün değildir.⁸⁰

Devletlerin hukuk sistemlerinin incelenmesinde görüldüğü gibi, kamu politikası, toplumu ve devleti ilgilendiren konulara ilişkin olarak, hemen hemen belirsiz bir kavram gibi görülmektedir.⁸¹ Ancak herhangi bir devletin kamu politikası, o devlette hâkim olan düşünceye büyük ölçüde bağlı olmakla birlikte, farklı yasal sistemlerdeki kamu politikasını tanımlamanın ortak bir paydası bulunmaktadır. Bu ortak payda incelendiğinde, kamu politikasının uygulanabilirlik şartlarına göre bir değer yargısına dayandığı ve ulusal yasal sistemler arasında belirli bir konsensüsün var olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda, Fransız ve Alman yasal sistemlerinin her ikisi de, yabancı hukukun uygulanmasının, mahkemenin yasal düzeninin objektifliğini bozabildiğini ve mahkemenin kararlarını ihlal edebildiğini kabul etmektedir. İngiliz yasal sisteminin yaklaşımı da, Almanya ve Fransa’nın yaklaşımına benzemektedir. Yabancı hukuk kapsamında geçerli olan bir tasarruf ve onun uygulanması, bütün değerlerin göz önünde

⁷⁸ Orakhelashvili, p. 13.

⁷⁹ Uluocak, s. 223, Ayrıca bkz. Ökçün, s. 101. Ayrıca bkz. Dayımları, s. 16.

⁸⁰ Çelikel, s. 132.

⁸¹ Guardianship of Infants (Çocukların Korunması) davasında, Yargıç Spender, kamu politikasının herhangi bir mutlak kriterini tespit etmenin imkânsız olduğunu ve kamu düzenine ait olan normların ayrıntılı bir listesinin olmadığını belirtmiştir. Case Concerning The Application of The Convention of 1902 Governing The Guardianship of Infant (Netherlands v. Sweden), <http://www.icj-cij.org/docket/files/33/2263.pdf>.

bulundurulmasından dolayı, ekonomik, ahlaki ve bazı sosyal alanlara aykırılık içermedikçe İngiliz hukukunda da kabul görmektedir.⁸² Dolayısıyla, kamu politikasının alanı, ulusal yasal sistemlerde farklı anlamlara gelse de her ulusal kamu düzeni kavramını güçlendiren ve temel çıkarlarını koruyan ortak bir payda var olacaktır.

2.6. Uluslararası Sistemde Kamu Düzeni

Ülkeden ülkeye değişiklik gösteren kamu düzeni kuralları siyasi, sosyal, ekonomik ve hukuki açıdan sadece ulusal toplumun menfaatlerini değil, aynı zamanda uluslararası sistem içerisinde yer alan uluslararası toplumun menfaatlerini de ilgilendirmektedir. Bu bağlamda uluslararası hukuk, modern hukuk anlayışına göre, ulusal hukukların üstünde, uluslararası toplumun üyeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı olarak uluslararası sistemde kamu düzeni kurallarını işlevsel kılmaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukuk, uluslararası sistemde yer alan bağımsız devletlerin dışında, uluslararası örgütler, yetkileri sınırlı devletler, *sui generis* bazı topluluklar ve gerçek kişiler arasındaki ilişkileri temel alarak, gerek kamu gerekse özel hukuk içerisinde birçok hukuk dalıyla bağlantılı olmakta ve bu nedenle uluslararası kamu düzeni, uluslararası hukukun bütün sùjelerini ilgilendirmektedir.⁸³

Uluslararası alana ilişkin olarak, uluslararası bir yükümlülük karşısında, ulusal kamu politikalarının bu yükümlülüğü yerine getirebilecek eylemler içerisinde bulunması gerekmektedir. Bu konuda bazı uluslararası özel hukuk sözleşmeleri, kamu düzeni hükümlerini uygulaması için devletlere yetki vermektedir. Ancak, bu tür hükümler böyle sözleşmelerin amaçlarını tehlikeye atabilmektedir. Bu nedenle, antlaşmalardaki kamu düzeni hükümleri, devletlerin ya da tarafların antlaşma yükümlülüklerinin alanını tek taraflı olarak etkilemesine imkân sağladığı için antlaşmalardan çıkarılmalıdır. Böylece, kamu politikası hükümlerinin niteliği her ne olursa olsun, bir sözleşme bu tür hükümleri içermediğinde, sözleşmenin alanının ulusal kamu politikaları tarafından etkilenmediği açıkça görülmektedir. Dolayısıyla, kamu

⁸² J.J. Fawcett, J.M. Carruthers; Consultant Ed, Sir Peter North, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, 14th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 123. Ayrıca bkz. Dayınlarlı, s. 10.

⁸³ Bozkurt/Kütükçü/ Poyraz, s. 22.

düzeninin uygulanması antlaşma ile ayrı tutulabilir ve bir antlaşma yükümlülüğü bu uygulamayı kabul etmezse kamu düzeni uygulanmayabilir. Örneğin, bir sözleşme sadece evliliği engelleyen koşulları sıraladığında, bir devletin ya da tarafın mahkemesi sözleşmede bahsedilmeyen bir evliliği yasaklama gerekçesini açıklamak için kamu düzenine başvuramamaktadır. Bu uluslararası hukuka karşı bir davranış olacaktır.⁸⁴

Ulusal kamu düzeninin uluslararası antlaşma yükümlülüklerinin alanını etkileyip etkilemediğine ilişkin somut bir örnek, Hollanda ve İsveç arasındaki *Guardianship of Infants* (Çocukların Korunması) davasında görülmektedir.⁸⁵ 1902 Sözleşmesine göre, çocukların korunması ulusal çocuk yasası ile düzenlenmiştir. Burada, Sözleşmenin ulusal yasaların uygulanmasını yasaklayıp yasaklamadığı konusu yer almaktadır. İsveç kendi kamu düzenine referansla, haklı olarak çocukların yetiştirilmesinin korunmasına ilişkin, İsveç hukukunun uygulanmasını istemektedir. Mahkeme, kamu düzeni konusundan kaçınmış ve diğer gerekçelere dayanarak davaya karar vermiştir. Mahkeme sosyal ilerlemenin bir ögesi olarak İsveç hukukunu haklı bulmuştur. Ancak, Mahkeme, kararı belirlemede ulusal kamu politikasını temel aldığını açıkça ifade etmemiş, antlaşma yükümlülüklerinin alanını niteleyen bir faktör olarak, kamu politikasının uygulanmasını gizli tutmuştur. Burada mahkeme, çocukların yetiştirilmesinin korunmasını, muhtemelen ulusal kamu düzeninin bir parçası olduğu için değil, bu davranışın sosyal olarak ilerici olduğunu düşündüğü için ele almıştır.⁸⁶

Kamu düzeni konusu, yargı yetkisini kullanan hukukçular tarafından da geniş bir şekilde ele alınmıştır. Yargıç Spender ve Winiarski'ye göre, bir antlaşma yükümlülüğünün uygulanabilir olmasını ulusal kamu politikası nitelendirmemektedir. Yargıç Lauterpacht ve Badawi antlaşma yükümlülüklerini niteleyici olarak, ulusal kamu düzenine ilişkin bazı boşluklar görmüşlerdir. Yargıçlar, Sözleşmenin, 1902 Sözleşmesi'nin koşullarını geçersiz kılan kamu düzeni yasalarına izin veren imalı bir çekinceyi içermesinden ya da özel uluslararası hukuk antlaşması olarak, Sözleşmenin niteliğinden dolayı bu şekilde düşünmüşlerdir. Yargıç Cordova, uluslararası özel hukukta bir antlaşmanın, ilk etapta bağımsız devletlerin istekleriyle oluşturulan

⁸⁴ Orakhelashvili, p. 25.

⁸⁵ Ian Brownlie, **Principles of Public International Law**, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 38.

⁸⁶ Orakhelashvili, p. 25.

uluslararası bir antlaşma olduğuna işaret ederek, kamu düzeni ilişkisini reddetmektedir.⁸⁷

Ulusal kamu politikasının, uluslararası yükümlülüklerin alanını nitelemeye bağımsız bir statüye sahip olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, uluslararası kamu hukukun bir parçası olmadığı gibi, uluslararası yasal sistemde de hiçbir normatif değere sahip bulunmamaktadır. 1969 VAHS Madde 27'e göre, bir devlet antlaşma yükümlülüklerine riayet etmemesinin gerekçesini, kendi ulusal hukukuna dayandıramamaktadır. Bu bağlamda, Fitzmaurice'nin gözlemlediği gibi, ulusal kamu düzeninin istisnası, hukukun genel ilkesi olarak görülebilirse, *lex specialis ilkesi* (özel nitelikte), onun antlaşma yükümlülüklerini geçersiz kılmasını veya yerine geçmesini engellemektedir. Aksi halde antlaşma yükümlülüklerinin istikrarını riske atan bir sonuca ulaşılabilir.⁸⁸

Kısacası, antlaşma yükümlülüklerine hizmet etmesi için, ulusal kamu politikası kavramının sürekli değişimine ve esnekliğine az da olsa izin verilmektedir. Böylece, devletler antlaşma yükümlülüklerini yorumlama gücü elde etmektedirler.

2.6.1. Uluslararası Sistemde Kamu Düzeninin Gerekliliği

Devletler ya da bireyler olmaksızın, toplumu hayal etmek mümkün olmadığı gibi, hukuk kuralları olmadan veya hukukun yok sayılmasına izin vermeyen bazı ahlaki prensipler kabul edilmeden, toplumun tanımlanması da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, her yasal sistem içerisinde hayati çıkarları koruyan normların ve ilkelerin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda, uluslararası hukukun varlığı, yasal düzenin vazgeçilmez unsurlarına ve yasal zorunluluğuna referans etmektedir.

Ulusal mahkemeler, doğal olarak yabancı yasal sistemlerin kamu politikalarından ziyade kendi kamu politikalarını uygulamaktadır. Ancak ulusal kamu düzeni, uluslararası hukukta hiçbir normatif değere sahip olmamaktadır. Bu nedenle,

⁸⁷ Guardianship of Infants davasında, Yargıç Spender, *Ordre Public* ve *Pacta Sunt Servanda* ilkesine işaret etmiştir. Case Concerning The Application of The Convention of 1902 Governing The Guardianship of Infant (Netherlands v. Sweden), <http://www.icj-cij.org/docket/files/33/2263.pdf>.

⁸⁸Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice", 34 BYIL (1958)-1959, pp. 223-224'den Aktaran Hugh Thirlway, **Court Of Justice 1960-1989**, <http://bybil.oxfordjournals.org/01-Bybil-76-Chap01.qxd> 11.25.06.

uluslararası hukukun uygulanması için, uluslararası mahkemelerin ve uzman yargıçların başvurabildiği kamu düzeni, uluslararası hukukun kamu düzenidir. Böylece, ulusal yasal sistemlerdeki ulusal kamu politikalarının eylemlerine benzer bir biçimde, uluslararası toplumun temel çıkarlarını koruyan, çatışan normların geçerliliğini etkileyen ve uluslararası alanı niteleyen uygun bir uluslararası kamu politikasının olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası mahkemelerin, kendi *lex fori*'lerine sahip oldukları yerde, kendi kamu düzenlerine sahip olabildikleri ileri sürülmektedir. Ancak, uluslararası mahkemelerin, kendi *lex fori*'lerine sahip olmadığı ve sadece bazı mahkemelerin uygulayabildiği kamu düzeninin doğal hukuk olduğu iddia edilmektedir.⁸⁹ Uluslararası mahkemeler, anayasal öğeler ile belirlenmiş kendi *lex fori*'lerine sahiptirler. Bazı uluslararası mahkemelerin *lex forisi*, özel bir antlaşmaya sınırlanmaktadır. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini (AİHS) uygulamakta, UAD da, Statüsünün 38. Maddesinde tanımlandığı gibi, uluslararası hukukun tamamına uzanmaktadır.⁹⁰

Uluslararası özel hukuk öğretileri, uluslararası kamu hukuku anlamında, bütün ulusların ortak uluslararası kamu düzeni olabileceğini kabul etmektedir. Bu anlamda, köleliğe izin veren bir antlaşmanın uluslararası kamu düzenine aykırı olduğu görülmektedir. Ulusal hukukun bir parçası olan kamu düzeni ile farklı anlamlar taşıyan uluslararası kamu düzeni, evrensel kamu düzeni ya da *supranasyonel* hukukta *jus cogensi* izleyen, devletlerin uluslararası toplumunun *ordre public vrainenti* olarak işlevseldir.⁹¹ Dolayısıyla, uluslararası kamu düzeni, uluslararası hukuktan türeyen kuralların bir bütünü olarak, devletlerarasındaki ilişkileri düzenleyen, ulusal kamu düzenlerinden daha fazlasını oluşturmakta ve hatta ulusal kamu düzenlerinin özünü kapsamaktadır.

Uluslararası hukuk sistemi ile şekillenen uluslararası kamu düzeninin karakteri ve alanı içerisinde otoriter normlar, hem uluslararası kamu düzeninin hem de

⁸⁹Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, 1994, p. 71, Aktaran, Orakhelashvili, p. 27, dp. 122, Niederer, *Einführung in die Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts*, 1956, p. 301, Aktaran, Orakhelashvili, p. 27, dp. 123.

⁹⁰ Brownlie, pp. 3–4.

⁹¹ Orakhelashvili, p. 28.

uluslararası hukukun bir ögesi olarak yer almaktadır. Dolayısıyla, yabancı hukuk ilkelerini ve uyuşmayan normların etkisini reddeden bir devletin, ulusal hukukunu korumak amacıyla, otoriter normların, uluslararası kamu politikasını yansıttığını kabul etmede isteksiz davranması muhtemeldir. Bu bağlamda Sztucki, *jus cogens* ve kamu politikası arasındaki bağlantıyı incelemiştir. Sztucki'nin incelemelerine göre, UHK, Viyana Antlaşmasının taslak çalışmalarında, iki kavram arasındaki bağlantıyı dikkate almamıştır. Kamu politikası kavramı ne UHK'nun final raporunda ne de Waldock'un en son raporunda yer almamış, UHK tarafından sadece antlaşmalar hukuku perspektifinden, *jus cogens* konusu ele alınmıştır.⁹² Herhangi bir olayda, UHK iki kavram arasında biçimsel olarak bir ayırımı bulunmamıştır. Sztucki de, böyle bir ayırımın mantıksız olduğunu vurgulamıştır.

Kamu düzeni içerisinde otoriter normlar, çatışan eylemlere ilişkin olarak, kamu politikasının alanı ve rasyonel doğası içerisinde görmezden geldiği için yetersiz görülmektedirler. Bu nedenle, zorunlu ya da otoriter kamu düzeni normları, tarafların istekleri ile oluşturulmamaktadır. Yargıç Moreno-Quintana'ya göre, yasal prensiplerin ya yabancı hukuk tarafından ya da özel antlaşmalar tarafından hiçe sayılmadığı, yasal ögeler ve hukukun tamamı kamu düzeni olarak anlaşılmaktadır.⁹³ Ayrıca, antlaşmalar hukukunun ötesinde *jus cogensin* etkilerinin, özellikle uluslararası hukuktan ziyade diğer yasal sistemlerdeki eylemlerin geçerliliğini kapsamaması gerekmektedir. Bu kavramsal olarak, diğer yasal sistemlerdeki eylemleri veya uyumsuz yasaları reddetmeyi tasarlayan kamu düzeni ile *jus cogens* arasındaki bağlantıyı güçlendirmektedir. Dolayısıyla, VAHS 53. Madde benimsenmeden önce, kamu politikası ve *jus cogens* arasındaki bağlantının onaylandığı görülmektedir. Bu konuda Dugard, *jus cogensin* kamu politikasını kaçınılmaz olarak yansıttığını ifade ederken, Meron da, uluslararası kamu politikası ve *jus cogens* kavramlarının temelini aynı olduğunu onaylamaktadır.⁹⁴

Özel Raportör Lauterpacht ve Waldock, uluslararası kamu düzeninin ihlalini antlaşmanın yasadışı objelerine bağlamaktadırlar. Ayrıca, *jus cogens* niteliğine sahip

⁹² Jerzy Sztucki, **Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties**, Vienna and New York: Springer-Verlag, 1974'den Aktaran Orakhelashvili, p. 29

⁹³ Separate Opinion of Judge Moreno-Quintana, Judgment of 28 November 1958, p.105, <http://www.icj-cij.org/docket/files/33/2271.pdf?PHPSESSID=50a72c2fe53e224d3637624098634a36>.

⁹⁴ John Dugard, **Recognition and the United Nations**, Cambridge, Grotius Publications, 1987, p. 149., Theodor Meron, **Human Rights Law-Making in the United Nations**, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 198.

normları içeren uluslararası kamu düzenine aykırı antlaşmaların geçersizliğini ifade etmektedirler.⁹⁵ Dolayısıyla, Viyana Sözleşmesi oluşturulurken, *jus cogens* kavramı, uluslararası kamu düzeni ile ilişki içerisindedir ve Madde 53, kamu düzeni ve iyi ahlaka karşı, yasadışı antlaşmaların ulusal yasal sistemlerdeki koşullarına benzemektedir.

Kısacası, uluslararası kamu politikası, ulusal yasal sistemlerdeki kamu politikaları ile fonksiyon ve kavramsal olarak benzerlikler göstermektedir. Uluslararası kamu politikası, ulusal yasal sistemlerdeki, *ordre public interne* ve *ordre public international* ayırımına benzeyen kamu politikasının iç ve dış yönleri arasında herhangi bir farklılaşmayı kabul etmemektedir. Ulusal yasal sistemler birbirlerinden bağımsız, ülke kara sınırları ile sınırlandırılmış ve ulusların idaresindeki veya sınırlandırılan topraklar içerisindeki olaylara ve kişilere yönelik tasarlanmışlardır. Uluslararası yasal sistem ise, bütün uluslararası toplumu muhatap almaktadır. Bir ülkenin hukuku, diğer devletler üzerinde bağlayıcı olmazken, uluslararası hukuk, bütün devletler üzerinde bağlayıcı olmaktadır. Dolayısıyla, devletin ulusal hukukundan kaynaklanan herhangi bir koşul, devletin uluslararası hukuka riayet etmemesi için bir mazeret değildir.

2.6.2. Uluslararası Sistemde Kamu Düzeni ve *Jus Cogens*

Uluslararası kamu düzeni kavramı kuramsal olarak değerlendirilmemiştir. VAHS'de, *jus cogensin* varlığının açıkça tanınmasına rağmen bazı temel itirazları da beraberinde getirmiştir. Bu itirazlar, uluslararası kamu düzeninin etkisine ve doğasına yönelik soruları aydınlatmaya yardımcı olmuştur. Bu bağlamda, geleneksel uluslararası hukukta, çatışan eylemlerin geçersizliğine neden olan *jus cogens* veya kamu düzeni kavramına ilişkin açıkça herhangi bir uygulamanın bulunmadığı varsayılmaktadır. Ancak, uygulamada geleneksel hukukun *jus cogensi* yansıtıp yansıtmadığına bakılmaksızın, bu normların varlığının her yasal sistemin doğal bir ögesi olan kamu düzeni ile bağlantısı sorgulanmaktadır.

Schwarzenberger, *jus cogensi* “*pacta sunt servanda ve rıza ilkelerine*” dayanan karşılıklı yasal ilişkilerle ilişkilendirmektedir. Ayrıca, antlaşma yükümlülüklerine riayet

⁹⁵ IYbILC 1954, Reports on the Law of Treaties
[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1954_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1954_v2_e.pdf), IYbILC 1963, Second Report on the Law of Treaties A/CN.4/156 and Add.1-3,
[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf).

etmeye isteksiz olan devletlerin, kendilerini tek taraflı olarak bu yükümlülüklerden muaf tutmasına *jus cogens* yardımcı olduğunu düşünmektedir.⁹⁶ Simma'ya göre *jus cogens* kavramı, çatışan eylemlerin geçersizliğine yönelik, yıkıcı kapasitesi ile toplumun çıkarlarını oluşturan normlara yetki vermektedir. Ancak, kuramsal konuların uygulamada başarısız olduğu görülmektedir. Örneğin AİHM, AİHS'nin 3. Maddesinde, karşılıklı suçluların iade edilmesi antlaşmalarında temel alınan iade etme taleplerine riayetsizliği açıklamaktadır. Bu maddenin Soering Davasında,⁹⁷ işkenceyi yasaklamasının etkisi antlaşma ilişkilerinin istikrarını tehlikeye atmış ve yargılama usullerine taraf olmayan üçüncü devletlerin iç meselelerine yönelik hüküm vermeyi gerektirmiştir. Ancak Mahkeme, 3. Maddenin etkisini desteklemiş ve devletleri ilgilendiren rutin taleplere ve yasal istikrara yönelik bazı tehlikeleri tolere ettiğini ima etmiştir. Soering Davasında antlaşmanın geçerliğine ilişkin hiçbir konuya değinilmemiş ve Viyana Sözleşmesinin 53. Maddesi yerine antlaşmayı oluşturan haklar ve yükümlülükler incelenmiştir. Mahkeme yine de üst bir sınırlama olarak işkencenin yasaklanmasını ele almıştır.⁹⁸ Dolayısıyla, antlaşma ilişkilerinin belirlenmesinde, *jus cogens* etkilerinin göz ardı edilmediği görülmektedir.

Devletlerin *jus cogens* normlara yönelik isteksizliği onun inkârı şeklinde olmamakla birlikte, normun uygulanabilirliği boyunca devam etmektedir. Uluslararası sistemde *jus cogens* eylemsel bir kavram olmaktan ziyade caydırıcı bir öge olarak düşünüldüğü için uluslararası hukuk kuralları içerisinde büyük bir rol oynayamamaktadır. Bu nedenle otoriter normlar, uygulamaya yönelik bir düzenlemeden

⁹⁶ Georg Schwarzenberger, "The Problem of International Public Policy", *Current Legal Problem*, 1965–1968, London, Vol. 18–21, pp. 213–214.

⁹⁷ "Soering, Kanada vatandaşı kız arkadaşı ile birlikte çek sahtekârlığı suçundan İngiltere'de yakalanmışlardır. Başvurucunun sorgulaması sırasında, öğrenci olduğu Amerika Birleşik Devleti'nin Virjinya eyaletinde bir yıl önce kız arkadaşının anne ve babasını bıçakla öldürdüğü anlaşılmıştır. ABD yetkilileri başvurucunun ve arkadaşının iadesini istemiş, başvurucunun iade edilen kız arkadaşı, anne ve babasının öldürülmesi olayına yardım etmekten toplam 95 yıl hapis cezasına mahkûm olmuştur. Başvurucunun ABD'ye iade edilmesi halinde ise ölüm cezasına mahkûm olması çok yüksek bir olasılıktır. İngiliz makamları ABD'den başvurucunun ölüm cezasına mahkûm edilmesi halinde bunun infaz edilmeyeceği konusunda güvence verilmesini istemişlerdir. ABD makamları ise, başvurucunun ölüm cezasına mahkûm edilmesi halinde cezanın infaz edilmemesi için İngiltere'nin isteğininin cezayı onaylamakla yetkili makamlara bildirileceği konusunda hafif bir güvence vermişlerdir. Birleşik Krallık Hükümeti başvurucuyu iade etme kararı almıştır." Soering v. The United Kingdom, 1.1989.161.217, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 July 1989, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6fec.html>.

⁹⁸ Orakhelashvili, p. 33.

ziyade, daha çok teorik bir düşünce olarak görülmekte ve uluslararası hukuk sürecinde simgesel bir öneme sahip olmaktadır.

Uluslararası hukuk açısından, *jus cogensin* caydırıcı ve eylemsel yönlerini ayırma girişimi kavramsal olarak kusurlu görülmektedir. Kusursuz olduğu düşünüldüğünde otoriter normlar, belirli eylemleri gerçekleştiren devletleri, vazgeçirme/caydırma anlamında bir fonksiyona sahip olmaktadır. Bu şekilde bir vazgeçirme/caydırma, sadece otoriter normların işlevsel etkileri boyunca mümkün görünmektedir. Dolayısıyla, bazı ilga edilmeyi temel alan eylemlerin geçersiz ve hükümsüz olduğu açıkça var olmasaydı, otoriter normların ilga edilmesinin yasaklanması devletler için caydırıcı olmayacaktır. Devletlerin kendi eylemlerini geçersiz kılma isteksizliği, *jus cogensin* uygulanmasına engel olmakta ve de anlamının saptırılmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, kamu düzeninin geçersizliğinin uygulanabilirliği için devletlerin tutumlarına güvenilmemektedir. Aslında, devletlerin otoriter normların ihlalini bağışlaması veya böyle bir duruma yetki veren bir antlaşmaya katılması, bu eylemlerin devletlerin çıkarlarına yönelik olduğu anlamındadır. Bu yüzden, geçersizliğin uygulanmasına karşı gelme tamamen olası olmakla birlikte, yine de bu tür antlaşmaların geçersiz ve hükümsüz olduğu ilkesini etkilememelidir.

Kısacası otoriter normlar kavramı, uluslararası hukukun birçok alanında kabul edilmektedir. *Jus cogens* aykırı antlaşmalar için ayrıntılı olarak, yasal sonuçları öngören 1969 VAHS'nin hükümleri uluslararası toplumun isteklerini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla otoriter olarak nitelendirilen bir norm, bir aktörü, yasal kişiliği veya değeri korurken, bireysel devletleri aşan çıkarları korumakta, ahlaki veya insancıl anlamlara sahip olmaktadır. Bu nedenle, otoriter normun ihlal edilmesi, ahlaki olarak kabul edilemeyen bir sonucu içerdiğinden, uluslararası toplum tarafından kabul edilmemekte ve sonuç olarak, karşılıklı yasal ilişkilere ilişkin bu çıkarların bölünmesine izin verilmemektedir.

3. ULUSLARARASI HUKUKTA EMREDİCİ NORM OLGUSU

Hukuk, toplumsal bir yaşam düzeni için gerekli olan kuralların adil bir şekilde işlevsel olabileceği bir mekanizmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle hukuk, düzen, pratik yarar ve adalet kavramlarıyla fonksiyonel olmakta ve toplumsal yaşamı düzenleyip insanların barış ve güvenlik içerisinde bir arada yaşamalarını ve sosyal ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, hukuk kurallarının niteliklerine göre bir ayırım yapıldığında, yukarıda kısaca bahsedildiği gibi, hukuk normları, emredici, tanımlayıcı, tamamlayıcı ve yorumlayıcı niteliklere sahiptirler.⁹⁹ Burada çalışmamızın gerektirdiği şekilde *jus cogens*in temel niteliği olan emredici norm olgusu daha yakından incelenecektir.

Uluslararası hukukta emredici hukuk kuralları, iç hukukta, hukuk kişilerinin uygulamak zorunda oldukları ve sözleşme ile aksini gerçekleştiremedikleri hukuk kurallarından esinlenerek oluşturulmuştur. Bu bağlamda, iç hukuktaki emredici ve yedek kural ayırımının gerekçesinde olduğu gibi, uluslararası emredici hukuk normlarının temel niteliği de zorunlu itaati gerektirmesidir. Emredici hukuk normlarının zorunlu niteliği, kanunda yer alan zorlanamaz, aksi kararlaştırılmaz, istenemez, yapılamaz, dava edilemez, feragat edilemez gibi sözcüklere de yansımıştır. Bu sözcükler, emredici normun aksine bir işlem yapılamayacağını göstermektedir. Bu konuya ilişkin olarak, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda yer alan bazı maddeler örnek verilebilir; “*nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez*” (MK 119); “*Bir kimsenin birden fazla yerleşim yeri (ikametgâhı) olamaz*” (MK 19); “*kimse hak ve fül ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*” (MK); “*Zamanaşımı süreleri sözleşmeyle değiştirilemez*” (BK 127), “*İptidaen zamanaşımından feragat batıldır*” (BK 139/I).

Normun emredici niteliği, yasa metninde yeterince açık ifadelerle yer almıyorsa, yasanın amacına bakılmaktadır. Özellikle yasa metninde ahlak, kamu düzeni ya da kişilik haklarını korumaya ilişkin konuların emredici nitelikli normlarla özdeşleştirildiği görülmektedir. Bu nedenle, emredici hukuk normlarının, kamu düzenini, genel ahlakı ve adabı koruma düşüncesiyle oluşturulduğu kabul edilmektedir. Ekonomik, sosyal veya

⁹⁹ Aybay/Aybay, s. 333.

fiziki nedenlerden dolayı zayıfların korunmasında da toplum yararı gözetildiği için, emredici norm olgusunun yer aldığı görülmektedir. İnsan hak ve hürriyeti ve kişilik hakları da korunması gereken haklar arasındadır ve emredici nitelik taşımaktadırlar. Dolayısıyla, bireyler iradelerini kullanarak bu normların uygulanmasını engelleyememektedirler. Emredici normlara ilişkin herhangi bir ihlal söz konusu olduğunda yokluk ve geçersizlik gibi müeyyidelerle bağlayıcı olacağını da kabul edilmektedir.¹⁰⁰

Bir hukuk normunun emredici nitelikte olup olmadığının belirlenmesinin oldukça zor olmasına rağmen, hukukun genel ilkelerinin ve teamül kurallarının, emredici kuralları belirlemede önemli bir rol oynadıkları görülmektedir. Örneğin, kuvvet kullanma yasağı hem uluslararası hukukun genel ilkeleri hem de uluslararası örf ve adet hukukunun içerisinde yer alarak *jus cogens* niteliği kazanmış emredici hukuk kuralları arasında yer almaktadır. Nikaragua Davasında açıkça daha ayrıntılı olarak belirtilen kuvvet kullanma yasağı, BM Şartı'nı imzalamayan devletler üzerinde de bağlayıcı olmaktadır.¹⁰¹ Ayrıca, uluslararası toplumun çıkarları ve geleceği için önemli olan, köle ticareti, deniz haydutluğu, soykırımın yasaklanması, self-determinasyon ve devletlerin egemen eşitliği gibi konuları düzenleyen normların da emredici normlar niteliğinde değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁰²

4. ULUSLARARASI HUKUKTA EMREDİCİ NORMLARIN TEMEL VARSAYIMLARI

Emredici normlar, Viyana Antlaşması ile yeni oluşturulmuş bir kavram değildir. Kaynaklarının, öncelikle doğal hukuk doktrininin geliştirildiği dönemde izlenebilmesine rağmen, kavram aslında *Stoacı* olarak adlandırılan düşünce okulunda geliştirilmiştir. *Stoacılar* yasanın, uluslararası bir standartta uygulanması gerektiğine dair teorilerini, bireysel milliyetlerin veya devletlerin, evrensel düşüncesinin bir sonucu olarak

¹⁰⁰ Gözler, s. 187.

¹⁰¹ Ingrid Detter, **International Legal Order**, Brookfield USA, Dartmouth Publishing Company Limited, 1994, p. 262.

¹⁰² İrem Karakoç, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım", *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.1, 2006, s. 91.

geliştirmişlerdir.¹⁰³

Modern uluslararası yasanın kurucuları olarak tanınan XVI. yüzyılın İspanyol teologları Grotius ve diğer klasik yazarlara göre, zorunlu doğal hukuka (*jus naturale necessarium*) yakın olan ilkeler bulunmaktadır. Bu nedenle, Wolff ve Vattel, bütünüyle devletlerin doğası olan ‘zorunlu hukuk’un var olduğunu ve ‘zorunlu hukuku’ ihlal eden bütün antlaşmaların ve geleneklerin yasadışı olduğunu ifade etmişlerdir. Grotius da, doğal hukukun ilkelerinin öyle değişmez olduğunu belirtmiştir ki, hatta Tanrının onları değiştiremediğini dahi iddia etmiştir.¹⁰⁴ Dolayısıyla, doğal hukuk ahlaki zorunluluğu içeren insan veya ilahi gibi, herhangi bir kurumdan bağımsız, haklı bir nedeni zorunlu kılmaktadır. Doğal hukuk bu yüzden, bütünüyle devletlerin takip etmekte zorlandığı zorunlu yasa olarak yorumlanmaktadır.¹⁰⁵

Dolayısıyla, herhangi biri tarafından değiştirilemeyen hukuk ilkelerinin her yerde zorunlu olduğu teorisi, filozofların çoğu tarafından kabul edilmektedir. Filozoflar, doğal hukuk ilkelerinin varlığını tanımışlar ve insanlığın ortak iyiliği olarak tanımlanabilen çıkarların, bütün egemenliklerin üstünde olduğunu ve uluslararası bir toplumun var olduğunu kabul etmişlerdir.¹⁰⁶ Filozoflar, zorunlu doğal hukuk ve rızaya dayalı hukuk (*jus voluntarium*) arasında ayırım yaparak, devletlerin yazılı olmayan isteklerini veya baskın isteklerini varsayımla oluşturulmuş hukuk veya hukuku temel alan rıza olarak tanımlamışlardır. Özellikle doğal hukuk ilkelerinin, rızaya dayalı hukuk uygulamalarına uzanan sözleşmelerle değiştirilemediğini ileri sürmüşlerdir.¹⁰⁷ Örneğin Bodin’in mutlak egemenlik teorisinin temel dayanağını, devletlerin vatandaşlarının üzerinde mutlak gücü olduğunun kabul edilmesi oluşturmaktadır. Ancak yine de, bu kadar popüler olan düşüncenin aksine Bodin, otoritenin, sınırsız ve keyfi olabildiği

¹⁰³Stoacı düşünce için Bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, 4. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2004, s. 429.

¹⁰⁴ Christian Wolff, **Jus Gentium**, 1764, para.5’den Aktaran, Rafael Nieto-Navia, “International Peremptory Norms (jus cogens) and International Humanitarian law”, www.iccnw.org/documents/WritingColumbiaEng.pdf, p.3., Emmerich de Vattel, **Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle**, 1758, para. 9’dan Aktaran, Nieto-Navia, p. 3., Hugo Grotius, **De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres**, 1625, 1, Ch. 1, X, 5’den Aktaran, Nieto-Navia, p. 3.

¹⁰⁵Lauri Hannikainen, **Peremptory Norms in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status**, Helsinki, Finnish Lawyers’ Publishing Company, 1988, p. 30. Ayrıca bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2004, s. 93.

¹⁰⁶ Hannikainen, p. 31.

¹⁰⁷Bruno Simma, “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law”, www.ejil.oxfordjournals.org, p. 51.

anlamında olmayan, egemen otorite düşüncesini kabul etmekte ve egemenin meşruluğunu sürdürmesi için doğal hukuk kurallarını çiğnememesi ve kendi yaptığı yasalarla doğal hukuk arasında bir uyumun sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁰⁸

Uluslararası toplumda üst ve bağlayıcı yasa kavramının, genel doğal hukuk teorilerinde aşamalı olarak kaybolmaya başladığı görülmekle birlikte, doğal hukuk kavramının devletin Hegelci nosyonunun ve rızaya dayalı uluslararası hukukun ahlaki bir anlam olarak tanımlanabilmesi açısından hala önemli olduğu görülmektedir.¹⁰⁹ Ancak, devlet uygulamalarından kaynaklanan yeni kurallar ve yasalar, organize olmuş yasal bir toplumu yönetmek için uygun bir otorite tarafından benimsendiği veya özellikle kanunlaştırıldığı için pozitif hukuk doktrini olarak kabul görmeye ve uluslararası sistemde düşünülmeğe başlanmıştır. Dolayısıyla, hem *jus cogens* hem de zorlayıcı/emredici (*jus dispositivum*) kavramlar, uzun yıllar boyunca kullanılmamışlardır.

Devletlerin isteklerince oluşturulan normların hiçbir sınırlamaya ve kısıtlamaya gidilmeksizin uluslararası hukuku oluşturması fikri pozitif hukuk doktrini kapsamında değerlendirildiğinde *jus cogens* normların uluslararası sistemde kabul edilmediği görülmektedir. Ancak bu normlar, hiçbir şekilde ilga edilmeye izin verilmeyen normlar olarak, uluslararası toplum tarafından tanınmış ve kabul edilmiş normlardır. Dolayısıyla bu normların çoğu etik veya sosyolojik fikirlerden türemiş ve uluslararası toplumun istekleri doğrultusunda otoriter olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda, hukukun oluşumunda, doğal hukuku temel alan kuramsal normlar değişmeden kalmış ve temel kaynak olmamakla birlikte *jus cogens* normlar kavramı kısmen bu düşünceler doğrultusunda gelişmiştir.

Jus cogens normlar, Avrupa dışında Asya, Afrika ve Latin Amerika devletlerince pozitif hukuk kapsamından değerlendirilmiştir.¹¹⁰ Bu değerlendirmeler çerçevesinde, Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında, uluslararası

¹⁰⁸ Jean Bodin, **On Sovereignty: Four Chapters From Six Books Of The Commonwealth**, Ed. and Translated by Julian H. Franklin, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p.10., Ayrıca bkz. Ağaoğulları/Köker, s. 37.

¹⁰⁹ Hannikainen, p. 34.

¹¹⁰ Egon Schwelb, "Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated By The International Law Commission", *The American Journal of International Law*, Vol. 61, No. 4, October 1967, p. 960. <http://www.jstor.org/stable/2197345>, 16.03.2009.

toplumda yaşanan olumsuz gelişmelerin giderilmesi için gerekli olan adalet ve düzeni sağlama çabaları, *jus cogens* normlara yönelik ilgiyi arttırmış ve uluslararası hukukun yeniden yapılandırılmasına zemin hazırlamıştır.

Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarının ardından yeniden şekillenen uluslararası sistemde, doğal hukuk ve pozitif hukuk ayrımı, *jus cogens* normlara yönelik tartışmaların temelini oluşturmuştur. Doğal hukuk *jus cogens* normlarını uluslararası hukuk sükelerinin üstünde, kamu düzeni kavramı ve ahlaki değerlerle açıklamakta ve kısmen uluslararası pozitif hukukla bağlantılı oldukları kabul edilmekle birlikte, pozitif hukukun ötesinde var oldukları ve devletlerden ziyade uluslararası toplumun çıkarlarını korumaya yönelik oldukları ileri sürülmektedir.¹¹¹ Pozitif hukuk ise, bu normları devletlerin ulusal pozitif hukuk sistemleriyle özdeşleştirerek uluslararası hukuk sisteminde uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır.

Pozitivist Schwarzenberger,¹¹² devletlerin, karşılıklı *jus cogens* niteliği taşıyan normlar oluşturabildiklerini, ancak bu normların *jus cogens* niteliğinde olmadıklarını savunurken Weil¹¹³ *jus cogens* normlara tamamıyla karşı çıkmaktadır. Weil, bu normların uluslararası hukukun temel özelliklerine aykırı olduğunu ve uluslararası hukukun etkinliğini azaltacağını öngörmektedir. Uluslararası hukukun ilkelerinin belirlenmesinde oyçokluğu veya oybirliği yöntemlerinin yerine, çoğunluk yönteminin getirilmesi Weil'in kaygılarını arttırmakta ve uluslararası hukuku oluşturan güçlü devletlerin kendi çıkarları doğrultusunda ortaya koyacakları değerleri, uluslararası topluma empoze edecekleri varsayımını güçlendirmektedir. Dolayısıyla Weil, bu şekilde oluşturulacak olan *jus cogens* normların uluslararası hukukun gönüllülük, tarafsızlık ve pozitif olma ilkeleriyle çelişeceğini ve güçlü devletlerin göreceli olan bu ilkelerin ihlal edildiği gerekçesiyle, diğer devletler üzerinde etkili olmaya çalışacaklarını ve bu müdahalelerine de uluslararası hukuk meşruiyeti kazandıracaklarını ileri sürmektedir.¹¹⁴

¹¹¹ Alfred Vedross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens In International Law", *The American Journal of International Law*, Vol. 60, No.1, 1966, p. 62., <http://www.jstor.org/stable/2196718>.

¹¹² Georg Schwarzenberger, "International Jus Cogens", *Texas Law Review* 43, 1965'dan Aktaran Vedross, p. 58.

¹¹³ Prosper Weil, "Towards Relative Normativity In International Law?", *American Journal of International Law*, Vol. 77 Issue 3, July 1983, p. 423.

¹¹⁴ Weil, p. 425.

Uluslararası hukukta pozitivist görüş,¹¹⁵ herhangi bir normun *jus cogens* niteliğinde olup olmadığını belirlemede, uluslararası toplumun temel menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak, uluslararası toplum tarafından benimsenen bu normların pozitif hukuk araçları ile kabul edilmemesi durumunda benimsenen ahlaki değer ne kadar önemli olursa olsun *jus cogens* niteliğinde değerlendirilmemekte ve hukuksal bir anlam taşımamaktadır. Dolayısıyla, uluslararası sistem içerisinde yer alan devletlerin, öncelikle kendi çıkarlarının ön planda olduğu gerçeğinde düzenlenen uluslararası hukuk ilkelerinin, ne kadarının tarafsız olduğu ve ne kadarının uluslararası toplumun gerçek çıkarlarını gözettiği tartışmalıdır.

Uluslararası hukukta, tarafların karşılıklı yazılı irade beyanları ile oluşturdukları ve uluslararası hukuka uygun bir biçimde hak ve yükümlülükler içeren antlaşmalarda bir normun *jus cogens* niteliği kazanabilmesi için, uluslararası toplumun büyük bir kısmını kapsaması gerekmektedir. Dolayısıyla VAHS'nin 53. Maddesinde belirtildiği gibi, bir normun *jus cogens* niteliği uluslararası sistemde yer alan devletlerin ortak iradeleriyle belirlenmektedir. Bu nedenle, pozitivistlerin uluslararası toplumun genel çıkarlarını korumaya yönelik normlar içerisinde, *jus cogens* niteliğinde olan ancak pozitif hukuk tarafından kabul edilmeyen normların hukuki bir anlam taşımayacağı görüşü eleştirilere açık olmaktadır. Dolayısıyla, pozitivistler uluslararası ahlak sisteminin bir parçası olan bu normları göz ardı etmekte ve uluslararası toplumun ihtiyaçlarını yeterince karşılayamamaktadırlar.

¹¹⁵ Fernando R. Teson, **A Philosophy of International Law**, Colorado, Westview Press, 1998, p. 92.

İKİNCİ BÖLÜM

JUS COGENS (BUYRUK) KURALLARININ KAVRAMSAL BOYUTU TANIMLANMASI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

2.1. *JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLARININ KAVRAMSAL BOYUTU

Uluslararası hukuk doktrininde, uluslararası antlaşmaların geçerliliği için mutlak bağlayıcı kuralları niteleyen ve Latince bir terim olarak kullanılan *jus cogens* normlar, zorlayıcı ve emredici bir niteliğe sahip oldukları için diğer normlardan ayrılmaktadırlar. *Jus cogens* normların temelini hukuksal ilişki içerisindeki tarafların öngörülen kurallara yönelik aykırı bir düzenleme içerisine girmemesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda *jus cogens* niteliğindeki normlar, iç hukuktan farklı olarak uluslararası hukuk düzeninde tarafların karşılıklı antlaşmalarında yer alsa da kesin olarak tarafların uygulamak zorunda oldukları normları nitelemektedir. Dolayısıyla, ahlaki yükümlülükler çerçevesinde taraflara antlaşma koşullarını yerine getirme zorunluluğu getirmektedir.

Uluslararası hukukta ahlaki olmayan yükümlülüklerin antlaşma konusu olamayacağına altının çizilmesi ve bunun en bilinen teamül kurallarından birisi olması *jus cogens* normların öteden beri uygulandığının bir göstergesi olarak kabul edilmektedir.¹¹⁶ Ancak *jus cogens* normların günümüzdeki şekliyle Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda yer etmesi BMUHK tarafından başlatılan çalışmalar sonucunda gerçekleşmiştir. Komisyonun çalışmaları doğrultusunda, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Konferansı'nda (VAHK) BM'ye üye 51 devletin yazılı veya sözlü görüş beyanı ile tartışmalı da olsa *jus cogens* normlara yönelik düzenlemeler gündeme getirilmiş ve bu konuda UAD geniş yetkilerle sorumlu tutulmuştur.¹¹⁷

VAHK sırasında, *jus cogens* niteliğindeki normların nasıl oluşturulacağına

¹¹⁶ Karakoç, s. 89.

¹¹⁷ Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s. 297.

ilişkin tartışmalar, teorik bir tartışma konusu olmanın dışına çıkartılarak siyasi bir boyuta taşınmıştır. Çalışmanın devam eden bölümlerinde daha ayrıntılı bir biçimde ele alınacak olan 1969 VAHS'nin de etkisiyle, *jus cogens* normlar hem teoride hem de uygulamada genel kabul görmekte ve bu kurallara aykırı sözleşmelerin yapılamayacağı ifade edilmektedir. Sözleşmede bu şekilde ifade edilmesine rağmen bu normların hukuksal niteliği, kaynakları ve içeriğinin ne olduğuna ilişkin tam bir mutabakata varılmamış ve hukuksal sınırları çizilmemiştir.¹¹⁸ Bundan dolayı *jus cogens* normların, diğer normlardan nasıl ayrılacağı ve bu normların ihlal edilmesi sonucunda nasıl bir yaptırım uygulanacağı gibi sorulara açık ve net cevaplar verilememektedir. Bu soruların yanıtları uluslararası sistemin büyük güçleri ekseninde ele alındığında *jus cogens* normlarının içeriğinin siyasi bir probleme dönüşme ihtimali de artacaktır.

Uluslar arasında barış ortamını koruma amacıyla BM çatısı altında oluşturulmuş, uluslararası örf ve adet niteliği kazanmış ve BM Şartı'na imza koymayan devletleri de yükümlülük altına almış olan kuvvet kullanmama ilkesi *jus cogens* normların özünü yansıtan normlar arasında yer almaktadır. BM Şartı'nda kuvvet kullanımının yasaklanması, devletlere tek başına ya da ortaklaşa meşru müdafaa hakkı tanıyan istisna ile yer almaktadır. Böylece kuvvet kullanma yasağına aykırı bir sözleşmeyi uygulama anlamına gelmemekle birlikte, barışçı çözümlerden başlanarak koşulların gereğinin yapılması (BM Şartı, m.39–42) öngörülmektedir.¹¹⁹ Dolayısıyla, uluslararası toplumun düzenini koruma ve toplumun haklarını zedeleyecek bir sonucun ortaya çıkmasına engel olma adına, köle ticareti, çocuklara idam cezası uygulanamaması, deniz haydutluğu, soykırımın ve devletlerin egemen eşitliğine aykırı davranma, halkların kendi kaderlerini belirlemesi gibi ilkeler de *jus cogens* çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Kısacası *jus cogens* normlar, genel bir ifadeyle uluslararası toplumun yararını gözeten ve temel hak ve hürriyetleri korumaya yönelik kuralları nitelendirmektedir. Ancak bazı durumlarda, insan haklarının korunmasına ilişkin ilkeler *jus cogens* kapsamında görülmemektedir. Örneğin, 1950 AIHS'nin 15. Maddesinde yer aldığı gibi, uluslararası toplumun varlığını tehdit eden bir tehlike söz konusu olduğunda taraf

¹¹⁸ Çelik, s. 298., Ulf Linderfalk, "The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 5, 2007. p. 856.

¹¹⁹ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 22 Mayıs 1969, BM Enformasyon Merkezi UNIC-Ankara, http://195.142.135.65/doc_pdf/Viyana_69.pdf (31.08.2009).

devletlerin, insan haklarına *jus cogens* normları içerisinde açıkça yer alan yaşam hakkı, işkence ve kölelik dışında kısıtlamalar getirebileceği kabul edilmiştir.¹²⁰ Dolayısıyla *jus cogens* normların tanımlanması ve benimsenmesi için bazı kriterlerin olması gerekmekte ve bu kriterler normların yapısal özellikleri dikkate alınarak oluşturulmalıdır.

Jus cogens normlar, yasal sistemi uyumsuz yasalardan koruyan kamu düzeni olarak işlevselleşmekte ve uluslararası kamu düzeni kavramının temel karakteristiğini yansıtmaktadırlar. Bu yansımanın özüne ilişkin olarak *jus cogens* normları tanımlamada bazı kriterler yaygın olarak benimsenmektedir. Bu kriterlere göre *jus cogens*, uluslararası sistemde yer alan devletlerin çıkarlarından çok uluslararası toplumun genel çıkarlarına uygun olmalı ve uluslararası toplum tarafından genel kabul görmelidirler.¹²¹ Ayrıca barışı ve uluslararası düzeni ön planda tutan ahlaki bir temele dayanmalıdırlar. Bu kriterler içerisinde uluslararası toplumun çıkarlarının korunması *jus cogens*in amacına en uygun görülmekte ve diğer kriterlerin üzerinde varsayılmaktadır.¹²² Dolayısıyla, *jus cogens* normların özünü uluslararası toplum tarafından benimsenmesi oluştururken, uluslararası sistemin güç dengelerinin de uluslararası toplumu şekillendirecek ve kendi çıkarları doğrultusunda onları yönlendirecek küresel bir güce sahip oldukları da göz önünde bulundurulmalıdır.

2.2. JUS COGENS (BUYRUK) KURALLARIN TANIMLANMASI

Bir normun *jus cogens* niteliğinin belirlenmesi ve dolayısıyla otoriter karakterinin tanımlanması çok kapsamlı bir analizi gerektirmektedir. Bu bağlamda bir norm, uluslararası hukuk altında normatif unsurlar dikkate alınarak analiz edilmeli ve normların temel doğasına odaklanılmalıdır. Böylece, normun kendisini otoriter yapan faktörler çerçevesinde *jus cogens*in bir parçası olup olmadığı belirlenmelidir.

¹²⁰ İnsan Hakları Ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi, www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/TUR_Conven.pdf (31.08.2009).

¹²¹ Çelik, s. 298.

¹²² Vedross, p. 58.

Normların temel doğası dikkate alındığında, ulusal yasal sistemlerde kamu düzeni normları yasa yapıcı tarafından kanunlaştırılmaktadır. Hatta yasama, geleneksel veya yazılı olmayan hukuka açıkça referansta bulunmayabilir. Uluslararası hukukta ise, kamu düzeni eylemlerini anlamak için devletlerden başka faktörlere de gereksinim duyulmaktadır. Dolayısıyla pozitivist bir yaklaşımın, otoriter normların eylemlerini ve varlığını açıklamada yeterli olmadığı görülmekte ve bazı alternatif yaklaşımlar aranmaktadır.¹²³ Bu bağlamda uluslararası hukuk doktrininde, *jus cogens* doğal hukuk köklerine sahip olduğuna veya doğal hukukun bütün yasal sistemlere uygulanabilirliğinin genel kabul edildiğine ilişkin güçlü kuramsal veriler bulunmaktadır.¹²⁴

Kuramsal veriler incelendiğinde, devletlerarası etkileşimlere dayanan hukuk felsefesinin klasik yazarlar tarafından geliştirildiği görülmektedir. Uluslararası hukuk literatürünün oluşumuna katkıda bulunan Wolff, doğanın yasası değişken olmadığı için ulusların zorunlu yasasının da kesinlikle değişken olmadığını ve bu yüzden hiçbir şekilde herhangi bir ulusun doğal hukuku uygulamaktan ne kendini ne de bir başka ulusu muaf tutamadığını ileri sürerek doğal hukukun uluslar tarafından uygulanmak zorunda olduğunu ifade etmiştir. Vattel de, ulusların doğal hukuku uygulamakla yükümlü olduklarını ifade ederek zorunluluk kelimesine vurgu yapmıştır.¹²⁵ Dolayısıyla, bu ulusların doğal hukuku olduğu için uluslar ne antlaşma ile onu değiştirebilir ne de bireysel veya kolektif olarak kendilerini muaf tutabilirler. Bu bağlamda devletlerin antlaşmalarla hukuku çiğneyemeyeceklerini vurgulayan Wolff ve Vattel'in, doğal hukukun değişmez normlarının ilgasını kabul etmedikleri de açıkça görülmektedir.¹²⁶ Böylece ulusların isteklerinden kaynaklanan pozitif hukukun ve geleneksel hukukun doğal hukukun değişmezliğine bağlı olduğu ima edilebilir.

Jus cogens, uluslararası kamu düzeni kavramına karşı çıkanlar tarafından da

¹²³ Çelik, s. 298.

¹²⁴ Dugard, p. 149.

¹²⁵ Christian Wolff, **The Law of Nations Treated According to a Scientific Method**, Oxford, Classics of International Law, 1934, p. 10'dan Aktaran Orakhelashvili, p. 36, dp.3-4., Emer de Vattel, **The Law of Nations or the Principles of Natural Law applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns**, Washington, Classics of International Law, 1916, p. 4.'den Aktaran Orakhelashvili, p. 36, dp.3-4.

¹²⁶ Erdem Denk, "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kuralları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.56, No. 2, 2001, s. 47.

belirtildiği gibi pozitivist yaklaşımın yeniden incelenmesini gerektirmektedir. *Jus cogens* eylemlerinin kapsamı içinde geleneksel pozitivist yaklaşımın yeniden incelenmesi, klasik doğal hukuk yaklaşımlarına dönüşü gerektirmez ancak kamu düzeni normlarının etkilerini ve niteliğini düşünmeyi gerektirir. Bu nedenle, pozitivist doktrinde *jus cogens* varlığından şüphe edilmediğini gözlemleyen Verdross, kavramın doğal hukuk felsefesini temel almadıkça eksik kalacağını ifade etmektedir.¹²⁷ Dolayısıyla *jus cogens*, ortak inancı yansıtan uluslar toplumunun içinde ortak yasal düzenin ifadesidir.

Devletlerin isteklerinin bir ürünü olmamasından dolayı doğal hukukla eşleştirilen *jus cogens* katı pozitivist bir yaklaşımla anlaşılır olmaktan uzaktır. Ancak doğal hukukla benzerlik gösterse de bir normun doğal hukukun bir parçası olup olmadığı ve pozitif hukuk üzerinde baskın bir karaktere sahip olup olmadığının sorgulanması önemlidir. Bu anlamda *jus cogens* daha çok klasik doktrinde geliştirilmiş ve devletlerin antlaşmasına rağmen bağlayıcı olmayan kuralların tamamını ifade eden *jus necessarium* kavramıyla benzerlik göstermektedir.¹²⁸ Yine de *jus cogens*in bütün özelliklerini açıklayamamasından dolayı, ne bu kavramla ne de daha önce geliştirilen kavramların herhangi birisiyle kesinlikle benzer olmadığı ve *jus cogens*in ayrı bir düşünce olarak ortaya çıktığı görülmektedir.

Jus cogens normların genel uluslararası hukukun bir parçası olup olmadığı ya da bölgesel bir *jus cogens*in var olabileceği konusu kuramsal tartışmalar içerisinde yer almıştır. Bu tartışmalar esnasında sınırlı sayıda devletlerin fikir birliği içerisinde bulunması, yani sadece bölgesel bir gruba ait olan devletleri bağlayacak olan bölgesel *jus cogens* normlarının var olabileceği görüşü iddia edilebilir olmasına rağmen, görüşü destekleyen herhangi bir uygulama bulunmamaktadır. VAHS Madde 53’de bu normların uluslararası devletler topluluğunun tamamına yönelik olduğu kabul edilmiştir. Burada genel uluslararası hukuk normlarına referans edilmesi bölgesel *jus cogens*in varlığına izin vermemektedir. Bir diğer deyişle, Madde 53’ün üslubu bölgesel *jus cogens* kavramını reddetmemekte ancak uyumsuz antlaşmaları geçersiz kılma gücüne

¹²⁷ Alfred Verdross, “Forbidden Treaties in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 31, No.4, 1937, p. 571., <http://www.jstor.org/stable/2190670>., Ayrıca bkz. Nieto-Navia, p. 601.

¹²⁸ Georges Michel Abi-Saab, “The Concept of Jus Cogens in International Law”, *Carnegie Endowment for International Peace*, Geneva, Vol. II, 1967, pp. 12–13.

sahip olmadığını ifade etmektedir.¹²⁹

Bölgesel bir *jus cogens*in uluslararası yasal sisteme kaos getirme olasılığı oldukça yüksektir. Bölgesel normlar arasında kavramsal çatışma olanağının artması, *jus cogens*le çatışan bir antlaşmanın geçerliliğinin nasıl belirlenmesi gerektiği konusunu da fazlasıyla güçleştirecektir. Örneğin, bir normun *jus cogens* olarak kabul edildiği bir bölgenin devleti ile aynı normun *jus cogens* olarak kabul edilmediği diğer bir bölgenin devleti arasında bir antlaşma yapıldığında antlaşma koşullarının çatışması durumunda antlaşmanın sonuçları belirsiz olacaktır. Dolayısıyla, ikinci devlet diğer bölgede faal olan normun uzantısına ilişkin yasaya uygun hareket ederken, ilk devlet bölgesel *jus cogens*e aykırı hareket edecektir. Uluslararası hukuk, böyle bir antlaşmaya müdahale ederken ikinci devleti suçlamak için hiçbir nedene sahip olmayacak ve antlaşmanın geçersizliğini kanıtlamada başarısız olacaktır. Bu durum *jus cogens* normun, çatışan eylemleri yasadışı ilan etmek ve bütün tarafları koşulsuz olarak bağlamak için yerleştirildiğini kanıtlamaktadır. Dolayısıyla Rozakis'in de belirttiği gibi, bölgesel bir *jus cogens* var olsa bile evrensel *jus cogens*in kapsamında olmalıdır.¹³⁰

Jus cogens normları tanımlamaktan ziyade onları örneklemenin daha kolay olduğunu düşünen McNair'in aksine, Brownlie ve Meron *jus cogens* kategorisinin içeriğinden daha açık olduğunu ileri sürmektedir.¹³¹ Otoriter normların ve kategorilerinin tanımlanmasında uluslararası toplumun sessiz kalması ve normların otoriter olduğuna dair belirsizlik, bu normların uygulanabilirliğinin ana problemini oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk doktrinde, uluslararası bir mahkemenin veya hakem heyetinin uluslararası bir antlaşmanın otoriter bir kurala karşı olmasından dolayı geçersiz olduğuna ilişkin kararını, hükümetlerin kabul ettiğine dair kayıtlı hiçbir dava görünmediği iddia edilmekle birlikte¹³² McNair, devletler topluluğunun *jus cogens* normlara bağlı olduklarını savunmaktadır. Benzer bir şekilde, Özel Raportör Lauterpacht de kamu düzeni normlarının etkilerine ilişkin uluslararası adli ve hakem

¹²⁹ Jerzy Sztucki, **Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties**, Vienna and New York: Springer-Verlag, 1974'den Aktaran Orakhelashvili, p. 39.

¹³⁰ Rozakis, p. 56.

¹³¹ Brownlie, p. 490., Theodor Meron, **Human Rights in Internal Strife: Their International Protection**, Cambridge, University of Cambridge Research Centre for International Law, 1987, p. 137.

¹³² Egon Schwelb, "Some Aspects of International Jus Cogens", *American Journal of International Law*, Vol. 61, No. 4, 1967, pp. 949–950. Ayrıca bkz. Antonio Cassese, **Self-Determination of Peoples**, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 174.

uygulamasının hiçbir örneği olmamasına rağmen, bir antlaşmanın objesinin yasadışılığının dikkate alınmasıyla, antlaşmanın geçersiz olduğunun bildirildiğini öne sürmektedir.¹³³

Adli uygulamalarda otoriter normlara bazı referansların yapıldığı görülmektedir. Örneğin, 1980–1986 yılları arasında Nikaragua hükümetinin El-Salvador’daki asileri desteklemesine karşı, ABD’nin de meşru olan Nikaragua hükümetini yıkmaya çalışan Kontra’ları desteklemesi üzerine iki ülke arasında yaşanan gerilim, ABD tarafından Nikaragua limanlarının mayınlanmasıyla doruğa ulaşmıştır. GK’nin sert tepkilerinin ABD tarafından veto edilmesiyle olay UAD’na taşınmıştır. UAD Nikaragua Davasında kuvvet kullanımının yasaklanmasının otoriter karakterine açıkça referans yapmış ve defalarca özel normların otoriter karakteri onaylanmıştır.¹³⁴ Benzer şekilde Wimbledon Sürekli Mahkemesi, 1919’da imzalanan Versailles Antlaşması’nın 380. Maddesi gereğince uluslararası statü kazanan ancak yönetimi Almanlarda kalan Kiel Kanalı’nın geçiş hakkını düzenlerken otoriter terimini nitelendirmiştir. 1979 yılında Amerikan elçilik personelinin İranlı öğrenciler tarafından rehin alınmasıyla gündeme gelen Tahran Rehineri Davasında da UAD, diplomatik dokunulmazlık kurallarını içeren isteklerde zorlayıcı teriminin altını çizmiştir. Najera Hakem Heyeti MC Sözleşmesinin 20. Maddesi altında antlaşmaların kaydedilmesi sorumluluğunun *jus cogens* dayandırıldığını ileri sürmüştür.¹³⁵ Ancak bu örneklerde yer alan normların ne otoriter olduğu ne de tamamıyla ilgili mahkemelerin düşüncesine uygun olarak *jus cogens* niteliğinde olduğu kanıtlanabilir.

Adli uygulamalarda *jus cogens* kavramından bahsetmeden otoriter normların ele aldığı ve bu normların özel karakterine veya etkisine dikkat çektiği görülmektedir. Örneğin, UAD Çekinceler Üzerine Tavsiye Görüşünde, Soykırım Sözleşmesi’nin amacının devletin çıkarlarından ziyade toplumun çıkarlarını korumak olduğunu ve

¹³³ Arnold McNair, **The Law of Treaties**, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 213–214.

¹³⁴ Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6457.pdf>.

¹³⁵ Permanent Court of International Justice Case of the S.S. “Wimbledon”, United Kingdom, France, Italy & Japan v. Germany, http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm., Tehran <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/9544.pdf?PHPSESSID=a9514a62425599eff3a9235ad84ab833>., Najera, Reports of International Arbitral Awards, Recueil Des Sentences Arbitrales, 1928, p. 470’den Aktaran Orakhelashvili, p. 42, dp.39.

devletler üzerine yüklenen sorumlulukların aslında otoriter olduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda, uygulamada otoriter normları tanımlayan özel bir faktör olmayabilir ve bu yüzden köleliğin, işkencenin yasaklanmasının otoriter karakteri, bilgi özgürlüğünün veya denizlerin kirliliğinin yasaklanmasının otoriter karakterinden bağımsız olabilir. Otoriter normların ayrıntılı bir kategorisinin olmaması, bir normun otoriter karakterini aydınlatmaya engel olmamaktadır. Ayrıca bir normun otoriter karakteri, sadece kanıtlanan kriterlerce benimsenmiş olsaydı, sonrasında bu normun kanıtlanamayan kriterlerle de (ahlaki, insani gibi) neden otoriter olduğuna dair belirsizliğin devam ettiği görülecektir. Dolayısıyla bir kategori olmaksızın kuralların bu kategoriye ait olduğuna dair bir uzlaşya varılması mümkün olmamaktadır.¹³⁶

VAHS Madde 53’de, hiçbir ilgaya izin verilmeyen normlar olarak tanımlanan otoriter normların kuralcı olduğu ifade edilmektedir. Çünkü *jus cogens*in bir kuralının niye diğer normlar üzerinde bir öncelik ve hâkimiyet kurduğu açıklanmamaktadır.¹³⁷ Dolayısıyla bu normlar etkileri ile tanımlanmaktadır. Ancak etki sonucu oluşturmakta ve normların niteliğinin nedeni olmamaktadır. Bu nitelik normların içeriğine dayanmaktadır. Bu yüzden başlangıç kriteri olarak, bir normun otoriter karakterinin nedenini açıklayan tanımlamanın maddi yönleri bulunmalıdır.¹³⁸ Tanımlamanın farklı yönleri, otoriter normları tanımlayan farklı standartlardan kaynaklanmamaktadır. Bu nedenle, bir tek yasal kavram hem maddi hem de biçimsel terimleriyle tanımlanmaktadır. Biçimsel karakteristikler, normun neden ilga edilemediğinin açık bir nedeni olması gerektiği için maddi öğelere bağlıdır. Muhtemelen, bu neden devletlerin isteklerinden bağımsız bir şeyler olmalıdır. Aksine bir normun, neden ilga edilemediğini açıklamak güç olacaktır. Dolayısıyla, biçimsel öge bir normun *jus cogens*in bir parçası olup olmadığını sorgulayarak, o normun antlaşma ile ilga olup olmadığını yapıyla ve o normun özü ile uyuşup uyuşamayacağını belirlemede yararlı olacaktır.¹³⁹

¹³⁶ Kategorik normlar terimi, belli bir fiilin mutlak olarak yerine getirilmesi gerektiğini saptayan normlar olarak tanımlanmaktadır. Işıқтаç, s. 467.

¹³⁷ Christian Tomuschat, “Obligations Arising For States Without or Against Their Will”, *Recueil des Cours*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, C.4, No. 241, 1994, p. 223.

¹³⁸ Abi-Saab (1967), p. 15.

¹³⁹ Orakhelashvili, p. 44.

2.2.1. Yapısal Normlar ve Bağımsız Normlar

Otoriter normları tanımlamaya yönelik kriterler daha çok belirli normların temel alındığını göstermektedir. Burada yapısal ve bağımsız normlara yönelik yaklaşımlar arasında bir ayrım yapılmaktadır.

Yapısal yaklaşım, uluslararası yasal sistemin doğasını veya normların ve ilkelerin yapısını *jus cogens*le ilişkilendirmektedir. Bu konuda Schwarzenberger, uluslararası hukukta temel bir ilkenin mutlaka uluslararası kamu düzeninin bir parçasını biçimlendirdiğini iddia etmektedir. Dahası uluslararası kamu düzeni tarafından ilkeye temel karakterini veren uluslararası hukuk kuralları olduğunu ve pratik olarak yok edilemez ve *jus cogens*ten ayırt edilemez olduğunu savunmaktadır.¹⁴⁰ Bu nedenle, kamu düzeninin bir parçası olarak görülen rıza, iyi niyet, *pacta sunt servanda*, tanıma gibi yapısal normların *jus cogens*in bir parçası olduğu düşünülmektedir.

Uluslararası hukukun işlevselliği ve varlığı için gerekli veya önemli olan otoriter normlar kategorisine ait olan kurallardır. Ancak bu normların işlevsel olması için otoriter olarak nitelenmeye ihtiyaç duyulmamaktadır.¹⁴¹ Örneğin bir antlaşma, antlaşmaların bağlayıcılığının temeli olarak hizmet eden pek çok normu kabul etmeyen sonuçlara ulaştığında *jus cogens*in bir parçası olarak *pacta sunt servanda* ilkesi çok az anlamlı olacaktır. Bu yüzden, *pacta sunt servanda* ile bağlanamayan bir antlaşmanın koşullarında çelişki ve anlamsızlık olacaktır.

Daha geniş bir perspektiften bakıldığında, yapısal normların alanından dolayı otoriter olmadıkları görülmektedir. *Pacta sunt servanda*, antlaşma yükümlülüklerine riayeti gerektirmekte ama herhangi bir tarzda bu yükümlülüklerin ihlallerine devletlerin yanıt vermesini gerektirmemektedir. Örneğin, iki taraflı veya çok taraflı bir antlaşmanın bağımsız otoriter bir norma aykırı olması halinde zarar gören devletler nasıl cevap vermeleri gerektiğini ve seçenekleri olup olmadığını bilerek antlaşmadan kaynaklanan ihlallerden vazgeçeceklerdir. Eğer *pacta sunt servanda* *jus cogens*in bir parçası idiyse, zarar gören devlet hiçbir seçeneğe sahip olmayacaktır. Bu her geleneksel normların

¹⁴⁰Georg Schwarzenberger, "The Fundamental Principles of International Law", *Recueil des Cours*, Brill Academic Publisher, No. 87, 1968, p. 326.

¹⁴¹ Bruno Simma, "From Bilateralism to Community Interest", *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, No. 250, 1997, p. 288.

otoriter olduğu iddiasıyla sonuçlanacak ve uluslararası hukukun yapısını saptıracaktır. Bu nedenle iyi niyet ilkesi, bağımsız yasal normlara bir eklenti olduğu için, *jus cogens*in bir parçası değildir.¹⁴²

Otoriter normlarla somutlaşan uluslararası kamu düzeni kavramı, uluslararası toplum için önemli olan ilkelerin ve değerlerin tanımlanması ile mümkündür. Bir kuralın otoriter karakteri o kural ile korunan çıkarın bağımsız öneminden kaynaklanmaktadır.¹⁴³ UHK, VAHS Madde 53 tasarlanırken, onu otoriter yapan bir kuralın konusunun önemli olduğuna karar vermiş ve saldırganlık, soykırım, köleliğin yasaklanması, temel insan hakları ve self-determinasyon gibi, konuları içeren bağımsız normları önermiştir.¹⁴⁴ Böylece, bağımsız değerler olarak öngörülenler, devletlerin yasal düzeninde olmayan değerler olmalıdır. Aksi halde, kabul edilen normun neden ilga edilemeyen olduğu belirsiz olacaktır.

Jus cogens uluslararası toplumun değerlerini ve üstün çıkarlarını korumaktadır. Bu bağlamda, devletlerin çıkarlarından ayrı olarak toplumun çıkarlarıyla bağlantılı bir normun otoriter karakterini tanımlamada anahtar bir faktör olmalıdır. Dolayısıyla, bir normun toplumun çıkarlarını kabul eden bir olgunun yararına tasarlanıp tasarlanmadığı sorgulanmalıdır. Dahası kabul edilen bir normda bir ilganın mümkün olup olmadığı sorulmalıdır. Bu, biçimsel ve maddi kriterlerin bir madeni paranın iki yüzü gibi birbirlerinin tamamlayıcısı olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, *jus cogens*in objektif olarak tanımlanması, bir normun özünün devletlerin isteklerinden bağımsız olmasını ya da bir normun otoriter olup olmadığına karar vermede özel bir faktör olarak adli uygulamaları temel almaktadır. Dolayısıyla, bir norm toplum çıkarlarını korursa ve ilgaya izin verilmeyerek bu çıkarlar ciddi olarak savunulursa normun otoriter bir doğası olduğu varsayılabilir.¹⁴⁵ Bu konuya ilişkin olarak Özel Raportör Waldock, uluslararası kamu düzeniyle ilişkili olduğu için, uluslararası ceza hukukunun bazı ilkelerini ve soykırımın yasaklanmasını, *jus ad bellum*'un otoriter karakteri varsayımıyla

¹⁴² Orakhelashvili, p. 45.

¹⁴³ Simma, p. 288.

¹⁴⁴ IYbILC, 1966, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1,

[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_v2_e.pdf).

¹⁴⁵ Hannikainen, p. 20., Ayrıca bkz. Joost Pauwelyn, **Conflict of Norms in Public International Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 98.

savunmaktadır.¹⁴⁶

Kısacası, devletlerin çıkarlarına karşı uluslararası toplumun çıkarlarını vurgulayan otoriter normlar, kamu düzeni karakterini güçlendirmekte ve her yasal sistemde kamu düzeninin özü, kamu çıkarlarının koruduğunu garanti etmeyi gerektirmektedir. Bu bağlamda, yapısal yaklaşımların toplumun çıkarlarının veya kamunun korunmasının yasal kategorileri olarak kamu düzeni ve *jus cogens* kavramları ile tutarsız olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, yapısal kuralların otoriter doğası üzerine yapılan her vurgu devletlerin istekleri ve çıkarları üzerinde onu üstün kılan uluslararası hukukun *jus cogens* kavramını tanımlamada bilinçli veya bilinçsiz yapılan bir girişim olacaktır.

2.2.2. Otoriter Normların Ahlakiliği

Toplumu ilgilendiren ve otoriter bir norm ile korunan çıkarları belirlemede önemli bir faktör olarak görülen kamu düzeni kavramı ahlakiliği temel almaktadır. Bu nedenle kamu düzeni, yasal sistemde ahlakiliğe aykırı olan eylemleri yasadışı ilan etmekle görevini yerine getirmektedir. Dolayısıyla, kamu düzeni hem pozitif hukuk kurallarına hem de pozitif hukukun parçası olmayan ahlaki ilkelere başvurabilmektedir.

Özel Raportör Lauterpacht'a göre, uluslararası ahlakilik kurallarının anlamlı olabildiği ifade edilmekte ve kamu politikasının normlarının işlevsel olmasında hukuk kurallarının açıkça kabul edilmesine ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu konuya ilişkin olarak, UAD Statüsü'nün 38. Maddesinde de, hukukun genel ilkelerinin bir parçası olarak kamu politikası normlarının, bir uluslararası mahkeme tarafından göz önünde bulundurulması önemli bir eğilim olarak görülmektedir.¹⁴⁷ Özel Raportör Fitzmaurice de, antlaşmanın geçersizliğine ilişkin olarak *jus cogens*, insanlığa ve iyi ahlaka yönelik etkilere atıfta bulunmaktadır. Ayrıca, *jus cogens* karakterine sahip olan uluslararası hukuk kurallarını ayrıntılı bir şekilde belirtmenin önemli olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla, sadece yasal kuralları içermeyen aynı zamanda ahlaki düşünceleri ve uluslararası refah düzenini de içeren uluslararası hukuk kurallarının ortak bir özelliğe

¹⁴⁶IYbILC 1963, Second Report on the Law of Treaties A/CN.4/156 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf).

¹⁴⁷IYbILC 1953, Law of Treaties Document A/CN.4/63, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1953_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1953_v2_e.pdf).

sahip olduklarını vurgulamaktadır.¹⁴⁸

Kamu politikasının pozitif hukuk normları dışında, topluma hâkim olan sosyal ve ahlaki davranışlarla da tanımlanması McNair ve Verdross tarafından da incelenmiştir. McNair ve Verdross, bireylerin yasa ile antlaşmaları modifiye etme ya da yok saymaya izin vermediği bazı hukuk kurallarına veya bazı ahlaki ilkelere *jus cogens* açısından yaklaşmış ve iki ayrı kavram olan pozitif hukuk ve ahlakiliğin birbirlerini tamamladığını vurgulamışlardır.¹⁴⁹ Dolayısıyla, uluslararası toplum etiğine referans ile *jus cogens* açıklanmakta kamu düzeninin ahlakilikle bağlantılı olduğu ve devletlerin ahlaka aykırı yükümlülüklerini terk ederek antlaşmalar ile geleneksel hukuk kurallarını değiştiremedikleri görülmektedir.

2.2.3. *Jus Cogens* (Buyruk) Kuralların Mutlak Yapısı

Uluslararası hukukta otoriter normların mantıksal temelini devletin ya da devletler grubunun çatışan çıkarlarına uluslararası toplumun çıkarlarının üstün gelmesi oluşturmaktadır. Bu mantık, belirli otoriter kuralları oluşturmakta ve diğer kurallar sadece devletleri ilgilendirdiği için göreceli olmaktadır. *Jus cogens*, kamunun çıkarlarını koruyan ve onların özel etkilerinin ilga edilememesini göz önünde bulunduran normların doğasına yüklenmiştir. Bu nedenle otoriter normlar, sadece bağlayıcı değil aynı zamanda belirli ve mutlak bir tarzda işlevseldirler. Örneğin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM), uluslararası toplumun temel standartlarından biri olan ve *jus cogens* niteliği taşıyan işkencenin yasaklanmasına ilişkin olarak caydırıcı bir etki oluşturmayı tasarlamış ve vazgeçilemez mutlak bir değere işaret etmiştir.¹⁵⁰ Dolayısıyla, uluslararası toplumun çıkarlarına hizmet etme amacıyla emredici bir tarzda belirli yükümlülükler oluşturulmuştur.

Bir otoriter normun mutlak yapısı, onun normatif/kuralcı niteliğini anlatmaktadır. Örneğin işkencenin yasaklanması mutlak bir yapıya sahipken, kuvvet kullanımının yasaklanması, yaşam hakkı ve *self-determinasyon* otoriter normların alanını nitelendirmektedir. Self-determinasyon, kuvvet kullanımı gibi bazı otoriter

¹⁴⁸ IYbILC 1958, Law of Treaties Document A/CN.4/115, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf).

¹⁴⁹ McNair, p.213. Verdross, p. 572.

¹⁵⁰ Orakhelashvili, p. 67.

normlar korunan aktörün isteklerinin işlevsel olmasına dayanmaktadır. Belirli insancıl hukuk normları sivil ve askeri objeler arasında ayırım yaptığı gibi, orantılı ve zorunlu askeri ilkelere başvurarak da işlevsel olabilmektedirler. Dolayısıyla, otoriter normlar alanında niteliklidirler ve otoriter olarak kabul edilen bir norm normların alanını genişletmemekte veya değişiklik yapamamakta, sadece normların geçerli olduğu alanı anlatmaktadır. Bu konuda Fitzmaurice, bir devletin önceki yasadışı eylemleriyle bile uyumlu olan normlar olarak otoriter normları nitelendirmektedir. *Jus cogens* ihlalleri sadece yasadışı değildir aynı zamanda mutlak bir karakterin yükümlülüklerini oluşturduğu için *malum in se* dir. Ancak riayet etme *vis major*'un (mücbir sebep) baskısı altında olmadıkça bütün koşullarda yükümlülüğe tabi tutulmaktadır.¹⁵¹ Dolayısıyla, uygulamada boşluk oluşmasına izin verilmemekte ve haleflerinin rızası her ne olursa olsun diğer devletleri de bağlayıcı olmaktadır. Böylece, devletlerin davranışları ve tutumları *jus cogens*in kavramsal bağımsızlığını ve onun ilga edilememesini açıklamaktadır.

Mutlak geçerlilik, yükümlülükler göreceli olduğunda geleneksel uluslararası hukukun bazı kısımlarını değiştirebilmektedir. Buna göre, norm sadece devletler istediği için özellikle bir ihlalden zarar gören devletin isteği sonucu uygulanırsa, o normun işlevselliği görecelidir ve onu kabul eden devletlerin alanıyla sınırlıdır. Ancak, norm toplumun öncelikli çıkarları ile dikte edilir ve özel bir duruma uygulanması gerekirse, devletlerin normu uygulamayı isteyip istememesi önemli olmamaktadır. Böylece, norm sadece devletlerin çıkarlarını etkilediği ve tamamıyla sıradan yükümlülüklerden oluştuğunda, devletlerin karşılıklı ilişkileri içerisinde o normun geçerliliğine, sonlandırılmasına, değiştirilmesine ya da yürürlükten kaldırılmasına izin verilmektedir.¹⁵² Bu bağlamda, sıradan yasal ilişkilerde kuralların subjektif olarak işlevselleşebilmesi *jus dispositivum*a dayanmaktadır. Örneğin, devletler aralarındaki ilişkilerini, kara suları rejimini, hatta aynı deniz alanına bağlı yükümlülüklerini ve haklarını tekrar tanımlayabilmektedirler.¹⁵³ Hatta bir devlet, diğer bir devletle on iki mil

¹⁵¹ Gerald Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered From the Standpoint of the Rule of Law", *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, No. 92, 1968, pp. 119–120.

¹⁵² Orakhelashvili, p. 70.

¹⁵³ *Jus dispositivum*'un ardında yatan mantık, Anglo-Norveç Balıkçılık Davası'nda görülmektedir. UAD, Norveç karasularının iç sınırından düz bir hat çizerek sınırların yasallığını doğrulamıştır. Dolayısıyla karar, karasuları rejiminin belirli devletler veya durumlarla ilgili olarak, birden fazla şekilde düzenlenebildiğini ve bu düzenlemede devletlerin tutumlarının önemli olduğunu içermektedir. Norveç

sınırını, ikinci devletle altı mil ve üçüncü devletle yirmi mil sınırını benimseyebilmektedir. Genellikle bir devlet, başka bir devletin deniz alanında balık avlama hakkını ihlal ettiği zaman 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesinin veya geleneksel hukukun kuralları uygulanmaktadır. Ancak, bir devletin kendi haklarının ihlaline ilişkin olarak, yasal ilişkiyi nasıl yürüteceğinin belirleyici unsuru kendi istekleri olmaktadır. Dolayısıyla, devlet doğrudan denizcilik alanına ilişkin yasadışı balıkçılığa müdahale etmeyi veya bir ihlalin sonuçlarının uygulanmasını istemeyebilir. Aynı prensip, diplomatik dokunulmazlık, ticaret veya kamulaştırma gibi benzer alanlar için de geçerli olmaktadır. Bütün bu yasal ilişkiler iki taraflıdır ve devletlerin çıkarlarını doğrudan kapsamaktadır.¹⁵⁴

Kısacası kamu düzenini niteleyen otoriter normlar, bütünüyle işlevsel olmakta ve ilga edilmemekte veya yorumlanma ve uygulanma ile parçalara ayrılamamaktadır. Bu nedenle, kamu düzeni normları toplumun çıkarlarını korudukları için her koşulda geçerlidirler.

2.2.4. *Jus Cogens* (Buyruk) Kurallar ve İlga Etme

İlga etme kavramı, kaldırma ya da kısmen iptal etme, yok etme ve yetkiyi daraltma, aynı zamanda kısıtlama veya kişiyi haklarının herhangi bir bölümünden mahrum etme anlamlarına gelmektedir. Bu tanımla, *jus cogens*in ilga etme kavramıyla bağlantısı yansıtılmaktadır. Ayrıca ilga etme, kişi bakımından (*ratione personae*) veya hukuki ilişkilere özgü düzenlenen rejimin parçalanması ve *lex specialis derogat legi generali* ilkesinin ortaya çıkması olarak da tanımlanabilmektedir.¹⁵⁵ Bu bağlamda ilga etme, normatif bir düzenlemenin bir diğeri ile ikamesi, belirtilen taraflar arasında *lex specialis* ile *lex generalis*'in yer değiştirmesidir.

Jus cogenste ilga etme yasal rejime aykırı bir ayrımı yerleştirme girişimi olarak görülmektedir. Bu girişim, *jus cogens*e aykırı bir eylemi yasallaştırmadır ve dolayısıyla

lehine olan taban çizgisi yöntemi, genel uluslararası hukuktan farklı olmasına rağmen, uluslararası hukuka aykırı değildir. Böylece *jus dispositivum* göreceli bir kavram olduğu ve devletlerin aralarındaki ilişkilerde normların amiri olduğu kabul edilmektedir.

Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), p.633,

<http://www.icj-cij.org/docket/files/5/11019.pdf?PHPSESSID=fe8692d664a02d5cc0521b630ba2af6b>.

¹⁵⁴ Aydoğan Özman, **Deniz Hukuku I**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2006, s. 84.

¹⁵⁵ Bu ilke, özel nitelikli kanun ile genel nitelikli kanunun çatışması halinde, özel nitelikli kanunun uygulandığını anlatmaktadır. Gözler, s. 228.

kabul edilen bir otoriter normun, eyleminin parçalanamaz ve ayrılamazlığını engellemekte ve yasadışı bir sonucu amaçlayarak devletlerin otoriter normları yasaklamasına veya otoriter normların gerektirdiğinden kaçınmasına izin vermektedir. Dolayısıyla, *jus cogens* ihlal edilmesi kesinlikle yasadışıdır. Devletlerin, otoriter normların tamamıyla işlevsel olan eylemlerini parçalara ayırma ve ihlali meşrulaştırma gibi yasadışı tutumları, bu normların ilga edilmesinin yasaklanması ile engellenmektedir.

İlga etme, ilgili normun kendi içeriğini kapsayan istisnalarından, sınırlamalarından veya niteliklerinden kavramsal olarak farklılık göstermektedir. Örneğin, BM Şartı'nda bazı istisnalar ile kuvvet kullanma yasağının nitelendirilmesi, ilga etme olarak anlaşılmalıdır. Ancak bu istisnalar, ilga etmenin alanını anlatan faktörlerdir. Bazı devletler kendi aralarında belirli kuvvet kullanımlarının uygun olmamasından dolayı, kuvvet kullanma yasağının istisnalarının yasal olduğunu kabul ederlerse, burada ilga etme olacaktır ve böylece genel bir alanda geçerli olan kuvvet kullanma yasağı açısından kendilerini muaf tutacaklardır.¹⁵⁶

VAHS Madde 53'de, açıkça ilga etme anlamında yasaklama belirtilmeksizin, otoriter normları hiçbir ilgaya izin verilmeyen normlar olarak tanımlamaktadır. Viyana Sözleşmesi sadece antlaşmalara uygulanmakta ve ilgayı yasadışı yapan genel mantıkla *jus cogens* bağlantısını yalanlamamaktadır. Bu nedenle, otoriter normların ihlali üzerine temellendirilen ilga, kendi kendine bir ihlal olmasına rağmen onun ayırıcı karakterini hile ile yapılan antlaşmalar oluşturmaktadır. *Jus dispositivum*da ilgaya izin verilirken, *jus cogens*te bir ihlale neden olduğu için yasadışı kabul edilmektedir.¹⁵⁷ Dolayısıyla ilga etme, sadece geçerliliğe ait olan sonuçlar üretmemekte aynı zamanda genelde uluslararası hukukun ihlallerine uygulanabilir sonuçları da oluşturmaktadır.

*Jus cogens*te ilga etme, bir normun farklı yönlerini anlatabilmekte ve kabul edilen normun uygulanabilirliği veya varlığının inkârı boyunca da görülebilmektedir. Örneğin, Dördüncü Cenevre Sözleşmesinin işgal edilmiş Filistin topraklarına uygulanmadığına ilişkin İsrail'in tutumu geçerli değildir ve yeni yasal bir ilişkiyi de

¹⁵⁶ Detter, pp. 259–260.

¹⁵⁷ Stefan A. Riesenfeld, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law: In the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court", *The American Journal of International Law*, Vol. 60, No. 3, 1966, p. 512. <http://www.jstor.org/stable/2197235>.

gerektirmemektedir. Burada, uygulanan düzenlemeye bir istisna oluşturan ilganın engellendiği tutumun diğer devletlerce kabul edilmesi engellenmektedir. Benzer sonuçlar, belirli bölgelerin işgal edilmediği ancak dahil edildiği ya da özgürleştirildiğine, self-determinasyona başvurmuş halkların self-determinasyona yönelik hiçbir haklarının geçerli olmadığı, uluslararası insancıl hukuk altında savaş esiri statüsünde olan kişilerin savaş esirleri dışında başka bir konumda buldukları gibi iddialara da uygulanmaktadır. Bu tür iddiaların sonucu devletlerin tutumlarına dayanmamaktadır.¹⁵⁸ Dolayısıyla tek taraflı olarak, hangi düzenlemenin uygulanacağını belirleyen sadece bir devlet değildir, diğer devletlerin tutumları da değerlendirilmektedir. Belirli bir tutum, yasadışı olduğu ve objektif olarak haksızlık ettiği andan itibaren diğer devletler tarafından kabul edilemezdir. Bu nedenle, tamamıyla *jus cogens* uygulanır ve devletlerin herhangi bir karşıt tutumu benimsemesi engellenir.

İlga etmenin benzer bir içeriği, yasadışı olarak eylemlerin karakterize edilmesine göre devletin tutumlarını uzlaştırmaya ilişkin sınırlamalarda da görülebilmektedir. Örneğin Petrol Platformu Davasında, Amerika'nın petrol platformları üzerine yaptığı saldırılar, İran tarafından saldırgan davranış olarak tanımlanırken, Amerika'nın bu saldırıları meşru müdafaa hakkını içeren eylemler olarak tanımladığı görülmüştür.¹⁵⁹ Tartışmalar karşılıklı bir mesele olarak değil objektif olarak çözülebilmektedir. Bu bağlamda, konunun içeriği objektif yasadışılığı¹⁶⁰ içerdiği için ilgili normlar *jus ad bellum* durumunda objektif olarak nitelenmedikçe, her hangi bir taraf geçerli bir şekilde diğer tarafın ilgili eylemlere verdiği niteliğe rıza göstermemektedir. Diğer bir deyişle, taraflar eylemden dolayı objektif olarak yapılan nitelendirmeden farklı olan *jus cogens* aykırı bir eylemin niteliğini kabul edememektedirler. Örneğin, kuvvet kullanımının yasadışı bir kullanım olup olmadığı, tarafların görüşlerinin dışında objektif olarak tanımlanmalıdır.

¹⁵⁸ Orakhelashvili, p. 75.

¹⁵⁹ Case Concerning Oil Platforms, (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Summary of the Judgment of 6 November 2003.

<http://www.icj-cij.org/docket/?sum=634&code=op&p1=3&p2=3&case=90&k=0a&p3=5>

¹⁶⁰ Rozakis'e göre, devletlerin isteğiyle özellikle bir zararın devam edip etmediğine bakılmaksızın, uluslararası toplumun bütün üyeleri tarafından zararın yok edilmesi görüşüne başvurabilmesi, objektif yasadışılık, aslında bir yasadışılığın objektif olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Objektif yasadışılık, devletlerin tutumlarının ortaya çıkmasında ve ortadan kaldırılmasında, bağımsız bir yasadışılık olarak en uygun ve en kapsamlı şekilde tanımlanabilmektedir. Rozakis, p. 25.

İlga etme, açıkça veya zımni olarak bir normun otoriter karakterinin devletler tarafından inkâr edilmesiyle de görülebilmektedir. Bu nedenle, Rozakis'in de doğruladığı gibi, bir normun otoriter karaktere sahip olduğu varsayımı çürütülememektedir.¹⁶¹ Dolayısıyla, devletlerin bir normun otoriter karakterini inkâr edebildiği varsayılsaydı, *jus cogens* mantığına karşı yasal bir düzenleme oluşturulabilirdi.

İlga etme, genel ya da spesifik olabilmektedir. Bu bağlamda kabul edilen otoriter bir normun aralarındaki ilişkileri düzenlemediğini gösterme amacıyla genel olurken, bir normun biçimsel olarak 'faal' devam ettirildiği durumun ya da gerçeğin tasarlanması spesifik olmaktadır. Her iki durumda da uygulanan otoriter bir normu engelleme amacı bulunmaktadır. İlga etme biçimsel olarak gayri resmi veya resmi olarak görülmektedir. İlga edilemeyen bir antlaşma, ilga edilme sonucuna ulaşabilen bir tarzda yorumlanması halinde gayri resmi olarak uygulanabilmektedir. Bu nedenle, otoriter bir norm devletler tarafından kabul edilmektedir. Bu konuda, ad hoc Yargıç Fernandez Geçiş Hakkı Davası'nda *jus cogens*ten uzaklaşan devlet uygulamalarının ilga olduğunu ve hiçbir etkiye sahip olmadığını ifade etmektedir.¹⁶²

Kısacası, otoriter normların uygulanması toplum öncelikli çıkarlarının kabul ettirilmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, çatışan eylemlerin veya davranışların negatif etkisini engellemenin ve uyumlu normlar ile onları değiştirmenin pozitif etkisi, ilga etme üzerinde bir kamu düzeni etkisi oluşturacaktır. Örneğin, silahlı bir saldırıya izin veren bir antlaşma taraflar arasında geçersizken, *jus ad bellumun* otoriter normları taraflar arasındaki ilişkinin anlamını kapsayan durumlara uygulanmaya devam edecektir. Bu bağlamda, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi Madde 47'de, işgal edilen toprakların ilhak tedbirlerinin geçersizliği ilan edilmiş ve işgal edilen toprakların durumunun bozulmadan devam ettiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Madde 47 ile uluslararası hukukun kamu düzeni normlarının negatif ve pozitif etkisini kabul eden

¹⁶¹ Rozakis, p. 78.

¹⁶² Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India), <http://www.icj-cij.org/docket/files/32/4521.pdf>., Ayrıca devlet uygulamaları için bkz. Brownlie, pp. 85-86., Abi-Saab (1967), p. 10.

klasik bir koşul oluşturulmuştur.¹⁶³ Sonuç olarak, ilga kavramı karşılıklı misillemeler ve karşılıklı itaatsizlikler arasındaki ilişkiyi anlatmaktadır.

2.2.5. *Jus Cogens* (Buyruk) Kurallarının Etkisi

Uluslararası yasal sistemin âdem-i merkezîyetçi yapısı içerisinde, uluslararası hukukun uygulanmasında olduğu gibi, otoriter normların uygulanmasında da benzer eksiklikler görülmektedir. Ancak otoriter normlar, çatışan eylemlerin ve davranışların ve diğer yasal normların üzerinde özel bir etkiye sahiptirler ve uluslararası hukukun sıradan normları ile oluşturulamayan bu özel etki açıkça kendisini göstermektedir. Dolayısıyla otoriter normlar, taleplere bağlı olmaksızın ilga edilmeyen ve kendi kendine otoriter olan normlardır. Bu nedenle, devlet merkezli uluslararası yasal sistemde *jus cogensten* kaynaklanan sonuçların büyük ölçüde yıkıcı olması, devletlerin bu sonuçları kabul etmede ve bu normları uygulamada gönülsüz oldukları görülmektedir. Ancak yine de devletlerin VAHS'ni imzalayarak *jus cogens* kavramını kabul ettikleri gerçeğini de göz ardı etmemek gerekmektedir.

Otoriter normların etkilerini sınırlamak amacıyla bazı kategorik yaklaşımlar yapılmaktadır. Bu yaklaşımlar, fazlasıyla teorik olmakla birlikte uluslararası hukukun hiçbir genel ilkesinin normların 'özü' ve 'önemi', 'birincil' ve 'ikincil' ya da herhangi bir diğer şekilde bölündüğü görülmemektedir. Bazı ulusal yasal sistemlerde böyle kategoriler bulunabilmekte ancak uluslararası hukukta en azından büyük ölçüde tanımlayıcı koşullar daha az yer almaktadır. BMUHK, sadece tanımlayıcı amaçlar için devletin hukuki sorumluluğu bakımından 'birincil' ve 'ikincil' normlara işaret etmiştir. Ancak bu ayırım, ilgili normlardan kaynaklanan hakların ve yükümlülüklerin karakterine ilişkin herhangi bir doğal etki katılmaksızın yapılmıştır. Dolayısıyla, normların hiçbir önemli etkiye sahip olmadığı varsayılırsa, normların neden ayrıldığı ve toplumun çıkarlarını ifade eden bir normun karakterinin niye özel olduğu belirsiz olacak ve de

¹⁶³ Dördüncü Cenevre Sözleşmesi Madde 47; '*İşgal altındaki bir toprakta mukim himaye gören şahıslar, yine mevzu bahis toprakların işgali üzerine müessesatta veya hükümette vuku bulacak herhangi bir değişiklik yüzünden, ne işgal edilen toprak makamlarıyla işgal eden devlet arasında addolunacak bir anlaşma ile, ne de işgal edilen toprağın şamil devletçe kısmen veya tamamen ilhakı dolayısıyla, hiçbir veçhile ve her ne suretle olursa olsun işbu sözleşmenin bahsettiği istifalardan mahrum bırakılamazlar.*' ifadelerine yer vermektedir.

toplum çıkarlarının korunması için gerekli sonuçlar üretilemeyecektir. Bu nedenle, bir norm otoriter statü ile donatılır ancak etkileri ve yasal sonuçları sıradan kurallarla düzenlenirse bu anlamsız olacaktır.¹⁶⁴

Norm ve onun uygulanması arasında bir ayırım bulunmamaktadır. Bu nedenle, otoriter olmayan normlar devletlerin çıkarlarını korumakta ve devletlerin istekleri doğrultusunda uygulanmaktadırlar. Otoriter normlar ise, toplumun çıkarlarını gözetmektedir. Dolayısıyla, *jus cogens*in yasal etkileri otoriter olarak görülmezse, sonrasında *jus dispositivum* ve *jus cogens* arasındaki ayırım açıkça yapılamayacaktır. Böylece, devletler *jus dispositivum* olarak *jus cogens*i uygulamada özgür olacak ve bu da bir normun otoriter karakterini azaltacaktır.

Otoriter bir normun icra edilememesi çıkarları ihlal eden bir tarzda toplumu olumsuz etkileyecektir. Bu nedenle, toplum çıkarları sadece işkence, savaş suçları veya soykırımdan ibaret değildir. İhlallerin faillerinin cezalandırılmasına ve ıslahına yönelik yeterli çözümler de uygulanarak toplumun çıkarları korunmalıdır. Dolayısıyla, bir norm karşılıklı olarak uygulandığı zaman onun etkilerini kapsayan daha sonraki eylemler de karşılıklı olmaktadır. Bu bağlamda Pellet, *jus cogens* normların hiçbir belirleyici biçimi olmadığını ve sadece etkileri ile tanınabildiğini ifade ederken, koşullara aykırı olan normların geçersiz ve hükümsüz olduğunu belirtmektedir.¹⁶⁵ Tomuschat'e göre de, bir antlaşmanın geçerliliği değerlendirildiğinde veya tanımlandığında *jus cogens* normların en üstünde bir rol almaktadır. Ayrıca yasal bir konum oluşturabilmekte ya da otoriter normlarla uyumsuz olan normları belirleyebilmektedir.¹⁶⁶ Dolayısıyla, otoriter bir normdan çıkarılan yasal standartlar ve onların uygulanması otoriter olarak kabul edilmektedir.

VAHS Madde 53 ve 64'de, *jus cogens*le çatışan antlaşmaları sonlandırmak için maddi bir yasağa yer verilmediği ancak otoriter bir normla çatışma ortaya çıktığı zaman

¹⁶⁴ Orakhelashvili, p. 80.

¹⁶⁵ Alain Pellet, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making", *Australian Yearbook of International Law*, Vol.12, 1992, p. 38., <http://alainpellet.fr/Documents/PELLET%20-%201992%20-%20The%20normative%20dilemma.pdf>

¹⁶⁶ Tomuschat, p. 223.

antlaşmanın sonlandırıldığı veya hükümsüz olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, Madde 53 ve 64 otoriter bir karaktere sahip ve *jus cogens* etkisini doğrulamaktadır.¹⁶⁷

Otoriter normlar yasadışılığın çeşitli düzeylerinde önemli bir etkiye sahiptirler. Örneğin, zorla toprak kazançları tanınmamakta ve bu uygulamalarla bir devletin başka bir devletin topraklarını ele geçirmesi geçerli kabul edilmemektedir. Dolayısıyla tanımama kuralı *jus cogens* etkisinin önemli bir betimlemesini oluşturmaktadır. Bu kural, toprakların zorla elde edilmesini engelleyemez ama böyle kazanımların geçersiz ve tanınmaz olduğunu göstermektedir.

2.3. *JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Uluslararası hukuka ilişkin literatür çalışmaları dikkate alındığında hukuku oluşturan ilkeleri devletlerin tarihinden bağımsız düşünmenin mümkün olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, uluslararası hukukta buyruk kural ve tamamlayıcı kural ayırımının kökleri Roma Devletinde, dolayısıyla Roma hukukunda aranmaktadır.¹⁶⁸ Roma'da devletler hukuku taraflar arasında önceden yapılan bir "kardeşlik antlaşması" olup olmadığı ayrımı üzerine şekillendirilmiştir. Herhangi bir antlaşmanın olmadığı durumlarda elçiler dışında, yabancı devletin vatandaşlarına ya da ticaret mallarına yasal bir korunma sağlanmamıştır. Dolayısıyla, Roma hukuku sadece vatandaşlarını kapsayan ilkelerden (*jus civile*) oluşmuştur. Roma vatandaşı olmayanlar ise *jus gentium*/kavimler hukuku adı verilen kurallara tabi olmuşlardır.¹⁶⁹

Roma'da benimsenen doğal hukuk, insanlığın ya da toplumun doğasından kaynaklandığı varsayımıyla şekillenmiştir. Dolayısıyla, normlar insanın rasyonel doğasından (*jus naturale*) türemiş olan ilkelerdir ve bu ilkelerin ortaya çıkmasında savaş

¹⁶⁷ Joe Verhoeven, "Jus Cogens and Reservations or 'Counter-Reservations' to the Jurisdiction of the International Court of Justice", Karel Wellens (ed.) **International Law: Theory and Practice: Essays in Honor of Eric Suy**, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 205.

¹⁶⁸ Tim Hillier, **Sourcebook On Public International Law**, London, Cavendish Publishing Limited, 1998, p. 147.

¹⁶⁹ "*Jus gentium* Roma İmparatorluğunun her yerindeki farklı grupların bir arada yaşamaları pratiğinden kaynaklanan devletin yönetimine uygulanmış kurallardır. UAD'nı Statüsünde yer alan "genel ilkeler" olgusunun Roma'daki *jus gentium* fikrinin türevi olduğu ifade edilmektedir." Karakoç, s. 108.

olgusu belirleyici bir etken olmuştur. Örneğin, Roma'nın sürekli savaş halinde olduğu gerçeğinin yapılan antlaşmalar dikkate alındığında, uluslararası hukukun bazı temel ilkelerinin ortaya çıkmasına katkı sağladığı görülmektedir.¹⁷⁰

Avrupa savaşlar doğrultusunda tarihin zorladığı bir oluşum içerisinde coğrafi birliğini ve ortak kültürünü kurmuş insanlardan oluşmuştur. Avrupa'nın hukuksal bakımdan imparatorun varlığını sürdürmesi, Hıristiyan ve uluslararası bir kimlik kazanmasını kolaylaştırmıştır. Ortaçağ insanı için bir Fransız bir İtalyan ayrımından ziyade Hıristiyan ile Hıristiyan olmayan ayrımı daha çok önem kazanmış ve bu da Roma'nın Roma hukuku¹⁷¹ ile insanları bir arada tutmasını kolaylaştırmıştır.

Ortaçağ Avrupa'sında papalığın ve feodalitenin egemen iki faktör olarak ortaya çıkması, özellikle papalığın farklı inançlara sahip insanlara karşı adil olmayan tutumunun XIV. yüzyılın ortalarına kadar sürdüğü görülmektedir. Papalığın kurumsallaşmasını tamamlayamadığı dönemlerde tüm savaşlar ahlak dışı kabul edilirken V. yüzyıl sonlarında savaşın adil olup olmadığı ayrımının benimsendiği bir zihniyetin ortaya çıktığı görülmektedir. Roma'nın sınırlarının genişlemesi farklı toplumları içerisinde barındırmasına ve uluslararası ortak bir hukuku ortaya koymasına neden olmuştur.¹⁷²

Müslüman toplumlar tarafından uygulanan İslam¹⁷³ hukukunda ise, *ahde vefa ilkesi* çerçevesinde uluslararası ilişkilerin genel çerçevesini çizen antlaşmaların ihlal edilmesi bir savaş sebebi sayılmış ve antlaşmaların yükümlülüklerinin yerine getirilmesine büyük özen gösterilmiştir.¹⁷⁴ İslam hukukunda ilahi kaynaklar (Kur'an ve Sünnet), hukuku ve metodolojiyi iyi bilenler tarafından yorumlanmakta iç hukuk ve

¹⁷⁰ BM Antlaşmasının temelini oluşturan ilkelerin özünü barışın korunması oluşturmaktadır.

¹⁷¹ "XI. Yüzyıldan sonra Bologna'da doğan ve gelişen okul Roma hukukunu yenilemiştir. Batıda hukuk bilimi *Corpus Iuris Civilis*'i, *Digesta*'yı, *Instutiones*'leri yeniden ve birbirleri ile doğrularak, ortaya koymaları ile doğmuştur." Karakoç, s. 108.

¹⁷² Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker, **Tanrı Devletinden Kral-Devlete**, Ankara, İmge Kitabevi, 2004, s. 16-18.

¹⁷³ Arapça, S-L-M (sîn-lâm-mîm) kökünden türetilen İslam kelimesi, barış ve güven anlamında tanımlanmaktadır. Arapça gramerinde, isim-fiil grubunda yer alan İslam, kabul etme, teslim olma ya da boyun eğme anlamında, "al-'islâm/aslama" olarak fiilleştirilmiştir. Edward William Lane, **Arabic-English Lexicon**, Williams and Norgate, London/England, 1893, vol. 4, p. 1413, <http://en.wikipedia.org-Islam-Wikipedia>, (23.03.2007).

¹⁷⁴ Ahde vefa ilkesi ya da söze bağlılık (*Pacta sunt servanda*), 1969 VAHS'nin Başlangıç bölümünde bu ilkenin evrensel olarak kabul edildiğini bildirmekte ve *Pacta sunt servanda* başlığını taşıyan 26. madde "yürürlükteki her andlaşma tarafları bağlar ve onlarca iyi niyetle uygulanmak zorundadır." ifadesine yer vermektedir.

uluslararası hukuk ayrımı yapmadan hükümdar ve kanun adamları sorunları çözümlenmektedir.¹⁷⁵ Bu bağlamda İslam hukukunu uygulayan toplumlar dikkate alındığında, dışlanma ve yok edilme karşısında sürekli bir savunma halinde bulunmalarına rağmen sebepsiz hiçbir topluma savaş açmadıkları, “herkesin toprak bütünlüğüne saygı ilkesi”¹⁷⁶ çerçevesinde hareket edildiği ve barış halini bozan tek unsurun meşru müdafaa olduğu görülmektedir.¹⁷⁷

İslam hukuku yeni bir hukuk sistemi ortaya koymamakla birlikte, eski kurumların işlevsel niteliklerine göre devamını sağlamış, adaletsiz uygulamalara engel olmak amacıyla toplum tarafından benimsenen örf ve adetleri, genel ilkelere aykırılık göstermeyecek bir biçimde gözeterek korumaya çalışmıştır. Örneğin, savaşa daha adil kurallar getirilmiş ve gayrimüslim vatandaşlarla Zimmet antlaşması yapılmıştır.¹⁷⁸ Dolayısıyla uluslararası hukukta öngörülen, adalet, ahlaki davranış, eşitlik, özgürlük ve barış temalarını içeren genel ilkeler¹⁷⁹ İslam hukukunda da yer almaktadır. Bu ilkeler ister savaş durumunda, isterse barış ve tarafsızlık durumunda olsun uyulması zorunlu olan ilkeler olarak benimsenmiştir.

Kısacası İslam hukukunda *jus cogens* normlar olarak *ahde vefa ilkesinin* önemine değinilmiş, esaret hükümlerinde daha ahlaki kriterler benimsenmiş ve yasal anlamda kölelik yerine sadece savaş esirliği uygulanmıştır.¹⁸⁰ Ayrıca cihad kavramı da meşru müdafaa anlamıyla kullanılmıştır.¹⁸¹

Avrupa kıtasının ise bir dizi savaflara sahne olması, özellikle papalığın tekçi yapısını ortadan kaldıran Luther ve Calvin’in önderliğinde gerçekleştirilen Protestan Reformu, otuz yıl süren din savaşları ve sonrasında 1648 yılında gerçekleştirilen

¹⁷⁵ Hrair Dökmeciyan, **Arap Dünyasında Köktencilik**, Çev. Muhammed Karahanoğlu, İstanbul, İlke Yayınları, 1992, s. 23.

¹⁷⁶ Karakoç, s. 100.

¹⁷⁷ Bernard Lewis, “Islamic Revolution”, *The New York Review of Books*, Vol. 34, No. 21 & 22, 1988, <http://www.nybooks.com>, (01.04.2007).

¹⁷⁸ Müslümanların himayesini kabul eden gayrimüslim vatandaşların bir miktar vergi ödeyerek barışçıl ilişkilerini devam ettiren bir sözleşmedir.

¹⁷⁹ Pazarıcı, s. 222.

¹⁸⁰ Osmanlı İmparatorluğu’nda da uluslararası hukukun *jus cogens* normları uygulamalarda göz önünde bulundurulmuştur. Örneğin, *Jus cogens* normlardan kölelik uygulamaları yerine savaş esaretiyle sınırlandırılmış uygulamalara yer verildiği ve savaşa gidilmeden önce barışı gerektirecek uzlaşımın sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Karakoç, s. 106.

¹⁸¹ Cihad, adaletsizliklere karşı İslamcı hareketlerin silaha sarılmasını meşrulaştırıcı bir yöntem olmuştur. John L. Esposito, **İslam Tehdidi Efsanesi**, Çev., Ö. Baldık, A. Köse, T. Küçükcan, İstanbul, Ufuk Kitapları, 2002, s. 235.

Westphalia Barışı, yönetme özgürlüğünü meşrulaştırarak yeni ulus-devlet sisteminin seküler, ulusal ve ülkesel temellerini oluşturmuştur. Bu dönemde Papalığın tek belirleyici unsur olmasının önüne geçilerek krallara ülkelerinin denetimi verilmiş ve hukuk kuralları kapsamında ulus-devletler güçlendirilmiştir.¹⁸²

Amerikan Devriminin ve Fransız İhtilalinin en önemli etkilerinden biri olarak ortaya çıkan halkların egemenliği ve self-determinasyon ilkesi¹⁸³ Amerika'nın zihniyetine özgürlüğü yerleştirirken, Avrupa'nın da nasyonal emperyalizmle karşı karşıya kalmasına neden olmuştur. Ancak, Avrupa'da bir birlik düşüncesiyle harekete geçen ve bugünkü adıyla Avrupa Birliği'ni oluşturan zihniyetin Avrupa'da barışı koruma çabası içinde oldukları görülmüştür. Barışı koruma adına atılan önemli adımlardan biri olan BM'in yapılandırılması uluslararası hukukun da düzenlenmesini gerektirmiştir. Bu konuda uluslararası hukukun ana kaynağı olarak adlandırabileceğimiz VAHS, antlaşmalara ilişkin örf ve adet hukukundaki kuşkulu durumların birçoğunu yeniden gözden geçirmiştir.

BM Antlaşmalar Hukuku Konferansı, 1968–69 yılları arasında iki dönem olarak toplanmış ve VAHS taslağını oluşturmuştur. Taslakta “aksi kararlaştırılmayacak kuralların uluslararası hukukun özüne ve ilişkilerin niteliğine aykırı olduğu tezinin artık savunulamayacağı” açıklanmış ve en temel örnek olarak BM Şartnamesinin “kuvvet kullanma yasağı” *jus cogens* normu olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁴ Ancak genel uluslararası hukuk kurallarının hangilerinin *jus cogens* norm niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenememesine rağmen bu norma aykırı sözleşmelerin veya hükümlerin batıl sayılacağı hükmünde karar kılınmıştır.¹⁸⁵

Jus cogens normların belirlenmesinde kesin ölçütlerin yer almaması ve bu normların uluslararası sistemin küresel güçleri tarafından kendi çıkarları doğrultusunda

¹⁸² Ağaogulları/Köker (2004), s. 136.

¹⁸³ *Jus cogens* kuralı olarak görülmektedir. M. Akif Kütükçü, “Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri”, http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/makaleler%5CM.Akif%20K%C3%9CT%C3%9CK%C3%87%C3%9C%5C259-276.pdf (01.09.2007)

¹⁸⁴ Bozkurt/Kütükçü/Poyraz, s. 67.

¹⁸⁵ VAHS'nin, 12 Mayıs 1969 tarihinde Konferans Genel Kurulu'nda yapılan oylama sonucunda oy çokluğu ile kabul edilen antlaşma hükmüne Türkiye antlaşma hükmünde yer alan 53. madde de yer alan emredici kural kavramının iç hukuk kaynaklı olduğunu ve iç kamu düzenini ilgilendirdiğini gerekçe göstererek bu madde hükümlerine bağlı kalmayacağını açıklamıştır. Malcolm N. Shaw, **International Law**, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1991, s. 98. Karakoç, s. 113.

kullanılabileceği endişesi dikkate alındığında, uluslararası hukuku ilgilendiren uygulamalarda, VAHS kapsamında bir uluslararası antlaşmanın bu normlara aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayıldığına dair örneklerin bulunmaması anlaşılır görülmektedir.

2.4. *JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLARA BENZER KAVRAMLAR

Jus cogens normlara benzer kavramların otoriter normlarla aynı kökene sahip olup olmadığını belirlemede bu kavramların toplumun çıkarlarını koruyup korumadığı ve devletlerin eylemleri üzerindeki etkiyi sınırlayıp sınırlamadığı gibi nitelikler dikkate alınmaktadır. Burada *jus cogens* normlarla benzer nitelikler taşıyan *erga omnes* kurallar ve antlaşma yükümlülükleri incelenecektir.

2.4.1. *Erga Omnes* Kurallar ve *Jus Cogens*

Uluslararası hukuk doktrininde, kamu düzeninin unsurları olarak görülen ve uluslararası toplumun temel düzenini sağlayan *jus cogens* normlarla *erga omnes* kurallar arasındaki ilişkinin henüz somut bir tanımlaması yapılamamaktadır. Doktrinde *jus cogens* niteliğindeki normların *erga omnes* yükümlülük öngören kurallardan oluştuğu, *erga omnes* yükümlülüklerin ise her zaman *jus cogensi* oluşturmadığı yönünde genel kabul gören bir anlayış bulunmaktadır. Dolayısıyla, uygulamada kuralların birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmasının bir sonucu olarak, kurallar arasındaki benzerliklerin ya da farklılıkların neler olduğuna dair kesin çizgilerin belirlenememesi sorunun temel nedenini oluşturmaktadır.

Doktrine göre *erga omnes* bir kural, uluslararası topluma karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğü içeriyorsa, bu kuralın *jus cogens* niteliğinde olduğundan da söz edilebilmektedir. Bir devletin diğer devlete karşı olan yükümlülüğü *jus cogens* norm oluşturmadığından, devletler kendi aralarında bu yükümlülüğe aykırı sözleşmeler/antlaşmalar yapma özgürlüğüne sahiptirler. Bu bağlamda, bu normların *erga omnes* yükümlülükleri kapsadığı ancak *erga omnes* yükümlülük öngören her kuralın, mutlak *jus cogens* niteliğinde olduğu sonucu çıkarılamamaktadır. Örneğin

diplomasi temsilcilerinin dokunulmazlığının, *erga omnes* nitelikte olduğu ancak *jus cogens* nitelik taşıyıp taşımadığına dair 1970 Barselona Traction Davası'nda her hangi bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla, davada bir devletin uluslararası topluma yönelik yükümlülükleri ile devletlerin birbirlerine karşı olan yükümlülükleri arasında farklılıklar olduğu ve uluslararası toplumun haklarının korunmasının temelini oluşturan yükümlülüklerin aslında devletlerin hukuksal çıkarlarına ilişkin olduğu ve *erga omnes* nitelik taşıdığı ifade edilmiştir.¹⁸⁶

Uluslararası toplumun temel çıkarlarına ilişkin olarak çevre, insan hakları, savaş hukuku, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında kodifiye edilen uluslararası hukuk kurallarının bir *jus cogens* norm olduğu ve bunlara aykırı uygulamalara ilişkin ilgili devletlerin gerekli tedbirleri almasının da *erga omnes* yükümlülükler olduğu görülmektedir.¹⁸⁷ Dolayısıyla, uluslararası hukukta herhangi bir antlaşma veya uygulama hiyerarşide en üstte bulunan *jus cogens* normlara aykırı olmamakta ve herhangi bir ihtilaf durumunda bu normlar uygulanmaktadır. Burada savaş suçları, soykırım veya insanlığa karşı suçlar, yargı dokunulmazlığına ilişkin düzenlemelerle hiyerarşik olarak daha öncelikli yer almakta ve hiyerarşik olarak üstte bulunan norm dokunulmazlığa ilişkin normla çeliştiğinde hiyerarşik olarak üstte bulunan norm öncelikli olarak uygulanmaktadır.¹⁸⁸

2.4.2. Antlaşma Yükümlülükleri ve *Jus Cogens*

Uluslararası hukukta antlaşmalar arasında çeşitli ayrımların yapılmasındaki amaç, devletlerin ve devlet gruplarının belirli antlaşmaların konusuna bağladığı önemi göstermek ve bu antlaşmalardaki yükümlülüklerin daha üstün bir statüde olduklarını kabul ettirmektir. Örneğin savaştan caydırmayı öngören, 1928 Paris Paktı ya da toprak rejimlerini düzenleyen belirli antlaşmalar ya da barış antlaşmaları daha üstün bir yükümlülük olarak kabul edilen antlaşmalara örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla,

¹⁸⁶ Case Concerning the Barselona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium/Spain), s.32., <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.

¹⁸⁷ Yusuf Aksar, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) Ve Uluslararası Ceza Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S. 4, Ankara 2003, s. 138.

¹⁸⁸ Aksar, s. 139.

örneklerden de anlaşıldığı kadarıyla daha üstün bir yükümlülükle nitelenen bu antlaşma yükümlülüklerinin arkasındaki neden ilgili antlaşmaların iki taraflı antlaşma ilişkilerinin ötesinde olmasıdır.

Özel Raportör Fitzmaurice, çok taraflı antlaşmalar açısından antlaşma yükümlülüklerinin çeşitleri arasında ayırım yapmanın gerekli olduğunu düşünmektedir. Bu ayırımın özünü, sözleşmeye dayalı yükümlülükler ve yükümlülüğün niteliği oluşturmaktadır. Dolayısıyla, taraflar arasında sözleşmeye dayalı ilişkilerde karşılıklı değiş-tokuşu kapsayan ve yapılması gereken yükümlülükler ve yükümlülüklerin karakterinden dolayı bütün taraflar üzerinde de bağlayıcı olan yükümlülükler vardır.¹⁸⁹ Ayrıca, karşılıklı ilişkilere ayıramayan antlaşma yükümlülükleri de bulunmaktadır. Örneğin, Nükleer Denemeleri Yasaklama Antlaşması'nda tarafların hakları ve yükümlülükleri bölünmez bir biçimde bütün tarafların yapmak zorunda oldukları yükümlülüklerdir. İnsan hakları antlaşmalarında olduğu gibi, taraflar arasındaki etkileşim veya herhangi bir değişim açıkça belirtilen yetki içerisinde, belirli bir davranışın benimsenmesi için sözleşme imzalayan devletleri zorunlu kılmaktadır. Aslında, VAHS'nin antlaşma yükümlülüklerinin tipolojisini oluşturduğu ancak Sözleşme bütün ve birbirine bağlı olan yükümlülüklere bazı özel düzenlemeler eklese de bu antlaşmaların karakterinin ve özel düzenlemelerin uluslararası kamu düzenini izleyip izlemediğinin analiz edilmesi gerekmektedir.

2.4.2.1. Objektif Antlaşma Yükümlülükleri

Çok taraflı antlaşmalar, suçluları iade etme antlaşmaları gibi, karşılıklı ilişkiler yığını oluşturur. Çok taraflı antlaşmalar mutlak bir değere sahip olmakta ve antlaşmanın ihlali, ihlalden sorumlu olan devlet ve ihlalden zarar gören devlet arasındaki ilişkileri etkilemektedir.

İnsan hakları ve insancıl hukuk alanındaki antlaşmalar, objektif ve karşılıklı olmayan yükümlülükleri ifade eden antlaşmalara en uygun örnekleri oluşturmaktadır. Ancak, insancıl antlaşma ile neyin ifade edildiği muğlak olsa da, insancıl antlaşmalar

¹⁸⁹ Gerald Fitzmaurice, Second Report on the Law of Treaties, IYbILC 1957, A/CN.4/107, p. 53. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_107.pdf.

bireylerin çıkarlarını ve haklarını koruyan antlaşmalar olarak tanımlanmaktadır.¹⁹⁰ İnsancıl antlaşmaların karakteri, uluslararası mahkemelerce de ifade edildiği gibi, özel objektif bir karaktere sahiptir ve sözleşme imzalayan devletlerin çıkarlarını korumaktan ziyade, bireylerin veya toplulukların çıkarlarını korumaktadır. Örneğin, UAD Çekinceler Üzerine Tavsiye Görüşünde, 1948 Soykırım Sözleşmesinin özel bir karaktere sahip olduğunu ve bu tür bir antlaşmada sözleşme imzalayan devletlerin uluslararası toplumun çıkarlarına hizmet ettiğini vurgulamıştır. Kısacası, bu tür bir sözleşme, devletin avantajlarından veya dezavantajlarından veya haklar ve vazifeler arasında sözleşmeye dayalı bir dengeden bahsetmemektedir.¹⁹¹

Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin obje ve amacının, sınırlı sayıda devletlerarasında karşılıklı haklar değişimi olmadığını belirtmiş ve Sözleşmenin temel dayanağının insanların milliyetine bakılmaksızın, bireylerin haklarını korumak olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca, Soykırım Sözleşmesi gibi, evrensel antlaşmaların ve bölgesel insan hakları antlaşmalarının da benzer amaçlar taşıdığını ifade etmektedir. Benzer bir şekilde, BM İnsan Hakları Komitesi de, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin (MSHS) devletlerarası yükümlülükler ağı olmadığını, ancak insan haklarını korumak için tasarlandığını vurgulamaktadır.¹⁹² Ayrıca, insancıl hukuk antlaşmalarının da devletlerin çıkarlarını korumak veya faydalanmak için tasarlanmadıkları kabul edilmekte ve insan hakları antlaşmaları gibi benzer bir karaktere sahip oldukları görülmektedir.

Devletlerin insan hakları antlaşmalarına ilişkin insancıl kurallara ve yükümlülükler itaat etmeleri, karşılıklı çıkarlarının korunmasında temel alınan ticari antlaşmalardan farklı olarak, herhangi bir karşılığa bağlı olarak yapılmamaktadır. Dolayısıyla, insan hakları antlaşmaları ile devletlerin kamu yararına ilişkin yükümlülükleri yasal bir düzene teslim edilmiş gibi görünmektedir. Örneğin Cenevre

¹⁹⁰ Alain Pellet, Second Report on Reservations to Treaties, A/CN.4/477/Add.1, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_477.pdf.

¹⁹¹ ICJ Reports 1951, p. 23. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da Avusturya v İtalya'da benzer bir sonuca ulaşmış ve İrlanda v Birleşik Krallık, Avrupa Mahkemesinde şunu vurgulamıştır: Uluslararası antlaşmalar klasik türden farklı olarak, Sözleşme, sözleşmeyi imzalayan devletlerarasında, sadece karşılıklı ilişkiden daha fazlasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme karşılıklı sorumluluklardan objektif yükümlülükleri oluşturur ve kolektif bir uygulamadan faydalanır.

¹⁹² Human Rights Committee, General Comment 24 (52), Reservations to the ICCPR U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994), para.17. <http://www.iilj.org/courses/documents/HRCGeneralComment.pdf>.

Sözleşmeleri, sadece karşılıklılık üzerine sonuçlanan yükümlülükleri ifade etmemekte, aynı zamanda diğer tarafların yükümlülüklerini de dikkate alarak sözleşmenin bütün tarafları üzerinde bağlayıcı olmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme tek taraflı yükümlülükler dizisi olarak objektif karaktere sahip olmakta ve evrensel veya bölgesel alanına bakılmaksızın, insancıl hukuk ve insan hakları antlaşmalarında ifade edilen yükümlülükleri taşımaktadır.¹⁹³

Devletlerin ya da tarafların aralarında kabul ettikleri antlaşma yükümlülüklerinde bir standart sağlayan objektif antlaşma yükümlülüklerinin, diğer devletler ya da taraflar tarafından da benimsendiği varsayımı teknik olarak kabul edilmektedir. Bu tür antlaşma yükümlülüklerinin amacı ve özü, devletlerden ziyade bireylerin çıkarlarının korunmasına yönelik olmaktadır. Bu bağlamda, insancıl antlaşmaları kapsayan yükümlülükler, bütün taraflara yönelik olmakta ve taraflar arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkilerin ötesine gitmekte ve bütün uluslararası toplumu kapsamaktadır. Dolayısıyla, yükümlülüklerin objektif karakteri ve sözleşmeye dayalı denge dikkate alınmaktadır.

Fitzmaurice'e göre yükümlülük, karşılıklılık karakterinden ziyade mutlak veya objektif bir karaktere sahiptir. Bu nedenle, objektif karaktere sahip yükümlülükler, ayrıcalıklı, karşılıklı veya birbirine bağlı olan yükümlülüklerin aksine, kendi kendine var olabilen ve karşılıklı antlaşma ilişkilerine ayrılamayan yükümlülüklerdir.¹⁹⁴ Örneğin, ticari ilişkileri düzenleyen çok taraflı bir antlaşma bir takım genelleşmiş karşılıklı antlaşmaları ifade etmektedir. Ancak Cenevre Sözleşmeleri gibi, insancıl antlaşmaların objektif karaktere sahip yükümlülükleri, her devlete ya da tarafa ya da bütün uluslararası topluma yönelik uygulanmaktadır. Antlaşma yükümlülüklerinin objektif karakteri, antlaşma konularının karakterini de belirlemektedir. Fitzmaurice'nin tanımladığı gibi, Soykırım Sözleşmesi kapsamında taraflar sadece soykırım yapmamayı üstlenmemiş aynı zamanda birbirlerinin sorunlarını, vatandaşlarının ilişkilerini de üstlenmişlerdir.¹⁹⁵ Bu nedenle objektif antlaşma yükümlülükleri, devletlerin konuya

¹⁹³ **Commentary to the First Geneva Convention of 1949**, Published under the general editorship of Jean S. Pictet, Geneva, International Committee of the Red Cross, 2006.

¹⁹⁴ Gerald Fitzmaurice, Second Report on the Law of Treaties, IYbILC 1957, A/CN.4/107, p. 53. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_107.pdf.

¹⁹⁵ Gerald Fitzmaurice, "Judicial Innovation: Its Uses and Its Perils", **Cambridge Essays in International Law; Essays in honour of Lord McNair**, London 1965, p. 33.

ilişkin olarak herhangi bir antlaşma ilişkisi içerisinde olmadığı bir devletle de ilgili olabilmektedir. Örneğin UAD Çekinceler Üzerine Tavsiye Görüşünde vurguladığı gibi, Soykırım Sözleşmesinde ifade edilen yükümlülüklerin objektif karakteri, Sözleşmenin ilkelerinin ahlaki değerlerin aksine insanlığın vicdanını sarsan eylemleri yasadışı ilan eden ilkeler gibi, herhangi bir sözleşme yükümlülüğünün yokluğunda bile devletleri bağladığı gerçeğinden kaynaklanmaktadır.¹⁹⁶

Çok taraflı antlaşmalarda oluşturulan karşılıklı yükümlülüklerle, objektif antlaşma yükümlülükleri arasındaki farklılık (devlet çıkarlarına karşı toplum çıkarları) uluslararası hukukta, *jus cogens* ve *jus dispositivumun* arasındaki farklılıkla benzerlik göstermektedir.¹⁹⁷ Bu benzerlik uluslararası hukukta, antlaşma yükümlülüklerinin objektif karakterinin statüsünü yansıtmakta ve kadın ve çocuk ticareti, köleliği yasaklama, mahkûmlara kötü davranma, insanları koruma antlaşmaları gibi, devletlerin çıkarlarını benimsemeyen sözleşmelerin tamamıyla insanlığı içerdiği ve tarafların performansına uyan veya karşılıklılığa bağlı ticaret veya silahsızlanma antlaşmalarından farklı olduğu vurgulanmaktadır.¹⁹⁸ Dolayısıyla, objektif antlaşma yükümlülükleri *jus cogensle* benzer nitelikler taşımaktadırlar. Bu bağlamda, soykırım, kölelik, zorla çalıştırma, ayrımcılık ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri *jus cogensi* ifade etmektedir.¹⁹⁹ Aslında çok taraflı antlaşmalar, bütün tarafların yasal çıkarlarını oluşturan karşılıklı olmayan yükümlülükleri ifade ettiğinde uluslararası hukukun otoriter normlarını yansıtan *jus cogens* statüsüne sahip olmaktadır.

Uluslararası hukukta, objektif antlaşma yükümlülüğüne ilişkin adli inceleme *jus cogens* kavramının tam olarak pekiştirilmediği bir zamanda başlamasına rağmen, objektif antlaşma yükümlülüklerinin karşılıklı olmayan karakteri UAD tarafından vurgulanmıştır. UAD, Soykırım Sözleşmesine konulan Çekinceler Üzerine Tavsiye Görüşünde (1951), soykırım suçunun yasaklanmasının bir *jus cogens* olduğunu belirtmiş ve Soykırım Sözleşmesinin uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan herhangi bir

¹⁹⁶ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Advisory Opinion of 28 May 1951, <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4285.pdf>.

¹⁹⁷ Orakhelashvili, p. 90.

¹⁹⁸ Verdross (1966), p. 59.

¹⁹⁹ Schwelb, p. 953.

yükümlülük olmasa da bütün devletleri bağlayıcı kıldığını ve evrensel bir uygulama alanına sahip olduğunu açıklamıştır.²⁰⁰

2.4.2.2. Birbirine Bağlı veya ‘Bütüncül’ Antlaşma Yükümlülükleri

Birbirine bağlı veya bütüncül antlaşmalar büyük ölçüde silahsızlanma ya da toprakların statüsü ile ilgili konuları ele almaktadır. Silahsızlanma antlaşmalarında her bir tarafın yükümlülüğünün, bütün tarafların karşılıklı performansına bağlı olduğunu vurgulayan Fitzmaurice’ye göre, bir tarafın yükümlülükleri ihlal etmesi halinde diğer tarafların yükümlülüğü sadece tarafa yönelik olarak sona ermeyecek, ancak bütün taraflar ihlali tamamıyla sonlandırmak için sorumlu olacak ve gerçekten ihlal antlaşmanın sonlandırılmasını temin edecektir. Dolayısıyla, Fitzmaurice karşılıklı ilişkiyi dikkate alarak antlaşma yükümlülüklerinin bölünebilir olmamasından dolayı, antlaşma düzenlemelerinin iki yönlü karşılıklı bir ilişkiden ziyade, tarafların tamamını kapsayan kolektif karşılıklı bir ilişki türü içerisinde görmekte ve her bir tarafın yükümlülüğünü insancıl yükümlülüklerden ayırmaktadır.²⁰¹ UHK da, devlet sorumluluğuna ilişkin çalışmalarında, birbirine bağlı antlaşma yükümlülükleri kavramına işaret etmekte ve doğası gereği birbirine bağlı olan antlaşma yükümlülüklerinin ihlal edilmesi durumunda doğrudan zarar gören devletlerden ziyade bütün tarafların ihlale tepki gösterdiği varsayımını doğrulamaktadır.²⁰²

Birbirine bağlı antlaşma yükümlülükleri, bölünemez bir niteliğe sahip olmakla birlikte devletlerin ya da tarafların isteklerine uygun olmaksızın bir ihlalin devam etmediği ya da var olmadığı durumlarda sıradan yükümlülüklerle de benzetilmektedir. Örneğin, bir bölgede kabul edilen bir statü veya silahların idaresi, toplum çıkarları tarafından zorlandığı için değil, bir antlaşmada belirtildiği için devletler ya da taraflar tarafından kabul edilmektedir.²⁰³ Ayrıca bu tür düzenlemelerin barış ve güvenlik ihtiyacına yanıt verebilmesi müşterek bir boyuta sahip olduklarını da göstermektedir. Birbirine bağlı antlaşma yükümlülüklerinde, her bir tarafın taahhünamesi diğerleri

²⁰⁰ Reservations to the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951. <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4285.pdf>.

²⁰¹ Gerald Fitzmaurice, Third Report on the Law of Treaties, IYbILC 1958, A/CN.4/115 and Corr.1, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_115_corr1.pdf.

²⁰² James Crawford, Third Report on State Responsibility, A/CN.4/507/Add.1, p. 38. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_507_add1.pdf.

²⁰³ Orakhelashvili, p. 93.

tarafından benzer bir taahhütname ile belirlenebilmekte ve karşılıklı riayet etmeme biçimleri açıklanabilmektedir. Dolayısıyla taahhütnameler, bütün tarafları kapsayıcı olmasına rağmen, aslında tek tek taraflara yönelik olmakta ve herhangi bir üstün toplum çıkarına yönelik olmamaktadır. Bu nedenle, birbirine bağlı olan antlaşma yükümlülüklerinin ilga edilmesi prensipte mümkün olmakla birlikte, yükümlülükler bütün taraflara yönelik varsayıldığı için bütün taraflar tarafından izin verilmesi gerekmektedir. Örneğin, eğer bir silahsızlanma antlaşması belirli bir kotanın üstünde belirli silahlara sahip olmayı yasaklarsa, taraflar bu kotayı kabul eden devleti muaf tutabilmekte ya da bir antlaşma bir bölgenin askeri güçten temizlenmesi gerektiğini bildirmesine rağmen, devletler-taraflar orada askerleri muhafaza etmesi için belirli bir devlete yetki verebilmektedir.²⁰⁴ Dolayısıyla, taraflar antlaşmada belirli bir sonucu istemelerine rağmen, bu sonucun aksini istemiş olabilirler ve de uluslararası hukuk kapsamında bu duruma izin verilmiş olabilmektedir. Taraflar müteakip bir uygulamadan feragat etme veya ilave edilen bir protokol veya rıza ile bir antlaşma sırasında bu tür muafiyet yetkilerine sahip olabilmektedirler. Ancak bu durum objektif yükümlülük içeren antlaşmalarda çok farklıdır. Devletler ya da taraflar, hatta kolektif olarak herhangi bir taraf, örneğin İşkenceyle Mücadele Sözleşmesi gibi yükümlülüklerden muaf tutulamamaktadır. Devletler işkence veya soykırımı yasadışı ilan eden bir antlaşmayı benimsediğinde, bu hür iradenin bir girişimi olmamakta genel uluslararası hukukun zorunluluğuna bir yanıt olarak insanlığın yasaları olmaktadır.

Fitzmaurice, birbirine bağlı antlaşma yükümlülükleriyle çatışan antlaşmaların geçersizliğinden bahsetmekle birlikte, sonucun taraflara dayanmasından dolayı gerçek bir geçersizliğin olmadığını da imalı bir şekilde itiraf etmektedir. Dolayısıyla, taraflar geçersiz olarak ilga etme düzenlemelerini ele almayı kabul edebilmekte veya geri çekilen antlaşmayı sonlandırabilmektedirler. En azından bu faktörden dolayı UHK, insancıl antlaşmalardan farklı olarak birbirine bağlı antlaşmalarla çatışan antlaşmaların geçersiz olabildiğini kabul etmeyi reddetmiştir.²⁰⁵

²⁰⁴ Orakhelashvili, p. 94.

²⁰⁵ Fitzmaurice (1957), p. 53.

2.4.2.3. Sözde ‘Objektif’ Düzenlemeler

Objektif düzenlemeler tanımlanırken daha çok bir alana ilişkin olarak belirli bir çıkarın ana temayı oluşturduğu görülmektedir. Sözde objektif düzenlemeler, antlaşma-temelli bir niteliğe sahip olmakta ve ilgili antlaşmaya taraf olmayan devletler tarafından da kabul edilmektedir. Sözde ‘objektif’ düzenlemelere ilişkin olarak Yargıç McNair, devletlerin sözleşme imzalayan tarafların sınırlarının ötesine geçen kabullenme ve tahammülü gerektiren ve ona objektif bir varlık veren bazı yeni uluslararası düzenlemelerle veya statülerle daha güçlü olacaklarını varsaymaktadır.²⁰⁶ Waldock da, antlaşma-temelli objektif düzenlemelerle devletlerin toprak, nehir, su yolu veya özel bir deniz alanı, deniz-yatağı veya hava sahanlığı gibi, özel bir bölge ile bağlantılı haklarının ve yükümlülüklerinin önemine değinmekte ve böyle bir bölgede yetkiye sahip olan devletin, antlaşmaya katılacak taraflarla düzenlemeler içerisine girmesi için rızasının olması gerekmektedir.²⁰⁷

Objektif bir düzenleme, bölgesel bir statü veya tarafsız bir devlet oluşturulmaksızın diğer devletler tarafından açık veya zımni bir şekilde antlaşmanın temelinde işlevsel olmaktadır. Üçüncü devletler bu düzenlemeleri içeren antlaşmalara kendi çıkarlarını ve haklarını etkilemediği sürece müdahale edememektedirler. Bu konuya ilişkin olarak, Wimbledon Daimi Mahkemesi tarafından Kiel Kanalı davası incelenmiştir. Burada herhangi bir çıkarıcı gücün, Kiel Kanalı'nın devletler tarafından kullanımına yer veren Madde 380-386'nın uygulanmasına ilişkin olarak, Daimi Mahkemeye başvurma yetkisinin olduğuna ve Versailles Antlaşması Madde 386'nın uygulanmak zorunda olduğuna yer verilmiştir. Mahkeme, kanalın kullanımına başvuran her bir gücün kendi bayraklarıyla uçan filolara ve ticaret gemilerine sahip olmalarından dolayı Kiel Kanalıyla ilgili olarak, koşulların uygulamasında açıkça bir çıkara sahip oldukları hükmüne varmış ve Kiel Kanalı'nı sürekli olarak bütün dünyanın kullanımına açmıştır.²⁰⁸ Kiel Kanalı'nın aksine Aland adaları ise, bölgenin kullanımına ilişkin olarak

²⁰⁶ Sir Arnold McNair, Separate Opinion, 1950,

<http://www.icj-cij.org/docket/files/10/1895.pdf?PHPSESSID=ecf99699f4367a4f660d64e72da9fdc3>

²⁰⁷ IYbILC 1964, Law of Treaties Document A/CN.4/167 and Add.1-3,

[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1964_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1964_v2_e.pdf).

²⁰⁸ Permanent Court of International Justice Case of the S.S. “Wimbledon”, United Kingdom, France, Italy & Japan v. Germany, http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm.

diğer devletlere herhangi bir hak veya çıkar verilmeksizin, bir devletin kendi egemen bölgesinin bir parçası olarak uluslararasılaştırılmıştır.²⁰⁹

Uluslararası kamu düzeni açısından objektif düzenlemeler, bir antlaşmanın tarafları ya da devletlerin istekleri ve amaçları doğrultusunda oluşturulmaktadır. Böylece, bir düzenleme sadece devletlerin temel isteklerine ilişkin olarak geleneksel hukuk içerisine girebilmektedir. Ayrıca, üçüncü devletler protesto ve itiraz yollarını kullanarak geleneksel hukuk içinde objektif bir düzenlemenin genelleşmesini engelleyebilmektedirler. Bu bağlamda objektif düzenlemeler sadece antlaşma temelli olmaktadır. Bu nedenle, devletler antlaşmada ifade edildiği şekliyle antlaşma alanından yararlanmakta ve kullanma haklarından feragat etmekte veya antlaşmayı tamamıyla sonlandırabilmektedirler. Dolayısıyla, objektif düzenlemelerin ifade ettiği kurallar, bütün yönleriyle tamamen öznel olmakta, üstün toplum çıkarlarını koruyamamakta ve hiçbir şekilde otoriter normlarla aynı kökeni oluşturamamaktadırlar. Dahası, objektif düzenlemeleri yerleştiren antlaşmalar *jus cogens* referans gösterilerek örneğin, self-determinasyon, mültecilerin eve dönme hakkı veya yasadışı kuvvet kullanımının sonuçları gibi, normlarla yargılanabilmektedir. Dolayısıyla, bir objektif düzenleme *jus cogensi* ihlal ederse veya sözleşme-dışı oluşturulursa *jus cogensin* etkisinden kurtulamamaktadır.

Sonuç olarak, kamu düzeni perspektifinden uluslararası yasal sistemin normlar ve yükümlülükler olarak iki kısma ayrıldığı görülmektedir. Bunlar, karşılıklılığın esas alındığı devletlerin çıkarlarını koruyan *jus dispositivum* ve bir objektif bütüncül karaktere sahip olarak uluslararası toplumun çıkarlarını koruyan *jus cogens*dir. Benzer bir ayrım antlaşma yükümlülüklerine de uygulanmaktadır. Dolayısıyla, birbirine bağlı olan yükümlülükler ve sözde objektif düzenlemeler, bütüncül antlaşma yükümlülüklerinin temel karakteristiklerini paylaşmamakta ve bu yükümlülüklerin oluşturulması, devam ettirilmesi ve sonlandırılması, devletlerin ya da tarafların

²⁰⁹ Bu konuda, 30 Mart 1856 Paris Sözleşmesi Aland Adalarını temel alan düzenlemelere yer vermiştir. Bu düzenlemelere göre, Kiel kanalı gibi Aland adaları rejimi de, sıradan normlar olarak aynı statüye sahip olmakla birlikte, Aland adalarının statüsü, devletlerin ya da tarafların isteklerinin bir ürünüdür. Ayrıca, devletler ya da taraflar, bu statüye riayet etmede haklarından veya yasal çıkarlarından feragat etmektен engellenmemiştir. Dolayısıyla, müteakip gelişmelerin de gösterdiği gibi devletler ya da taraflar açıkça, Aland adalarının statüsünü yürürlükten kaldırmak için yetkilendirilmemiş veya bu durum zımnen kabul ettirilmemiştir. Maurizio Ragazzi, **The Concept of the International Obligations Erga Omnes**, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 32.

isteklerinin sorunu olmakta ve devletler bireysel çıkar-temelli hesaplarından dolayı böyle antlaşmalara katılmaktadırlar.

2.5. *JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLARIN KAYNAKLARI VE DEĞİŞİMİ

2.5.1. *Jus Cogens* (Buyruk) Kuralların Kaynakları

VAHS Madde 53’de düzenlenen *jus cogens* normlar, uluslararası toplumda tartışmalara açık olsa da kabul edilmiş ve tanınmış buyruk kurallardır. Bu normların dayanağını uluslararası toplum oluşturmaktadır. Uluslararası toplumun tamamı tarafından kabul gören ya da kesinlikle yasaklanması gereken bir davranışın standartlarının belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, uluslararası toplum soykırımın mutlak bir kötülük olduğunu kabul ettiği andan itibaren, 1948 Soykırım Sözleşmesinin önsözünde de ifade edildiği gibi, bütün devletler üzerinde bağlayıcı olmakta ve devletler soykırımı yasadışı ilan eden normların kapasitesini değiştirememektedirler. Dolayısıyla, otoriter normların devletlerin bireysel çıkarlarını içermeyen üstün toplum çıkarlarını koruduğu görülmektedir.

Simma’ya göre, uluslararası toplumun tamamı tarafından bir kuralın benimsenmesi, otoriter normların hangi biçimsel kaynaktan cereyan ettiği sorusunu gereksiz kılmaktadır.²¹⁰ Tomuschat de, *jus cogens* normların bütün ulusların ortak değerlerinden geliştiğini ve normları yerleştirmenin deklare etme yönteminden daha az bir anayasal süreci gerektirdiğini ifade etmektedir.²¹¹ Burada, gelenek kriterinin önemli bir fonksiyona sahip olduğu ve uluslararası toplum desteğinin bağlayıcı kuralları oluşturduğu vurgulanmaktadır. Bu yüzden, otoriter normların hangi kaynaklara ait olduğu sorusu bir normun otoriter karakterinin kaynağını kanıtlamaksızın ispatlanabilmesinden dolayı kavramsal ve uygulama açısından önemli olmamaktadır.

²¹⁰ Simma, p. 292.

²¹¹ Tomuschat, p. 307.

VAHS 53. Madde, uluslararası toplumun tamamı tarafından otoriter bir normun, ilga edilmeyen bir norm olarak tanındığını ve kabul edildiğini ifade etmektedir. Viyana Konferansı'nda Madde 53'ün oluşumu esnasında, Komite Başkanı Yasseen'nin de uluslararası toplumun bütün bileşenleriyle otoriter olarak bir normun kabulünü savunduğu görülmektedir.²¹² Dolayısıyla, otoriter bir normun devletler topluluğu tarafından kabul edilmesinde, devletlerin oybirliği ve rızası gerekli olmamakla birlikte, büyük bir çoğunluk tarafından kabulü yeterli olmaktadır. Burada, prensipte bir normun devletin rızası olmadan da otoriter bir norm olarak bir devlet üzerinde bağlayıcı olabildiği kabul edilmektedir.

Madde 53, kabul ve tanınmayı gerektirmekte ve yasa-yapmanın erdemle/ahlakla uyumunu ifade eden ve toplumun çıkarlarını temel alan vazgeçilemez bir kamu düzeni olarak *jus cogensi* tanımlamaktadır. Bu durum, Viyana Konferansında devlet delegasyonları tarafından da seslendirilmiştir. Örneğin Amerika, bir devletin bir normun otoriter karakterini tanımadığını ifade etmesinin, açıkça dengeyi tartan önemli bir faktör olacağını ifade ederken, Birleşik Krallık da bir normun otoriter karakterinin tanınmamasına yönelik uluslararası toplumun önemli bir kısmında oluşabilecek görüş ayrılıklarının giderilmesi gerektiğini vurgulamıştır.²¹³

Toplumun değerlerini yansıtan *jus cogensin* istisnasız bütün devletleri bağlayıcı olduğu geniş kabul görmektedir. Bu nedenle, 'rıza' kavramı *jus dispositivuma* otorite sağlarken, *jus cogens* daha derin ahlaki bir konsensüsle yerleştirilmekte ve sadece boyun eğme/razı olma ile betimlenmektedir.²¹⁴ Örneğin Amerikan Mahkemesi Siderman Davasında, geleneksel hukuk rızadan kaynaklanırken *jus cogensin* toplum normlarının temelinde bir bütün olarak rıza gereksinimini aştığını bildirmiştir.²¹⁵ Bu nedenle, *jus cogens* normun uluslararası toplumun tamamı tarafından tanınma ve kabul edilme gereksinimi, hatta normun varlığından dolayı kamu düzeninin bir parçası olup

²¹² Nieto-Navia, p. 11.

²¹³ United Nations Conference on the Law of Treaties Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 98 (UK), 102 (US), http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/2nd_sess_e.html.

²¹⁴ Louis Henkin, **International Law: Politics and Values**, London, Martinus Nijhoff Publishes, 1995, p. 39.

²¹⁵ Siderman de Blake v. Republic of Argentina, Court of Appeals (9th Circuit), 22 May 1992, <http://www.icrc.org/IHLNAT.NSF/39a82e2ca42b52974125673e00508144/752434334a8a7d0ec1256d180031c242!OpenDocument>.

olmadığı sorgulanmaktadır. Dolayısıyla, *jus cogens* bir normun kabulü rıza üzerine temellendirilebilmekte ancak devletlerin rızası olmasa bile normun devletleri zorunlu olarak bağladığı kabul edilmektedir. Burada, norm tarafından korunan çıkarların uluslararası toplumun inancı üzerine temellendiği görülmektedir. Bu nedenle, uluslararası topluluk devletlerden hatta onların ortak noktalarından farklı anlaşılmakta ve devlet çıkarlarından ayrı olarak toplumun çıkarlarıyla bağlantılı alanlarda yasa-yapma statüsünü kullanabilmektedir.²¹⁶ Kısacası, bir normun otoriter niteliğinin uluslararası toplum tarafından tanınmasında, normun devlet çıkarlarını aşan toplumsal bağlantısının dikkate alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda normun otoriter kabul edilip edilmediğine karar verilmelidir.

Kuramsal olarak, uluslararası toplumun kabul gören normlarının üst otoriter norm statüsü ile özel bir kaynağa dayandığı varsayılmaktadır. Bu kuramsal yaklaşıma göre, UAD Statüsünün 38. Maddesinde bahsedilen kaynakların hiçbiri *jus cogensin* kaynaklarını oluşturmamaktadır. Hatta insan hakları alanına yönelik *jus cogens* olarak kabul edilen söylemlerin hiçbirinin bu maddeler içerisinde yer almadığı da ileri sürülmektedir.²¹⁷ Ancak insan hakları alanına ilişkin normların *jus cogens* olmadığına dair belirgin bir argüman bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin, UAD'nın insan hakları ve insancıl hukuk normlarının geleneksel otoriter statüsünü tanıdığı ve *jus cogensin* bir parçası olarak kuvvet kullanımının yasaklanması geleneğini kabul ettiği bilinmektedir.

Otoriter normların, Madde 38'de listelenen kaynakların dışında başka bir kaynak içerisinde yer alıp almadığının sorgulanması, *jus cogensin* uluslararası hukukun herhangi bir kaynağından bağımsız olarak üst kuralların özerk statüsüne dayandığı varsayımını düşündürmüştür. Bu kuramsal yaklaşım, doğal hukuk ve pozitif hukuk arasında tartışmayı tırmandırmamak ve otoriter normların özel karakterini vurgulamak için tasarlanmıştır. Hukukun geleneksel kaynaklarının olası eksikliklerini ifade etme amacı taşıyan bu kuramsal yaklaşım, uluslararası yasa-yapma sürecinde uluslararası kamu düzeninin önemli bir rol oynadığını da hatırlatmaktadır. Ancak, *jus cogensin* bağımsız bir kaynağa sahip olduğunu ileri süren yaklaşımlara yönelik karşıt düşünceler de dikkate alınmalıdır. Bu düşüncelere göre, normlar hiyerarşisinin sadece hukukun özel

²¹⁶ Orakhelashvili, p. 108.

²¹⁷ Simma, p. 291.

bir kaynağı boyunca oluşturulması veya diğer bir deyişle hiyerarşinin içerdeki normlardan ziyade dışarıdaki normlara dayanması hatalı varsayılmaktadır. Bu nedenle, *jus cogens* normların hukukun her hangi bir kaynağı içerisinde bulunabildiği iddia edilmektedir.²¹⁸ Kısacası, *jus cogens*in özgür bir konumdan türetilip türetilmediği sorgulanmakla birlikte, otoriter normların özerk bir kaynağa dayandığı varsayımı otoriter normların kaynaklarını açıklamakta bir seçenek olmaktan öteye gidememektedir.

2.5.1.1. *Jus Cogens* ve Antlaşmalar

Uluslararası hukukun kaynaklarından biri olan antlaşmalar, uluslararası alanda hak ve yükümlülükler getiren, değiştiren ya da sonlandıran irade uyuşmaları olarak tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda, VAHS incelendiğinde genel uluslararası hukuk kurallarına referansla, çok taraflı antlaşmaların *jus cogens*in kaynakları arasında yer aldığı genel kabul görmektedir. Ayrıca VAHS 34-36. Maddelerde ifade edildiği gibi, antlaşmaların taraf olmayanlar üzerinde de bağlayıcı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, *jus cogens*i somutlaştıran antlaşmalar bu normların koşullarını içermekte ve *pacta tertiis* kuralına bir istisna oluşturmaktadır.²¹⁹ Bu yaklaşım, evrensel uygulanabilirlik ve hiyerarşik öncelik bakımından *jus cogens*in doğasıyla tutarlı olmakla birlikte bu normları somutlaştıran bir antlaşmanın devletlerin ya da tarafların isteklerinden bağımsız onların anlaşmazlıklarını görmezden gelen bir boyutta yer aldığına da dikkat çekmektedir.

Çok taraflı antlaşmalar, genel uluslararası hukukun bir parçası olarak otoriter normların yerleştirilmesi için bir araç olmaktadırlar. Örneğin Soykırım Sözleşmesi, soykırımın yasaklanmasının dünya düzenine yönelik temel bir ilke olduğunu ve bu yüzden, bütün devletleri bağladığını ve uluslararası toplum tarafından tanındığını belirtmektedir.²²⁰ Sözleşmede ifade edilen yükümlülüklerin, herhangi bir sözleşme yükümlülüğü olmaksızın bağlayıcı bir temele sahip olduğu UAD Çekinceler Üzerine Tavsiye Görüşüne ilişkin pasajda ifade edilmektedir. Tavsiye Görüşünde,

²¹⁸ Orakhelashvili, p. 110.

²¹⁹ Roma hukukundan gelen bir özdeyiştir ve uluslararası hukuka sözleşmelerin üçüncü kişiler için ne hak ne de hüküm doğurmaması şeklinde bir ilke olarak yansımıştır.

²²⁰ <http://treaties.un.org/doc/source/events/2008/Publication/publication-English.pdf>

yükümlülüklerin genel uluslararası hukukun bir parçası olduğu ve Sözleşme olmasa bile yükümlülüklerin olacağı ve Sözleşmenin temelini oluşturan ilkelerin taraf olmayanları da bağlamasının bundan dolayı önemli olduğu vurgulanmaktadır.

Çok taraflı antlaşmalarda somutlaştırılmış standartların uygulanabilirliğini anlatan bir başka örnek, 1907 Lahey Düzenlemelerinin önsözünde yer almaktadır. Burada, yurttaşların ve savaşanların her halükarda kamu vicdanı ve insanlık yasalarının koruması altında olduğu ve onları bu tür bir koruma altına almaya antlaşmaların zorlamadığından bahsetmektedir. Bu ifade çok taraflı antlaşmaların, sadece *jus cogens*in kaynağı olmadığını aynı zamanda onun kanıtı olduğunu da göstermektedir.

2.5.1.2. *Jus Cogens* ve Örf ve Adet

Örf ve adet, uluslararası hukukun oluşumunda önemli bir rol oynamasına rağmen, belirsizliği ve kanıtlanma zorluğu nedeniyle antlaşmalara oranla ikinci planda kalmaktadır.²²¹ UAD Statüsü'nün 38. Maddesinde, örf ve adet uluslararası hukukun kaynakları arasında yer almış ve hukuk kuralı olarak genel bir uygulamanın sonucunda bağlayıcılığı kabul edilmiştir. Örf ve adet kuralları, genel uluslararası hukukun normlarına kaynaklık ettiği için *jus cogens*in doğasıyla tutarlıdır ve bu yüzden VAHS 53. Madde gereğince, uluslararası toplumun tamamı tarafından tanınmakta ve kabul edilmektedir. Dolayısıyla, örf ve adet otoriter normların genellikle en yaygın kabul edilen kaynağı olmaktadır. Bu konuda Brownlie, geleneksel hukuk normları olarak otoriter normları incelemiştir.²²² Kolb ise, kuvvet kullanımının yasaklanması soykırım veya kölelik gibi, *jus cogens* normlarının çoğunun geleneksel hukuka ait olmasından dolayı bu normların kaynağı olarak örf ve âdeti açıklamak için herhangi bir açıklamaya ihtiyaç duyulmadığını ifade etmiştir.²²³ Dolayısıyla, örf ve adet üzerine inceleme yapan akademik eğilim, otoriter normların kaynağını oluşturmada geleneksel hukukun önemli bir rol aldığını düşünmektedir.

Geleneksel hukukta örf ve adet kuralları çok genel ve esnek bir niteliğe sahip oldukları için çoğunlukla kolay bir kaynak olarak görülmekle birlikte bazı kavramsal

²²¹ Sur, s. 70.

²²² Brownlie, p. 488.

²²³ Robert Kolb, "Formal Source of Jus Cogens in Public International Law", 53 Zeitschrift für öffentliches Recht, 1998, p. 94'den Aktaran, Orakhelashvili, p. 113.

problemleri açıklayamamaktadırlar. Bu problemlerden ilki ve en açık olanı birçok otoriter normun gelenek tarzının gerektirdiği devlet uygulamalarını yerine getirmede başarısız olmasıdır. Örneğin saldırı, işkence, soykırım, kölelik gibi uluslararası toplum tarafından kabul edilemeyen unsurların yasaklanmasının devletler tarafından da tartışmasız bir şekilde kabul edilmesine rağmen, bu normların genel uygulanması temel alındığında itaat etmeme oranının çok yüksek olduğu görülmektedir.²²⁴

Jus cogens geleneksel doğasına yönelik teorik ve kavramsal itirazlar yapılmaktadır. Geleneksel normlar uygulamalar boyunca oluşturulurken, otoriter normlar uluslararası toplum için üstün olan sosyal değerlere ve ahlaka ilişkin olarak bir hükmün sonucu ortaya çıkmaktadırlar. Dolayısıyla, geleneksel hukuk doğası gereği antlaşmalardan bile üstün olan ilga edilmeyen normların gelişmesi için uygun bir araç olarak görülmemektedir. Bu nedenle Madde 53'te, otoriter normların tanımı yapılırken geleneğe başvurulmamaktadır.

UAD'ı Asylum Davasında geleneğe dayanarak açıklamalarda bulunan tarafın bu geleneğin diğer taraf üzerinde bağlayıcı olduğunu kanıtlamak zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla, söz konusu devletler tarafından uygulamada sabit ve sürekli olarak kullanılan bir kuralın olması gerekmekte ve bu kuralın bir devlete ait olan bir hakkı ifade ettiği ve diğer taraf üzerine de sorumluluk getirdiği kanıtlanmaktadır. Aslında, Divan'ın ilgili devletlerin tutumlarını ve isteklerini ifade eden tek bir kullanımdan daha fazlasına gereksinimi olduğu görülmektedir. Bu nedenle, Divan'ın kararı, tarafların davranışını ve geleneğin oluşturulmasına katılmayı isteyen devletlerin gereksinimlerini nitelemeyi gerektirmektedir.²²⁵

Asylum Davasının değerlendirilme ölçütü karşılıklı metinlerde anlatılmıştır. Bu metinlerde, geleneksel normların bir devletin haklarını oluşturmasına ve diğer devletlere karşı yükümlülükler getirmesi koşuluyla yerleştirilmesi gerektiğine yer verilmiştir. Bu ölçütlerin, uluslararası toplumun tamamına yönelik yükümlülükler içeren normlarla işlevsel olması şüpheli görünmektedir. Dolayısıyla, otoriter normlar bir başka devlet

²²⁴ Orakhelashvili, p. 113.

²²⁵ Asylum (Colombia /Peru), ICJ Reports 1950, p. 266, 276., <http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1849.pdf>.

tarafından karşılıklı üstlenilen yükümlülükleri ve hakları bireysel olarak ele almamakta bir bütün olarak uluslararası toplumun değerleri çerçevesinde dikkate almaktadır.

Asylum ölçütlerinin geliştirildiği ve aslında yeniden değerlendirildiği Kuzey Denizi Kıta Sahaneli Davasında, Hollanda ve Danimarka 1958 Kıta Sahaneli Sözleşmesinin 6. Maddesinin kamu hükümleri ve beyanlarla, Federal Almanya Cumhuriyeti üzerinde bağlayıcı olduğunu iddia etmektedir. Cumhuriyet tek taraflı olarak, Sözleşmenin yükümlülüklerini varsaydığını veya Sözleşmenin rejimini kabul ettiğini bildirmekte veya kıta sahanlığı alanlarının sınırlanmasını kabul etmektedir. Bu tutum, bu standartların ilgili devlet tarafından kabul edilmeksizin devleti bağlayamayacağını göstermektedir. Divan, bir normun bir devleti bağlayıp bağlayamayacağını belirlemek için kendi katı ölçütlerini ekleyerek bu tutuma yanıt vermiş ve bir devletin parçası üzerindeki eylemlerinin çok belirgin ve çok tutarlı bir kanıt oluşturacağını düşünmüştür. Böylece, Kuzey Denizi Davasında, bir sözleşmede ifade edilen belirli normların geleneksel statüyü elde ettiğine dair olumlu bir kanıt oluşturulmuştur.²²⁶

Meron, Kuzey Denizi Davasında, bireylerin haklarını korumak için hak ve yükümlülüklerin karşılıklı değişiminin olmamasının evrensel olarak kabul edilmiş sözleşmelerin mantığıyla tasarlanmasından çok uzak olduğunu düşünmektedir. Meron, geleneksel yasa-yapma metotlarının yapısı içerisinde problemi incelemekte ve mevcut uygulamaya itaatsizliğin, hatta insancıl öğeleri içeren davalar da bile bir normun geleneksel statüsünün zayıflatılabildiğini iddia etmektedir.²²⁷ Örneğin birçok davada, devletlerin Cenevre Sözleşmelerini ihlal eden faileri iade etme veya onlara dava açma konusunda isteksiz davranmaları ya da başarısız olmaları bu girişimleri zayıflatmaktadır. Dolayısıyla, devletlerin olaylara ilişkin *sui generis* iddiaları spesifik koşullara dayandığı sürece sözleşmelerin yükümlülüklerinden sık sık kaçınacaklardır. Bu durum insancıl hukukun önemli öğelerini ve daha ziyade *jus cogensi* içeren sözleşmelerin konumunu aşındıracaktır. Cenevre Sözleşmelerini devletlerin icra edip etmediğini belirleme sadece otoriter normların işlevsel olmasında devletin uygulama

²²⁶ North Sea Continental Shelf Cases, <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5537.pdf>.

²²⁷ Theodor Meron, **Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law**, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 51.

rolünü vurgulamamakta aynı zamanda zımnî de olsa bu normlara ilişkin itiraz olasılığını da ortaya koymaktadır.

Nikaragua Davasında da, Yargıç Schwebel normun otoriter karakterini kabul etmiş ancak Kuzey Denizi Davası açısından konuyu geleneksel kriterlere göre incelemiştir. Schwebel, Nikaragua'da kuvvet kullanımını düzenleyen kuralların *jus cogens*in bir parçası olduğunu ve BM'in üyesi olmayan devletlerin BM Şartında ifade edilen ilkeler ile bağlanamaz olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla, bir normun (*jus cogens*in ya özerk bir kaynağı ya da hukukun genel ilkelerini temel aldığı kabul edersek) geleneksel hukukun bir parçası olmaksızın bir antlaşmanın tarafı olmayan bir devlet üzerinde bağlayıcı olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir. UAD, Kuzey Denizi Davasında ifade edilenden farklı bir görüşü kabul etmektedir. Divan, antlaşma kurallarının aynı zamanda geleneksel kurallar olarak antlaşmadan bağımsız bir temel üzerine işlevsel olduğu Kuzey Denizi Davasında ifade edilen genel ilkeleri bildirmektedir.²²⁸ Ayrıca Kuzey Denizi Davasında vurguladığı gibi, sübjektif bir ögenin ışığında devletlerin uygulamalarının değerlendirileceğini belirtmiştir. Yine de, Kuzey Denizi Davasında devletlerin tutumlarını yansıtan uygulamalara eklenen bir öge olarak sübjektif ögenin norm-oluşturma uygulaması dikkat çekici bir fark oluşturmaktadır.²²⁹ Ancak, UAD Nikaragua Davasında sadece sübjektif kriteri uygulamış, devletlerin uygulamaları veya onların tutumlarının objektif ve maddi kriterleri uygulanmamıştır. Nikaragua Davasında sübjektif öge veya *opinio juris*, teknik olarak bağlayıcı olmayan Genel Kurul kararlarına yönelik, devletlerin girişimlerinin sonucundan çıkarılmıştır. Burada UAD, *jus cogens*in bir parçası olduğu gerçeğinden hareketle, geleneksel hukuk olarak kuvvet kullanımını yasaklayan kuralların geçerliğini fazlasıyla doğruladığını kabul etmiştir.²³⁰ Aslında Divan devletlerin uygulama ve girişimlerini incelemeyen bu sonuca varmıştır.

Kuzey Denizi Davasına eklenen norm-oluşturma kriterinin kanıtı (devletlerin davranışının ve mevcut uygulamanın değerlendirilmesi), Nikaragua Davasında uygulanmış olsaydı, UAD kuvvet kullanımını düzenleyen kuralların geleneksel

²²⁸ Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6457.pdf>.

²²⁹ North Sea Continental Shelf Cases, <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5537.pdf>.

²³⁰ ILC Report, 1986, pp. 100–101.

olduğuna oldukça zor karar vermiş olacaktı. Kuvvet kullanımını düzenleyen kuralların, otoriter olduğu tartışmasız kabul edilmekle birlikte, mevcut devlet uygulamalarının eksikliğinden dolayı geleneksel kuralların sadece konu üzerinde var olmadığını gösteren hukuki bir inceleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tartışmalı da olsa hiç bir ilgaya izin verilmeyen, uluslararası toplum tarafından kabul edilen ve tanınan bir norm gelenek testini geçmelidir. Ancak, Divan aslında gelenek kriterlerine bir alternatif olarak normun otoriter karakterine yönelmektedir.²³¹

Thirlway, UAD'nın sadece geleneksel hukukun *jus cogens* yükümlülüklerini üretebilen dolaylı bir karar aldığını ileri sürmektedir. Ancak Divan diğer olası kaynakların dışında herhangi bir çıkarımı düşünmemiştir. Aslında, Thirlway'a göre *jus cogens* olan bir norm, antlaşmanın dışında genel hukuk kurallarından olsaydı, *jus cogens* normların geleneksel hukuk kurallarının bir alt-kategorisi olduğu öne srlebilirirdi.²³² Ancak UAD, özellikle *jus cogens*in özerk kaynağının veya hukukun genel ilkelerinin ilişkisine karşı, Nikaragua Davasındaki sonucu yok saymamıştır. Dolayısıyla Divan, sadece kuvvet kullanma yasağının otoriter statüsünü kanıtlamak için birkaç seçenek arasından uygun olanı seçmiştir. Bu bağlamda, Divanın hukuk ilminde gelenekten ziyade kaynakların özümlenmesi olası ve tutarlı görülmektedir. Korfu Kanalı, Anglo-Norveç Balıklık Davalarında ve çekinceler zerine Tavsiye Görüşünde, gelenekten ziyade Divanın yasa-yapma sürecindeki tutumu bilinmesine rağmen, gelenek üzerinde öncelikli bulguların içeriğinde *jus cogens*in tanımlanma kriterlerini saptamaya meyilli gibi görünmektedir.

Nikaragua Davasını yorumlayan Thirlway, bir normun *jus cogens* normlar niteliğinde ve geleneksel hukuka ait olup olmadığını kanıtlamayı önermiş ve bunun önemine değinmiştir. Ancak, Divanın kararında bildirdiği gibi, bir normun *jus cogens* niteliğinde olması, onun geleneksel statüsü, devletlerin rızası ve diğer normlara uygulanabilirliğinden farklı kriterlerle kanıtlanabilir. Bir diğer deyişle, normun otoriter statüsü kendi başına onu geleneksel yapmamaktadır.

²³¹ Orakhelashvili, p. 119.

²³² Hugh Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice", Part Two, *British Yearbook of International Law*, Vol. 61, 1990, pp. 108–109–110.

*Jus cogens*in gelenekle ilinti kurularak tanımlanma yaklaşımı, insancıl hukuka da uygulanmaktadır. UAD, Cenevre Sözleşmelerinin geleneksel hukuku ifade edip etmediğine ilişkin olarak mevcut uygulamaları sorgulamamış, sadece Sözleşmelerin kaldırılma koşullarını düzenlemeye yönelik basit geleneksel koşullara başvurmuştur. Benzer bir yöntem, ‘insanlığın dikkatine’ başlangıcını ifade ettiği için, geleneksel hukuk olarak düşünülen Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. Maddesine uygulanmıştır.²³³ Nikaragua Davasına referansla, EYUCM’de Savcı Furundzija, Ortak 3. Madde’nin geleneksel hukukun iyi yerleştirilmiş bir parçası olduğu sonucuna varmıştır. Devletin mevcut uygulamalarına hiçbir referansın olmadığı ve geleneksel normun bağımsız değerinin, geleneksel hukukun parçası olarak, bağlayıcı olduğuna ilişkin yeterli kanıt olabildiği açıklanmıştır.²³⁴

Jus ad bellum’da olduğu gibi, genel ilkelerin tanınması hem devlet uygulamasının yetersizliğiyle hem de insan hakları hukukuyla mukayese edilmektedir. Furundzija, işkenceye karşı genel bir yasağın geleneksel uluslararası hukukta geliştirildiğini ileri sürmüştür. Divan, belirli insancıl antlaşmaların koşullarını analiz ederek bu ifadeyi desteklemekte ve antlaşmaların geniş katılımına ve normun otoriter karakterine başvurmuştur. Divan, antlaşmalara devletlerin geniş katılımının işkence yasağına yönelik devletlerin girişimlerini, geleneğe ilişkin argümanın bir göstergesi olarak vurgulamıştır. Bu yüzden tartışmasız, işkence silahlı çatışma zamanında uluslararası hukukun genel bir kuralı ile yasaklanmıştır.²³⁵ Benzer bir yaklaşım, Delalic ve Kunarac davalarında tekrarlanmıştır.²³⁶ Dolayısıyla, gelenek ya da teamül hukukun bir parçası olduğunu kanıtlamak için geleneksel hukukta bir kuralın tartışılmaz kabulüne başvurma oldukça farklıymış gibi görünmektedir. Bu nedenle antlaşmalar ve gelenek, hukukun ayrı kaynakları olmakta ve mahkeme antlaşmada ifade edilen yasağın,

²³³ ILC Report, 1986, pp. 113–114.

²³⁴ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Frundzija, IT-95-17/1-T, para.138, <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

²³⁵ Frundzija, IT-95-17/1-T, para.139, <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

²³⁶ Delalic’de, Divan, ilgili antlaşma koşullarına referans ile, işkence için BM özel raportörünün girişimlerini desteklemiştir. Kunarac da, 1926 Kölelik Sözleşmesinin ve diğer anti-kölelik antlaşmalarının, neredeyse evrensel kabulü ile köleleştirme yasağının, geleneksel karakterini bildirmiştir. Judgment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the case of Delalic, 452-453, 459., <http://www.un.org/icty/celebici/jugement/part3.htm>, Kunarac, <http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/cnn/docs/icty/kunarajdgmnt22201.pdf>.

geleneksel doğasını destekleyen mevcut devlet uygulamalarının hiçbirine başvurmamaktadır.

EYUCM, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların bireysel cezai sorumluluğunu tartışmasız bir şekilde geleneksel hukukun bir parçası olarak vurgulamıştır. Özellikle 1949 Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. Maddesinin ciddi ihlallerini oluşturan, tecavüz, insan onuruna hakaret ve işkence gibi suçlara ilişkin olarak, bireysel cezai sorumluluğunu tekrarlamıştır. Benzer şekilde, Belçika Tutuklama Kararı Davasında savaş suçlarına dava açma görevini ele alan Cenevre Sözleşmelerinin koşullarının, geleneksel hukukun parçası olduğunun altı çizilmekte ve mevcut devlet uygulamalarına ve tutumlarına hiçbir referans yapılmamaktadır.²³⁷

Devlet uygulamaları açısından gelenek kriterleri dikkate alınarak Cenevre Sözleşmeleri 1977 Birinci Ek Protokolünün 52. maddesi incelendiğinde, sivillere karşı misillemelerin yasaklanmasının geleneksel hukuku yansıtmadığı görülmektedir. Bu bağlamda, EYUCM insancıl hukukun haklar ve yükümlülüklerin karşılıklı bir değişim üzerine temellendiğini, ancak bu yükümlülüklerin koşulsuz ve karşılıklı ilişkiler üzerine temel alınmadığını ifade etmektedir. Divan, 1977 Birinci Ek Protokolünün geleneksel hukukun bir parçası olarak sivillere karşı gelişigüzel saldırıları yasaklayan 57 ve 58. maddelerine hiçbir devletin karşı çıkmadığını bildirmektedir. Divanın, sadece antlaşma koşulları ve bu koşullara ilişkin devlet görüşlerini ifade ettiği, özellikle koşulların geleneksel statüsüne ilişkin görüşlere yönelik ifadelerde bulunmadığı belirtilmektedir. Sivillere karşı misillemeler ise, düşmanın elinde siviller olduğu sürece geleneksel uluslararası hukuk altında yasaklandığı belirtilmiştir. Savaş bölgelerindeki sivillere ilişkin misillemeler, 1977 Birinci Ek Protokolünün Madde 51(6)'da yer aldığı şekliyle yasaklanmış, sivil objelere karşı misillemeler de madde 52(1)'de yasadışı ilan edilmiştir.²³⁸

²³⁷ Joint Separate Opinion, Arrest Warrant, <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>.

²³⁸ Bu bağlamda Divanın geleneksel hukukun oluşumunda belirttiği gibi, geleneğin öğelerinden biri yani *usus* (kullanma hakkı) veya *diuturnitasın* (süreklilik) şekillendirdiği öneri, tutarlı olarak desteklenen devlet uygulamalarının bütününe ortaya çıkarmış gibi görünmemektedir. Bu yine de *opinio iuris sive necessitatis'in* bahsi geçen Martens Maddesinin sonucu olarak, *usus*'dan çok daha büyük bir rol oynayabildiği bir alandır. Bu Madde açıkça, uluslararası insancıl hukukun ilkelerinin insanlığın taleplerinin veya kamu ahlakının baskısı altında, geleneksel bir süreç boyunca, hatta devlet uygulamalarının yetersiz veya tutarsız olduğu yerde ortaya çıkabildiğini gösterir. Diğer öge, insanlık veya kamu ahlakının zorunluluğunun bir sonucu olarak netleştirilen, *opinio necessitatis* biçiminde genel bir

UAD, sivillere karşı misillemelerin barbarca niteliğine ve bu misillemelerin temel insan haklarını yalanlamasına atıfta bulunarak, sivillere karşı misillemelerin söz konusu olmaması gerektiğini vurgulamış ve 1970 Genel Kurul Kararları ve birçok devlet uygulamalarında konsensüs eksikliğini kabul eden konuların geçersiz kılınmasını desteklemiştir. Böylece Divan, geleneksel hukukun yeterince icra edilmiş devlet uygulamalarına ihtiyaç olmaksızın da var olabildiğini kabul etmektedir. Bu yaklaşım, insancıl hukuk altındaki yükümlülüklerin uluslararası toplumun tamamına yönelik varsayıldığı ve bunların çoğunun *jus cogens* bir parçası olduğu beyanına paralel olmaktadır. Aynı zamanda bu yaklaşım, UAD'nın önceden geleneksel statüye sahip olmayan antlaşma normlarının geleneksel karakterini kanıtlamak için, devlet uygulamalarının açık ve kesin bir kanıtının gerekli görüldüğü Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davasında benzer bir durumu muhafaza etmesine de tamamen karşı çıkmaktadır.²³⁹

Uluslararası hukukun ihlallerine ilişkin yargılama yetkisini uygulamak amacıyla Amerikan mahkemeleri, Yabancı Vatandaşların Haksız Muamele İddialarına (YVHMİ) yönelik, söz konusu kuralın genel uluslararası hukukun bir parçası olduğunu kanıtlamak zorundadır. Amerikan mahkemeleri, uluslararası hukukun genellikle kabul edilen normları olduğunu kanıtlaması için belirli kuralların otoriter statüsünü vurgulamıştır. Burada işkence yasağının temel ve evrensel olduğunu, uluslararası düzenin asla hoş görmeyeceği ihlallerin *jus cogens* bir norm olarak uluslararası hukukta en yüksek seviyeye sahip olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, Trajano v Marcos Davalarında da benzer çizgilerle işkence yasağının otoriter karakterini vurgulamıştır. Mahkeme, çoğunlukla işkenceye ilişkin evrensel antlaşmaları kabul etmenin kanıtı olarak düşündüğü, Antlaşma ve BM deklarasyon metinlerine referans ile işkence yasağının *jus cogens* normlar kapsamında genel uluslararası hukukun bir parçası olduğunu bildirmiştir.²⁴⁰ Kısacası, yasağın uygulanmasına neden olan unsurların evrensel, tanımlanabilir ve zorunlu olduğunun altı çizilmiştir.

kuralın ortaya çıkması veya insancıl hukukun ilkesini meydana getirir.

²³⁹ Orakhelashvili, p. 122.

²⁴⁰ Trajano v. Marcos,

<http://openjurist.org/978/f2d/493/estate-of-ferdinand-marcos-human-rights-litigation-trajano-v-e-marcos>

Guatemala'da taraflara kötü muamele ve işkencenin dışında ortaya çıkan talepleri ele alan Xuncax v Gramajo Davası, normların geleneksel statüsünü kapsamlı bir şekilde açıklamaktadır. Dolayısıyla, evrensel ve zorunlu bir norm olarak YVHMİ'na ilişkin yargılama yetkisini sağlamak için bir norm ilga edilmemelidir ve bütün aktörler üzerinde her zaman bağlayıcı olmalıdır.²⁴¹ Bu aslında *jus cogens*in tanımlanmasıdır. UAD, infaz, gaiplik, işkence ve keyfi alıkoymanın da böyle bir statüye sahip olduğunu bildirmiştir. Aslında Divan, antlaşmalar ve devlet uygulamaları olmayan diğer ögelere referans ile bu yasakların evrensel karakterini bildirmiş ve sonuç olarak ihlaller üzerinde yargılama yetkisini sürdürmüştür.

Avustralya Federal Mahkemesi Aborjin soykırımının ele alındığı Nulyarimma v Thompson Davasında büyük ölçüde geleneksel *jus cogens*in kanıtının, BM Genel Kurul kararlarında aranması gerektiğini ileri sürmüştür. Ayrıca UAD 1951 Çekinceler Üzerine Tavsiye Görüşünde, genel uluslararası hukukta soykırımın yasaklanmasının otoriter karakterini güçlendirmiştir. Uluslararası toplumun tamamına, her ulus devlet tarafından ilga edilmeme yükümlülüğü olan geleneksel uluslararası hukukun otoriter bir normu olan soykırım yasağını bildirmiştir.

Gelenekle ilintili olarak *jus cogens* bir normun var olduğu iddialarının desteklenmesi için devlet uygulamalarının öneminin daha az vurgulandığı görülmektedir. Kısacası, insan hakları ve insancıl hukuk, antlaşma koşullarında devlet çıkarlarından ziyade insan olmayı korumaya yönelmektedirler. Dolayısıyla, geleneksel yapıdan farklı olarak *jus cogens*in ortaya çıkması, devletlerin spesifik görüşlerinin veya davranışlarının incelenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, otoriter normlar özellikle devletlerin mevcut uygulamaları boyunca rızayı gerektirdiği için değil, kamu düzenine ait olduğu için var olmaktadır.

2.5.1.3. *Jus Cogens* ve Hukukun Genel İlkeleri

UAD Statüsü Madde 38(1)(c)'de yer alan hükümler çerçevesinde hukukun genel ilkeleriyle *jus cogens*in olası bir bağlantıya sahip olduğu görülmektedir.²⁴² Madde 38(1)(c), genel ilkelerin tanınma yollarından değil, sadece genel ilkelerden

²⁴¹ Xuncax v Gramajo, <http://ccrjustice.org/ourcases/past-cases/xuncax-v.-gramajo-and-ortiz-v.-gramajo>.

²⁴² Thirlway, p. 147.

bahsetmektedir. Bu bağlamda, otoriter normların erdem, etik ve insanlığın standartlarını ifade etmesi halinde, genel ilkeler kavramı altında olduğunu göstermek daha kolay olacaktır. Bu nedenle, herhangi bir geleneksel yükümlülüğün yokluğunda bile devletleri bağlayan ilkelerin doğası, Soykırım Sözleşmesinde belirtildiği gibi, hukukun genel ilkelerine benzeyebilmektedir. Hukukun genel ilkeleri olarak uluslararası kabulün, *jus cogens*in gereksinimlerini karşılamak için, geleneksel hukuktan daha uygun olduğu ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, insan hakları hukukunun otoriter karakteri kabul edilmekte ve insan hakları kavramı ve korunması UAD Statüsü Madde 38’de bahsedilen hukukun genel ilkelerini de kapsamaktadır.

Genel ilkelerle *jus cogens* normların bağlantısı, bu normların anlaşılabilirliğini anlamakta yardımcı olmaktadır. Bu bağlamda, Madde 38(1)(c) bakımından genel ilkeleri tanıma, geleneksel normların tanınmasından daha farklı olacaktır. Bu devlet uygulamalarının aksine, zorunlu bir öge olmadan yapılmaktadır. Diğer bir deyişle, genel ilkelerin uluslararası hukukun eylemleri içinde uygulama veya antlaşmanın sonucu olarak değil, onların zorunlu varlığından dolayı devletler veya uygarlaştırılmış uluslar tarafından tanındığı varsayımı mümkün olmaktadır. Ayrıca, bu tür ilkeler VAHS Madde 53’te otoriter bir normun, uluslararası toplumun tamamı tarafından tanınması ve kabul edilmesi gerektiğini belirleyen tanımlamayı karşılayacaktır.

Sonuç olarak burada, toplum çıkarlarını koruyan normlar olarak *jus cogens*in uluslararası hukukun kaynakları ile ilişkisi incelenmeye çalışılmış ve bu normların ayırıcı karakteri yansıtılmıştır. *Jus cogens*in karakteri, antlaşmalar, gelenek ve genel ilkeler boyunca yasa-yapma süreçleriyle uyulaşabilmektedir. Dolayısıyla, bu normların dayanağını oluşturan kaynaklar çoğunlukla birbirini tamamlayıcı olmaktadır.

2.5.2. *Jus Cogens* (Buyruk) Kuralların Değişimi

Jus cogens normların aynı niteliğe sahip diğer normlarla değişiminin yapılabilmesi için bu normları içeren metinlerin tam olarak anlaşılması gerekmektedir. Öncelikli olarak *jus cogens*in değişim süreci, bu normların ortaya çıkma süreciyle benzerlik taşımamaktadır. Otoriter normlar, Viyana Konferansında kabul edilen karar-

alma süreci doğrultusunda çoğunluğun görüşü ile betimlenmiştir.²⁴³ İkinci olarak, bu normların değişimi var olan *jus cogens* normların fonksiyonunu değiştirmemektedir. Ancak geçmişe yönelik olarak belirli antlaşmaları yasadışı ilan eden *jus cogens*ten ayrılmaktadırlar.

VAHS Madde 53, otoriter bir normun aynı nitelikte bir başka norm ile değiştirilebileceğini kabul etmektedir. Bir normun değişimi farklı şeyleri ifade edebilmektedir. Örneğin, normun alanının genişlemesine veya gelişimine katkıda bulunabilmekte, hatta normun değiştirilmesi veya kaldırılmasını sağlayabilmektedir. Dolayısıyla, bu seçeneklerin tamamının Madde 53'ün kapsamında olup olmadığı sorgulanmalıdır. Madde 53'de değişim, bir normun farklı bir tarzda, aynı konuyu düzenleyen başka bir norm tarafından değiştirilmesi şeklinde ifade edilmektedir.

Madde 53'ün kabul edilme sürecinde farklı bir bakış açısı ortaya konulmuştur. Özel Raportör Waldock, açıkça gelecekte düzeltme veya kaldırmanın değişmezliği olarak *jus cogens* normlar olarak kabul edilen normları düşünmenin yanlış olacağını kabul etmektedir. UHK, otoriter bir normun değişikliğinin, otoriter normun kaldırılması anlamına gelmemesi için kaldırma veya düzeltme terimi yerine, 'modified' terimini kullanmıştır.²⁴⁴ VAHS bu özel terimleri kapsamamakta ancak değişim kavramına daha geniş bir yer vermektedir.

Jus cogens normların değişiminin nasıl yapılması gerektiğine dair çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu konuya ilişkin olarak Waldock, 1963'te Antlaşmalar Hukuku Raporunda, bu normların değişimini sadece genel uluslararası hukukun müteakip bir normu ile kaldırma olarak ifade etmektedir. Bu nedenle, otoriter normların çok taraflı antlaşmalar ile değişebilirliğini kabul eden Waldock, *jus cogens* niteliğe sahip bir normun, değiştirilen veya kaldırılan çok taraflı bir antlaşmanın *jus cogens* geçersizliğinden muaf tutulması gerektiğine ilişkin 13. Maddenin düzenlenmesini teklif

²⁴³United Nations Conference on the Law of Treaties First Session Vienna, 26 March–24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/docs/english/1stsess/a_conf_39_c1_sr80.pdf#page=2.

²⁴⁴IYbILC 1963, Second Report on the Law of Treaties A/CN.4/156 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf). Çalışmada modified terimi yerine değişim kavramı kullanılmıştır.

etmiştir.²⁴⁵ Ancak VAHS Madde 53, antlaşmalara değil genel uluslararası hukukun normlarına başvurmaktadır. Bu nedenle, *jus cogens* değişimi açısından Madde 53, bu normlarla çatışan iki veya çok taraflı her antlaşmanın geçersiz olduğuna yer vermektedir.

Kuramsal görüşler *jus cogens* değişim yapılabilme tarzlarına göre ayrılmaktadır. Bu bağlamda, otoriter normların gelenekten daha çok antlaşma ile değiştirilmesi daha muhtemel görülmektedir.²⁴⁶ Brownlie, antlaşma veya rıza ile iptal edilemeyen geleneksel hukuk kurallarına, sadece müteakip geleneksel bir kuralın muhalif etkisi ile *jus cogens* başvurmaktadır.²⁴⁷ Dolayısıyla, otoriter normların yürürlükten kaldırılabilirdiği veya otoriter olmayan normlara dönüştürülebildiğini muhafaza etmekte ve dahası otoriter bir normun otoriter olmayan bir norm ile yer değiştirilebildiğini göstermektedir. Burada sorulması gereken soru, uluslararası toplum tarafından böyle bir değişikliğin nasıl kabul edilmek zorunda olduğudur. Dolayısıyla, VAHS Madde 53'ün gerektirdiği unsurlarla açıkça uyumsuz görünmektedir.

Jus cogens değişim sürecinde bazı yazarlar bu normların özgünlüğüne de başvurmuşlardır. Bu konuya ilişkin olarak Abi Saab'a göre, otoriter bir norm olan kuvvet kullanma yasağı, özellikle BM Şartnamesi Madde 2(4)'de ifade edildiği gibi geçersiz olmamaktadır.²⁴⁸ Dolayısıyla, gelenek aracılığıyla *jus cogens* değişikliğine yönelik uygulamalar geçersiz olacaktır. Ayrıca bu tür değişiklikler, kuralın tanınması ve kabulü için zorunlu olan aynı ezici çoğunluğu gerektirecektir.

Jus cogens değişimi için, VAHS Madde 53'ün gereksinimlerini karşılayabilen norma neyin eşit olabildiği sorgulanmalıdır. Burada, devlet uygulamaları basitçe yeterli olacak gibi görünmemektedir. *Jus cogens*le çatışan tek taraflı eylemler geçersiz olacak ve böylece ilga etme antlaşmaları olacaktır. Sonrasında ilk olarak ilga etme antlaşması geçersiz olacak ve her ne olursa olsun hiçbir yasal sonucu oluşturmayacaktır. Bir

²⁴⁵ IYbILC 1963, Second Report on the Law of Treaties A/CN.4/156 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf).

²⁴⁶ Yoram Dinstein, **War, Aggression and Self-Defence**, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 96-98.

²⁴⁷ Brownlie, p. 488.

²⁴⁸ Georges Michel Abi-Saab, "The Concept of International Crime and Its Place in Contemporary International Law", Joseph Weiler/Antonio Cassese/ Marina Spinedi (Ed.), *International Crimes of State: A Critical Analysis of Article 19 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility*, Berlin, European University Institute, 1989, p. 146.

sonraki antlaşmada aynı şekilde geçersiz olacak ve herhangi bir eksiklik olmaksızın önceki ile desteklenen antlaşmada kendisini geçersiz kılacaktır. Bunların sırası belirsizce böylece devam edebilecek ve elle tutulur hiçbir yasal sonucu getiremeyecektir. Dolayısıyla, bir standardı ve var olma hakkını belirleyen yasallık ölçütünü oluşturan *jus cogens* eylemler boyunca, bu normların değişimi hakkında ciddi düşünmek oldukça zor görünmektedir. Bu nedenle, mevcut otoriter normu kaldırmak teorik olarak mümkün gibi görünebilirken uygulamada oldukça zor olmaktadır.

Otoriter normların değişim süreci onun kaldırmasından ziyade, özünde otoriter bir normun alanının genişlemesi, var olan otoriter normların yeni yönlerinin gelişmesini kapsayabilmektedir. Buna kötü muamele ve işkencenin yasaklanması örnek olarak verilebilir. Bir eylemi işkence veya kötü muamele olarak nitelemek için en azından AİHS gereğince şiddetin minimum derecesinin belirtilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, işkencenin ölçüsü veya insanlık dışı kategorisine giren kötü muameleden daha az oluşumlara karşı hiçbir koşulun olmadığı ve böylece daha az oluşumların üstünü örtmek için çeşitli sözleşmelerin tasarlanmadığı görülmektedir. Sözleşmeler ile işkencenin veya insanlık dışı davranışın kabul edilebilir ölçüsü ortaya konulmalıdır.

Kısacası devlet uygulamalarının, uluslararası organizasyonların ve mahkemelerin bazı alanlarda belirli otoriter normların sınırlı alanını genişletecek olan bazı gelişmelere neden olduğu görülmektedir. Kuralların gelişimi, ilgili otoriter normun alanını değiştirecektir ve onun değişimine eşit olacaktır, ancak onun kaldırılması veya fesih edilmesi anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla VAHS Madde 53, otoriter normların değişimi kavramına anlam vermede kanıt olarak çoğunlukla gösterilmektedir. Bu nedenle, otoriter normların değişimi mutlaka normun kaldırmasını veya normun otoriter karakterinin feshedilmesini ima etmemektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR HUKUKUNDA VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜNDE *JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLAR

3.1. VİYANA ANTLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİNİN OLUŞUM SÜRECİNDE *JUS COGENS* (BUYRUK) KURALLAR

1969 VAHS ile düzenlenen *jus cogens* normlar devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir. Bu normlar uluslararası toplumun benimsediği örf ve adet, sözleşme ya da devletlerin iç hukuk sistemlerinin bir parçası olarak genel hukuk ilkeleri içerisinde uygulama alanı bulmuştur. VAHS'nin 53. Maddesinde yer alan '*bir milletlerarası emredici hukuk normu ile çatışan antlaşmalar*' başlığında, *jus cogens* normların uluslararası sistemde yer alan devletler ve uluslararası toplum tarafından kabul edilen ilkelere karşı kabul edilmiştir. Ancak Sözleşme, *jus cogens* niteliğinde olan normların parametrelerini belirlemeden ziyade bu normların uluslararası pozitif hukuk kapsamında ele alındığını ve bu ilkelere aykırı yapılan uluslararası sözleşmelerin geçersiz olduğunu vurgulamıştır.²⁴⁹ Ayrıca Sözleşmenin 64. Maddesinde, bir *jus cogens* normunun değiştirilmesi gerektiğinde, bu normun yerine geçecek olan yeni normun da *jus cogens* niteliğinde olması gerektiği ve yeni *jus cogens* norm ile çatışan önceki

²⁴⁹ Madde 71- Genel milletlerarası hukukun emredici bir normu ile çatışan bir antlaşmanın geçersizliğinin sonuçları;

1. 53. maddeye göre batıl olan bir antlaşma durumunda taraflar:

a- genel milletlerarası hukukun emredici bir normu ile çatışan herhangi bir hükme güvenerek icra edilen herhangi bir işlemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde bertaraf edeceklerdir; ve

b- karşılıklı ilişkilerini genel milletlerarası hukukun emredici normuna uygun hale getireceklerdir.

2. 64. maddeye göre batıl olan ve sona eren bir antlaşma halinde, antlaşmanın sona ermesi,

a- tarafları antlaşmayı bundan sonra icra etme konusunda herhangi bir yükümlülükten kurtarır;

b- tarafların antlaşmanın sona ermesinden önceki icrası suretiyle doğan herhangi bir hak, yükümlülük veya hukuki durumlarını etkilemez, şu kadar ki bu hak, yükümlülük veya durumların daha sonra muhafaza edilmeleri genel milletlerarası hukukun emredici normu ile çatışmadığı oranda mümkündür. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 22 Mayıs 1969, BM Enformasyon Merkezi UNIC-Ankara, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlasmalar%20Hukuku%2069.pdf>.

antlaşma hükümlerinin geçersiz olacağı ifade edilmiştir.²⁵⁰ Dolayısıyla, bu normların niteliğinde yeni normların ortaya çıkabileceği de dikkate alınmalıdır.

BM Şartnamesinin 33. maddesine göre, *jus cogens* ile çatışan bir antlaşmanın geçersiz sayılıp sayılmayacağına dair bir ihtilaf söz konusu olduğunda, barışçıl çözümler öncelikli olmakla birlikte, UAD'na sorumluluk verilmiştir. BM Şartnamesi incelendiğinde, '*BM üyelerinin işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası antlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükler üstün gelecektir*', ifadelerinin yer aldığı görülmektedir. Şartnamede 103. Madde de yer alan bu hüküm, BM üye ülkeler tarafından *jus cogens* niteliğinde görülmekle birlikte, BM Şartnamesine aykırı olan sözleşmenin iptal edileceğine dair bir düzenlemenin olmaması, *jus cogens* niteliği taşıyıp taşımadığının sorgulanmasına neden olmaktadır.²⁵¹

Uluslararası hukukta *jus cogens* normların 1969 VAHS öncesinde uygulanıp uygulanmadığı tartışılmakla birlikte, uluslararası toplumun temel değerlerinin uluslararası sistemin büyük güçleri tarafından da ihlal edilebileceğinin göz önünde bulundurulması, bu normların antlaşmalar hukukunun dışında da incelenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. *Jus cogens* ilkesinin antlaşmalar hukuku dışında ele alınması bazı görüş ayrılıklarını beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda *jus cogens*, 1969 VAHS kapsamında ele alındığında (*lex ferenda*) uygulamaları bu sözleşme ile sınırlandırılmış ve sadece taraf devletleri ilgilendirmiş olurken, bu normlar VAHS ötesinde değerlendirildiğinde (*lex lata*) sözleşmeye taraf olmayan devletler bakımından da hukuksal sonuçlar ortaya koyabilecek nitelikte olacaklardır. Ancak *jus cogens* normların kökeninin VAHS'den daha eskiye dayandığı, özellikle Roma hukuku uygulamaları incelendiğinde görülmektedir. Dolayısıyla VAHS 53. Madde bu normların uygulanması için bir üst kurumsal yapı sağlamanın ötesine geçememiştir. Uluslararası hukukta bu normlarla benzer özelliklere sahip, hatta farklılıkların neler olduğuna dair kesin tanımlamaların yer almadığı kurallarda bulunmaktadır. Bu kurallar, ikinci bölümde ifade edildiği şekilde uluslararası hukuk teorisinde erga omnes kavramıyla

²⁵⁰ Shaw, p. 100.

²⁵¹ Hillier, p. 149.

bütünleştirilmiş ve uluslararası toplumun düzenini sağlamaya yönelik ilkeler olarak nitelendirilmiştir.

3.1.1. Viyana Konferansı ve *Jus Cogens* (Buyruk) Kuralları Belirleyen Gelişmeler

Pozitivizm, yirminci yüzyılın başlarından itibaren uluslararası hukukun gelişmesinde egemen bir rol oynamaya devam etmiştir. Pozitif hukukun etkisiyle yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren, otoriter normlar uluslararası hukukta resmi olarak kabul edilmemekle birlikte, bu normların uluslararası hukukta var olduğu düşüncesi öncelikle akademik çalışmalarda kendisini hissettirmiş ve gayri resmi bir temelde otoriter normların varlığı onaylanmaya devam etmiştir. Örneğin 1905’li yıllarda Oppenheim, uluslararası hukukun evrensel ilkeleriyle çatışan bir antlaşmanın geçersiz olduğunu ve geleneksel uluslararası hukuk kuralı olarak, bu tür ilkelerin otoriter etkisini kabul etmiştir.²⁵² William Hall de, antlaşma koşullarının hukuka uygun olmaması halinde geçersiz olması ya da en azından, uluslararası hukukun ve onun tartışılmaz uygulamalarının temel ilkelerle uyuşmaması durumunda, otoriteyi elde eden ve keyfi kullanımları içeren bütün antlaşmaların geçersiz olduğunu kabul etmiştir.²⁵³

Birinci Dünya Savaşı sonrasında, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsünün (USADS) ve Milletler Cemiyeti (MC) sözleşmesinin benimsenmesi ile uluslararası bağlayıcı öğeler kapsamında otoriter normların tanınmasına yönelik devletlerin tutumlarının değiştiği görülmektedir. Bu tutumların temelinde, 1919 MC Sözleşmesi Madde 20(1)’de, birliğin üyelerinin sözleşmenin koşullarıyla bağdaşmayan antlaşmalara taraf olmaması ve 1920 USADS Madde 38(1)(c)’de, mahkeme tarafından uygulanabilir olan hukukun kaynakları içinde uygarlaştırılan uluslar tarafından tanınan hukukun genel ilkelerinin benimsenmesi yer almaktadır. Dolayısıyla, uluslararası hukuk tarafından katı pozitivist teorilerin terk edilmesiyle birlikte, uygarlaştırılan ulusların sağduyu ve ortak uygulamalarında doğanın modern yasını içeren bir yaklaşım ele alınmıştır. Bu

²⁵² Lassa Oppenheim, “International Law”, Longmans London, Vol.1, 1905, p. 528’den aktaran, M. Byers, “Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, 1997, p. 211–213.

²⁵³ William Edward Hall, **A Treatise on International Law**, 8th. Ed., Oxford, Clarendon Press, 1924, p. 382.

gelişmelerin ve düşüncelerin yansıması sonucu *jus cogense* ilişkin taslak maddeler Viyana Konferansı'nda UHK tarafından şekillendirilmiştir.

1949'da Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin ilk oturumunu düzenleyen UHK, uluslararası toplumda var olduğu kabul edilen otoriter normlar üzerine çalışmalarını yoğunlaştırmış ve belirlenen dört Özel Raportörle araştırmalarına başlamıştır. Brierly ve Lauterpacht'in Özel Raportör olarak belirlenmeden önce de uluslararası hukukta otoriter norm kavramını destekledikleri bilinmektedir. Hatta Lauterpacht, antlaşmaların ahlakiliğini belirleyen uluslararası bir organın oluşturulmasını kabul etmiştir. Lauterpacht'in 1953'teki raporuna göre, uluslararası hukukta yasadışı kabul edilen bir antlaşmanın uygulanması halinde bu antlaşmanın geçersizliğini bildirmek için, UAD yetki veren taslak bir madde oluşturulmuştur. Bir sonraki taslak madde ise, 1963'te Özel Raportör olarak görevlendirilen Waldock'un son taslağıyla birlikte, Özel Raportör Fitzmaurice tarafından sunulmuştur. UHK'nun 1963 ve 1966'daki oturumlarında da, *jus cogens* normlar tartışılmış ve UHK'nun raporunu kapsayan ve son taslak madde olarak benimsenen Waldock'un taslak metni Viyana Konferansı'na sunulmuştur. Bu rapora göre;²⁵⁴

1. Devletlerin kendi hür iradeleri ile sözleşme dışına çıkamadıklarına ilişkin uluslararası hukukun hiçbir kuralının olmadığı iddialarının desteklenmesi gittikçe zorlaşmaktadır.

2. Antlaşmalar hukukunun kodifiye edilmesinde devletlerin bir antlaşmanın düzenlemesi ile ilgili hiçbir ilga etmeye yetkili olmadığı kesin kurullarla ortaya konulmalı ve kodifiye edilen kural sadece (jus cogensin varlığını kabul eden) aynı niteliğe sahip bir başka kural ile değiştirilebilmelidir.

3. Jus cogens niteliğine sahip uluslararası hukukun genel bir kuralını tanımlamak için basit bir kriter yoktur. Üstelik uluslararası hukukun genel kurallarının çoğunluğu bu normların niteliğine sahip olmamaktadır.

²⁵⁴ Nieto-Navia, pp. 7-8. Ayrıca bkz. IYbILC, 1966, A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_v2_e.pdf).

4. *Jus cogens*, uluslararası hukukun genel bir kuralını oluşturmaz ancak Komisyonun düşüncesine göre ona *jus cogens* niteliği veren onun ilgilendiği konunun özel doğasıdır.

5. Uluslararası hukukun gelişme süreci paralel olarak *jus cogens* niteliğine sahip normlar ortaya çıkmıştır. Komisyon, bu normlarla çatışan antlaşmanın geçersiz olduğunu ifade ederek, devlet uygulamalarının ve uluslararası mahkemelerin hukuk ilminde başarılı olması için, bu kuralın içeriğine izin verilmesinin genel koşullarını sağlamayı düşünmüştür.

6. Gelecekteki gelişmelerinin ışığında *jus cogens* normlarını değişiklikten yoksun ve değişmez olarak kabul etme açıkça yanlış olacağından, genel uluslararası hukukun otoriter normları (*jus cogens*), ilga edilmeme ve sadece aynı karaktere sahip genel uluslararası hukukun müteakip bir normu ile değiştirilebilen normlar olarak tanımlanmaktadır.

7. Bir devlet tarafından antlaşmanın sonlandırılmasının veya durdurulmasının veya geçersizliğinin keyfi belirlenmesine engel olmak için gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, Şartnamenin 33. Maddesinde barışın korunmasına ilişkin yardım talebi yer almaktadır.

8. Burada, yürürlükte olan bir maddenin geçmişe yönelik etkilere sahip olması söz konusu değildir. Yürürlükte olan madde, antlaşmanın koşullarının *jus cogens*in mevcut bir kuralıyla çatışması nedeni ile antlaşmanın sonlandırılması halinde antlaşmanın geçersiz olduğu durumlarla ilgilidir.

9. *Jus cogens*in yeni bir kuralının ortaya çıkması durumunda bu kural, antlaşmanın geçerliliğine ilişkin olarak geçmişe ait etkilere sahip değildir. Geçersizlik, sadece *jus cogens*in yeni bir kuralının oluşturulması sırasında dikkate alınacaktır.

Viyana Konferansı sırasında, devletlerin otoriter normları nasıl tanıyabildiğine ve nasıl tanımlayabildiğine göre ayrıldıkları gerçeği devletlerin çoğunun prensipte otoriter normların uluslararası hukuktaki varlığını onaylamasına engel olmamıştır. Viyana Konferansı'nda, büyük ölçüde UHK'nun raporu ve taslak maddeler dikkate alınmış ve maddeler 87 kabul oyuyla (8 karşı oy ve 12 çekimser oy) benimsenmiştir.

3.1.2. Viyana Konferansı Sonrasında *Jus Cogens* (Buyruk) Kurallara İlişkin Tartışmalar

VAHS Madde 53: *'Bir antlaşma, yapılması sırasında genel uluslararası hukukun otoriter bir normuyla çatışırsa geçersiz/batıldır. Sözleşmenin amaçları için, genel uluslararası hukukun otoriter bir normu kabul edilmiş bir normdur. Ve kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen bir norm olarak, bütün devletlerin uluslararası toplumu tarafından tanınmıştır. Ve sadece genel uluslararası hukukun aynı niteliğe sahip bir normu ile değiştirilebilir.'* Bu tanımlamaya göre *jus cogens* normlar uluslararası toplum tarafından kabul görmektedir. Ayrıca, genel uluslararası hukukun otoriter bir normuyla çatışan antlaşmalara ilişkin, Madde 53'deki düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi, UHK *jus cogens* kavramının kodifiye edilmesine yönelik problemleri çoktan kabul etmektedir.

Konferans sırasında, Fransız temsilci M. Hubert, *jus cogens*in kodifiye edilme sürecinde potansiyel olarak ortaya çıkma ihtimali olan problemlere dikkat çekmiştir. Hubert, özellikle alan, biçim ve etki açısından, maddenin belirsiz olduğuna ilişkin genel bir sorunu ifade etmiştir.²⁵⁵ Ayrıca, antlaşma kategorilerinin tamamıyla geçersizliği belirtilirken, geçersiz olan hükümlerin ne olduğu veya bu hükümlerin nasıl belirleneceğine ilişkin tespitlerin başarısız olduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla, maddenin yorumlanmasında sürekli devam edecek olan belirsizlik, hem yasal öğeleri hem de uluslararası ilişkileri zayıflatacaktır. Kısacası, Fransız temsilci Hubert sonu belirsiz olan bir maddenin kabul edilmeye hazır olmadığını ifade etmekte ve maddenin yeterince kesin kriterleri oluşturmada başarısız olduğunu vurgulayarak belirsizliklere doğru kapıları aralamaktadır.

Otoriter normların tanımlanmasına ilişkin eleştiriler yeni olmamakla birlikte, son yıllarda giderek artmıştır. Viyana Konferansı'nda Fransız heyetinde yer alan M. Virally ve P. Weil, *'bugün Viyana Sözleşmesi Madde 53'de belirtilen kriterin uluslararası hukukun tek bir kuralı olabildiğini söylemek zor'* diyerek eleştirilerini dile

²⁵⁵ United Nations Conference On The Law Of Treaties, Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969, Official Records, A/CONF.39/11/Add. 1, p. 166, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G70/058/20/PDF/G7005820.pdf?OpenElement>.

getirmişlerdir.²⁵⁶ Bu eleştirilere rağmen neredeyse bütün devletler uluslararası hukukta *jus cogens*in varlığını tanımış ve VAHS'nin 53. Maddesini bu normların temeli olarak benimsemişlerdir. Dolayısıyla, 1969'dan bu yana kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade etmeyen otoriter normların varlığını kabul etmeye devam eden uluslararası toplumun var olduğu açıkça görülmektedir.

3.2. ANTLAŞMALARIN AMACI VE OBJESİ

Devletler bir nedene bağlı olarak antlaşma yapmaya karar vermekte ve karşılıklı ilişkileri ve bu ilişkiler sonrasında ortaya çıkan belirli sonuçları gerçekleştirmeyi tasarlamaktadırlar. Antlaşmaların obje ve amacının belirlenmesi, antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında önemli bir etken olarak görülmektedir. Hukuki uygulamalarda ve doktrinde belirsiz kavramlar olarak eleştirilmesine rağmen, bir antlaşmanın amaca ve objeye sahip olduğu kabul edilmektedir. Hukuki uygulamalar dikkate alındığında, bu kavramlara ilk referans ilgili antlaşmanın objesi ve amacıyla uyumlu izin verilebilir antlaşma çekinceleriyle ilişkili olan UAD Çekinceler Üzerine Tavsiye Görüşünde yer verilmiştir. Burada, Muhelif Görüşün Yargıçları McNair, Guerrero, Hsu Mo ve Read, Soykırım Sözleşmesinin amaç ve obje kavramının belirsizliğini vurgulayan Divan'ın yaklaşıma karşı çıkmışlardır. Bu konuda fikir ayrılığına düşen yargıçlarca, objenin ve amacın soykırımı bastırmak olduğu açıkça kabul edilirken, Sözleşmenin koşullarının tamamının veya herhangi birinin yürürlüğe konulmasından daha fazlasına yönelik bir amaç ve obje var ise, kavramın belirsiz olacağı düşünülmüştür. Dolayısıyla, bu belirsizlik tamamıyla kavramı uygulamanın zorluğundan kaynaklanmaktadır.²⁵⁷

VAHS'ne göre, bir antlaşmanın objesi ve amacı devletlerin sözleşme özgürlüğünü ve eylemlerini sınırlamaktadır. Sözleşme, antlaşmanın objesi ve amacıyla çelişen antlaşma çekincelerini yasadışı ilan etmekte (Madde 19) ve antlaşmanın yorumlanması sırasında ortaya çıkan sonuçların da antlaşmanın obje ve amacına uygun

²⁵⁶ M. Virally, *Panorama du Droit International Contemporain*, 183 *Recueil des Cours* (1983), p. 178'den P. Weil, *Le Droit International en Quête de son Identité*, 237 *Recueil des Cours* (1992), p. 271'den Aktaran Nieto-Navia, p. 9.

²⁵⁷ ICJ Reports, 1951, p. 43-44.

olması gerektiğine yer vermektedir (31 ve 33. Maddeler). Sözleşme, yapılan düzenlemelerin antlaşmanın objesi ve amacıyla çelişmesi halinde, antlaşma koşullarının askıya alınmasını düzenlemelerle yasaklamaktadır (Madde 41). Ayrıca, Madde 58’de de antlaşma koşullarını erteleyen düzenlemelerin yasadışı olduğuna yer verilmektedir. Dolayısıyla, bu maddelerde de ifade edildiği gibi, tarafların belirli eylemlerinin kanuna uygun olup olmadığının belirlenmesinde, antlaşmanın obje ve amacının önemli olduğu görülmekte ve aynı zamanda devletlerin-tarafların ilga etme gücünün üzerinde ilgili antlaşmanın belirli ilişkileri yerleştirdiği de ima edilmektedir.²⁵⁸

Antlaşmanın obje ve amacının, çatışan eylemlerin konularına ilişkin olarak vurgulanan sınırlar, ilga etme yasağına benzer gibi görünmektedir. Bu konuda, Özel Raportör Pellet, UHK çalışmalarında antlaşmanın objesinin ve amacının belirlenmesinde, ilgili antlaşmaya taraf devletlere ilişkin olarak belirli bir sübjektiflik derecesi içerdiğini ileri sürmektedir.²⁵⁹ Bu yaklaşım, yeterince açık olmamasından ve özellikle, devletlerin-tarafların özerk-yorumlama payına izin verilmesi söz konusu olduğundan tatmin edici değildir. Aynı zamanda, sübjektiflik algısı devletlerarası eylemlerinin bir sınırı olarak, objenin ve amacın belirlenmesinin ana hatlarını oluşturmaya uygun değildir. Dolayısıyla, obje ve amaç kriterleri tespit edildiği andan itibaren objektif kriterler olarak algılanması zorunlu olmalıdır.

Antlaşmaların ister tek taraflı isterse çok taraflı olsun ya da niteliği her ne olursa olsun bir objeye ve amaca sahip olduğu genel kabul görmektedir. Ancak, Riphagen bu argümana karşı çıkmaktadır. Riphagen’e göre, çok taraflı bir antlaşma, bağımsız karşılıklı bir ilişkinin ‘birleşmesi’ ise, çok taraflı bir antlaşmanın objesi ve amacı olmamaktadır.²⁶⁰ Objeye ve amacın, sadece karşılıklı yükümlülüklerden daha fazlasını ifade eden antlaşmalarda bulunduğu görüşü hukuki eksende desteklenmemektedir. Bu konuya ilişkin olarak VAHS 18. Madde, antlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce, antlaşmanın objesini ve amacını bozan eylemlerin icrasını yasaklamakta ve antlaşmanın objesine ve amacına tecavüzü bir antlaşmanın maddi ihlali olarak tanımlayan 60. Madde

²⁵⁸ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 22 Mayıs 1969, BM Enformasyon Merkezi UNIC-Ankara, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Antlaşmalar%20Hukuku%2069.pdf>.

²⁵⁹ Alain Pellet, Tenth Report on Reservations to Treaties, Addendum 1, A/CN.4/558/Add.1.7.12.13.

²⁶⁰ Riphagen, Third Report, YbILC II-1982, Part One, 43, para.35.

ile de karşılıklı antlaşmaları anlatan durumları tasavvur etmektedir.²⁶¹ Dolayısıyla, karşılıklı antlaşmaların objeye ve amaca sahip olduğu görüşü, tarafların karşılıklı antlaşma ilişkilerinin yasal beklentilere hizmet etmesinden dolayı daha olumlu bir yaklaşım olarak görülmektedir.

Bazı antlaşmalar toplumun üstün çıkarlarını korumayı amaçlarken, bazı antlaşmaların obje ve amacı da taraflara ortak avantajlar sağlamaktır. Bu nedenle, obje ve amaç sadece bireysel tarafların çıkarlarını koruyarak, ilga edilebilir veya bölünebilir bir niteliğe sahip olmaktadır. Ancak, obje ve amacın toplum çıkarlarıyla bağlantılı olması, obje ve amaca bölünmez bir nitelik kazandırmaktadır. Dolayısıyla, obje ve amaç kavramı, VAHS maddelerinde de görüldüğü gibi toplum çıkarlarını kabul etmekte ve özellikle insancıl antlaşmalarda özel bir önem taşımaktadırlar.

UHK çalışmalarında, obje ve amaç kavramını antlaşmanın gerekli koşulları olarak tanımlamıştır.²⁶² Burada, antlaşmanın obje ve amacının, antlaşmanın metninden ve açık anlamından çıkarılmasının daha çok tercih edildiği görülmektedir. Ancak, bu yaklaşım antlaşmanın bütününden veya özel koşullarından izole edilmiş kurallar gibi değil, birbirleriyle bağlantılı yasal koşullar şeklinde antlaşma metnini tahlil etme anlamındadır. Ayrıca, böyle bir yaklaşımla obje ve amacın anlaşılıp anlaşılmadığı da incelenecektir. Dolayısıyla, obje ve amaç antlaşmanın uygulanması için gerekli öğelerle bağlantılı olarak antlaşma koşullarından daha dar bir kapsamda ya da antlaşmayı takip eden hedeflerle bağlantılı olarak antlaşma koşullarından daha geniş bir kapsamda olabilir. Bu tür bir incelemenin doğru olup olmadığını anlamak için, obje ve amacı tanımaya yardımcı olan faktörler incelenmiştir. Bu faktörler aşağıda belirtildiği şekilde sınıflandırılabilir.²⁶³

1. Bir antlaşmanın ne hakkında olduğu önsözünden veya özel koşullarından çıkarılmalıdır.

2. Bir antlaşmanın, devletlere-taraflara getirdiği yükümlülükler bağlayıcı nitelikte olacaktır. 1951'de UAD, 1948 Soykırım Sözleşmesi'nde oluşturulan ilkelerin,

²⁶¹ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 22 Mayıs 1969, BM Enformasyon Merkezi UNIC-Ankara, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Antlaşmalar%20Hukuku%2069.pdf>.

²⁶² Pellet, Tenth Report on Reservations to Treaties, Addendum 1, A/CN.4/558/Add.1, 14.

²⁶³ Orakhelashvili, pp.100–103.

herhangi bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler olmadan da devletler üzerinde bağlayıcı olduğuna işaret etmektedir. Antlaşmalar, hukukun bağımsız kaynaklarından biri olduğu için, onların objesi ve amacı geleneksel hukukun normlarına referansla belirlenebilir ve aslında antlaşmanın mantığıyla ilgilidir. Örneğin, 1948'de ya da 1951'de Sözleşmenin koşulları, geleneksel hukukun bir parçasıysa, onun objesi ve amacı, soykırımı engelleyici gerekli tedbirleri alması için devletleri zorlamak zorundadır. Sözleşmenin önsözünde de belirtildiği gibi, soykırım uluslararası hukuk kapsamında bir suçtur ve insanlığı kurtarmak için uluslararası işbirliği gerekmektedir.

Lordlar Kamarası, Pinochet Davasında İşkenceyle Mücadele Sözleşmesini incelemiştir. Lord Hutton'un vurguladığı gibi, Sözleşmenin amacı, yasakları tekrar bildirmek değil ama destekleyici tedbirler sağlamaktır. Lord Lloyd da, işkenceye ve rehin almaya karşı, buna benzer sözleşmelerin amaçları olduğunu, devletlerin ulusal yasalarında bu cürümlerin suç olduğunu ve onlara dava açmak için topraklarının dışında yargılama yetkisinin getirildiğini ifade etmiştir.²⁶⁴

Lord Browne-Wilkinson'a göre de, İşkenceyle Mücadele Sözleşmesi tamamen objektif genel bir yargılama yetkisini garanti etmektedir ki, işkenceci eğer bir devletten başka bir devlete hareket etse de yargıdan kaçamazdır. Ayrıca, işkence davası hükümet genel bir af yasası çıkarsa bile engellenmeyecektir. Bu yüzden, işkencenin yapıldığı yerdeki yerel mahkemelerin üzerinde bağımsız olan devlet, işkenceyi bastırmak için bazı uluslararası mekanizmaları talep etmektedir. İşkenceyle Mücadele Sözleşmesi önceden var olmayan uluslararası bir suçu oluşturmamayı kabul etmiştir. Ancak bir işkencecinin, sığınacağı güvenli hiçbir yerin olmayacağı bir sistem gerekmektedir. Lord Browne-Wilkinson, İşkenceyle Mücadele Sözleşmesinin amacını, işkencenin suçuna bağlı olarak, *aut dedere aut punire* (iade et veya cezalandır) ilkesini kabul etmek olduğunu eklemiştir. Lord Millett bu amacın diğer devletlerin cezalandırmayı reddettiği bir suçluyu, cezalandırmak için devletlere izin vermek olarak yorumlamaktadır.²⁶⁵

Kısacası, yürürlükteki koşullar bir antlaşmanın obje ve amacının bir parçası olabilir ve tarafların sözleşme özgürlüğünü sınırlayabilir. Antlaşma yükümlülükleri,

²⁶⁴ House of Lords, Opinions of The Lords of Appeal For Judgment in The Cause in Re Pinochet, <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>.

²⁶⁵ House of Lords, Pinochet, <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino02.htm>.

objektif ve devlet çıkarlarının ötesine gittiğinde, obje ve amacının bir parçası olarak yürürlükteki koşulların anlaşılması çok daha önemlidir.

3. *Geleneksel ya da genel uluslararası hukukta özel koşulların statüsü nedir? Bir ilke genel uluslararası hukuk altında otoriterse devletler-taraflar jus dispositivum da olduğu gibi, antlaşmanın amaçlarını tasarlayamamakta ve ilga edilmesine izin verilmemektedir. Örneğin, BM İnsan Hakları Komitesi otoriter normlara karşı ileri sürülen çekincelerin, MSHS'nin obje ve amacına aykırı olduğunu bildirmektedir.*²⁶⁶

4. *Diğer antlaşmalardaki benzer koşulların konumu karşılaştırıldığında bir antlaşmadaki özel bir koşulun konumu nedir? Burada, benzer bir koşul bir başka antlaşmada farklı bir role sahipken, bir antlaşma ile başarılan amaçları devam ettirmede özel bir hükme belirli bir fonksiyon yükleyen devletlerin-tarafların niyetlerini açıklayabilir. Örneğin, Soykırım Sözleşmesinin 9. Maddesine ve Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin 22. Maddesine yüklenen roller karşılaştırılabilir. Öncesinde, Soykırım Sözleşmesinde antlaşmanın yorumu ve sadece tartışmanın çözümü anlamında düzenlemeler yapılırken, sonrasında sadece Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin altındaki anlamlardan biri düzenlenmektedir. Dolayısıyla, bir antlaşmanın daha iyi işlevselleşmesi için hükmün zorunlu olması gerekmekte, dahası obje ve amacın onun daimi bir parçası olduğu dikkate alınmalıdır.*

5. *Bir antlaşmanın veya onun hükümlerini işlevselleştiren yapı nedir? Bir antlaşma, antlaşmanın obje ve amacını belirleyen daha geniş kurumsal bir yapıya veya başka bir antlaşmaya uyarlanabilir. Bu durum, BM Şartına ilişkin UAD Statüsünün obje ve amacı dikkate alındığında, deklarasyonlar ve UAD Statüsüyle bağlantılı uzlaştırıcı maddeler içeren antlaşmalarla ilgilidir. MSHS ve AİHS bu öğelerle bağlantılı protokoller için aynı nitelikleri taşımaktadır.*

6. *Bir antlaşmadaki hangi yükümlülükler daha kuralcı veya daha çok korunmaktadır? Bu durum, devletlerin-tarafların özel amaçlarını daha kuralcı yükümlülükler getirerek korumayı ya da genel uluslararası hukuka ilişkin benzer yükümlülükleri koruma seviyesini ifade etmektedir. İnsan Hakları antlaşmaları, sadece belirli ilga edilmeyen insan haklarını belirlemektedir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri, devlet ve devlet-dışı aktörlere ilişkin olarak, ortak düzenlemelerin çatışması halinde*

²⁶⁶ General Comment 24(52), 1994.

antlaşma koşullarının ayrılmasına izin vermeme amacı taşımaktadırlar. 1951 Mülteci Sözleşmesi, antlaşmanın koşullarının bir kısmına çekince konulmasını yasaklamaktadır.

Bu faktörler çok kapsamlı olmamakla birlikte karşılıklı olarak desteklenmekte ve karşılıklı ayrıcalıklara yer vermemektedir.

3.3. JUS COGENS (BUYRUK) KURALLARLA ANTLAŞMALARIN ÇATIŞMASI

VAHS 53. Madde de belirtildiği gibi, *jus cogens*le çatışan antlaşmalar geçersiz kılınmaktadır. Bu nedenle, uluslararası kamu düzeni ile çatışan antlaşmaların yasadışı nesnelere sahip olduğu ve geçersiz olduğu argümanı hukukun genel ilkelerine dayanmaktadır.²⁶⁷ Kuramsal olarak *jus cogens*le çatışma sonucu ortaya çıkan objektif yasadışılık gerektiği şekilde telafi edilebilecek olsada, geçersizlik/butlan kaçınılmaz bir sonuç olacaktır. Uluslararası hukukun sıradan normlarını içeren normatif çatışmalar durumunda, anlaşmazlık esas itibarıyla aynı fikirde olan devletlerin kabul ettiği şekilde çözümlenebilmektedir. Dolayısıyla, kamu düzenini ilgilendiren geçersizlik devletlerin çıkarlarının ötesine geçmektedir.

3.3.1. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 53 ve Objektif Yasadışılık

Bazı pozitivist yazarlara göre, bir antlaşma yasadışı bir unsur yasal bir konuma dönüştürmektedir. Bu dönüşüm, devletlerin sınırsız antlaşma-yapma yetkisine sahip olması ve yasadışı isteklerinin baskın olması gibi nedenlerle savunulmaktadır.²⁶⁸ Antlaşmalar, *lex specialis* (özel hükümler) içinde mevcut ya da olası herhangi bir yasadışılığı dönüştürebildikleri için, sadece kamu düzeni normlarına aykırı olmak kaydıyla yasadışıdır. Özel Raportör Fitzmaurice'ye göre, ne uluslararası hukukun

²⁶⁷ II YbILC 1953, Lauterpacht, Report on the Law of Treaties, A/CN.4/63, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1953_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1953_v2_e.pdf), Fitzmaurice, Third Report, A/CN.4/115 and Corr.1, p. 40.

http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_115_corr1.pdf.

²⁶⁸ Georg Jellinek, Die Rechtliche Natur der Staatsverträge, Vienna, 1880, 59'dan Aktaran, Orakhelashvili, p. 133.

genel kurallarından sapılması ne de önceki antlaşma ile çatışma antlaşmayı yasadışı yapmaktadır. Burada, antlaşmanın objesinden kaynaklanan zorunlu isteklerin antlaşmayı etkilediğine ve antlaşmayı yasadışı yaptığına dikkat çekilmektedir.²⁶⁹ Fitzmaurice, antlaşmaların *jus dispositivumdan* ilga etmeyi yapabildiklerini, ancak otoriter normlardan ilga etmeyi yapamadıklarını belirtmektedir. Ayrıca, *jus cogens* doğası gereği uluslararası hukukun, mutlak ve zorunlu yasaklarını veya mutlak ve reddedilemeyen karakterini de dikkate almaktadır.²⁷⁰

Devletlerin sözleşme yapma özerkliğinin kısıtlanması, devletlerin isteklerinin bazı yasadışı unsurları yasal kurallara dönüştürememesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, yasadışılık objektif olduğu için devletlerin görüşlerine ve isteklerine bağlı olmamakta ve hatta antlaşmanın bütün tarafları karşı çıksa da objektif geçersizlik ortaya çıkmaktadır. *Jus cogens* ile çatışan bir antlaşmanın objektif manada değerlendirilmesi, yalnızca devletlerin görüşleri doğrultusunda değil Madde 53’de belirlenen geçersizlik kuralının mantıklı bir sonucu olarak yapılmaktadır. Dolayısıyla, bir çatışmanın var olup olmadığına ilişkin tarafların görüşü—örneğin bir normun otoriter olup olmadığı ve bir antlaşmayla çatışıp çatışmadığı—belirleyici olursa Madde 53’ün amacı engellenecektir. Ayrıca, sadece taraflar bir antlaşmanın yasadışı olup olmadığına karar verirse, bu durum otoriter normlardan ilga etme erkinin zımnen tanınması anlamına gelecektir.

Bir antlaşmanın içeriği çeşitli biçimlerle, örneğin üçüncü tarafların haklarına etki ederek veya önceki antlaşma yükümlülükleriyle çatışarak uluslararası hukuku ihlal edebilir. Fitzmaurice’nin ifade ettiği gibi, *pacta tertiis* kuralına aykırı olan antlaşmalar ve bu antlaşmaların *jus cogensle* çatışması, üçüncü devletlerin yükümlülüklerini ve haklarını etkilememektedir.²⁷¹ Dolayısıyla antlaşma, üçüncü devletlerin haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz olmamaktadır.

Pacta tertiis kuralı Madde 53’ü tamamlamaktadır. Bu kurala göre, bir antlaşmanın alanı sonradan yapılan diğer bir antlaşmanın alanıyla ilgili olduğunda, sonradan yapılan antlaşma önceki antlaşmayı da içerisine alacaktır. Bu bağlamda, yasadışı kuvvet kullanımını düzenleyen bir antlaşma, üçüncü devletlerin haklarını ihlal

²⁶⁹ Fitzmaurice (1958), p. 39.

²⁷⁰ IYbILC 1958, Law of Treaties Document A/CN.4/115, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf).

²⁷¹ Fitzmaurice (1958), p. 40.

edecek ve ilk etapta VAHS 34–36. Maddeler çerçevesinde yer alacaktır. Ancak, kamu düzenine karşı eş zamanlı kanuna aykırılık *pacta tertiis* kuralının kapsamına girmeyecektir. Dolayısıyla, sonraki kural üçüncü devletin çıkarlarını koruduğu için *jus cogens* toplumsal çıkarları korurken, öncelik madde 53 kapsamındaki geçersizliğe verilmek zorunda olacaktır. Burada, devletlerin rızası ile üçüncü tarafların haklarını etkileyen bir antlaşmanın meşruluğunu öngören, VAHS 35–36. maddelerin uygulanmasına yer verilmeyebilir. Söz konusu antlaşma, kime yönelik tasarlandığının bir önemi olmamakla birlikte, üçüncü bir devlete karşı silahlı bir saldırı ya da üçüncü bir devletin nüfusuna karşı soykırım veya köleleştirme amacı taşıdığı için, yani *jus cogens* ile yasaklanan eylemleri tasarladığı için geçersiz olmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Özel Raportör Lauterpacht, bir antlaşmanın objesinin -ve geçersizliğe bağlı olarak antlaşmanın- üçüncü devletleri etkilemezse bile, yasadışı olabildiğine dikkat çekmektedir.²⁷² Kısacası, yasadışı olan unsurların objektif olup olmadığını zarar gören taraf belirleyememekte ve otoriter normların mutlak olduğu açıkça görülmektedir. Ayrıca, üçüncü devletlerin haklarını ihlal etmeyen, iki devlet arasındaki antlaşmayı geçersiz kılmak toplumun çıkarlarını, devletlerin çıkarlarından üstün tutma anlamına gelmektedir.

Özel Raportör Waldock'a göre, benzer konuları ele alan ardıl antlaşmalar ile uyuşmazlıkları çözümlenme sorunu, bazen bir *jus cogens* kural ile çatışma söz konusu olduğunda birbiriyle örtüşebilmektedir. Ancak, mevcut maddeki kural (VAHS Madde 53'ü oluşturan taslak madde) uluslararası kamu düzeni normlarının üstün olduğunu vurgulamaktadır.²⁷³ Bu bağlamda, önceki antlaşma yükümlülüğüyle bir antlaşmanın çatışması, antlaşmayı objektif olarak yasadışılığa dönüştürmemekte (konu önceki antlaşmanın tarafları arasında hala çözümlenebilir) ve Madde 53'ün uygulanmasına yol açmamaktadır.

²⁷² Lauterpacht, p. 154.

²⁷³ IYbILC 1963, Second Report on the Law of Treaties A/CN.4/156 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf).

3.3.2. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 53 ve Normatif Çatışma Kavramı

Madde 53’de ifade edilen ‘antlaşma’ terimi, VAHS Madde 2’de ayrıntılı bir şekilde tanımlanmaktadır. Bu tanımlamaya göre, antlaşma ister tek bir belgede isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve kendine özgü ismi ne olursa olsun, devletlerarasında yazılı bir şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuk tarafından düzenlenmiştir.

Antlaşmalar hukuku üzerine çalışmalarda bulunan Özel Raportör Waldock ve UHK, çok taraflı antlaşmalarda *jus cogens*in geçersiz kılma kapasitesinin uygulanmamasına ilişkin önerilerde bulunmuşlardır.²⁷⁴ Ancak, Madde 53’ün bütün antlaşmaları kapsadığı ve herhangi bir istisnayı kabul etmediği açıkça görülmektedir. Ayrıca, çok taraflı rejim antlaşmalarının da *jus cogens*le çatışma olasılığı bulunmaktadır. Örneğin, uluslararası örgütleri kuran antlaşmalar, toprak rejimlerini veya çatışma sonrası yerleşimleri düzenleyen antlaşmalar gibi, uluslararası toplumun desteğini alan çeşitli antlaşmalara da Madde 53 uygulanmaktadır.²⁷⁵

Antlaşmalar hukukuna ilişkin 1966 Final Raporu, *jus cogens*le çatışan ve geçersiz olan antlaşmaların niteliklerinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesini öngörmüştür. VAHS’nde ifade edilen çatışma kavramının, mantıksal ve normatif unsurlarının sistematik olarak belirlenmesi oldukça güç olmasına rağmen, otoriter bir normla çatışan antlaşmanın geçersiz olduğu belirtilmiştir. Burada, normatif çatışma kavramına açıklık getirilmesi Madde 53’ün kapsamının belirlenmesi için gerekmektedir. Bu konuyla ilişkin olarak Özel Raportör Lauterpacht ve Fitzmaurice antlaşmanın uluslararası hukuka aykırı olan bir eylem içermesi halinde antlaşmanın geçersiz olduğuna ve antlaşmanın *jus cogens* niteliğindeki uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmemesi gerektiğine dikkat çekmektedirler.²⁷⁶ Benzer bir şekilde, Özel Raportör

²⁷⁴ IIYbILC 1963, Second Report on the Law of Treaties A/CN.4/156 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf).

²⁷⁵ Orakhelashvili, p. 136.

²⁷⁶ IIYbILC 1953, Law of Treaties Document A/CN.4/63, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1953_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1953_v2_e.pdf), II YbILC 1958, Law of Treaties Document A/CN.4/115, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf).

Waldock da, antlaşmanın geçerliliğini incelerken antlaşmanın objesini ya da uygulanmasını dikkate almaktadır.²⁷⁷

*Jus cogens*le çatışma kavramı terimin sıradan anlamını taşımakta ve devletlerin otoriter normlarla yasaklanan eylemlere riayet etmelerini ve bu normlara aykırı olan eylemlerden kaçınmalarını amaçlamaktadır. Genel manada normatif çatışma, otoriter norm ve antlaşma normu olarak iki farklı norm grubunun eylemlerini kapsamakta ve bu norm gruplarının etkileri ve sonuçları ile ortaya çıkmaktadır.²⁷⁸ Dolayısıyla, *jus cogens*le bir antlaşmanın çatışıp çatışmadığı, otoriter norm ve antlaşma arasındaki etkileşime bağlı olmaktadır. Bu nedenle, sadece antlaşmanın üslubu ve belirtilen amacı incelenmemekte, aynı zamanda ilgili maddelerin uygulamasının zorunlu sonuçları da incelenmektedir. Burada tarafların belirsiz bir üslupla, ilga edilme niyetlerini gizlemelerine engel olma amacı bulunmaktadır. Örneğin, büyük bölgesel ekonomik bir projenin içeriğinde, etnik bir grubun tamamının yeniden yerleşimini içeren çift taraflı bir antlaşma, insanlığa karşı suçları veya soykırımı amaçlamayan sadece ekonomik gelişme amacı taşıyan bir görüntü oluşturabilir. Bu durum, antlaşma koşulunun ve otoriter normun, birbirlerini nasıl etkilediğine dair objektif bir incelemeyi gerektirmektedir. Yani sadece antlaşmanın biçimsel yönü yeterli olmamakta, gerçekçi yönü, realitesi de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, antlaşmanın objesi ve amacı, uluslararası kamu düzenine aykırı olmasa bile, gerçekte *jus cogens*le çatışan koşullara yer veren antlaşmanın geçersizliği engellenememektedir. Ayrıca, bir antlaşma yapılırken tarafların antlaşma yetkisine sahip olmaları gerekmektedir. Antlaşma-yapma yetkisine sahip olmayan bir taraf ile bölgeye veya bölgenin kaynaklarına ilişkin bir antlaşma yapılması durumunda, normatif bir çatışma ortaya çıkmakta ve söz konusu taraf, sömürgeci veya işgalci güç olarak nitelenmektedir.²⁷⁹

Sonuç olarak, otoriter bir normun uygulanmaması veya devletlerin-tarafların bu normun etkilerini görmezden gelen düzenlemelerde bulunmaları, otoriter normun mutlak hükümlerini yok sayma ve uygulanamayan otoriter bir norm oluşturma girişimi olarak nitelendirilebilir. Devletler, ilga etme ile öncelikle *jus cogens*le aykırı eylemleri

²⁷⁷ II YbILC 1963, Second Report on the Law of Treaties A/CN.4/156 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf).

²⁷⁸ Pauwelyn, p. 176.

²⁷⁹ Orakhelashvili, p. 137.

esnetmekte ve bu eylemlerin *jus cogens*le bir çatışma olarak nitelendirilmesini zorlaştırmaktadırlar.

3.3.3. *Jus Cogens* ve Antlaşmaların Geçersizliği

VAHS’nde bir antlaşmanın geçersizliği, sona erdirilmesi, antlaşmadan çekilme veya hükümlerinin askıya alınmasına yönelik usul 65-68. Maddeler kapsamında yer alırken, antlaşmanın geçersizliğinin sonuçlarına ilişkin düzenlemeler 69-72. Maddelerde ifade edilmiştir. Bu maddeler dikkate alındığında, antlaşmanın geçersizliğine neden olan yasadışı unsurlarla ilintili olarak, geçersizliğin ya kamu çıkarlarını ya da tarafların çıkarlarını etkilediği görülmektedir. Özellikle, Madde 71(1)²⁸⁰ de *jus cogens*le çatışan bir antlaşmanın geçersiz olması durumunda, devletlerin belirtilen yükümlülükleri yerine getirmelerinin düzenlenmesi ile kamu düzeni açısından tarafların ilişkilerinin yeniden tesis edilmesi amaçlanmakta ve kamu düzenine aykırı eylemlere yönelik mutlak bir yaptırımın gerekli olduğu vurgulanmaktadır.

3.3.4. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 64; Antlaşmaların Sonlandırılması

UHK Final Raporu’nda *jus cogens*in yeni emredici bir normunun ortaya çıkması ile antlaşmanın feshedilmediğini, ancak yeni emredici normun antlaşmanın ileriye yönelik varlığına ve işleyişine engel olacağını belirtmektedir.²⁸¹ Antlaşmanın sonlandırılması, tarafların herhangi bir eylemine atıf yapılmaksızın, genel uluslararası hukukun gerektirdiği şekilde yapılmaktadır. Antlaşmaların sonlandırılmasını düzenleyen VAHS Madde 64, tarafların çıkarlarını koruyan sonlandırma gerekçelerinden farklı olarak *jus cogens* eylemler ile temsil edilen uluslararası toplumun çıkarlarını korumaktadır.

²⁸⁰ VAHS 71(1): “53. maddeye göre batıl olan bir antlaşma durumunda taraflar:

a - genel milletlerarası hukukun emredici bir normu ile çatışan herhangi bir hükme güvenerek icra edilen herhangi bir işlemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde bertaraf edeceklerdir; ve

b - karşılıklı ilişkilerini genel milletlerarası hukukun emredici normuna uygun hale getireceklerdir.”

²⁸¹ IYbILC, 1966, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1,

[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_v2_e.pdf).

Madde 64'ün kodifiye edilme sürecinde Özel Raportör Fitzmaurice ve Waldock, antlaşma yeni otoriter bir normla çatıştığında, antlaşmanın sonlandırılmasının veya karşılıklı olarak ihlal edilmesinin gerekli olup olmadığı konusunun tarafların eleştirilerine açık olması gerektiğini düşünmektedirler.²⁸² Waldock, yeni bir normla çatışan antlaşmaların *jus cogensin* müteakip bir normunun ortaya çıkmasından dolayı uygulamadan yoksun olduğunu kabul etmektedir. Ancak antlaşmanın taslak maddesinin üslubu, tarafların takdir yetkisine başvurduğu için kusurlu ve bu nedenle göreceli olarak geçersiz kabul edilmektedir. Bu durum, UHK tarafından Madde 64'ün yeniden biçimlendirilmesiyle çözümlenmiştir.

UHK'da belirttiği gibi, uzun bir süre uygulanmasına ve geçerli olmasına rağmen *jus cogensin* yeni bir normuyla çatışan antlaşma geçersiz olmaktadır. Bu nedenle, antlaşmaya sonradan eklenen ve çatışmaya neden olan normlar *ab initio* geçersiz değillerdir, ancak yine de uluslararası hukukun bu normları üstün bir norm olduğu için antlaşmayı geçersiz kılmaktadır.²⁸³ Dolayısıyla, kapsam olarak Madde 53'le benzerlik gösteren Madde 64, Madde 53'ün bir sonucunu oluşturmaktadır.

Madde 64'e göre, geçersiz olan ve sonlandırılan antlaşmanın sonuçları, Madde 71(2)²⁸⁴de düzenlenmiştir. Bu hüküm, UHK Final Raporu'nda ifade edilen görüşü yansıtmaktadır. Bu görüşe göre, çatışma ortaya çıktığı anda hak, yükümlülük veya yasal bir durum geriye dönük bir geçersizliği oluşturmamakta ve *jus cogensin* yeni kuralı ile çatışmadığı oranda kabul edilmektedir.²⁸⁵ Dolayısıyla, yeni otoriter normun eylemler ve durumlar üzerindeki etkisi, daha önceki eylemlerin de dikkate alınmasından dolayı önemli ve çok karmaşık bir konudur.

²⁸² Gerald Fitzmaurice, Fourth Report on the Law of Treaties, IYbILC 1959, A/CN.4/120, p. 46., http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_120.pdf.,

Humphrey Waldock, Second Report on the Law of Treaties, IYbILC 1963, A/CN.4/156 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf).

²⁸³ Waldock (1963), p.36.

²⁸⁴ VAHS 71(2); 64. maddeye göre batıl olan ve sona eren bir antlaşma halinde, antlaşmanın sona ermesi, a – tarafları, antlaşmayı bundan sonra icra etme konusunda herhangi bir yükümlülükten kurtarır; b - tarafların antlaşmanın sona ermesinden önceki icrası suretiyle doğan herhangi bir hak, yükümlülük veya hukuki durumlarını etkilemez, şu kadar ki bu hak, yükümlülük veya durumların daha sonra muhafaza edilmeleri, genel milletlerarası hukukun emredici normu ile çatışmadığı oranda mümkündür.

²⁸⁵ IYbILC, 1966, A/CN.4/SER.A/1966/Add.I,

[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_v2_e.pdf).

*Jus cogens*in yeni bir normu antlaşmayı *ipso facto* (kendiliğinden) sonlandırmaktadır. Bu durum tam manasıyla antlaşmanın sonlandırılması değildir, ancak tarafların istekleri dışında mecburi bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu tür özel bir düzenleme, sonradan ortaya çıkan *jus cogensi* gerektirmektedir. Aslında, antlaşmanın sonlandırılması iki yönlü ve karşılıklıdır ve bu yüzden bütün otoriter normların etkilerini kapsamamaktadır. Ayrıca, geçersizlik ilkelerinin katı bir şekilde uygulanması, antlaşmanın *jus cogensle* çatışma amacı taşımayan, ancak sonradan *jus cogensle* çelişeceği durumlara oldukça zor uyum sağlayacaktır. Bu nedenle antlaşma üzerinde yeni bir *jus cogens* normun ortaya çıkmasından dolayı Madde 64'ün etkisi zaman bakımından (*ratione temporis*) sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, Madde 71(2)'nin sadece geçersiz olmayan tamamlanmış eylemlere ve durumlara izin verdiği ve antlaşma geçersiz olduktan sonra devam eden eylemlere izin vermediği görülmektedir.²⁸⁶

Kısacası, VAHS Madde 64 ve 71'de geçersiz olan ve sonlandırılan antlaşmanın sonuçlarını ve *jus cogens*in yeni bir normunun antlaşma koşullarına nasıl uygulanması gerektiğini düzenlemektedir. Bu konuda, UHK Final Raporu'nda da açıkça vurgulandığı gibi, sonradan bu normlarla çatışan koşulların antlaşmadan uygun bir şekilde çıkartılması halinde, antlaşmanın geri kalanının hala geçerli olması gerekmektedir.²⁸⁷ Dolayısıyla, *jus cogens*in yeni normuyla çatışmadan dolayı geçersiz olan antlaşma koşullarının ayrılabilirliği muhtemelen varsayılmalı ve antlaşmanın taraflarının kasıtlı olarak bu normlarla çelişmediği dikkate alınmalıdır.

3.3.5. *Jus Cogens* ve Antlaşmalara Yönelik Çekinceler

Çekince, antlaşmanın taraflarından birinin ya da bir kaçının o antlaşma yapılırken, bazı hükümlerin etkisini kendi açılarından değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik tek taraflı bildirimler olarak tanımlanmaktadır.²⁸⁸ Dolayısıyla, çekincelerin niteliği, antlaşmanın koşullarını değiştirmek için çekince koyan devlet tarafından sözleşmeye eklenen taleplere dayanmaktadır. Ancak diğer devletler kabul

²⁸⁶ Olawale Elias, "Problems concerning the Validity of Treaties", *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, No. 134, 1972, p. 409.

²⁸⁷ IYbILC, 1966, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1,

[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_v2_e.pdf).

²⁸⁸ Sur, s. 54.

etmedikçe çekince koyan devlet hiçbir koşul öne sürememektedir. Çekince, çok sayıda devletin antlaşmaya taraf olmasını sağladığı için antlaşmalara evrensel bir nitelik kazandırmakta ve devletlere uluslararası işbirliği sunmaktadır. Çekincelerin, olumlu etkilerinin yanında antlaşmaların bütünlüğünü bozan olumsuz etkileri de bulunmaktadır.

Çok taraflı antlaşmalara konulan bazı çekinceler *jus cogens* normlara aykırı olabilmektedir. Özellikle, objektif yükümlülükleri ifade eden ve karşılıklı ilişkilere ayrılamayan insancıl antlaşmalar ilgili yükümlülüklerin bütünlüğünü garanti etmektedirler. Ancak, yine de antlaşmalar hukuku içerisinde bütün taraflar tarafından kabul edilebilir ve ilgili antlaşma kapsamında izin verilebilir çekincelerin geçerli olduğuna ilişkin örnekler bulunmaktadır. Örneğin UAD, Soykırım Sözleşmesine yönelik çekinceleri yasal sonuçlar açısından incelemiştir. 1951 Çekinceler Üzerine Tavsiye Görüşünde, *jus cogens*in çekinceler üzerindeki etkisi ve objektif antlaşma yükümlülüklerinin özel karakteri dikkate alınarak insancıl antlaşmalara yönelik çekincelerin modern hukukun temelini içerdiği düşünülmüştür. Tavsiye Görüşünde oluşturulan temel mantık antlaşmanın objesiyle ve amacıyla uyuşan durumlarda çekincelere izin verilmesine dayanmaktadır.²⁸⁹

İnsancıl antlaşmalara yönelik çekincelerin, VAHS'nde yer alan çekinceler rejimine bağlı olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu konuda Simma, Sözleşmenin özellikle insancıl antlaşmalara yönelik çekinceler konusunu muhatap almadığını ileri sürmektedir.²⁹⁰ Özel Raportör Pellet'de tam aksini iddia ederek, Sözleşmenin çekinceler rejimini biçimlendirdiğini ve antlaşmanın her türüne uygulanarak devletlerin rızasına dayandığını ifade etmektedir.²⁹¹ Ancak, VAHS çekinceler rejimi özellikle bir antlaşmanın objesine ve amacına yönelik Madde 19'a referansla farklı çözümlere de izin vermektedir. Kısacası, insancıl antlaşmaların özel çekinceler rejimine bağlı olup olmadığı konusu oldukça teoriktir.

VAHS Madde 2(1)(d)'de çekince, nasıl kaleme alınırsa alınsın veya nasıl isimlendirilse isimlendirilsin devletin bir antlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul

²⁸⁹ Bir antlaşmanın amacı ve objesi ile çekincelerin uyusabilir olması hem çekincelerin yasallığı hem de antlaşmalara yönelik itirazların ortadan kaldırılması için önemli görülmektedir. VAHS 19–23. Maddeler arasında çekinceler konusu düzenlenmiştir.

²⁹⁰ Simma, p. 370.

²⁹¹ Alain Pellet, Second Report on Reservations to Treaties, A/CN.4/477/Add.1, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_477.pdf.

ederken, tasvip ederken veya antlaşmaya katılırken bazı antlaşma hükümlerinin hukuki etkisini kendisi bakımından ihraç etmek veya değiştirmek için yaptığı tek taraflı bir beyan olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle çekincenin geçerliliği, uyuşabilirliği veya karşı çıkılabilirliği, yasal faktörlere referansla belirlenmektedir. Dolayısıyla, çekincenin etkisi, onun oluşumuyla değil hukuki koşullar ile kendisini göstermektedir.

Pellet, çekincenin tek taraflı bir eylem olduğunu ve tek taraflı eylemlere *jus cogens* uygulanabildiğini ileri sürmekte ve bu normların prensipte geleneksel kurallarla şekillenen antlaşma koşullarına yönelik çekinceleri biçimlendirme kapasitesini dışlamamaktadır. Ayrıca, *jus cogens* aykırı çekincelerin geçersizliğinin VAHS Madde 53'te ifade edilen *mutatis mutantis* ilkesini (gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra) izlediğini de hatırlatmaktadır.²⁹² Dolayısıyla, çekinceler tek taraflı eylemlerle benzer özellikler göstermekte ve çekince koyan devletler ve ilgili antlaşmanın tarafları arasında uzlaşma olması durumunda kabul edilmektedirler.

Sonuç olarak, *jus cogens* çekinceler üzerinde özerk bir etkiye sahiptir. *jus cogens* içeren antlaşma koşullarına yönelik çekinceler geleneksel hukuku oluşturan antlaşma koşullarına yönelik çekincelerle benzer değildirler. Geleneksel hukuk, geleneği değiştirebilen antlaşmalar ve çekincelerle ilga edilebilir. Ancak, *jus cogens* ilga edilememekte ve hatta konulan çekincelerle böyle bir sonuca ulaşamamaktadır.

3.4. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜ VE *JUS COGENS*

Uluslararası Sistemde çatışmaları sonlandırma ve barışı koruma çabaları, Birinci Dünya Savaşı sonrasında tarihe ilk kolektif örgüt olarak geçen MC ile sağlanmaya çalışılmıştır. Uluslararası konjonktürde İkinci Dünya Savaşı'nın kaçınılmaz olması, MC'nin başarısız olmasına neden olmuştur. Ancak, uluslararası toplumun barışı kalıcı kılma isteği, İkinci Dünya Savaşı sonrasında hemen hemen tüm egemen devletlerin üye olduğu, dünyanın en büyük ve en kapsamlı örgütlenmesi olan BM'in kurulmasını gerektirmiştir.

²⁹²Pellet, Tenth Report on Reservations to Treaties, Addendum 1, A/CN.4/558/Add.1, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_558_add2.pdf.

BM örgütü, uluslararası sistemde barışçıl bir düzen kurulması için çok önemli adımlar atmıştır. Örneğin, Sovyet işgal güçlerinin Afganistan'dan çekilmesi gibi, bazı savaş ve çatışmaların son bulmasına arabuluculuk yapmış, Kamboçya, El Salvador gibi ülkelerde diktatör rejimleri sonlandıran adil seçimlerin yapılmasını desteklemiştir. Ayrıca, az gelişmiş ülkelerin kalkınma programlarına katkı sağlanmasında, savaş kurbanlarına insani yardımda bulunulmasına ve çocuk ölümlerine ve açlığa karşı çeşitli programların geliştirilmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla, BM örgütü güvenlikten ekonomik sorunlara, insan haklarından deniz hukukuna kadar, insanlığın bütün ortak sorunları ile ilgilenmekte ve bu nedenle, uluslararası ilişkilerin önemli bir aktörü konumunda görülmektedir.²⁹³

BM örgütünün temel amacı, uluslararası toplumun huzuru ve güvenliği için, uluslararası barışı ve güvenliği sağlamak ve korumaktır. Ancak, kollektif güvenlik sistemi içerisinde, örgütün emrinde olması planlanan silahlı kuvvetlerin, gerek gücün kapsamı ve gerekse niteliği açısından tartışmalara neden olması, barışı koruma (*peacekeeping*) adı altında yeni bir mekanizmanın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Şartnamede yer almayan, ancak acil problemlere çözüm olması amacıyla, BM tarafından oluşturulan barışı koruma mekanizması, çatışma ve gerilimleri yumuşatma, büyümelerini önleme ve uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözme aracı olarak geliştirilmiştir.²⁹⁴ Bu bağlamda, Şartname'nin VI. (Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözülmesi, Md.33–38) ve VII. Bölümleri (Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler, Md.39–51) Güvenlik Konseyi'nin sorumluluk alanı içerisinde yer almaktadır. Güvenlik Konseyi tarafından 39. Maddede belirtilen ihlalden birinin gerçekleştiği tespit edilirse, sorunun çözümü için ya tavsiyelerde bulunulmakta ya da 41. ve 42. Maddeler gereğince zorlayıcı tedbirlere (boykot, ambargo, abluka, misilleme, zararlar karşılık) gidilmektedir.²⁹⁵

BM Şartnamesinin 1. Maddesinde belirtildiği şekliyle, insan haklarının korunması, cinsiyet eşitliği ve bütün halkların ekonomik ve sosyal refahını temin etmek

²⁹³ Berdal Aral, "Soğuk Savaş Sonrasında 'Siyasallaşan' Uluslararası Hukuk ve Başlıca Mağdurları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Vol. 53, No. 1, Mar. 1998, s. 38.

²⁹⁴ Uğur Güngör, "Günümüzde Barış Operasyonları", *Stratejik Araştırmalar Enstitüsü Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Harp Akademileri Basım Evi, Yıl 4, Sayı 8, Aralık 2008, s. 8-9.

²⁹⁵ Bilal Karabulut, "Uluslararası Yaptırımların Hukuksal Bir Analizi", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 3, Sayı 12, 2007, ss. 17–18.

gibi, birçok amacı barındıran örgüt alınan kararların yaptırım gücünü artıracak sosyo-ekonomik ve askeri tedbirlerle de desteklenmektedir.²⁹⁶ Örgütün hedeflediği amaçları yerine getirebilmesi için, Şartnamenin 2. Maddesinde düzenlenen ilkelere uyulması gerekmektedir. Bu ilkeler;²⁹⁷ Bütün üyelerin egemen eşitliği; Devletlerin ulusal yetki alanına giren konulara karışmama (m.2/7); Devletlerarası ilişkilerde kuvvete başvurma yasağı, uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümlenmesi (m.2/3); Devletlerin toprak bütünlüğü ve siyasal bağımsızlığına karşı güç tehdidi ve kullanma yasağı (m.2/4) şeklinde özetlenebilir.

BM'in ilkeleri ve amaçları genel uluslararası hukukun otoriter normlarının alanıyla önemli oranda örtüşmektedir. Şartname, kuvvet kullanma yasağı ve insan hakları gibi otoriter normlara başvuran bir antlaşmadır. Bunun en açık örneklerini, kuvvet kullanımını yasaklayan Madde 2(4) ve Konseyin eylemleri ile meşru müdafaa hakkını anlatan Madde 51 oluşturmaktadır. Ayrıca, Şartnamenin önsözü ve Madde 1'de açıkça, *self-determinasyon* ilkesinin, örgütün ilkelerinin ve amaçlarının bir parçası olduğunu doğrulamaktadır. Temel insan haklarının BM Şartnamesi ilkelerinin bir parçası olduğu da genel kabul görmektedir.

3.4.1. Uluslararası Sorunların Çözümünde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi

Evrensel bir örgüt olarak BM siyasi, sosyo-ekonomik, ekolojik, güvenlik ya da insan hak ve özgürlükleri ile ilgili bir çok sorunun uluslararası barışı ve düzeni tehdit eden boyutlara ulaşması durumunda, bu sorunlara müdahale etmekte ve öncelikle barışçı çözüm yollarına başvurmaktadır. Uluslararası uyuşmazlıkların nasıl ve ne şekilde çözülmesi gerektiği, Şartnamede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Şartnamenin 33. Maddesi 1. paragrafında ifade edildiği gibi; "*uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte bir uyuşmazlığa taraf olanlar, her şeyden önce görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik ve yargısal çözüm yolları ile bölgesel kuruluş ya da antlaşmalara başvurarak veya kendi*

²⁹⁶ Enver Bozkurt/Havva Demirel, **Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği Kapsamında Kıbrıs Sorunu**, Ankara, Nobel Yayın, 2004, s. 50. Ayrıca Bkz. Sur, s. 169.

²⁹⁷ Enver Bozkurt, **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, 4. Baskı, Ankara, Asil Yayınları, 2007, s. 519, Sur, ss. 169–170.

seçecekleri başka yollarla çözüm aramalıdırlar.” çözüm yolları, BM ile güvence altına alınmıştır.

Uluslararası barışı tehdit eden sorunların çözümünde, BM'in temel kurumlarının önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Uluslararası politik, askeri ve güvenlikle ilgili sorunlarda, genel insiyatif ve kuvvet kullanma yetkisi, Güvenlik Konseyi'nde olmakla birlikte, Genel Sekreterlik, Genel Kurul, Ekonomik ve Sosyal Konsey ve UAD da, sorunların çözümüne farklı bir bakış açısı getirmektedir. Örneğin, Genel Sekreterlik, bir sorun karşısında gerekli bilgilerin elde edilmesini ve yüksek düzeyde elçi ve arabulucuların atanarak önleyici diplomasi tekniklerinin kullanılmasını sağlamaktadır. Genel Kurul ise, ekonomik, sosyal, kültürel, eğitim ve sağlık alanlarında uluslararası işbirliğini geliştirmek ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırmak için araştırmalar yapılmasını teşvik etmektedir. Ekonomik ve Sosyal Konsey ile de, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması için, öncelikli olarak sosyo-ekonomik sorunların çözümüne dikkat çekilmektedir. Uyuşmazlıkların çözümünde evrensel hukukun uygulayıcısı olan UAD da, kararlarının bağlayıcılık kazanması ile uluslararası sorunların çözümünde aktif rol oynamaktadır.²⁹⁸ Dolayısıyla, bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, BM'in temel kurumlarının her biri sorunun çözümlenmesini inceleyerek, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına ve korunmasına yönelik çabalarda bulunmaktadır.

BM Şartnamesi çerçevesinde, Güvenlik Konseyi daimi üyeleri tarafından kullanılan veto yetkisi ile otoriter normlara aykırı kararların kabul edilmesini engelleyebilmekte ve uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ve korunmasında önemli bir fonksiyona sahip olabilmektedir. Konsey, barışa yönelik tehditleri belirlemek ve çözüm üretmek için tavsiyelerde bulunmakta ve gerektiğinde kuvvet kullanımını da içeren bağlayıcı kararlar almaktadır.²⁹⁹ Konsey, tarafların konuyu Konsey'e taşımaları sonucunda ya da uluslararası barışı tehdit eden her hangi bir uyuşmazlık durumunu tespit etmek amacıyla kendiliğinden işlevsel olabilmektedir. Tarafların konuyu

²⁹⁸Fikret Birdişli, “Birleşmiş Milletler (BM)'in Uluslararası Sorunları Önleyebilme Yeteneği”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi/ The Journal of International Social Research* Vol.3 / 11, 2010 s. 176–178.

²⁹⁹ Marc Perrin de Brichambaut, “The Role of the United Nations Security Council in the International Legal System”, **The Role Of Law In International Politics**, Michael Byers (Ed.), Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 269.

Konsey'e taşınmaları durumunda öncelikle diğer barışçı çözüm yollarının denenmiş olması gerekmektedir. Uyuşmazlığın giderilmemesi sonucunda, taraf devletler 37. Maddenin 1. fıkrası gereğince Konsey'e başvurmak zorundadırlar. Konsey, gerekli gördüğü durumlarda da 34. Madde gereğince kendiliğinden gerekli incelemeleri başlatmakta ve 41. ve 42. Maddeler çerçevesinde, diplomatik, ekonomik ve askeri yaptırımlar uygulayarak uluslararası sorunları çözmektedir.³⁰⁰

Uluslararası barış ve güvenliği sağlama ve koruma amacı taşıyan Konsey ile uluslararası toplumun değerlerini koruyan otoriter normlar (*jus cogens*) arasında bir bağlantı kurulmaktadır. Otoriter bir norm olan kuvvet kullanma yasağı gibi, *jus cogens* normlar Konsey'in yetkileri üzerine tam anlamıyla bir sınırlama getirmektedir. Şartnamenin 2(4). Maddesinde açıklandığı gibi, uluslararası barış ve güvenliği sürdürme ya da yeniden tesis etme amacıyla, VII. Kısımda belirtilen kuvvet kullanma yetkisine başvuran Konsey'in yetkileri kuvvet kullanma yasağı ile bağlantılıdır.³⁰¹ Şartnamenin 51. Maddesinde düzenlenen ve devletlerin doğal hakkı olarak kabul edilen meşru müdafaa hakkı, kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak nitelenmektedir.³⁰² Ancak, Konsey'in VII. Kısımda belirtilen kuvvet kullanımına yetki verebildiği gerçeği, kuvvet kullanma yasağını ihmal etmede tamamen özgür olduğu anlamına gelmemektedir. Daha ziyade, kuvvet kullanma, Konsey tarafından yetki verildiği ve diğer şeyler arasında *orantılılık ilkesine* itaat edildiği sürece yasal kabul edilmektedir.³⁰³ Dolayısıyla, Konseyin eylemleri yasaklarla tutarlı olmak zorundadır. Ayrıca, barışa yönelik herhangi bir tehdit ya da ihlal durumunda, barış ve güvenliğin sürdürülmesi ya da yeniden tesis edilmesi için zorlayıcı tedbirlerin gerekli olup olmadığına Konsey karar verdiği için, durum tespiti belirli kanıtlara dayanmak zorundadır. Aksi halde, barışın tehdit edilmesi, barışın bozulması ya da saldırı halinin kanıtlanmaması ya da yetersiz olması durumunda kuvvet kullanımını yasadışı olarak nitelendirilmektedir.³⁰⁴

Self-determinasyon hakkı da *jus cogens*in bir parçasıdır ve bu nedenle Konsey'in yetkilerine kısıtlama getirmektedir. Bu konuya ilişkin olarak ABD'nin Irak'ta gerçekleştirdiği eylemler örnek olarak verilebilir. 2003 yılında ABD, Irak'ta

³⁰⁰ Bozkurt/ Demirel, ss. 59–61. Sur, ss. 190–192.

³⁰¹ Enver Bozkurt, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı**, Ankara, Asil Yayın, 2007, s. 18.

³⁰² Berdal Aral, **Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 1999, s. 14.

³⁰³ Aral, s. 29.

³⁰⁴ Bozkurt (2007), s. 25.

demokratik ve federal bir devlet kurulması amacıyla “Irak’ı Özgürleştirme Operasyonu”nu başlatmıştır. Bu süreç içerisinde, Irak’ın yeniden yapılandırılmasında rol oynayan BM Güvenlik Konseyi, 1483 sayılı kararında ABD liderliğindeki işgal güçlerini ve Geçici Koalisyon Otoritesi’ni uluslararası alanda tanınmış bir Irak yönetimi oluşturulana kadar bölgede yetkili kılmaktadır. Bu kararın alınma sürecinde, Konsey üyelerinin açıkça self-determinasyon ilkesinin ihlal edilmemesine özen gösterdiği görülmektedir.³⁰⁵

Güvenlik Konseyi yetkileri insan hakları kapsamında da sınırlandırılmıştır. Bu durum, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, MSHS ve Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme gibi, evrensel insan hakları öğelerinden anlaşılmaktadır. İnsan haklarının korunması, uluslararası bir konu olmanın ötesinde, barış ve güvenlik kavramının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, Şartnamenin yorumu Güvenlik Konseyi’ne, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için, BM Şartnamesi’nin VI. ve VII. Bölümleri gereğince gerekli tedbirleri alma olanağı tanımaktadır. Dolayısıyla, Konseyin görev alanının genişletilmesi ile devredilemez ve ihlal edilemez insan haklarının korunması, uluslararası toplumun en önemli amacı haline gelmiş ve insanlığın güvenliğine katkı sağlamıştır.³⁰⁶

Uluslararası toplum, insan haklarının kodifiye edilmesi ile bireylerin hem barış hem de savaş durumunda yaşamlarının, özgürlüklerinin ve onurlarının korunmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla, insan haklarının temel değerlerinin, uluslararası hukukun emredici normları içerisinde, *erga omnes* yükümlülüklerle nitelendirilmesi bireylerin varlığının ve onurunun uluslararası toplum tarafından korunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, insan haklarının korunmasının uluslararası barış ve güvenliğin korunması ile ilişkilendirilmesi sonucunda, görev alanı genişleyen Güvenlik Konseyi, sadece devletlerin güvenliğini değil, bireylere yönelik tehditlere karşı insani güvenliği de sağlamak için gerektiğinde müdahale etme yetkisini kullanmaktadır. Güvenlik Konseyi, San Francisco Konferansı’nda, insan hakları ihlallerinin uluslararası barışı tehdit edebileceği konusu gündeme getirildiğinde bu görüşü Şartnamede belirtilen yetki

³⁰⁵ UN Security Council Resolution 1483 (2003) Adopted by the Security Council at its 4761st meeting, S/RES/1483 (2003),

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/368/53/PDF/N0336853.pdf?OpenElement>.

³⁰⁶ Füsun Arsava, “BM Güvenlik Konseyi’nin İnsan Haklarını Koruma Rolü ve Güvenlik Konseyi’nin Yetkilerinin Dayanağı ve Sınırları”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 4, No. 13, 2007, s. 2.

dağılımı kapsamında benimsememiştir. Ancak Konsey, 1. Körfez Savaşı esnasında kabul edilen 688 sayılı karar³⁰⁷ ile Kuzey Irak'taki Kürtlerin insan haklarının ihlalinin barışı tehdit ettiğini kabul etmiştir. Bu tarihten itibaren, Güvenlik Konseyi, Kuzey Irak, Somali, Haiti, Liberya, Angola, Ruanda, Brundini, Zaire/Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Arnavutluk, Merkezi Afrika Cumhuriyeti, Sierra Leone, Doğu Timor, Fildişi Sahili ve Sudan gibi birçok yerde, BM Şartnamesi VII. Bölüme ilişkin zorlayıcı önlemleri karara bağlamıştır.³⁰⁸

Güvenlik Konseyi ve insancıl hukuk ilişkisi açıkça BM'e yetki verilen askeri operasyonlarda ve ekonomik ambargo rejimlerinde görülmektedir. Dolayısıyla, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna yönelik Uluslararası Hukuk Derneği'nin (UHD) Raporuyla bağlantılı olarak, BM'in uyguladığı ekonomik ambargolar otoriter normlara özellikle de temel insancıl kurallara bağlıdır. UHD Final Raporu, Uluslararası Örgütlerin bölgenin geçici idaresinde, zorlayıcı tedbirlerin uygulanmasında, barışı yerleştirme ya da koruma çalışmalarının başlatmasında ve kuvvet kullanımı gibi kararların alınmasında ve yerine getirilmesinde, temel insan hakları yükümlülüklerini ve insancıl hukuk ilkelerini ve normlarını uyguladıkları vurgulanmaktadır.³⁰⁹ Burada, insancıl hukukun sadece savaş halinde uygulanmadığı aynı zamanda Güvenlik Konseyi tarafından VII. Bölümde belirtilen tedbirlerin alınmasında da önemli bir fonksiyona sahip olduğu görülmektedir.

Kısacası, BM Şartnamesi 24. ve 25. Maddelerinde de açıkça belirtildiği gibi,³¹⁰ BM üyeleri, Konsey'e barış ve güvenliğin korunmasında büyük bir sorumluluk vermekte ve kendi adlarına hareket ettiğini kabul etmektedirler. Böylece, belirlenen ilkeler ve amaçlar gereğince harekete geçen Konsey'in eylemlerine itaat edilmesi alınan kararları bağlayıcı yapmaktadır. Bu konuda Bowett, 25. maddede yer alan 'mevcut

³⁰⁷ U.N. Doc. S/RES/688(1991), <http://daccess-dds-ny.un.org>.

³⁰⁸ Arsava, s. 5.

³⁰⁹ Orakhelashvili, p. 428.

³¹⁰ Madde 24;1. Birleşmiş Milletler'in üyeleri, örgütün hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyi'ne bırakırlar ve bu sorumluluk gereğince görevlerini yerine getirirken Güvenlik Konseyi'nin kendi adlarına hareket ettiğini kabul ederler. 2. Güvenlik Konseyi, bu görevleri yerine getirirken Birleşmiş Milletler'in Amaç ve İlkeleri'ne uygun hareket eder. Bu görevleri yerine getirebilmesi için Güvenlik Konseyi'ne verilmiş belirli yetkiler VI, VII, VIII ve XII. Bölümler'de gösterilmiştir. 3. Güvenlik Konseyi, Genel Kurul'a incelenmek üzere yıllık raporlar ve gerektiğinde özel raporlar sunar. Madde 25; Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır.

Şartname gereğince' vurgusuna dikkat çekerek, Şartname gereğince kararların olabildiğince bağlayıcı olduğuna açıklık getirmektedir.³¹¹ Madde 48/1'de Konsey'in takdir yetkisinden bahsedilmekte ve uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin kararların yürütülmesi için Konsey'in belirlemesi üzerine bütün veya bir kısım üye devletler yükümlülük altına girmektedirler.³¹² Bu bağlamda, bağlayıcı ve geçerli olan Konsey eylemlerinin (*sine qua non*) olmazsa olmaz koşul olarak *jus cogens*le uyumlu olduğu kabul edilmelidir.

3.4.2. Devletlerin Eylemleri ve Güvenlik Konseyi

Devlet eylemleri, ulusal veya uluslararası alanda etkin olma amacıyla tasarlanmış yasamaya ilişkin, yönetsel ya da hukuki yetki kullanımını içeren birçok eylemi içermektedir. Devletlerin bazı eylemleri, egemenlik yetkisinin olağan uygulamalarını içerdiği için otoriter normlarla çatışmamaktadır. Ancak devletin, insanlığa karşı suçlar, soykırım veya saldırganlık gibi *jus cogens* aykırı eylemleri gerçekleştirmesi durumunda, Güvenlik Konseyi, Şartnamenin belirlediği sınırlar çerçevesinde durum tespiti yaparak gereken tedbirleri almaktadır. Örneğin, Konsey 1966'da Güney Rodezya'da (Zimbabve), temel normların ihlal edildiğini belirlemiş ve silahlı çatışma, self-determinasyon ve insan hakları ihlallerinin, uluslararası barış ve güvenlik adına çözümlenmesine önderlik etmiştir.³¹³ Bu bağlamda, devletin egemenlik yetkisini uygulaması ile ya da bu yetkinin sonucunda otoriter bir normun ihlali gerçekleşirse, eylemler bu normların etkisine bağlı olarak hem yasadışı hem de geçersiz olmaktadır.

Devletler, ya self-determinasyon ilkesi gereği eski sömürge devletlerin yeni bir devlet oluşturmasıyla ya da var olan bir devlet ülkesine yeni bir ülke parçasının katılmasıyla toprak kazanmaktadırlar.³¹⁴ Ancak geleneksel kurallara göre, bir devletin

³¹¹ Derek Bowett, "The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures", The European Journal of International Law Vol. 5, 1994, p. 92.

³¹² Karabulut, s. 27.

³¹³ Vera Gowlland-Debbas, "The Functions of the United Nations Security Council in the International legal System" Michael Byers (Ed.), **The Role Of Law In International Politics**, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 288.

³¹⁴ Pazarıcı, ss. 254–256.

ülkesine ilişkin eylemleri bir başka devletin çıkarlarını etkilememelidir. Bu nedenle, toprak kazanımlarını düzenleyen ilkelerin, devletlerin çıkarlarıyla ve eylemleriyle bağlantılı olduğu görülmektedir. Örneğin, Hollanda ile ABD arasındaki Palmas Adası sorununda Hakem Max Huber, egemenlik ve sorumluluk arasında bir ilişki kurarak, egemenlikten yalnız hakların değil aynı zamanda sorumlulukların da doğacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla, Palmas Adası Davası'nda, "Devletler ülkeleri üzerindeki egemenliklerini, başka devletlerin ülkelerine zarar verecek şekilde kullanmazlar" ifadesi, Trail Smelter, Korfu Boğazı, Clipperton Adası gibi davalarda alınan kararlarda da yer almıştır.³¹⁵

Briand-Kellog Sözleşmesi (1928) öncesinde, hukuksal açıdan geçerli olan ve fetih olarak adlandırılan kuvvet kullanımı ile toprak kazanımları günümüzde meşruluğunu kaybetmiştir. Yasadışı toprak kazanımları ABD tarafından, Japonya'nın Çin topraklarını işgal ederek Mançuku devletini (1932) kurması üzerine yayınlanan ve kuvvet kullanımı ile toprak kazanımlarının tanınmayacağını bildiren, Stimson Doktrini ile BM Şartnamesindeki yerini almıştır.³¹⁶ Dolayısıyla, yasadışı kuvvet kullanımının veya self-determinasyon ilkesinin ihlali sonucunda işgal edilen ülke topraklarının uluslararası toplumun çıkarlarına aykırı olduğu genel kabul görmektedir. Aslında, toprak elde etme yetisi bir devletin temel egemenlik yetkisi arasındadır, ancak otoriter normların çakıştığı yerde bu yetkiler durdurulmakta ve *jus cogens*e aykırı olan toprak kazanımları geçersiz ve hükümsüz olmaktadır. Örneğin, 1948'de Ürdün'ün Doğu Kudüs'ü işgali, BM Şartnamesi Madde 2(4)'ün bir ihlali olarak görülmekte ve Ürdün'ün o alan üzerindeki egemenliği, uluslararası toplum tarafından kabul edilmemektedir. Batı Şeria ve Doğu Kudüs'ün İsrail tarafından işgali de aynı nedenlerle geçersiz kabul edilmektedir.³¹⁷ Doğu Timor'da da kuvvet kullanma yasağı, self-determinasyon ilkesi ve insan hakları (toplu ölümler, işkence ve infazlar) gibi birçok otoriter normu ihlal eden Endonezya'nın, Doğu Timor'a yönelik eylemlerinin geçersiz ve hükümsüz olduğu kabul edilmektedir.³¹⁸ Dolayısıyla otoriter normlar, devletlerin

³¹⁵ Ole Spiermann, "Judge Max Huber at the Permanent Court of International Justice", *The European Journal of International Law* Vol. 18 No. 1, 2007, p. 122., Ayrıca bkz. Trail Smelter Case, http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf.

³¹⁶ Pazarıcı, s. 262.

³¹⁷ Özge Özkoç, "Savaş ve Barış: Doksanlı Yıllarda Filistin-İsrail Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/998/12147.pdf>.

³¹⁸ Yael Ronen, "Status of Settlers Implanted by Illegal Territorial Regimes",

tutumlarını ve eylemlerini sınırlayarak uluslararası toplumun çıkarlarına hizmet ettiği görülmektedir.

Yasadışı toprak kazanımları, uluslararası toplum tarafından nasıl kabul görmüyorsa, insanlığa aykırı uluslararası suçların cezai sorumluluğunun af edilmesi de kabul görmemektedir. Bu bağlamda, uluslararası hukuk devletlerin af yetkisini kullanarak, suçlu kişilerin cezai sorumluluk almamalarına yönelik eylemlerde bulunmalarına izin vermektedir. Burada, yasal hakların ve yükümlülüklerin tek belirleyicisi olan devletlerin girişimlerinin ve isteklerinin bireylere yönelik suçları dava etmede önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Ancak devletlerin affetme yetkisi, cezai sorumluluk gerektiren eylemlerin unutulmasına ya da bu eylemler karşısında sessiz kalınmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle, ciddi uluslararası suçlar için af öngörülürken, kişilerin işkence gibi, insan onuruna ve yaşam haklarına aykırı uluslararası suçları işlemesi durumunda, bu suçların en sert insan hakları ihlallerini ve insan onuruna ilişkin kayıtsızlığı oluşturması ve insanlığın vicdanına yakışmayan ihlallerin üzerinin af edilerek örtülmesine izin verilmemektedir.

İnsanlığa aykırı suçlar dışında, uluslararası veya ulusal bir çatışmadan veya ulusal uzlaşma süreçlerinden sonra barışın tekrar yerleştirilmesi amacıyla işlenen suçlara karşı afların öngörüldüğü ve uygulamada sık sık ortaya çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda af uluslararası veya ulusal çatışmaların sonlandırılması amacıyla kullanılabilir. Örneğin, Fransa'nın işgalinin sona ermesinin ardından, Cezayir'e bağımsızlık getiren 1962 Evian Antlaşması ile taraflar genel affı ve ülkenin bağımsızlığına neden olan bütün eylemleri kabul etmişlerdir.³¹⁹ Benzer şekilde, 1971 yılında Hindistan'ın Pakistan'da iç sorunların ortaya çıkması ile çok sayıda Doğu Pakistanlının öldürülmesini gerekçe göstererek, Pakistan'a müdahalede bulunması sonucunda Bangladeş bağımsızlığını kazanmıştır. Ancak Hindistan'ın sömürge bir ulusa yardımda bulunmanın kuvvet kullanma yasağını ihlal etmeyeceğini öne sürmesine

<http://bybil.oxfordjournals.org/pdf>. p.204–205.

³¹⁹ Melek Fırat, "Soğuk Savaş Sonrasında Fransa'nın Dış Politikası", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 64–1, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42.937.11671.pdf>, s. 117.

rağmen, bağımsızlık mücadelesine askeri destekle yardımda bulunulması, kuvvet kullanma yasağının ihlal edilip edilmediği tartışmalarını yoğunlaştırmıştır.³²⁰

Birçok ülkede diktatör rejimlerin ardından işlenmiş suçlara yönelik bir takım genel aflar uygulanmıştır. Yunanistan'da Albaylar Cuntası rejiminden sonra yüzlerce faile, işkence ve çeşitli eylemler için dava açılırken, Şili, Uruguay, Arjantin, Haiti, Guatemala, Honduras gibi Latin Amerika ülkelerinde, diktatör rejimlerin sorumlularına yönelik çeşitli alanlarda çok geniş af politikaları uygulanmıştır. Bazı olaylarda, örneğin Pinochet rejiminin yıkılışından sonra Şili'deki uygulamalarda olduğu gibi genel aflar kendiliğinden ortaya çıkmıştır. Burada, Pinochet rejimi sırasında işkence, devletin politika silahıydı ve bu rejim sona erdiğinde işkencenin kurumsallaştırılmasıyla bağlantılı kişilere yönelik genel af tasarısı yasallaşmıştır.³²¹ Kısacası, insan haklarının ve insancıl hukukun ciddi ihlallerinin faillerine yönelik genel aflar, bu suçları işleyenlerin ceza almamasını sağlamıştır. Ancak uluslararası hukukta, soykırım, işkence, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi, belirli alanlarda cezai sorumlulukların af edilmesi, uluslararası toplum tarafından kabul edilmemektedir. Dolayısıyla, devletlerin bu tür suçlara karşı ilgisiz bir tutum sergilemeleri, otoriter bir norm ve *erga omnes* bir yükümlülük olarak görülen, insan onurunu koruma yükümlülüğünün göz ardı edilmesine neden olmaktadır.

3.4.3. Güvenlik Konseyi Kararları ve *Jus Cogens*

Güvenlik Konsey kararları ile *jus cogens* normların çatışması, bu normlara aykırı eylemleri meşrulaştırma girişimi olarak ifade edilmektedir. Böyle bir girişim, otoriter bir norm altında yasadışı ilan edilen eylemleri gerçekleştirmek veya durdurmak için devletlere yetki verme anlamı taşımaktadır. Bu bağlamda, Güvenlik Konseyi kararlarının *jus cogens*le çatışıp çatışmadığı otoriter normlar ve kararlar arasında ortaya çıkabilecek normatif bir çatışmanın olup olmadığı ile belirlenmektedir. Normatif çatışma, Güvenlik Konseyi kararında yer alan bir koşulun ve otoriter bir normun,

³²⁰ İlyas Doğan, “Siyasal Bir İlke Olarak Halkların Kendi Geleceğini Belirleme İlkesine Devletler Hukuku Açısından Bakış”, 2006, p. 6. Ayrıca bkz. Oral Sander, **Siyasi Tarih 1918–1994**, 8. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2000, ss. 465–466.

³²¹ Aksar, s.134., Pinochet davası için bkz. Michael Byers, “The Law and Politics of the Pinochet Case”, *Duke Journal Of Comparative & International Law* 2000, www.law.duke.edu/journals/djcil/downloads/djcil10p415.pdf.

objektif ve dinamik etkileşimine bağlı iki farklı işlevi içermekte ve bu normların birbirleriyle çatışıp çatışmadığını belirlemenin ötesinde, normların bu iki grubun etkilerine sahip olup olmadığını ve sonuçlarının birbirleriyle tutarlı olup olmadığını da açıklamaktadır. Dolayısıyla Konsey'in, barış ve güvenliğin sağlanması ve sürdürülmesi olarak ifade edilen temel amacının ardına *jus cogens* normlara aykırı bir başka amacın gizlenebilme olasılığına karşı, sadece kararın belirtilen amacı ve açık üslubu incelenmemeli, aynı zamanda ilgili maddelerinin üslubu, uyuşabilirliği veya uygulamanın zorunlu sonucu da incelenmelidir.³²²

Güvenlik Konseyi, otoriter bir normun ihlal edildiğinden haberdar olmasına rağmen ihlale devam eden devlete üstü kapalı olarak destek sağlayan bir kararı benimseyebilmektedir. Bu duruma Konsey'in, belirli bir görüşü veya *jus cogensi* ihlal etme amacını açıkça belirtmeyen önlemleri benimsendiği *Lockerbie* olayı³²³ örnek verilebilir. Bu olay, ABD, İngiltere ve Fransa'nın, Lockerbie uçağını bombaladığı iddia edilen iki şüphelinin, ABD'ye veya İngiltere'ye iade edilmesi talepleriyle Güvenlik Konseyi'ne getirilmiştir. Güvenlik Konseyi, Libya'dan ABD ve İngiltere'nin taleplerinin yerine getirilmesini istemiştir. Libya'nın, uluslararası hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle bu talepleri reddetmesi üzerine Güvenlik Konseyi, BM Şartnamesi'nin VII. Bölümüne dayandırılmayan 731(1992) sayılı kararı oybirliği ile kabul etmiştir. Bu karar, Güvenlik Konseyi'nin bir ülkenin vatandaşlarının yargılanması için diğer bir ülkeye iadesini öngören ya da zımni olarak bir BM üyesi devleti terörizme karışmakla suçlayan ilk karar olması açısından önemlidir. Bu kararın ardından, Libya'ya yönelik ticari uçuş yasağı, silah ambargosu, teknik bilgi transferine sınırlandırma, hava ablukası gibi yaptırımların uygulanmasını öngören 748(1992) sayılı kararı da kabul edilmiştir. Burada, terörizmi desteklediği kabul edilen Libya'nın, zanlıları teslim etmesi dışında,

³²² Orakhelashvili, pp. 439–440.

³²³ 1988 yılında, Londra'nın Heathrow hava alanından kalkan ve İskoçya'nın Lockerbie kasabası üzerinde havada infilak eden PAN AM 103 uçağı, 189 Amerikalı olmak üzere toplam 259 yolcusunu ve mürettebatını kaybetmiştir. Aynı zamanda olay yerinde de 11 kişinin öldüğü belirlenmiştir. İngiltere ve ABD, üç yıllık soruşturma sonucunda, Libya Dış İstihbarat Servisi mensubu, Abdelbasset Ali Mohmed Al Megrahi ve Al Amin Khalifa Fhimah'ı suçlamış ve Libya'dan bu kişileri iade etmesini ve uygun bir tazminat ödemesini talep etmiştir. Fatma Taşdemir, **Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi**, Ankara, USAK, 2006, s. 67.

yaptırımların devam etmemesi için terörizmi desteklemediğini tüm dünyaya kanıtlayan somut adımlar atması gerektiği de vurgulanmıştır.³²⁴

Lokerbie olayında açıkça görüldüğü gibi, Amerika ve İngiltere otoriter bir norm olan ve Şartnamenin 2(4). Maddesinde ifade edilen kuvvet kullanımının veya kuvvet tehdidinin yasaklanmasına aykırı hareket ederek, taleplerini gerçekleştirmek amacıyla Libya'ya karşı kuvvet kullanımına yönelik tehdit politikası başlatmışlardır. Dolayısıyla Konsey, 731 ve 748 sayılı kararların içeriğini oluştururken mevcut koşulları dikkate almamış, VII. Bölümde belirtilen kuvvet kullanma yetkisini sorgulamamış ve tehditler sadece karşılıklı içeriklerde yer almıştır.³²⁵ Konsey açıkça *jus cogens* normların ihlal edilmesine engel olmamıştır.

Libya, *Lockerbie* tutanakları esnasında birçok şikâyette bulunmasına rağmen dikkate alınmamıştır. Libya, yaptırım kararlarının durdurulması ve her iki devletin kendisine karşı kuvvet kullanma olasılığına karşı koruma önlemleri istemiyle UAD'na başvurmuştur. Ancak Divan, BM Şartnamesinin 25. Maddesi gereğince, Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanmasına öncelik verildiğini ve Şartnamenin 103. Maddesine dayanarak, BM Şartnamesinden kaynaklanan yükümlülüklerin üstün olacağını ifade etmiş ve davayı reddetmiştir.³²⁶

*Jus cogens*le çatıştığı varsayılan bir diğer konu da, şüphelilerin iade edilmesi durumunda onların adil yargılama hakkından mahrum edilebileceği iddialarına rağmen, 748 Kararının kabul edilmesidir. Libya, İskoçya veya ABD'de de adil bir yargılamanın mümkün olamayacağına ilişkin şüphelerini ifade etmiştir. Ancak Konsey, bu ithamın doğru olup olmadığını incelememiş ve ciddi insan hakları ihlalleriyle sonuçlanabileceğini düşünmemiştir. Bu konuya ilişkin olarak, Kamp van Zeist, Hollanda'daki özel İskoç Mahkemesi tarafından yürütülen *Lockerbie Davası* üzerine rapor ve değerlendirmede de Libya'nın şüphelerini haklı çıkartırcasına yargılamanın adil olmadığı ve nesnel bir şekilde yürütülmediği sonucuna varılmıştır.³²⁷

³²⁴ Taşdemir, s. 68., Aral (1998), s. 49.

³²⁵ Orakhelashvili, p. 440.

³²⁶ Taşdemir, s. 69., Aral (1998), s. 49.

³²⁷ Hans Köchler, "Kamp van Zeist, Hollanda'daki Özel İskoç Mahkemesi Tarafından Yürütülen Lockerbie Davası Üzerine Rapor ve Değerlendirme" Erdem Denk/Funda Keskin (Çev.), Santiago, Şili, 3 Şubat 2001/P/HK/17032.

Jus cogens normların açıkça bir ihlaliyle karşılaştığında, Güvenlik Konseyi'nin ihlale müdahale etmemesi durumunda ihlalin üstü kapalı olarak geçerli kabul edilip edilmediği konusu tartışmalara açıktır. Güvenlik Konseyi'nin *jus cogens* normların ihlal edilmesini önlemeye yönelik herhangi bir işlevde bulunmaması ve ihmal etmesi Doğu Timor örneğinde³²⁸ daha belirgin bir şekilde görülmektedir. Bu olay, Portekiz'in, Avustralya'nın, Doğu Timor halkının self-determinasyon hakkını yok sayan bir antlaşmanın tarafı olduğunu ileri sürerek konuyu UAD'na getirmesiyle gündeme gelmiştir. Burada Avustralya, Endonezya'nın Doğu Timor işgalinin, self-determinasyon ilkesinin ciddi bir ihlali olduğu gerçeğine rağmen Doğu Timor'un, Endonezya'nın bir eyaleti olmasını öngören Timor Ara Sözleşme (1989) akdini ve Endonezya'yla müzakerelere başlama kararını savunmuştur. Ayrıca Avustralya, Endonezya'yla Doğu Timor'un entegrasyonunu dikkate alan Kanada, Fransa, İsveç, Japonya gibi devletlerin ve Endonezya'nın yaklaşımlarına başvurarak kuvvet kullanılarak elde edilen toprak kazanımlarının geçerliliğini bildirmiştir. Ancak, bu şekilde toprak kazanımlarının yasadışı olması nedeniyle, antlaşma-yapma yetkisi ve bu tür antlaşma-yapma yetkisinin önkoşulları olan bölgeye yerleşme hakkı gibi, hiçbir hakkın bu davada söz konusu olamayacağı görülmektedir.³²⁹ Konuya ilişkin olarak UAD, Genel Kurul'un 1803 No'lu Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenlik Hakkı Kararına, "Her devletin vazgeçilmez biçimde ulusal çıkarları için doğal kaynaklarını ve zenginliklerini kullanma hakkı" atfı yaparak, self-determinasyon hakkının *erga omnes* bir nitelik taşıdığını ve herkesin buna saygı göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Divan'a göre, Timor Ara Sözleşmesi Doğu Timor halkına self-determinasyon hakkının tanınması ve halkın doğal kaynaklar üzerindeki egemenliği ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, Doğu Timor'un

³²⁸ Eski bir Portekiz sömürgesi olan Doğu Timor, 1974 yılında, bölge barışını korumak adına, Endonezya ve Avustralya arasında yapılan bir anlaşma ile Endonezya'ya bırakılmıştır. Ancak, Doğu Timor'daki bağımsızlık hareketi Fretilin'in bağımsızlığını ilan ederek bu anlaşmaya karşı çıkması sonucunda, Endonezya, Doğu Timor'a müdahalede bulunmuştur. Endonezya'nın müdahalesi üzerine, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi, Endonezya'ya çekilme çağrısında bulunmuş ve Doğu Timor halkının, self-determinasyon hakkını kullanmaları için gerekli önlemlerin alınmasını istemiştir. Ancak, Endonezya Doğu Timor'dan çekilmemiş ve ülke üzerinde egemenlik iddiasında bulunmuştur. Konunun UAD'na taşınmasına neden olan Timor Ara Sözleşmesinde, Doğu Timor halkının haklarına hiç değinilmemiştir. Sadece Avustralya ve Endonezya'nın ortak çıkarları gereğince bölge kaynaklarının, Doğu Timor halkının rızası olmasa bile kullanılmasına imkân verilmiş ve Self-determinasyon hakkına dayanılarak sözleşmeye karşı çıkılabileceğinden bahsedilmemiştir. Abdullah Uz, "Teori ve Uygulamada Self-Determinasyon Hakkı", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C.3, S.9, 2007, s. 78.

³²⁹ Orakhelashvili, p. 444. East Timor (Portugal v. Australia), Counter-Memorial of The Government of Australia, <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6837.pdf>.

muhtar olmayan bir ülke olduğuna ve kendi geleceğini tayin etmesi için BM gözetiminde referanduma gidilmesine karar verilmiştir.

Sonuç olarak, Doğu Timor örneğinde görüldüğü gibi, bu tür eylemler ve antlaşmalar, self-determinasyon ilkesinin ihlal edilmesine neden olmaktadır. Avustralya'nın, Endonezya ve Doğu Timor'un entegrasyonunda ve Timor Ara Sözleşmesi'nin geçerli olduğunu savunmasında, ilk etapta Güvenlik Konseyi'nin ve sonrasında Genel Kurul'un, Endonezya'nın Doğu Timor işgalini kınamayı durdurması önemli bir etkidir. Burada, *jus cogens* normu olan self-determinasyon ilkesinin ihlaline neden olan eylemlere Konseyin müdahale etmemesi gibi bir ihmal söz konusudur. Aslında Güvenlik Konseyi karar-alma sürecinin, siyasi faktörlerden etkilenme olasılığını, müzakerelerin ve oy verme sürecinin tamamen siyasi çıkarların temel alındığı ağır pazarlıklarla bağlantılı olduğu varsayımını da dikkate almak gerekmektedir.

Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen bir karar, sonrasında otoriter normların ihlalini geçerli kılabilir. Konsey'in bu tür uygulamalarına ilişkin olarak 1998 ve 1999 yıllarında Kosova³³⁰ bölgesinde yaşayan halkın etnik, dini ve kültürel farklılıklarından kaynaklanan çatışmalar sonucunda alınan kararlar örnek olarak gösterilmektedir. Ekim 1998'de, Federal Yugoslavya Cumhuriyeti (FYC) Kosova'daki mültecilerin dönüşünü ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT) fonksiyonunu destekleyen bir antlaşma imzalamıştır.³³¹ Ancak, bu antlaşmaların askeri tehditler esnasında yapıldığı ve VAHS 52. Madde gereğince geçersiz olduğu kabul edilmektedir. ABD, bu antlaşmaları yapmak için kuvvet tehdidinin gerekli olduğunu kabul ederken NATO, Genel Sekreteri aracılığıyla, açıkça kuvvet kullanılacağını ve tehdide başvurulacağını ifade etmektedir. Bu nedenle, zorlayıcı bir şekilde empoze

³³⁰ Kosova, hem Arnavutlar tarafından hem de Sırlar tarafından anavatan olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, her iki tarafta Kosova'nın işgal altında olduğunu ileri sürmektedirler. Arnavutlar, bölge nüfusunun büyük bir çoğunluğunun Arnavut olması nedeniyle, Kosova'nın kendilerine ait olduğunu savunurken, Sırlar, soykırıma uğradıklarını ve bölgede nüfuslarının azaldığını ileri sürmektedirler. Ancak, yapılan araştırmaların da gösterdiği gibi, Sırp nüfusunun sürekli olarak azalmasında, Arnavutların doğum oranlarının yüksek olması ve bölgenin ekonomik koşullarının Sırlar için elverişli olmaması önemli etkenlerdir. Halis Ayhan, "Arnavut ve Sırp Savları Bağlamında Kosova'nın Sahipliği Sorunu", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 23/2010, s. 80.

³³¹ BM Güvenlik Konseyi, BM Genel Sekreterinin, 5 Ekim 1998 tarih ve S/1998/912 sayılı raporunu dikkate alarak, Ekim 1998'de, FYC ve AGİT arasında bir antlaşma imzalamıştır. Bu antlaşma ile AGİT'in, Kosova'da İnceleme Komisyonu, Müttefikler Yüksek Komutanlığı ve Hava İnceleme Komisyonu kurması desteklenmiştir.

edilen antlaşmaların geçersiz olduğu açıkça görülmektedir. Güvenlik Konseyi'nin, zor kullanılarak yapılan antlaşmaları geçerli kılma yetkisi yoktur. Bu, özellikle otoriter bir norm olan kuvvet kullanma yasağının Konsey'in yetkilerini sınırlamasıdır ve zorla empoze edilen antlaşmaların geçersizliği *jus cogens* normların niteliğinin bir sonucudur.

Kosova çatışmalarının barışçıl bir şekilde çözümlenmesini vurgulayan, 24 Ekim 1998'de BM Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen 1203(1998)³³² sayılı karar, zor kullanılarak empoze edilen antlaşmaların geçerli kılınması olarak yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi'nin geriye dönük olarak antlaşmaları geçerli kılmasından ziyade bağlayıcı bir karar ile şüpheli antlaşmaları geçerli kılarak değiştirmeyi seçme fırsatına sahip olduğu iddia edilmektedir. Ancak, Konseyin 1203 sayılı kararında, FYC ile 15–16 Ekim 1998'deki antlaşmaların yapılmasını desteklediği ve de bu antlaşmaların zorla empoze edildiği, FYC'nin bu antlaşmaların hepsini çabucak yerine getirmesinin talep edildiği, kararın önsözünde ve 1.paragrafında açıkça yer almaktadır.³³³ BM Güvenlik Konseyi'nin, 10 Haziran 1999'da kabul ettiği 1244(1999)³³⁴ sayılı kararında da, *jus cogens* norma ilişkin olarak geçerli olmayan benzer konuların geçerli kılındığı görülmektedir. Konsey'in, Kosova'daki uluslararası güvenliğin varlığını desteklediği ve Kosova Gücü'nün (KFOR)³³⁵ yetkisini tanımladığı 1244(1999) sayılı karar da, Yugoslavya'ya silahlı saldırının geriye dönük bir onayı olarak yorumlanmaktadır. Kısacası, antlaşmalar genel uluslararası hukukta ve Şartnamede ifade edilen kuvvet kullanma yasağı ile çatıştığında geçersiz olmaktadır.

³³² FYC'nin 1160(1998) ve 1199(1998) sayılı kararların gereklerini yerine getirmesi, Kosova'da bulunan AGİT misyonu ve NATO misyonu ile işbirliği yapması istenmektedir. Nesrin Kenar, **Bir Dönemin Perde Arkası Yugoslavya: Yugoslavya Sorununun Ulusal ve Uluslararası Boyutu**, Ankara, Palme Yayıncılık, 2005, s. 333.

³³³ UN S/RES/1203 (1998), Resolution 1203 (1998), Adopted by the Security Council at its 3937th meeting, on 24 October 1998, <http://www.un.org/peace/kosovo/98sc1203.htm>.

³³⁴ Öncesinde kabul edilen 1160 (1998), 1199 (1998), 1203(1998) ve 1239(1999) sayılı Konsey kararlarına uyulmamış olduğu belirtilmiştir. Kosova'da kötüleşen insani durumun iyileştirilmesi ve mültecilerin güvenli bir şekilde Kosova'ya geri dönüşünün sağlanması amaçlanmıştır. Bu koşulların yerine getirilmesi ve Kosova krizine siyasal çözümün bulunması, 1244(1999) sayılı kararın Ek. 1 ve Ek.2'de belirtilen ilkelere dayandırılması gerekmektedir. Bu ilkelerin FYC tarafından kabul edilmesi ve uygulanması için işbirliği öngörülmüştür. Ayrıca, FYC'nin Kosova'da şiddet ve baskı uygulamalarına son vermesi ve askeri ve polis güçlerini belirlenen takvime uygun olarak Kosova'dan çekmesi talep edilmiştir. Uluslararası güvenlik güçlerinin bölgeye yerleşmesi ve uluslararası sivil ve güvenlik kuruluşlarının, gerekli donanım ve personeliyle birlikte BM hükümlerine uygun olarak Kosova'ya yerleşmesi öngörülmüştür. Kenar, s.335.

³³⁵ 1244 (1999) Sayılı Karara göre, KFOR, Birleşmiş Milletler Kosova Misyonu (UNMIK) bölgeye gelinceye kadar güvenliği, kamu ve hukuk düzenini sağlamaktan sorumlu tutulmuştur. Kosova'da güvenliği sağlamak için, NATO liderliğinde oluşturulan ve çok uluslu bir güç olan KFOR, 1244 Sayılı Kararın ardından göreve başlamıştır.

Bu konuya ilişkin olarak Pellet, uluslararası bir suç olarak tanımladığı FYC'ne karşı yapılan eylemin geriye dönük olarak yasallaştırıldığını ve 1244 sayılı kararın dramatik olarak tabloyu değiştirdiğini ileri sürmektedir. Ayrıca, hukuka aykırı eylemlerin bu tür kararlarla sonradan geçerli kılınmasının, hukukun işlevine aykırılık oluşturduğunu savunmaktadır. Ancak, Konseyin FYC'ne karşı NATO harekâtının, geriye dönük olarak geçerliliğini sağlamaya istekli olduğunu tespit etmek zordur ve Konsey gerçek bir realite karşısında eyleme karar vermiştir.

Güvenlik Konseyi bazı eylemlerinin *jus cogens* normların ihlallerine hizmet etmesi mümkün görülmektedir. Konseyin eylemi ile doğrudan otoriter kuralların bu tür ihlalleri, Şartnamenin VII. Bölümünde belirtilen zorlayıcı tedbirlerin kabul edildiği durumlarda, özellikle insan hakları ve insancıl hukuka ilişkin ihlaller ortaya çıkmaktadır. Aslında, *jus cogens* normların ihlaline ilişkin eylemleri yapan devletlerdir. Ancak, devletlerin bu tür eylemler yapması için mazeret sağlayan ise Konsey kararları olmaktadır.

Konsey kararları doğrultusunda, masum sivil nüfusu etkileyen birçok yaptırım örnekleri vardır. Bu örneklerden biri, Güvenlik Konseyi tarafından Irak ulusuna karşı uygulanan ekonomik ve ticarî yaptırımlardır. Irak'ın Kuveyt'i işgal etmesinin ardından uygulanan yaptırımlar Körfez Savaşı boyunca devam etmiştir. Ambargonun açıklanan temel amacı, Kuveyt'i işgal eden Irak Silahlı Kuvvetlerinin ülkeden geri çekilmesi olsa da, sonrasında Kuveyt hükümetinin talebi gereğince, savaş tazminatının ödenmesi ve var olduğu iddia edilen kitlesel imha silahlarının tasfiye edilmesini sağlamak için bir tehdit unsuru olarak kullanılmıştır. Irak'a karşı uygulanan ekonomik ambargo, sivil nüfusu etkilemiş ve nüfusun azalmasına neden olmuştur. Bu tür yaptırımların sürdürülmesi, Kuveyt'i istila etme kararı alan Iraklı seçkinler üzerinde herhangi bir etkiye sahip olmaksızın Irak nüfusunun hayat koşullarını zorlaştırmıştır. Irak ulusunun, yiyeceklere ve ilaçlara erişiminin güçleşmesi ve salgın hastalıklara karşı önlem alınmaması, çocuk ölümlerindeki artışa katkıda bulunmuştur.³³⁶ Aslında teorik olarak, bu tür yaptırımların amacı, ekonomik ambargo uygulanan bölge halkının hayat koşullarını zorlaştırarak, ambargo uygulayan tarafça gerekli görülen değişikliklere ikna

³³⁶ Richard Garfield, **Morbidity and Mortality Among Iraqi Children from 1990 Through 1998: Assessing the Impact of the Gulf War and Economic Sanctions**, CASI Internet version: July 1999, <http://www.casi.org.uk/info/garfield/dr-garfield.html>.

edilmeleridir. Ancak bu süreç, insan haklarına aykırı koşulları beraberinde getirmemelidir.

Kısaca özetlemek gerekirse incelenen örnekler, Konseyin çeşitli yollarla *jus cogens* normların ihlallerinde rol oynayabileceği gerçeğini ortaya koymaktadır. Konseyin bu normlara aykırı eylemlerini yansıtan ya da bu şekilde yorumlanan kararlar, belirli bir davranışın geçerli kılınmasını veya onaylanmasını veya belirli eylemlere boyun eğilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, *jus cogens* normlara aykırı eylemleri geçerli kılmanın yasal olabileceği koşullar oluşturulmaktadır. Ancak bilindiği gibi, *jus cogens* aykırı hiçbir eylem, rıza, boyun eğme veya tanıma yoluyla meşrulaştırılamamaktadır.

3.4.4. Güvenlik Konseyi Kararlarının *Jus Cogens* Kapsamında Yorumlanması

Konsey'in almış olduğu kararların *jus cogens* normlara aykırı olup olmadığının belirlenmesi için, öncelikle karar metninin dikkatli bir şekilde analiz edilmesi ve kabul edilen kararın arkasında, Konseyin asıl niyetinin araştırılması gerekmektedir. Konsey kararlarının ardında, otoriter bir norm veya onun etkilerinin ihlal edilmesi ya da *jus cogens*le uyumlu olmayan durumların meşrulaştırılması tasarlanmış ise Konsey kararları sorgulanmalıdır. Dolayısıyla, Konsey'in amacını tespit etmek hem otoriter normlarla çatışmadan kaynaklı geçersiz olan bir kararı yasallaştırmayı tasarlayıp tasarlamadığını tespit etmekte hem de karar-alma sürecinin daha sağlıklı işlemesine ve kararların geçerliliğinin desteklenmesine hizmet etmektedir.

BM Şartnamesi gereğince yorumlanması gereken Güvenlik Konseyi kararlarının üye devletlerin isteklerinden etkilendiği iddia edilmektedir. Bu nedenle, Güvenlik Konseyi kararlarının genel uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Kararların yorumlanmasının sorumluluğu, kararın içeriğiyle ilişkili olarak sadece kabul edilen bir eyleme itaati sağlamak değil, aynı zamanda Konsey yetkilerini düzenleyen standartları da belirlemektir.³³⁷ Bu bağlamda, BM Şartnamesinin 103. Maddesinin bir sonucu olarak *jus cogens* aykırı olmamak koşuluyla Konsey'in

³³⁷ Orakhelashvili, p. 460.

almış olduğu kararlar, başka herhangi bir uluslararası antlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda üstün gelmektedirler. Bu durum, aslında uyumsuz kararları geçersiz kılma ile ilgili olduğu kadar yorumlama sorunu ile de ilgilidir. Dolayısıyla, *jus cogens* normlar devletler üzerinde bağlayıcı olduğu gibi, Güvenlik Konseyi kararları üzerinde de bağlayıcıdır ve bu nedenle antlaşmaların yorumlanması otoriter normlarla çatışmadan kaçınmanın bir yolu olarak görülmektedir.

Bazı kararlar, örneğin 1456(2003)³³⁸ sayılı kararda belirtildiği gibi, terörizme karşı mücadeleyi amaçlayan yaptırımlar uygulanırken, insancıl hukuka ve insan haklarına riayet etmeyi gerektiren maddelerin içeriğinden veya 1244(1999)³³⁹ sayılı karar gibi, bir devletin egemenliği ve toprak bütünlüğünden açıkça bahsedilmelidir. Alınan kararların yorumlanması ile bu noktalara açıklık getirilmesi, Konsey'in *jus cogens* aykırı kararlar almayı tasarlamadığını göstermektedir. Bu bağlamda, kararların içeriğinin belirsizliği durumunda *jus cogens* normları da içine alacak şekilde uluslararası kamu politikalarıyla tutarlı anlamlar yüklenmelidir. Örneğin, Konsey 242(1967)³⁴⁰ sayılı kararında, uluslararası yükümlülüklerle çatışmadan kaçınacak şekilde İsrail'in 1967 yılı öncesindeki sınırlara geri çekilmesi gerektiğini ve Filistinlilerin geri dönüşünü vurgulamıştır. Burada, Konsey'in yerinden edilmiş kişilerin evlerine dönmelerini engelleyen herhangi bir sonucu tasarlamadığı varsayılmalıdır. Dolayısıyla, Konseyin, topluca sınır dışı etme veya insanların yer değiştirmesini geçerli kılan kararları benimseyebildiğini varsaymak gerçekten tehlikeli sonuçları beraberinde getirecektir. Dahası, sınır dışı etmenin, insanlığa karşı bir suç veya savaş suçu olarak tanımlandığı dikkate alınırsa, bu doğal olarak bütün etkileri ve sonuçları ile *jus cogens* ihlalini oluşturacaktır.

³³⁸UN Resolution 1456(2003), Adopted by the Security Council at its 4688th meeting, S/RES/1456 (2003) on 20 January 2003.

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/216/05/PDF/N0321605.pdf?OpenElement>.

³³⁹UN Resolution 1244(1999), Adopted by the Security Council at its 4011th meeting, S/RES/1244 (1999) on 10 June 1999.

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N9917289.pdf?OpenElement>.

³⁴⁰UN Resolution 242(1967), Adopted by the Security Council at its 1382th meeting, S/8226, on 22 Nov. 1967.

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/240/94/IMG/NR024094.pdf?OpenElement>.

3.4.5. *Jus Cogens* ile Çatışan Güvenlik Konseyi Kararlarına İtiraz Etme Yolları

VAHS'nin, 44, 52 ve 53. maddelerinin üslubundan da anlaşıldığı gibi içeriği veya sonucu *jus cogens*in bir ihlalini içeren antlaşma tamamen geçersizdir. Bu nedenle, uluslararası hukukta bu normlara karşı kusurlu olan eylemlerin iptali mümkün olmamakta, ancak eylemlerin geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Uygulamada, bir Güvenlik Konseyi kararının, tamamıyla geçersiz olup olmadığına veya geçersiz maddelerinin ayrılabilir olup olmadığına ilişkin ispat mümkün olmamaktadır.

Jus cogens normlara karşı kusurlu olan eylemlere zemin hazırlayan antlaşma maddelerinin, antlaşma metninin bütüncül yapısı gereği ayrılabilir olmamasının uluslararası hukuka uygun olmadığına ilişkin bir görüş ileri sürülebilir. Eğer bu görüş kabul edilirse *jus cogens*e karşı kusurlu olan Güvenlik Konseyi kararı tamamıyla geçersiz olmayacak ve kararın bu normlara aykırı olmayan maddeleri korunacaktır. Dolayısıyla, böyle bir durumda, uluslararası barış ve güvenliği koruma amacıyla gerekli tedbirleri oluşturan Konsey kararlarının geçersiz olması önlenilecektir.

Ayrılabilirlik görüşü herhangi bir olayda kabul edilse bile makul sonuçlar getirmeyebilir. Burada, bir kararın tartışılan maddesinin dokümanın geri kalanıyla gerekli bağlantıda olmadığı ve ayrılabilir olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Örneğin, kapsamlı bir şekilde barışı yerleştiren ve koruyan bir kararda, cezai sorumluluk getirmeyen ve çok sayıda konuyu kapsayan bir madde varsa, sadece bu maddenin geçersiz olduğu ve düzenlemenin geri kalanının bu maddeden etkilenmediği kabul edilebilir. Örneğin, Konseyi'in almış olduğu 748(1992) sayılı kararın, VII. Kısımda belirtilen zorlayıcı tedbirlerle desteklenen talepleri gerçekleştirmek için Libya'yı muhatap alan yasadışı kuvvet kullanma tehdidini devam ettirdiği öne sürülmektedir. Bu nedenle, kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidinin otoriter bir norm olarak yasaklanması dikkate alındığında, 748 sayılı kararın *jus cogens*e aykırı olduğu ve ayrılabilirlik rejiminin uygulanmasının imkansız olduğu görülmektedir.

Güvenlik Konseyi kararlarının yasal olduğu varsayımından hareket edersek, yasal gerekçelerle, devletlerin kararlara itaat etmeme ve itiraz etme hakları mümkün görünmektedir. Bu bağlamda, Güvenlik Konseyi içerisinde yasal sorumluluğun

yerleştirilmesi ve devletlerin itiraz edebilmesi için yasal sınırlamaların getirilmesi gerekmektedir. Bunun için devletlere, yasadışı olduğunu düşündükleri kararları protesto etme, kararların icra edilmesini kabul etmeme ve adli denetim için UAD başvurma gibi itiraz etme yolları açılmalıdır.

BM Şartnamesinin 25. maddesi gereğince, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda üyelerin görüş birliğine varmış olması gerekmektedir. Eğer üye devletler tarafından görüş birliği sağlanamamışsa, bunun gerekçeleri açıklanmak zorundadır. Bu konuya ilişkin olarak, özellikle Konsey'in zorunlu tedbirlerini içeren bazı kararları hem üye devletlerce hem de uluslararası örgütlerce sorgulanmakta, insan hakları ve insancıl hukuk kapsamında eleştirilmektedir. Örneğin, Güvenlik Konseyi'nin 713 sayılı kararla Bosna'da silah ambargosu uygulaması ve *Lockerbie* krizinde, Libya'da uyguladığı yaptırımlar, birçok devletin ve bölgesel organizasyonların protestosu ile karşılaşmış ve Konsey'in kararlarını revize etmesine neden olmuştur.³⁴¹

Protesto, Konsey'in üye devletlerin yasal haklarına aykırı hareket etmesini önleyebilen bir itiraz yoludur. Ancak, Konseyin gerçekleri değerlendirmesine yönelik, örneğin Madde 39'da belirtilen, barışın tehdit edilmesinin belirlenmesi ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden tesis edilmesi için tavsiyelerde bulunması gibi, konulara ilişkin protesto yapılmamaktadır. Protesto, *jus cogens*e karşı kusurlu olan kararlar açısından her durumda uygulanan geçersizlik rejimi gibi, zorunlu bir gereksinim değildir. Yine de, birçok devletin kararları protesto etmesi, bu kararların yeniden gözden geçirilmesi için Konsey üyelerini ikna edebilmektedir.

Üye devletlerin, Güvenlik Konseyi'nin zorunlu tedbirlerini sonlandırma yetkisi yoktur ve genel kurala göre, genellikle başka bir şekilde açıkça belirlenmedikçe, tedbirleri oluşturan organın kurumsal ilkesi kararı feshetme yetkisine sahiptir. Yine de uygulamada, Konsey kararlarının icra edilmesini kabul etmeyen ve kararları tek taraflı durdurma eğilimi içerisinde olan örnekler karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, 1965'te Rodezya'nın tek taraflı bağımsızlığını ilan etmesi sonucunda, İngiltere, BM desteği ile

³⁴¹Nicolas Angelet, "Protest Against Security Council Decisions", Karel Wellens/Eric Suy (Ed.), **International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy**, The Hague, Kluwer Law International, 1998, s. 279.

bölgeye ekonomik yaptırımlar uygulamıştır. İngiltere'nin bu yaptırımları 1979 yılında sonlandırdığını açıklaması üzerine Genel Kurul, tek taraflı sonlandırmanın, Şartnamenin 25. maddesinde belirtilen yükümlülüklerin ihlali olduğunu ve başlatılan zorunlu yaptırımları iptal etmenin, Güvenlik Konseyi'nin özel yetkisi içinde olduğunu bildiren 192(1979)³⁴² sayılı karar ile yanıt vermiştir. Genel Kurul'da ezici çoğunluk ile bu görüşün desteklenmesi, tek taraflı sonlandırmanın BM Şartnamesini ihlal ettiği inancını güçlendirmiştir. İngiltere, İngiliz hükümetinin Güney Rodezya üzerindeki kontrolünün yeniden başlaması ile Güvenlik Konseyi tarafından, uluslararası barış ve güvenliğe bir tehdit olarak belirlenen durumun sona erdiği ve uygulanan tedbirlerin amacına ulaştığı gerekçesi ile Güney Rodezya'ya karşı yaptırımları sonlandırdığını açıklamıştır. Ayrıca İngiltere, Güvenlik Konseyi'nin amacını referans alarak kararını açıklamaya çalışırken, yaptırımların sonlandırılmasına ilişkin genel kurala itiraz etmediğine de deyinmiştir.³⁴³ Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi'nin zorunlu tedbirleri emredici kurumsal ayrıcalığı ve Genel Kurul'un üye devletlerin tek taraflı yaptırımları sonlandırmaya ilişkin tepkisi, genel kuralı açıklamakta ve güçlendirmektedir. Aslında, Genel Kurul bu olaydaki yaptırımların sonlandırılmasına genellikle karşı olmadığını belirtmekte, ancak sadece bu tür kararları alabilme yetkisinin Güvenlik Konseyi'nde olduğunu hatırlatmaktadır.

Konsey kararlarını tek taraflı durdurma eğilimi içerisinde olan bir diğer uygulama da, Konsey'in 713 (1991) sayılı kararı ile tüm eski Yugoslavya coğrafyasında, her türlü silah ve teçhizat sevkiyatının durdurulduğu ve gerekli tedbirlerin alındığı ambargo kararıdır. Burada alınan karar, tüm eski Yugoslavya için geçerli olsa da, en çok Bosna-Hersek'teki Müslüman Boşnakları etkilemiştir.³⁴⁴ Bu nedenle, Bosna-Hersek, Şartnamenin 51. maddesi altında, meşru müdafaa hakkının uygulanmasını engelleyen silah ambargosunun kaldırmasını istemiştir. Ancak, üye devletler arasında Bosna-Hersek'in meşru müdafaa hakkı göz önünde bulundurulmasına rağmen, bölgede gerginliğin tırmandırılmaması ve müzakere sürecinin korunması gerekçeleriyle Bosna-Hersek'in talepleri desteklenmemiştir. ABD, meşru müdafaa kapsamında ambargonun kaldırılmasının en istekli destekçisi olmuştur. Amerika, bu

³⁴² General Assembly, Thirty Fourth Session, Question Of Southern Rhodesia, A/RES/34/192, 18 December 1979., <http://www.un.org/documents/ga/res/34/a34res192.pdf>.

³⁴³ İngiltere, Güney Rodezya'daki isyanın sona erdiğini ve Konsey'in yaptırımlarının başarısını açıklarken 232(1966) ve 253 (1968) sayılı kararlara referans yapmıştır.

³⁴⁴ Merve Yapıcı, "Bosna Hersek'te Gerçekleştirilen Askeri Müdahalenin Uluslararası Hukuktaki Yeri", *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi (UHP)*, Cilt: 2, Sayı: 8, Ankara 2007, ss. 10–11.

tedbirin meşru müdafaa hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle, silah ambargosunun tek taraflı kaldırılması gerektiğini savunsa da, 22 Kasım 1995'te Güvenlik Konseyi ambargoyu kaldırıncaya kadar etkisiz kalmıştır. Dolayısıyla, barış ve güvenliği sürdürmeye yönelik Konsey'in yetkileri sadece Konsey tarafından belirlenen koşullardan dolayı, zorunlu yaptırımların uygulanmasını onaylamakta, yani 39. ve 41. maddelerin içeriğini kapsamaktadır. Sonuç olarak, barış ve güvenliği tehdit eden koşulların varlığının devam edip etmemesi Konsey'in sorunudur ve üye devletlerin, zorunlu yaptırımların durdurulması ya da devam etmesi gibi taleplerde bulunması, Konsey kararlarını etkilememektedir.

Devletlerin, *jus cogens*le çatışan bir Güvenlik Konseyi kararını uygulamayı reddetmeleri durumunda, bu kararın hukuki denetimi için UAD'na başvurma haklarının olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir. Ancak, uluslararası yasal düzende özellikle yargı yetkisine ilişkin önkoşulların ve bir davaya neden olan unsurların hukuki denetimi oldukça karmaşık bir konudur.

UAD, *ultra vires* (yetkiyi aşan) ve yasadışı olan bir Güvenlik Konseyi kararını uygun bulursa Divan'ın kararı da *ultra vires* olacaktır, çünkü Divan'ın sorumluluğu, yasadışılığı yasallığa dönüştürmek değil yasayı belirlemektir. Dolayısıyla, eylemin ardında yer alan usulsüz gerekçelere ilişkin olarak yanlış kararlar alınabilir. Bu nedenle, otoriter normların ihlallerini onaylayan veya ihlale neden olan eylemlerin içeriğinin incelenmesinde uygulanabilir yasal standartların belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, uluslararası hukuka ilişkin herhangi bir sorunun çözümlenmesine karar veren Divan, hukuki incelemelerini yaparken, kendisini yetkilendiren UAD Statüsü'nü ve Şartnameyi de dikkate almak zorundadır.³⁴⁵ Bu bağlamda, hukuki inceleme ya Konseyi koruma ihtiyacından kaynaklanan siyasal bir argümanı göz önünde bulundurarak, hakkaniyet ilkesini dikkate almaksızın sadece barışın hâkim gelip gelmediğini sorgulayabilmekte ya da Şartnamenin yorumlanması ile incelemesine yön vermektedir. Örneğin, *Lockerbie Davasında* Yargıç Jennings, uluslararası hukuk ve Şartname ile uyumlu olduğu için, Divan'ın Konseyin bu tür eylemlerini desteklemek zorunda olduğunu ilave ederek, Divan'ın barışı sürdürmeye yönelik Konsey'in eylemlerini desteklemesini ve

³⁴⁵ Orakhelashvili, p. 482.

korumasını vurgulayan hukuki incelemelerine karşı çıkmaktadır.³⁴⁶ Dolayısıyla, Konsey'in yetkilerini aştığı iddiaları, Bosna-Hersek'e uygulanan silah ambargosu, Doğu Timor'un doğal kaynaklarının kullanımı gibi birçok davada da gündeme getirilmiştir.³⁴⁷

Şartnamenin VII. bölümünde belirtilen Güvenlik Konseyi'nin yetkilerinin sınırlandırılmadığı, ancak UAD tarafından belirlenen yasal normlarla sınırlandırıldığı doktrinde kabul edilmektedir. Dolayısıyla, Divan'ın Konsey'in kararlarının bağlayıcı olduğunu belirleme yetkisi vardır. Bazı olaylarda Güvenlik Konseyi kararları, geçersiz ve hükümsüz olabilir ve UAD bu koşullar altında hiçbir yasal etkiye sahip olmayan bu kararı tanımamaktadır.

UAD, otoriter normlara aykırı olan yasal yükümlülüklerle ve de doğrudan *jus cogens* ile karşılaşırsa, uluslararası hukukta kaçınılmaz olan normatif çatışmaya karar vermek zorunda olacaktır. Bu bağlamda hukuki incelemede, Konseyin tedbirlerinin bu normlara karşı kusurlu olmasına rağmen geçerli ve bağlayıcı olduğu düşünülürse, Divan savunma yapmayacaktır. Dolayısıyla, hukuki incelemenin aksini belirtecek hiçbir gücü yoksa Güvenlik Konseyi'nin geçersiz tedbirlerinin geçerliliği onaylanacaktır.³⁴⁸

Jus cogens normların, Güvenlik Konseyi tarafından uygulanan eylemler üzerinde tam bir kısıtlama sağladığı kabul edilirse, ilgili tedbirlerin yorumlanması ve geçerliliği bakımından zorunlu sonuçları da kabul edilmelidir. Ancak, yasal standartlar ile sınırlandırılmış bir Güvenlik Konseyi'nin, uluslararası sistem tarafından politik gerekçelerle istenmediği de iddia edilebilir. Sonuç olarak, çağdaş uluslararası yasal sistemlerde *jus cogens*le çatışan Konsey kararlarının yetkisine hiçbir şey olmazken, bu kararların uluslararası toplumun inancında, ahlaka ve etiğe uygun olmadığı akılda tutulmalıdır.

³⁴⁶Dissenting opinion of Judge Sir Robert Jennings, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=452&p1=3&p2=3&k=9c&p3=5&case=89&PHPSESSID=497175e91caa44915e56ad03a6fc558e>

³⁴⁷Bosna-Hersek için bkz. Judge Lauterpacht, Seperate Opinion 1993, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7323.pdf>. Doğu Timor için bkz. Judge Skubiszewski, Dissenting Opinion 1995, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=430&code=pa&p1=3&p2=3&case=84&k=66&p3=5>.

³⁴⁸Orakhelashvili, p. 484.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR HUKUKUNDA

GENEL KABUL GÖREN *JUS COGENS* (BUYRUK)

KURALLAR

4.1. ULUSLARARASI HUKUKTA KUVVET KULLANIMI

İnsanlık tarihinin başlangıcından beri, her ne amaçla olursa olsun kuvvete başvurulduğu bir gerçektir. Tarihsel süreç içerisinde kuvvete başvurma olgusu, özellikle, örgütlenmiş toplumların ortaya çıkmasıyla ulus devletin en temel haklarından biri olarak kabul edilmiştir. Egemen devletlerin haklarını koruma ve yeni çıkarlar elde etme amaçları kuvvet kullanımının, savaş hukuku kurallarıyla yürütülmesini ve hukuki bir temele dayandırılmasını gerektirmiştir.³⁴⁹ Dolayısıyla, kuvvet kullanma olgusu savaş hukukuyla daha kapsamlı bir şekilde uluslararası sistemin vazgeçilmez bir unsuru olmuştur.

Kuvvet kullanma olgusu, haklı-haksız savaş ayrımının yapıldığı ilk çağlardan, savaşın devletlerin sınırsız egemenliklerinin bir parçası olarak kabul edildiği Grotius dönemlerine kadar çeşitli evrelerden geçmiştir. Ancak, özellikle teknolojik, demokratik ve ekonomik gelişmeler, kuvvet kullanımının niteliğini etkilemiş ve misilleme, zararlar karşılık ve müdahale gibi savaşa varmayan zorlamalar ayrımı ortaya çıkmıştır.³⁵⁰ Dolayısıyla, bu ayrım ile savaşın hem maddi hemde manevi boyutta büyük külfet getiren etkileri ve zararları daha aza indirgenebilecek ve böylece devletlerin bağımsızlıklarının ve nüfuzlarının korunması ve temel çıkarlarının devam etmesi sağlanacaktır.

Kuvvet kullanımı her ne kadar sınırlandırılmaya çalışılsa da, uluslararası toplumsal düzenin sağlanması için yaptırımların olması gerekmektedir. Bu yaptırımlar,

³⁴⁹ Savaş hukukuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Funda Keskin, “Silahlı Çatışmalar Hukukunun BM. Kuvvetlerine Uygulanması”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42.480.5586.pdf>.

³⁵⁰ Bozkurt (2007), ss. 7–8.

ulus devletlerin ortaya çıkmasıyla eş zamanlı gelişen ve iç hukuktan farklı olan uluslararası hukuk aracılığıyla şekillendirilmektedir. Uluslararası hukuktan farklı olarak iç hukukta, toplumsal düzenin sağlanması için hukuk düzenine aykırı eylemlere yönelik üstün bir otorite yaptırımları uygulamaktadır. Uluslararası hukukta ise, üstün bir otoritenin olmaması uluslararası hukukun hukukiliğini tartışma konusu yapsa da uluslararası toplumsal düzenin sağlanması, barış ve güvenliğin korunması için yaptırımların olması gerekmektedir. Uluslararası hukuk, günümüzde bu yaptırımları uluslararası toplumsal düzenin temelini oluşturan BM Şartnamesi ile düzenlemekte ve uygulamaktadır.

Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve uluslararası işbirliğini sağlamak amacıyla ilk adımlar 1920 yılında kurulan MC ile atılmıştır. MC Misakı 10. Maddede ve devamında yer alan düzenlemelerde ulus devletlerin, egemenliğin bir gereği olarak gördükleri savaşa başvurma konusuna kısıtlamalar getirilmiş ve sorunların çözümünde öncelikle barışçıl çözümlerin tüketilmesi gerektiği vurgulanmıştır.³⁵¹ Bu düzenlemelerin yanı sıra, devletlerin politikalarının bir aracı olarak kabul ettikleri savaş, Briand-Kellogg Paktı ile de yasaklanmıştır. Ancak uygulamada, kuvvet kullanma yasağının yorumlanması ve uygulanması terminolojiden kaynaklı sorunları ve paktın eksikliklerini ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla, hem MC hem de Briand-Kellogg Paktı evrensel olarak kuvvet kullanımına kısıtlamalar getirse de, devletlerin savaşa başvurmalarına engel olamamıştır.³⁵²

Uluslararası barış ve güvenliği koruma amacına yönelik tüm çabalar ve umutlar İkinci Dünya Savaşı esnasında da devam etmiştir. Bütün dünya devletleri, uyuşmazlıkların çözümünde MC'den daha etkin daha evrensel nitelikte bir örgütün

³⁵¹ MC Misakı 10.Madde: Cemiyet Üyeleri, bütün Cemiyet üyelerinin ülke bütünlüklerine ve şimdiki siyasal bağımsızlıklarına saygı göstermeği ve bunları dışarıdan gelecek herhangi bir saldırıya karşı korumayı yükümlenirler. Saldırı, saldırı tehdidi ya da tehlikesi durumunda, Konsey, bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayacak yolları belirtir. 11. Madde:1.Cemiyet Üyelerinden birine doğrudan doğruya dokunmasın ya da dokunmasın, her savaşın ya da savaş tehdidinin bütün Cemiyet'i ilgilendirdiği ve Cemiyet'in ulusların barışını etkin bir biçimde korumaya özgü önlemleri almakla yükümlü olduğu kesin olarak açıklanır. Böyle bir durumda, Cemiyet'in herhangi bir Üyesinin istemesi üzerine, Genel Sekreter, Konseyi hemen toplantıya çağırır. 2. Bundan başka, Cemiyet'in herhangi bir Üyesinin, uluslararası ilişkileri etkileyecek nitelikte olan ve sonuç olarak uluslar arasındaki barışı ve barışın dayandığı iyi geçinmeyi bozacak bir durum üzerine Genel Kurulun ya da Konseyin dikkatini dostça çekmek hakkı olduğu da açıklanır. Milletler Cemiyeti Misakı, www.erdemdenk.com/mcmisaki.doc. Misak'ın orjinal metinleri için bkz. http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp.

³⁵²Taşdemir, ss. 98–99.

kurulması için gerekli çalışmaları başlatmış ve 1945 yılında San Fransisko Konferansında BM örgütü kurulmuştur. Örgüt, uluslararası toplumsal düzenin sağlanması için, kuvvet kullanma ilkesine büyük önem vermekte ve üye devletlere yönelik belirli kurallar ve özel ilkeler öngörmektedir. Bu ilkeler ve kurallar oluşturulurken örf ve adet hukuku dikkate alınmış ve uluslararası hukuk kuralları olarak tanımlanmıştır.³⁵³

Savaş olgusu içerisinde şekillenen kuvvet kullanımının daha çok siyasi kuvvete ve toprak kazanımlarına hizmet ettiği görülmektedir. Kuvvet kullanımının ağır sonuçları, bütün devletler için tahmin edilemez boyutlara ulaştığında kuvvete dayalı politikaların önlenmesine yönelik çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar doğrultusunda, BM Şartnamesi 2(4)³⁵⁴ Madde de belirtildiği gibi, meşru olmayan kuvvet kullanımı saldırganlık veya yayılmacılık olarak algılanmış ve yasaklanmıştır. Ayrıca, savaş teriminin kullanılmasından da kaçınılmıştır. Şartnamenin VII. Bölümünde yer alan hükümleri, uluslararası toplum adına kuvvet kullanma yetkisinin, BM’de toplandığını vurgulamakta ve kuvvet kullanma ilkesini hukuki bir temele dayandırmaktadır.³⁵⁵ Böylece, BM Şartnamesi ile etkili bir kolektif güvenlik sistemi amaçlanmış ve uluslararası barış ve güvenliğin sorumluluğu da Güvenlik Konseyi’ne verilmiştir. Kısacası, uluslararası topluluk, uluslararası toplumda düzeni ve barışı sağlama amacı taşıyan BM Şartnamesinin, kuvvet kullanımıyla ilgili hükümlerini kural olarak kabullenmiştir.

Uluslararası sistemde kuvvet kullanımı denilince, savaş, abluka, ambargo, bombardıman ya da çeşitli nedenlerle kuvvet kullanma yasağının bir istisnasını oluşturan meşru müdafaa gibi, her türlü zorlama yöntemleri akla gelmektedir.³⁵⁶ Bu bağlamda BM Şartnamesine göre, bir devletin;

³⁵³ Anthony Arend/Robert Beck, **International Law and the Use of Force**, 1993, s. 29’dan Aktaran Bozkurt (2007), s. 12. dp.26.

³⁵⁴“Teşkilatın üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir surette, tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.” Taşdemir, s. 100. Maddenin orijinal metni için bkz. http://avalon.law.yale.edu/20th_century/unchart.asp.

³⁵⁵ Bozkurt (2007), s. 13.

³⁵⁶ Funda Keskin, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları No: 20, Ankara, 1998, s. 25.

- a. *BM Antlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde, uluslararası barış ve güvenliği yeniden tesis etmek için BM'in verdiği yetkiye dayanarak, 'saldırgan' devlete karşı müşterek zorlama tedbirlerine katılabilir.*
- b. *BM Antlaşması'nın 51. Maddesi çerçevesinde, silahlı bir saldırıya karşı bireysel ya da müşterek meşru müdafaa hakkına sahiptir.*
- c. *BM Antlaşması'nın VII. Bölümünde düzenlenen bölgesel örgütler eliyle uluslararası barış ve güvenliğin tesisi için gereken müşterek askeri zorlama tedbirlerine katılabilir.*

belirtilen durumlarda kuvvet kullanımına izin verilmektedir.³⁵⁷ Ancak günümüzde meşru müdafaa hakkı dışında her türlü tek taraflı kuvvet kullanımı yasadışı kabul edilmektedir. BM Şartnamesi 51. Madde de açıkça düzenlenen meşru müdafaa hakkı, devletlerin kuvvete dayanan eylemlerini geçerli kılmada başvurdukları bir araç haline gelmiştir. Meşru müdafaa hakkının, eylemlerin bir kılıfı haline gelmesinde, kuvvet kullanımının tek istisnası olarak düzenlenmesi ve Güvenlik Konseyi'nin sürekli bir uluslararası zorlama mekanizması oluşturamaması büyük rol oynamıştır. Dolayısıyla, uluslararası hukukta çeşitli zorlama yollarını öngören kuvvet kullanımı, hem kuvvet kullanımını önlemek hem de kuvvet kullanımına izin veren istisnai durumlarda kuvvet kullanımına ilişkin kuralları belirlemek için önemli görülmektedir.

4.1.1. Kuvvet Kullanmama İlkesinin Tanımlanması

BM Şartnamesi madde 2(4) de düzenlenen kuvvet kullanma yasağının, antlaşmada açıkça belirtilmediği için sadece üye devletler üzerinde bağlayıcı olduğu görülmektedir. Ancak kuvvet kullanma yasağı, uluslararası örf ve adet hukuk kuralı olarak kabul edildiği için bütün devletler üzerinde bağlayıcıdır. Genel ve sürekli bir uygulamanın varlığı halinde söz konusu olan örf ve adet hukuk kuralı, antlaşma temelli hukuktan farklı olarak *opinio juris sive necessitatis*'i yani, örf ve âdetin psikolojik veya manevi unsurunu içermektedir. Bu nedenle, kuvvet kullanma yasağı belirli bir olay

³⁵⁷ Aral (1999), s. 13.

karşısında belirli bir şekilde davranmanın hukukun gereği olarak zorunlu olduğu inancına sahip olarak bütün devletler üzerinde bağlayıcı olmaktadır.³⁵⁸

Kuvvet kullanma yasağının örf ve adet hukukunun bütünleyici bir parçası haline gelmesi 1986 Nikaragua Davasında,³⁵⁹ UAD tarafından da incelenmiş ve yasağa ilişkin çeşitli Genel Kurul kararlarına dayanılarak örf ve adet hukuku içerisinde sayılması onaylanmıştır. UHK da, VAHS tasarısında kuvvet kulanma yasağını *jus cogens* bir örneği olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda, uluslararası sistem tarafından kuvvet kullanmama ilkesi *jus cogens* bir parçası olarak görülmektedir. Uluslararası toplumun temel düzenini sağlamaya yönelik, uluslararası kamu düzeninin bir unsuru olarak değerlendirilen bu normlar ihlal edildiğinde bütün devletlerin harekete geçme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, kuvvet kullanma ilkesinin meşru bir zemine sahip olmaması yükümlülükleri yerine getirme adına bir devletin başka bir devlete müdahale etme hakkını kendisinde görmesine engel olamayacaktır. Dolayısıyla, bir devletin salt politik nedenlerle, hakkını kötüye kullanarak kuvvet kullanımına gidebileceği öngörülmektedir.³⁶⁰

Uluslararası hukukun temel kurallarından biri olarak görülen kuvvet kullanmama yükümlülüğünün *jus cogens* niteliğinde olması, kuvvet kullanma yasağına aykırı her türlü düzenleme, antlaşma veya kararın geçersiz sayılması anlamına gelmektedir. Yargıç Nagendra Singh'in de ifade ettiği gibi, kuvvet kullanmama ilkesi barışın devamını sağlayan insan gayretinin bir köşe taşı olarak görülmektedir.³⁶¹ Aynı zamanda, UAD tarafından Nikaragua Davası'nda, kuvvet kullanmama ilkesinin örf ve adet hukuku kuralları niteliğinde yorumlanması, kuvvet kullanmama ilkesinin hem *jus cogens* niteliğine hem de örf ve adet hukuku niteliğine sahip, uluslararası toplumsal düzen için önemli bir ilke konumunda olduğunu vurgulamıştır.³⁶² Bu nitelik, uygulamada birçok olayda kendini göstermektedir. Örneğin, Yargıç Sette Camara, kuvvet kullanmama ilkesinin bütün devletler üzerine yükümlülükler koyan, geleneksel

³⁵⁸ Taşdemir, s. 104.

³⁵⁹“Her devletin uluslararası ilişkilerinde herhangi bir devletin ülkesel bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı ya da BM amaçlarıyla bağdaşmaz şekilde kuvvet kullanmaktan ya da tehdidinden kaçınma görevi vardır. Böyle kuvvet kullanma ya da tehdidi Uluslararası Hukuku ve BM Antlaşmasının bir ihlalini teşkil eder.” ICJ Reports, 1986 s.100, p. 188'den Aktaran Taşdemir, s. 105.

³⁶⁰ Taşdemir, s. 105.

³⁶¹ ICJ Reports, 1986, p. 153.

³⁶² Bozkurt (2007), s. 14.

uluslararası hukukun otoriter kurallarının bir parçası olduğuna dikkat çekerken,³⁶³ Oil Platforms'da Yargıç Simma, tek taraflı kuvvet kullanımı üzerinde genel uluslararası hukukun normlarının inkâr edilemez otoriter bir doğası olduğunu, Yargıç Elaraby'da, Filistin Duvarı davasında, yirminci yüzyılda ortaya çıkan en önemli ilke olarak kuvvet kullanma yasağının *jus cogens*in bir parçası olduğunu ifade etmişlerdir.³⁶⁴ Ayrıca, Filistin Duvarı davasına ilişkin kararın, ancak meşru müdafaa hakkının doğacağı durumlarda bir devletin başka bir devlet tarafından silahlı saldırıya uğraması hali olarak yorumlanabileceği de kabul edilmiştir.³⁶⁵

BM Şartnamesinde kuvvet kullanmama ilkesinin istisnalarına yer verilmiştir. Bunları meşru müdafaa halinde kuvvet kullanımı, BM Güvenlik Konseyi tarafından kuvvet kullanılması, Güvenlik Konseyi faaliyete geçmeden beş sürekli üyenin kuvvet kullanması ve İkinci Dünya Savaşı'ndaki düşman devletlere karşı kuvvet kullanılması şeklinde sıralamak mümkündür.³⁶⁶ Bu bağlamda, devletlerin doğal hakkı olarak görülen meşru müdafaa hakkı, BM Antlaşması 51. Maddede düzenlenmiştir. Meşru müdafaa hakkı, kendini koruma hakkını ve devlet mekanizmalarını organize etmeyi, vatandaşların iyi-yaşamını ve mallarını korumak için yeterli ve zorunlu bir tarzı ima etmekte ve zaruret, aciliyet ve orantılılık ilkeleriyle hukusal sınırlarını korumaktadır.³⁶⁷ Ancak, Şartnamenin 51. Maddesine göre kuvvet kullanılması konusunda bazı tartışmalar bulunmaktadır. Bu maddeye göre, “bir BM üyesine silahlı saldırı durumunda, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesi için gerekli önlemleri alıncaya kadar, BM Antlaşması'ndaki hiçbir şey doğal olan bireysel ve kolektif savunma hakkına engel olamaz.” Bu ifadenin somut anlamından ziyade bazı belirsizlikler taşıdığı ileri sürülmektedir. Özellikle, devletlerin meşru müdafaa haklarını, sadece fiilen silahlı bir saldırıya uğradıkları zaman mı, yoksa böyle bir saldırının olabileceğine ihtimal verdikleri zaman mı kullanabilecekleri anlaşılmamaktadır. Ayrıca, meşru müdafaa hakkı sadece saldırıya uğrayan devlete mi aittir yok sa saldırıdan

³⁶³ ICJ Reports, 1986, p. 199.

³⁶⁴ Judge Simma, Separate Opinion, Oil Platforms, para. 9, <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9735.pdf>, Judge Elaraby, Separate Opinion, Construction of A Wall para.3.1., <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1689.pdf>.

³⁶⁵ İbrahim Kaya, **Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk**, Ankara, USAK, 2005, s. 182.

³⁶⁶ Bozkurt (2007), s. 20.

³⁶⁷ Aral (1999), s. 25.

etkilendiğini iddia eden herhangi bir diğer devlette bu hakkı kullanabilecek midir?³⁶⁸ Sorularının belirsizliği, devletlerin meşru müdafaa hakkını uygunsuz eylemlerini gerçekleştirme de bir araç olarak kullanmalarına zemin hazırlamaktadır.

Kuvvet kullanmama ilkesinin bir diğer istisnası, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul tarafından kuvvet kullanımını içermektedir. BM Antlaşması VII. Bölümde 39-51. Maddeler arasında yer alan barışa aykırı saldırı hareketlerinin icra edilmesi halinde, Konseyin 42. Madde gereğince otoritesini kullanarak, saldırgan devletlere karşı, BM üyelerine kuvvet kullanma talimatı vermektedir. Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliği korumak ya da bozulan barışı yeniden tesis etmek için kuvvet kullanımına izin vermektedir.³⁶⁹ BM Antlaşması 106. Madde, Güvenlik Konseyinin beş daimi üyesine, BM adına ortak askeri kuvvet kullanma hakkı vermektedir. Ancak bu durum Güvenlik Konseyi'nin çalışma ve uygulama protokolünün düzenlenmesinin tamamlanmadığı durumlarda geçerli olan bir haktır.³⁷⁰

Uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağına ilişkin 1970'li yıllarda önemli kararlar alınmıştır. Özellikle, uluslararası sorunların barışçı yollarla çözülmesi, içişlerine karışmama, halkların haklarının eşitliği ve self-determinasyon ve devletlerin egemen eşitliği gibi önemli konuları içeren, BM Antlaşmasına Uygun Olarak Devletler Arasında Dostça İlişkilere ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk Prensipleri Üzerine Deklarasyon (24 Ekim 1970), BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Yine bu konuya ilişkin olarak, 1986 tarihinde BM Genel Kurulu 41/46 Sayılı kararı ile Uluslararası İlişkilerde Kuvvet Kullanmama Prensinin Etkinliğini Geliştirme Özel Komitesinin bir çalışma yapmasını istemiştir. Bu çalışma ile kuvvet tehdidinden ve kuvvet kullanımından kaçınılması amaçlanmıştır.³⁷¹

Kısacası, otoriter normlar içerisinde yer alan kuvvet kullanmama ilkesinin istisnaları, devletlerin savaş başlatma haklarını da (*jus ad bellum*) kapsamakta ve kuvvet kullanımının yasal olup olmadığına göre, *jus ad bellumun* dış sınırlarının çizildiği görülmektedir. Bu nedenle, BM Şartnamesi Madde 2(4) ve VII. Bölümdeki kavramların

³⁶⁸ Nejat Doğan, "Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı ve New Haven Ekolü: Eleştirel Bir Giriş", *CÜ İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2006, s. 106.

³⁶⁹ Yücel Acer, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**, Ankara, Roma Yayınları, 2004, s. 60.

³⁷⁰ Bozkurt (2007), s. 24.

³⁷¹ Acer, s. 66.

açıkça tanımlanması gerekmektedir.³⁷² Dolayısıyla, kuvvet kullanımının yasaklanması ilkesi otoriter ise sonrasında kuvvet kullanılması gereken durumlarda devletlerin yetkileri üzerinde sınırları belirleyen her ilke de otoriter olmak durumundadır.

4.1.2. Kuvvet Kullanmama İlkesinin İhlali

Kuvvet kullanmama ilkesi gereğince, devletlerin uluslararası ilişkilerinde meşru müdafaa hakları dışında, herhangi bir devletin toprak bütünlüğünü veya siyasal bağımsızlığını tehdit etmeye veya kuvvet kullanmaya yönelik eylemlerde bulunmaları, uluslararası toplum tarafından kabul görmemektedir. Örneğin, Kant'ın görüşleri “dünyadaki devletler doğa halindeki insanlar gibidir. Ne mükemmel derecede iyidirler ne de kanunlarca kontrol edilirler.” dikkate alındığında, devletlerin ulusal çıkarlar elde etmek için, sürekli saldırı ve genişleme politikaları gibi, her istediklerini yapabilecekleri sınırsız bir özürleğe sahip olmalarının uluslararası istikrarsızlığa ve devletlerin demokratikleşme sürecine zarar vereceği görülmektedir.³⁷³ Kant, *Ebedi Barış* teorisinde de, anayasal bir düzen içerisinde devletlerin iç işlerine zorla müdahale edilmemesi, dış ilişkilerin hukuka dayandırılması ve insani değerlerin geliştirilmesi ile barış ve işbirliğinin sağlanacağını vurgulamıştır.³⁷⁴ Bu bağlamda, uluslararası sistemde özellikle BM örgütünün kuruluşundan bu yana, kuvvet kullanımını meşru gösteren her türlü girişim, uluslararası toplumda tepkiyle karşılanmış ve BM Şartnamesi kapsamında belirli bir görüş birliği sağlanmaya çalışılmıştır.

Kuvvet kullanımı ile ilgili hukuksal ilkeler, BM Şartnamesi ile çizilen çerçeve içerisinde, uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacına hizmet etmektedir. Ancak, bu ilkeler uluslararası konjonktürde büyük güçlerin menfaatleri doğrultusunda yorumlanma zemini bulmuştur. Özellikle, dünya siyasetini biçimlendiren ve yönlendiren ABD, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için Başkan Woodrow Wilson'un, *demokrasi için güvenli bir dünya yaratılmasını* amaçlayan *Wilson*

³⁷² Detter, p. 259.

³⁷³ Kenneth N. Waltz, **İnsan Devlet ve Savaş, Teorik Bir Analiz**, 1. Baskı, Çev. Enver Bozkurt/Selim Kanat/Serhan Yalçın, Ankara, Asil Yayın, 2009, s. 157.

³⁷⁴ Immanuel Kant, “Perpetual Peace: A Philosophical Sketch”, **Kant: Political Writings**, Hans Reiss (Ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000, s. 95. Ayrıca bkz. Ernest Hirsch, “Kant'ın Ebedi Barış Üzerindeki Felsefi Denemesi” <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1946-03-02-03-04/AUHF-1946-03-02-03-04-Hirs.pdf>. s. 269.

Prensipleri'nin uygulayıcısı olarak Reagan Doktrini ile çeşitli askeri müdahalelerde bulunmuştur. Reagan Doktrini,³⁷⁵ Truman ve Nixon doktrinleri gibi, tutarlı bir siyasi girişim olarak resmen ilan edilmese de, Marksist/Leninist ve Sovyet yanlısı politika ve ideoloji sahibi olduğu düşünülen devletlerin istikrarsızlaşmasını hedef almıştır. Bu hedef için seçilmiş ülkeler içerisinde, Sovyetler Birliği ve Küba ile yakın ilişkiler içerisinde bulunan Latin Amerika ülkesi Nikaragua da bulunmaktadır.

ABD, Nikaragua yönetiminin El Salvador'da yaşanan iç savaşa (1980–1986) müdahale ettiğini ve rejim karşıtlarına askeri yardımda bulunduğunu ileri sürerek, 15 bin kişilik bir kontragerilla ordusu hazırlatarak Nikaragua'ya müdahale etmiştir. ABD müdahalesine tepki gösteren BM Güvenlik Konseyi, müdahaleyi kınayan bir karar tasarısı çıkartmıştır. Ancak, karar ABD tarafından veto edilmiş ve sorun Nikaragua tarafından, UAD önüne getirilmiştir.³⁷⁶

Divan, öncelikle bir devletin ideolojisini seçme hakkına sahip olduğunu ve bu nedenle başka bir devletin, bu ideolojiyi kabul etmeme gerekçesiyle ilgili devlete müdahale etme hakkının olmadığını belirtmiştir. ABD müdahalesini incelerken silahlı saldırı kavramı üzerinde yoğunlaşan Divan, uluslararası örf ve adet hukukunca değerlendirilen 1974 tarihli 3314 (XXIX) sayılı Genel Kurul kararına ekli Saldırı Tanımı Kararını tekrarlamış³⁷⁷ ve silahlı saldırı olarak nitelendirilen eylemlerin kapsamının çok daha geniş olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, hangi tür eylemlerin silahlı saldırı kavramı içerisinde ele alınması gerektiğine dair ortak bir görüş bulunmamakla birlikte, devletler BM Şartnamesi 51. Madde gereğince bir devlete ait düzenli askeri birliklerin, bir başka devletin sınırlarına girmesini silahlı saldırı olarak kabul etmektedirler. Bu nedenle, bir başka devletteki silahlı gerillalara yardım ve iç savaşa müdahale, dolaylı saldırganlık kapsamında ele alınmakta ve silahlı saldırı saymama eğilimi ağır basmaktadır.³⁷⁸ Bu eğilime rağmen Divan, bir başka devlet

³⁷⁵Reagan Doktrini için bkz. Graham Evans/Jeffery Newnhan, **The Penguin Dictionary of International Relations**, 1.Baskı, Çev. Ahsen Utku, İstanbul, Gökkuşbu, 2007, s. 514.

³⁷⁶Taşdemir, s. 146, d. 499. Ayrıca bkz. Sevin Toluner, "Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davasındaki Yargı ve Meşru Müdafaa Hakkı", **Mahmut R. Belik'e Armağan**, İstanbul, 1993, s. 392.

³⁷⁷"Bu kararın temel amacı, BM Antlaşması'nın 1. ve 39. Maddelerinde sözü edilen ancak tanımlanmayan saldırganlığın içeriğini netleştirmektir. Genel Kurul'un bağlayıcı olmayan bu kararı, Güvenlik Konseyi'nin kuvvet kullanımına ilişkin diğer kararlarına referans olmaktadır." Aral (1999), s. 18, d. 9.

³⁷⁸ Aral (1999), s. 22.

tarafından gönderilen, gayri resmi silahlı güçlerin (kontragerilla) bir devletin sınırları içinde kuvvet kullanması durumunda, bu kuvvetin düzenli silahlı kuvvetlerin saldırıları ile aynı şiddet ve ölçekte olması şartıyla 51. Madde kapsamında bir silahlı saldırı olabileceğini kabul etmiştir. Dolayısıyla Divan, ölçü ve etki unsurlarıyla, yeterli ağırlık koşulunu getirerek silahlı saldırı kavramını yeniden tanımlamıştır.³⁷⁹

UAD Nikaragua Davasında, ABD'nin meşru müdafaa hakkının olmadığına ve yapılan eylemin uluslararası hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla ABD, Nikaragua'ya karşı kuvvet kullanımında ve benzer faaliyetlerde bulunarak, uluslararası örf ve adet hukukunca öngörülen yükümlülükleri ihlal etmiş ve uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında toplumun değer yargılarının temsilcisi olan *jus cogens* normlardan kuvvet kullanmama ilkesine aykırı hareket etmiştir.

BM Şartnamesi kapsamında Güvenlik Konseyi'nin, uluslararası barış ve güvenliğin korunması adına kuvvet kullanılmasına sadece Kuzey Kore'nin Güney Kore'yi işgali ile Irak'ın Kuveyt'i işgali sırasında yetki verdiği görülmektedir. Konsey, BM üyesi devletlerin Kuzey Kore'ye yardım etmelerini engelleyen ve Güney Kore'ye silahlı yardımda bulunmalarını tavsiye eden kararlar almış ve ABD komutası altında BM bayrağı taşıyan orduların oluşturulması ile ilk kez kuvvet kullanımına yetki verilmiştir.³⁸⁰ Güvenlik Konseyi, 2 Ağustos 1990'da Irak'ın Kuveyt'i işgal etmesi üzerine 660 sayılı karar ve sonrasında alınan kararlar ile uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edildiğini öne sürerek ikinci kez kuvvet kullanımına başvurmuştur. Bu olayda, saldırgan devlete karşı ilk kez müşterek kuvvet kullanımı bütün daimi Konsey üyeleri tarafından kabul edilmiş ve 16 Ocak 1991'de askeri harekât meşru bir zeminde başlamıştır.³⁸¹ Dolayısıyla, BM örgütü sadece kararlar alan ve uyulmadığında kınayan

³⁷⁹ Taşdemir, s. 148.

³⁸⁰ Kuzey Kore kuvvetlerinin 38. Paralelin aşağısına güneye inmeleri üzerine ABD, Güvenlik Konseyi'ne şikâyetinde bulunmuş ve gereken desteği almak için çalışmalara başlamıştır. Güvenlik Konseyi'nin 83 Sayılı kararı ile uluslararası barışın bozulduğu ilan edilmiş ve BM üyelerine saldırıyı durdurmak için kuvvet kullanma yetkisi verilmiştir. Resolution 83(1950), Republic of Korea, S/1511, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/064/96/IMG/NR006496.pdf>.

³⁸¹ 661 sayılı karar ile ilk kez ekonomik nitelikte yaptırımlar uygulanmış, 678 sayılı kararda ise, 15 Ocak 1991'e kadar Irak Kuveyt'ten çekilmediği takdirde BM üye devletler "her türlü tedbiri" almaya yetkilendirmiştir. 687 sayılı kararıyla da, krizi sona erdirmek için bir takım koşulların Irak tarafından yerine getirilmesi istenmiştir. Mehmet Saydam, "ABD'nin Uluslararası Hukuk Çıkmazı: Afganistan Müdahalesi", *Orta Doğu Analiz*, Cilt 2 - Sayı 19-20, Temmuz-Ağustos 2010, s. 69. Ayrıca Bkz. Bozkurt (2007), ss. 176-180.

bir kurum olmanın ötesinde aldığı kararları zorla uygulattıran bir güce de sahip olduğu görülmektedir.

Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu kararlar BM Şartnamesi VII. Bölüm gereğince kuvvet kullanımına ilişkin bir yetkilendirmeden bahsetmemektedir. Ancak, 51. Madde kapsamında ele alınan meşru müdafaa hakkının muğlâk içeriği, devletlerin bu tür eylemleri için meşru bir gerekçe olmuştur. Örneğin, İsrail 1981 yılında Irak'ın Bağdat yakınlarında bulunan, Osirak Nükleer Araştırma Merkezi'nin çalışmalarını kendisine yönelik bir tehdit olarak algılamış ve önleyici meşru müdafaa hakkını ileri sürerek hava saldırısı düzenlemiştir. Bu saldırının, meşru müdafaa kapsamında meşrulaştırılmasına izin vermeyen Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul, saldırıyı başlatan İsrail'in yakın tehdit iddialarını dikkate almamış ve İsrail'i kınayan bir karar almıştır. Saldırı fiilini meşru kılmaya çalışan benzer bir girişim de, ABD'nin 1986 yılında Libya'ya düzenlediği hava saldırılarında görülmektedir. ABD hava saldırısının, Libya'nın Amerikan vatandaşlarını tehdit eden olası eylemlere karşı alınan bir önlem olarak, 51. Madde kapsamına girdiği iddiaları üye devletler tarafından kınanmasına rağmen, Güvenlik Konseyi'nin kınama tasarısı ABD, Fransa ve İngiltere tarafından veto edilmiştir.³⁸²

ABD'nin meşru müdafaa kapsamında değerlendirdiği eylemleri, 11 Eylül saldırıları sonrasında da devam etmiştir. İngiltere'nin ve diğer devletlerin desteğini arkasına alan ABD'nin Afganistan ve Irak'a yönelik eylemleri, *jus cogensense* aykırı olarak başka bir devlete karşı kuvvet kullanma niteliği taşımaktadır. ABD, uluslararası toplumun terörizme ilişkin hassasiyetini kullanarak, "Kalıcı Özgürlük Harekâtı" ve "Irak'a Özgürlük Operasyonu" adını verdiği eylemlerin 51. maddeye uygun bir şekilde, bireysel ve ortak meşru müdafaa hakkı kapsamında, terörü destekleyen ve kitle imha silâhlarına sahip olan otoriter rejimleri bertaraf etmek için uygulandığını belirtmiştir. ABD eylemleri, uluslararası hukuk açısından değerlendirildiğinde yasal olmayan bir savaş olarak görülmektedir.³⁸³

³⁸² Aral (1999), ss. 120-122.

³⁸³ 11 Eylül saldırıları sonrasında, değişen ve gelişen güvenlik algılamalarının bir kanıtı olarak, ABD'nin 2002 Eylül'ünde yayınladığı, Ulusal Güvenlik Strateji Belgesi (Bush Doktrini), özellikle yakın tehdit algısına yönelik, "önceden saldırı" ve "önleyici savaş" retoriğiyle hareket edileceğini ve çok taraflı işbirliği yerine tek taraflı müdahalenin tercih edileceğini belirtmiştir. ABD, Afganistan ve Irak

Kısacası, uluslararası hukukta kuvvet kullanımına ilişkin uluslararası toplumun barış ve güvenliğinin sağlanması için, BM Şartnamesi ile belirli standartlar getirilmek istense de büyük güçlerin siyasi çıkarları doğrultusunda bu standartların her zaman eğilip bükülmesi söz konusu olmuştur. Ancak, uluslararası toplumun değer yargılarının *jus cogens* normlara aykırı kuvvet kullanımlarını kabul etmediği ve bu eylemleri toplum vicdanında sorguladığı da hatırlatılmalıdır.

4.2. ULUSLARARASI HUKUKTA SELF-DETERMİNASYON İLKESİ

Self-determinasyon ilkesinin felsefi kökenleri 18. yüzyılın aydınlanma felsefesine dayanmaktadır. Devletin meşruiyeti ile bağlantılı olan ilke, 1789 Fransız Devrimi'nin ihraç ettiği milliyetler ilkesi gereğince halklara siyasi bir varlık kazandırmaktadır. Devletin meşruluğunun Westfalyan egemenlik³⁸⁴ olgusu ile dinsel temelden, ulusal egemenlik zeminine dayanarak, milliyetler ilkesinden daha kapsayıcı olan kendi kaderini belirleme ilkesi, 20. yüzyıl boyunca devlet kurmanın en önemli dayanağı haline gelmiştir.³⁸⁵ Tarihi süreç içerisinde büyük değişimlere uğrayan ilke, hukuk normlarının genel, tarafsız ve seçicilikten uzak uygulamalarına konu olamamış daha çok siyasi bir rol oynamıştır.³⁸⁶

Uluslararası toplumun self-determinasyon ilkesini kabul etmesinde halkların ulusal kurtuluş mücadelelerinin büyük rol oynadığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda self-determinasyon hakkı, belirli bir toprak parçasının geleceğine orada yaşayan halkların karar vermesi gerektiğini savunan, Başkan Wilson'un on dört ilkesinden

operasyonları sonrasında, kitle imha silahlarına sahip ve terörü desteklediğini düşündüğü, Suriye ve İran gibi ülkeleri de tehdit algısı içerisine yerleştirmiştir. Tayyar Arı, "Türk- Amerikan İlişkileri: Sistemdeki Değişim Sorunu mu?", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 4, No:13, 2007, s. 24.

³⁸⁴Westfalyan egemenlik, hiçbir dış aktörün bir devletin iç işlerine karışamayacağı ve bütün diğer aktörlerin reddedildiği temel kurala dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökhan Bacık, **Modern Uluslararası Sistem, Köken, Genişleme, Nedensellik**, 1. Baskı, İstanbul, Kaknüs Yayınları, 2007, s. 128.

³⁸⁵Erol Kurubaş, "Kuzey Irak'ta Olası Bir Ayrılmanın Meşruluğu ve Self-Determinasyon Sorunu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 59-3, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42.455.5142.pdf>

³⁸⁶Emre Öktem, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İstanbul, Derin Yayınları, 2007, s. 172-173.

üçüncüsünü oluşturmaktadır. Wilsonist yaklaşım içerisinde yer alan bu ilke, sömürgeci devletlerin çıkarlarıyla uyuşmadığından MC Misakı'nda yer almamıştır. Ancak, bu ilkenin etkileri, Birinci Dünya Savaşı sonrasında Osmanlı topraklarında kurulan manda rejimlerinde, Orta ve Doğu Avrupa'da büyük Avrupalı güçlerin azınlıklara ilişkin yaptıkları özel düzenlemelerde görülmüştür.³⁸⁷

Uluslararası hukukta, self-determinasyon ilkesini siyasi bir ilke olmanın ötesine taşıyan ve tüm halklar için bir uluslararası hukuk ilkesi haline getiren BM örgütünün kurucu antlaşması olmuştur. Self-determinasyon ilkesi açıkça, BM Şartnamesi'nde, *“uluslararası, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak”* [madde 1(2)]; *“uluslararası halkların hak eşitliği ve kendi yazgılarını kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş barışçı ve dostça ilişkiler sağlanması için gerekli istikrar ve refah koşullarını yaratmak...”* [madde 55] ifadelerinde yer almıştır. Ayrıca 73. ve 76. Maddelerde de halkların kendi kendini henüz idare edemediği bölgelerde, öz yönetim anlamında self-determinasyon ilkesinin uygulanacağı öngörülmektedir.³⁸⁸

BM Antlaşması ile kabul gören self-determinasyon ilkesinin kapsam ve anlamının belirlenmesinde bazı BM kararları da etkili olmuştur. Örneğin, 1960 tarihli 1514(XV) sayılı karar³⁸⁹ ile “Sömürge Yönetimi Altındaki Ükelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri” de sömürge devletlerin bağımsız olmaları teyid edilmiştir. 1962 tarihli 1803(XVII) sayılı karar³⁹⁰ “Doğal Kaynaklar üzerinde Sürekli Egemenlik Bildirisi” ile devletin egemenlik alanlarına vurgu yapılmış ve doğal kaynakların ve zenginliklerin o ülkede yaşayan halkın çıkarlarını gözetmesi öngörülmüştür. Bu kararların dışında, 1970 tarihli 2625(XXV) sayılı karar,³⁹¹ “BM Antlaşmasına Uygun Olarak Devletlerarasında İşbirliğine ve Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi” ile de self-determinasyon ilkesinin açıkça teyid edildiği görülmektedir. 1976'da yürürlüğe giren MSHS ve İktisadi, Sosyal ve Kültürel

³⁸⁷ Berdal Aral, **Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2010, s. 27.

³⁸⁸ Maddelerin orjinal içeriği için bkz. <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>

³⁸⁹ <http://daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/IMG/NR015288.pdf?OpenElement>

³⁹⁰ <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/resources.pdf>

³⁹¹ <http://daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement>

Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde, *“tüm hakların kendi geleceklerini belirleme hakkı vardır. Bu hak kapsamında, siyasi rejimlerini özgürce seçebilir ve iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmalarını diledikleri şekilde gerçekleştirebilirler.”* şeklinde yer alan tanımlama da kolektif anlamda demokratik yönetim ilkesinin teyid edildiği ve öncelikle bu hakkın bir insan hakkı olduğuna ilişkin vurgulama yapıldığı ifade edilmektedir.³⁹² Ayrıca, 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli I. Protokolde de self-determinasyon ilkesine açıkça atıf yapılmaktadır. Protokolde, self-determinasyon hakkını kullanan halkların, sömürgeci güçlere, yabancı işgaline ve ırkçı rejimlere karşı yürüttükleri silahlı mücadelelerine uluslararası çatışma niteliği tanımakta ve gerekli hukuki düzenlemeleri de uygulamaktadır.³⁹³

Self-determinasyon ilkesi, yani halkların kendi geleceklerini belirleme hakkı, modern uluslararası hukukta çok tartışılmaktadır. Bu ilke, sömürgelerin bağımsızlık kazanmasında siyasi boyutta ele alınmıştır. Özellikle Soğuk Savaş döneminde, sömürge yönetimi altında yaşayan halklar sistematik ırkçılığı bir yönetim biçimi haline getiren rejimlerin baskısı altında yaşayan halklar ve işgal altında yaşayan halklar grubu için yerleşik bir hak olarak kabul edilmiştir. Bu gruplar dışında, bu tür bir hakkın anlamına ve kapsamına ilişkin, özellikle hakkın öznesinin halklar mı, azınlıklar mı ya da tüm vatandaşlar mı olduğu konusunda, uluslararası toplumun üyeleri tarafından bir görüş birliği bulunmamaktadır. Aslında, self-determinasyon hakkının anlam ve kapsamına ilişkin ortak bir paydanın olmamasında, bazı halkların sınırları içinde yaşadıkları devletten ayrılıp, bağımsız bir devlet kurma amacı içerisinde olmaları ve bu amacın uluslararası sistem içerisinde gerginliği tırmandırıcı bir unsur olması önemli bir etkidir. Dolayısıyla bu hakkın, bağımsızlık, dış müdahaleden korunma hakkı, demokratik yönetim hakkı, bir azınlık grubun ayrı devlet kurma hakkı, özerklik gibi birçok amaç gözettiği ve bu nedenle sadece sömürgecilik ile sınırlanmayan siyasi ve iktisadi bir boyuta sahip olduğu görülmektedir.³⁹⁴

³⁹²Doehring, “Self-Determination”, Bruno Simma (der.) The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 1994, 56-72, s. 65'den Aktaran Aral (2010), s. 31, d.6.

³⁹³ Öktem, s. 195.

³⁹⁴ Aral (2010), s. 29.

4.2.1. Self-Determinasyon İlkesinin Tanımlanması

Self-determinasyon ilkesi, devletlerin iç örgütlenmelerine ilişkin olarak bir halkın istediği yönetim biçimini, her hangi bir dış baskı olmadan seçmesi anlamına geldiği gibi, bir halkın bağımsız bir devlet kurması ya da istediği devlete bağlı olmayı seçmesi anlamlarına da gelmektedir. Ancak, self-determinasyon ilkesi bazı koşulları yerine getirmesi şartıyla halkların devlet kurma ya da bir devlete bağlı olma isteği anlamında kullanılmaktadır. Uygulamada bağımsız devletlerin kurulması, sadece halkların sömürge durumundan kurtulması halinde kabul edilmektedir. Self-determinasyon ilkesine ilişkin tartışmalı yorumlar yapılsa da, sömürge dışında bir devletin bütünlüğünü oluşturan ülke toprakları üzerinde yaşayan toplulukların ayrılma yoluyla devlet oluşturma isteğinin bu ilkeyi kapsamadığı genel kabul görmektedir.³⁹⁵

Uluslararası sistemde, devlet olarak ortaya çıkan yeni oluşumlara meşruluk kazandırabilecek bir üst otoritenin eksikliği güç olgusuyla tamamlanmaya çalışılmaktadır. Burada, uluslararası ilişkilerdeki güç ve çıkar dengeleri hukuksal niteliklerle iç içe geçmiş siyasal meşruluğu gerektirmektedir. Siyasal meşruluk, hem halkın desteğine dayalı istikrarlı bir örgütlenmeyi öngörmekte hem de bölgesel aktörlerin ve uluslararası topluluğun onayını almaktadır. Dolayısıyla, self-determinasyon ilkesine dayanılarak bir devlet kurulması için hukuksal nitelikli siyasal meşruluğun sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle dil, din ve aidiyet duygusuyla bir araya gelen ve halk ya da azınlık olarak nitelenen topluluğun ne istediğinin ve kim olduğunun çok iyi analiz edilmesi gerekmektedir.³⁹⁶

Self-determinasyon ilkesinin öznesini oluşturan halk kavramının genel bir tanımı Aureliu Cristescu tarafından yapılmış ve BM'e "BM Öğelerine Dayanarak Self-Determinasyon Hakkının Tarihsel Gelişimi" başlıklı bir rapor olarak sunulmuştur. Rapora göre;

³⁹⁵ BM kararları, özellikle BM Şartnamesine Uygun Olarak Devletlerarasında İşbirliğine ve Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi (1970) incelendiğinde, bu tür bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

³⁹⁶ Kurubaş, s. 151.

'Halk' kelimesi kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmaya vakıf, homojen bir kitle olarak belli bir bölgede yaşayan ve grup üyelerinin birbirine etik ya da başka bağlarla bağlandığı tüm toplumsal gruplar şeklinde anlaşılmalıdır.

Herhangi bir toplumsal grubun 'halk' tanımı içine girebilmesi, onların otomatik olarak bu haklardan yararlanacakları anlamına gelmemektedir. Bu büyük ölçüde onların bu hakkı kullanabilecek kapasiteye ve güce sahip olmalarına bağlıdır.³⁹⁷

Raporda belirlenen ölçütler doğrultusunda, halk tanımı içerisinde yer alan toplulukların kendi geleceklerini belirleme hakları bulunmaktadır. Ancak, self-determinasyon ilkesi, halk tanımı içerisinde kabul edilen bir topluluk tarafından bağımsız devlet kurma hakkına sahip olma manasında kullanıldığında, uluslararası hukuk kapsamında devletin bağımsızlığı ve toprak bütünlüğü ilkesine aykırılık gerekçesiyle tanınmamaktadır. Bu durum, hukuksal bağlayıcılığı olmasa da uluslararası kamu düzeni için önemli olan AGİT tarafından, Kopenhag, Paris ve Moskova belgelerinde de ifade edilmiştir. Özellikle "Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı" içeriğinde devletlerin toprak bütünlüğüne, demokrasi ve insan haklarına vurgu yapılarak halkların kendi geleceklerini belirleme hakları olduğu belirtilmiştir.

Antlaşmalar hukuku açısından self-determinasyon ilkesinin devletler üzerinde bir bağlayıcılığı olmadığı görülmektedir. Ancak, self-determinasyon ilkesi antlaşmalardan farklı olarak devletlerin hukuki bir yükümlülük bilinci içerisinde kabul ettikleri örf ve adet hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle, self-determinasyon ilkesinin uluslararası yapılageliş kuralları içerisinde yer aldığı ve uluslararası toplumun inancında devletler üzerinde bağlayıcı bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir.

³⁹⁷ Raporda yapılan tanım, Aral (2010), s. 39.'dan aktarılmıştır. Raporun orijinali için bkz. The Right to Self-Determination Historical And Current Development on The Basis of United Nations Instruments, http://shr.aaas.org/article15/Reference_Materials/E_CN.4_Sub.2_404_Rev.1_Eng.pdf

4.2.2. Self-Determinasyon İlkesinin İhlali

Self-determinasyon hakkı tartışmalı da olsa *jus cogens* bir parçası olarak görülmektedir.³⁹⁸ BM Genel Kurulu, self-determinasyon hakkının otoriter statüsüne ilişkin birkaç beyan da bulunmuştur. Örneğin, 1803(XVII) sayılı kararın önsözünde Genel Kurul, ekonomik ve finansal antlaşmalar arasında gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin ve insanların ve ulusların, self-determinasyon hakkının ve eşitlik ilkelerinin temel alınması gerektiğine dikkat çekmiştir. Ayrıca, Genel Kurul Karar 35/118'de, self-determinasyon ve bağımsızlıkla sömürge altındaki insanların devredilemez hakları ile çatışan ya da görmezlikten gelinen ya da ihlal edilen, sömürgeci ya da ırkçı güçler tarafından tek taraflı eylemleri ya da düzenlemeleri ya da bu konulara ilişkin herhangi bir antlaşmayı reddetmiştir. Bu tutum açıkça, antlaşmaların izin verilebilir içeriğini sınırlayarak self determinasyon ve kamu düzeni ilkesinin otoriter statüsünü dikkate almaktadır.³⁹⁹

UHK ve BM İnsan Hakları Komisyonu da benzer şekilde, self-determinasyon ilkesinin otoriter karakterini bildirmektedirler.⁴⁰⁰ UHK, 1969 VAHS'nin 53. Maddeye ilişkin çalışmalar sırasında, üçüncü dünya kökenli üyeler self-determinasyon ilkesinin *jus cogens* normlar niteliğinde sayılması gerektiğine dair görüş bildirmişlerdir. Bu konuya ilişkin olarak Cezayir ve İspanya da, UAD Batı Sahara Danışma Görüşü⁴⁰¹ öncesinde self-determinasyon hakkının *jus cogens* dönüşüğünü iddia etmişlerdir. Dolayısıyla, self-determinasyon hakkının *jus cogens* niteliği kazandığı iddiaları dekolonizasyon sürecine verilen önemden kaynaklanmaktadır. Ancak self-determinasyon ilkesinin bu normların niteliğine sahip olduğuna dair devlet uygulamaları tutarlı, genel ve istikrarlı olmaktan uzak ideolojik bir temenninin ötesine gidememektedir.⁴⁰²

Self-determinasyon ilkesinin, doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenlik gibi belirli uzantıları da bu normların bir parçası olarak algılanmaktadır. Bu konuya ilişkin

³⁹⁸ Cassese, pp. 171–172.

³⁹⁹ Hannikainen, p. 4.

⁴⁰⁰ IYbILC 1963, Second Report on the Law of Treaties A/CN.4/156 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf), UN Human Rights Commission Resolution 1997/4, 1998/4, 2003/3.

⁴⁰¹ UZ, s. 77.

⁴⁰² Öktem, s. 198.

olarak Brownlie, 1803 BM Genel Kurulu Kararının, Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Hakkının, otoriter normlar kategorisinin bir parçasını oluşturduğunu ileri sürmektedir.⁴⁰³ Örneğin Portekiz, Avusturalya'nın Doğu Timor halkının self-determinasyon hakkını kabul etmeyen bir antlaşmanın tarafı olduğunu iddia ederek konuyu UAD taşımıştır. Burada, Doğu Timor'un doğal kaynaklarının Endonezya ve Avusturalya'nın ortak çıkarlarınca kullanılmasının self-determinasyon ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Divan 1995 yılında Genel Kurul'un 1803 sayılı kararına göre, Doğu Timor'un muhtar olmayan bir ülke olarak Self-determinasyon hakkına sahip olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla, Doğu Timor halkı self-determinasyon hakkını kullandığı anda egemenlik hakkının bir sonucu olarak doğal kaynaklarının da nasıl kullanılacağına karar verebilecektir.⁴⁰⁴

Doğal Kaynaklar Üzerindeki Sürekli Egemenlik Bildirisi, özde kabul edilmekle birlikte Batılı devletlerce çeşitli eleştirilere maruz kalmış ve uygulanan uluslararası hukuk ilkesi olarak kabul edilmemiştir. Örneğin Sztucki gibi bazı yazarlar, bir devletin sürekli egemenliğini icra etmesinde ilkenin ilga edilen sözleşmeleri sonlandırabildiğini ve bu yüzden ilkenin otoriter olmadığını iddia ettikleri görülmektedir.⁴⁰⁵ Amerikan petrol şirketi Aminoil'in altmış yıllığına Kuveyt petroleri üzerinde imtiyaz kullanmasını içeren antlaşmanın Kuveyt tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesini konu alan Kuwait v Aminoil Davasında Hakem Heyeti de benzer bir görüşü ifade etmiştir. Burada, doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenliğin devlet sözleşmelerinde çoğunlukla yer alan istikrarlı hükümlerle devletin taraf olmasını yasaklamadığı ileri sürülmüştür.⁴⁰⁶ Dolayısıyla, sürekli egemenliğin *jus cogens* karakteri inkar edilmemektedir. Bu nedenle aslında, devlet doğal kaynaklar üzerindeki egemenliğinden feragat ederse *jus cogens* normların, devletler ve özel şirketler arasında yapılan antlaşmaları da şekillendirdiği görülmektedir.

Bazı devlet sözleşmelerinden feragat edilememekte iken, doğal kaynaklar üzerindeki egemenlik girişiminden feragat edilebilmektedir. Ancak bu çıkarım birçok

⁴⁰³ Brownlie, p. 489.

⁴⁰⁴ Uz, s. 79.

⁴⁰⁵ Jerzy Sztucki, **Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties**, Vienna and New York: Springer-Verlag, 1974 p. 44'den Aktaran Orakhelashvili, p. 52.

⁴⁰⁶ The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company ('Kuwait v Aminoil'), http://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminoil.pdf.

nedenden dolayı kusurlu görünmektedir. İlk olarak sürekli egemenlik ilkesi, self-determinasyon ilkesinin gerekli bir ögesidir ve BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. İkinci olarak bir devletin egemenliğinin icrasında, kendi doğal kaynaklarını yok etmede özgür olması ilkenin özünü oluşturmaktadır. Bu normatif öz ilkenin otoriter doğasının temelinden kaynaklanmaktadır. Sürekli egemenliğin icra edilmesiyle sona erdirilen sözleşmeler ilkedeki ilga edilmemekte, devlet kendi doğal kaynaklarının bir bölümüne veya tamamına ilişkin karar alma hakkından feragat ettiği bir antlaşmaya taraf olursa burada ilga etme olacaktır. Üçüncü olarak otoriter norm, kuvvet kullanma yasağı veya self-determinasyon ilkesi gibi, o normun altındaki hakların icrası ile uluslararası toplumsal faydayı korumayı sağlamaktadır.⁴⁰⁷ Dolayısıyla, bir devlet diğer bir devleti olaya müdahale etmesi için davet edebilir hatta başka bir devletin parçası olmaya karar verebilir.

Uluslararası sistemde yaşanan gelişmeler, özellikle Sovyetler Birliği ve Yugoslavya'nın dağılmasının ardından bağımsızlıklarını ilan eden devletler, bağımsızlık gerekçelerini, anayasalarında yer alan ayrılma hakkına dayandırmışlar ve referanduma başvurarak halkın onayını almışlardır. Burada bağımsızlaşma sürecinde, ulusal ya da uluslararası hukukun etkisinden ziyade, siyasal sistemin çözülmesinin önemli bir etkisi olmuştur. Yine de, devletlerin bağımsızlık kararlarını meşru müdafaa hakkına dayandırdıkları ve bu şekilde meşruiyet kazandırdıkları ve uluslararası toplum tarafından tanındıkları görülmektedir.⁴⁰⁸ Bu bağlamda uluslararası toplum tarafından, istikrarlı bir devletten ayrılma isteği ile istikrarsız dağılma sürecine giren bir devletten ayrılma isteği arasında ayırım yapılmaktadır. Örneğin, Finlandiya'ya bağlı Aaland Adalarının İsveçli halkının ayrılma istekleri MC tarafından, istikrarlı ve istikrarsız devlet ayırımına vurgu yapılarak reddedilmiş ve adaya özerklik statüsü uygun görülmüştür.⁴⁰⁹

Uluslararası toplumun, devletlerin iç işlerine karışılmaması ilkesi gereğince, bağımsızlık mücadelesi veren bir topluluğa karşı, soykırım ve işkence gibi insanlığa aykırı suçlar işlenmediği sürece, devlet ve ayrılıkçı halk arasında yaşanan çatışmalara

⁴⁰⁷ Orakhelashvili, p. 53.

⁴⁰⁸ Aral (2010), s. 57.

⁴⁰⁹ Kurubaş, s. 158.

müdahil olmadığı görülmektedir.⁴¹⁰ Ancak 1990’larda ortaya atılan İnsani Müdahale Doktrini kapsamında, soykırım ya da insanlığa aykırı suç kapsamına giren zorunlu göç, işkence, ırksal ya da disel ayrımcılık gibi tehdit ve tehlikelere karşı, Güvenlik Konseyi tarafından gerekli görüldüğünde silahlı müdahaleyi de kapsayan zorunlu tedbirlerin alınması istenebilmektedir. Örneğin, I. Körfez Savaşı sonrasında alınan 688 sayılı karara dayanarak, ABD, İngiltere ve Fransa’nın Kuzey Irak topraklarında bir ‘güvenli bölge’ ilan etmiş ve Kürt isyanı sonrasında bazı ülkelere sığınan mültecilerin geri dönüşünü güvence altına alınmak istenmiştir. Böyle bir girişim, uluslararası güçler tarafından koruma altına alınan Kuzey Irak topraklarında kurulan, Kürt Özerk Bölgesi gibi, birimlerin zamanla özerklik ya da bağımsızlık statüsüne sahip olabilmesinin mümkün olabildiğini göstermektedir. Kosova’daki ayrılıkçı taleplerin önüne geçmek için yapılan benzer girişimler de, insani müdahale adına yapılmış örnekler içerisinde yer almaktadır. Burada, ayrılıkçı halkın dış baskılara maruz kalmadan, istediği yönetim biçimini seçmesi, yani demokratik anlamda self-determinasyonun uygulanması için gerekli tedbirler alınmaya çalışılmıştır. Uluslararası toplumun büyük çoğunluğunun desteğini alan bu girişimler, Kosova’da devletleşme sürecini başlatmış ve 2008 yılında Kosova’ya bağımsızlığı getirmiştir.⁴¹¹

Kısacası, *jus cogens* normlardan biri olan self-determinasyon ilkesi, uluslararası toplum tarafından devlet egemenliği ve toprak bütünlüğünün korunması amacıyla, demokratik hakların savunucusu olarak görülmektedir. Ancak soykırım, işkence, ırksal ayrımcılık gibi, insan haklarını ihlal eden istisnai durumlarda ayrılıkçı halkların bağımsızlık talepleri, ‘halkların kendi kaderini tayin hakkı’ kapsamında, uluslararası toplum tarafından desteklenmekte ve meşru bir zemine oturtulmaktadır. Örneğin, Çin hâkimiyetinde olan Doğu Türkistan’da (Sincan), 1949 tarihinden itibaren uygulanan asimilasyon politikaları, devlet baskısı ve Han Çinlilerinin istilasını, bölgedeki Uygur halkını ve diğer Müslüman halklarını azınlık durumuna düşürmüştür.⁴¹² Bu bağlamda, onlarca yıldır devam eden baskı ve şiddet politikalarının bir sonucu olarak bu

⁴¹⁰ Örneğin, Katanga, Biafra, KKTC’nin bağımsızlık ilanları, uluslararası toplum tarafından tanınmazken, Bangladeş, Eritre ve Doğu Timor’un bağımsızlıkları tanınmıştır. Bağımsızlıkların tanınmamasında, siyasal açıdan birçok neden olsa da, bu devletlerin sömürge tanımına uymamaları asıl neden olarak gösterilmektedir. Kurubaş, s. 162.

⁴¹¹ Aral (2010), s. 61.

⁴¹² Fatih Şen, “Çin’in Sincan-Doğu Türkistan Sorunu: Dünü, Bugünü, Geleceği”, *Ortadoğu Analiz* Temmuz-Ağustos 2009 Cilt 1 - Sayı 7-8, s. 125., http://www.orsam.org.tr/tr/Uploads/Yazilar/Dosyalar/2009730_fatihsen99p.pdf.

sahip olduğu haklardır ve toplumsal hayatın dinamizmi içerisinde değişime ve gelişime uğramaktadır.

İnsan hakları, ahlakilik düşüncesinden kaynaklanmakta ve diğer bütün haklardan üstün bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda insan haklarının, ‘insan olma’, ‘insan doğası’, ‘insan onuru’ gibi kavramlarla, coğrafi sınırlar dikkate alınmaksızın evrensel bir niteliğe sahip olduğu düşünülmektedir. Felsefi temelleri Antik Yunana dayanan insan hakları, doğal hukuk görüşünün sabit ve değişmez hükümleri ile şekillenmiştir. Örneğin, ilkçağlarda Stoa felsefe okulunun kurucusu Zenon, doğal hukuk anlayışı ile insanların sadece insan olmalarından dolayı eşit haklara sahip olduklarını ifade etmiştir. Bu düşünceler ortaçağda Thomas Aquinas ile derinleşmiş ve insan toplumsal bir varlık olarak görülmüştür. Yeniçağda ise, Hugo Grotius insan aklına dayalı doğal hukukun savunuculuğunu yapmış ve insan aklının sosyal ve siyasal alanda evrensel ilkeleri belirleyeceğini öngören bir düşünce sistemini ortaya koymuştur. İlk doğal hukuk ilkesinin *pacta sunt servanda* (ahde vefa) olduğunu ileri süren Grotius doğal hukuku insan aklının emrettiği kurallar olarak niteleyerek laik temellere dayandırmıştır.⁴¹⁶

İnsan haklarının felsefi gelişimine öncülük eden düşünürlerden Thomas Hobbes, kaos ve anarşi düzenini benimseyerek insan doğasının, rekabet, güvensizlik, şan ve şeref duygularıyla sürekli bir savaş halinde olduğunu vurgulamaktadır. Bireyi ve özgür ortamı ön plana çıkartan John Locke’a göre insanlar doğal ortamlarında özgürce yaşamaktadırlar. Halkın iradesinin en üstün irade olduğunu savunan Locke’da insan haklarının dayanağını insan doğasında görmektedir. Devletin temel görevinin insanın temel hak ve özgürlüklerini korumak olduğunu savunan Locke, devletin meşruiyeti için bu hakların korunması gerektiğini vurgulamaktadır.⁴¹⁷ Ayrıca Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Hart, Rawls gibi birçok düşünür, adalet, eşitlik, ahlakilik unsurlarıyla insan haklarının temellerini ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu bağlamda, doğal hukuk anlayışıyla, doğal haklar doğuştan sahip olunan devredilemez ve vazgeçilemez, mutlak ve evrensel nitelikte haklardır.⁴¹⁸

⁴¹⁶ Enver Bozkurt, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Ankara, Asil Yayınevi, 2006, s. 27–32.

⁴¹⁷ Nezir Akyeşilmen, “İsrail ve İşgal Edilmiş Topraklar: Güvenliğin Gölgesinde İnsan Hakları”, *Ortadoğu Analiz*, Ocak 2011 Cilt 3 - Sayı 25, s. 39.

⁴¹⁸ Bozkurt (2006), s. 36-42.

Modern devletlerin kurulması, insan haklarının gelişim sürecinde önemli gelişmelere neden olmuştur. Egemen devlet içerisindeki bireyin haklarına sahip olma mücadelesi insan haklarını, uluslararası ilişkilerin küreselleşmesiyle evrensel bir boyuta taşımıştır. İnsan haklarının uluslararası bir boyuta taşınmasında, özellikle İngiltere, Fransa ve ABD’de de yaşanan toplumsal, siyasal ve iktisadi gelişmeler sonucunda ortaya çıkan modern demokratik rejimler, Magna Carta (1215), Haklar Dilekçesi (1628), Haklar Beyannamesi (1689), ABD Anayasası (1787), İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi (1789) gibi düzenlemeleri beraberinde getirmiştir.⁴¹⁹ İnsan hakları ve temel özgürlükler, 1945’de San Francisco’da kabul edilen BM Şartnamesi ile ilk kez sistematik olarak uluslararası hukukun konusunu oluşturmuştur. Ancak, insan hakları kavramı, Şartnamede, 1(3), 13(1)(b), 55(c), 62(2), 68, 76(c). Maddelerinde yer almasına rağmen kavramın somut içeriği açıkça belirtilmemiştir. Dolayısıyla, hangi değerlerin insan hakkı olması gerektiği konusunda, bir uzlaşma olmamasına rağmen, uluslararası toplumun standartlarını yansıtan ve insan hakları fikrinin somutlaştığı, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (1948) kabul edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin ardından, 1976’da yürürlüğe giren İkiz Sözleşmeler (MSHS ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme), doktrinde Uluslararası İnsan Hakları Manzumesi olarak bilinen, haklar listesi, insan haklarının kapsamına ilişkin uluslararası siyasal bir uzlaşmanın sağlandığını göstermektedir. Ayrıca 1993 tarihinde BM tarafından düzenlenen Dünya İnsan Hakları Konferansı’nda, insan haklarının evrensel, bölünemez, karşılıklı olarak bağımlı ve birbirine bağlı niteliklere sahip olduğu da vurgulanmıştır.⁴²⁰ Dolayısıyla, uluslararası sözleşmelerde yer alan insan hakları kavramı, iç işlerine karışmama ilkesinin ardına sığınarak, egemenliğin korunması adına devletlerin ihlallerini meşrulaştıramayacakları bir zeminde yer almaktadır.

⁴¹⁹ Mehmet Emin Çağırın, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, Ankara, Platin, 2006, ss. 8-14.

⁴²⁰ Öğütçü, s. 562. Adil Şahin, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59 (4) 2010, s. 729.

4.3.1. İnsan Haklarının Tanımlanması

İnsan hakları kavramının hukuk alanının dışında, siyasetten felsefeye kadar geniş bir alanda kullanılması, kavramın birçok yönden tanımlanmasına neden olmaktadır. BM Kalkınma Programı raporunda yapılan tanımlamaya göre, insan hakları bütün şahısların insan olmalarından dolayı, hür ve haysiyetli yaşamaları için sahip oldukları haklardır ve bu haklar evrensel, vazgeçilemez ve bölünmezdir. Bu bağlamda, insan haklarının ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulduğu görülmektedir. Birinci ayırım medeni ve siyasi haklara, ikinci ayırım da iktisadi ve toplumsal haklara yer vermektedir. Medeni ve siyasi haklar; ayrımcılık yasağı, şahsın fiziki ve manevi bütünlüğüne saygı, kişi hürriyetleri, yargılamayla ilgili haklar, özel hayat ve aile hayatının korunması, düşünce hürriyeti, toplumsal ve siyasi faaliyetlerle ilgili hürriyetler, mülkiyet hakkı ve yabancıların hakları olarak sınıflandırılmıştır. İktisadi ve toplumsal haklar ise, devletin aracılığıyla yararlanılan haklardır. Çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve kültürel haklar olarak üç başlıkta toplanmıştır. 1970'li yıllarda bu ikili ayrıma üçüncü nesil hakları adı verilen yeni bir sınıflandırma eklenmiştir. Bu sınıflandırmaya göre, üç nesil hakkın birincisini, medeni ve siyasi haklar, ikincisini iktisadi ve toplumsal haklar, üçüncüsünü de, self-determinasyon hakkı, iktisadi ve toplumsal gelişme hakkı, çevre hakkı, doğal kaynaklar üzerinde egemenlik hakkı, insanlığın ortak miraslarından faydalanma hakkı gibi sonradan ortaya çıkmış haklar oluşturmaktadır. Ancak üçüncü nesil sınıflandırması insan haklarının kapsamını zenginleştirirken temennileri yansıtmaktadır.⁴²¹ Dolayısıyla, devletin sınırlandırılması amacına hizmet eden insan haklarının, doğrudan doğruya devleti hedef alan siyasal bir işleve sahip olduğu görülmektedir. Bu işlevi ile mevcut kurum, uygulama veya normlara karşı çıkma veya onları değiştirme amacını gerçekleştirmeye çalışmaktadır.⁴²²

İnsan hakları hukuku uygulamada beyanname, sözleşme gibi belgelerle oluşturulmuş ve zamanla taraf olmayanlarca da benimsenmiş ve teamül haline gelerek hukuki ve siyasi bir otorite kazanmıştır. Ayrıca, UAD kararlarında uluslararası toplumun genel kabul gören kuralları arasında yer alması, insan hakları hukukunun *jus cogens* niteliğine sahip olduğunu düşündürmektedir. Bu konuya ilişkin olarak,

⁴²¹ Çağırın, ss. 34–38.

⁴²² Donnelly, s. 25.

Verdross, *jus cogens* karakterine sahip olan normların büyük bir kısmının, insancıl bir amaç için oluşturulduğunu ve genel uluslararası hukuk kurallarının tamamını kapsadığını düşünmektedir.⁴²³ Ancak, insan haklarının önemli bir kısmına belirli şartlarla sınırlama, aykırılıklar getirilebilmekte ya da bir sözleşme varsa, bu sözleşmeye taraf devletler ihtirazı kayıt koyabilmektedirler. Bu nedenle, insan hakları kurallarının tamamını ya da bir kısmını *jus cogens* normlar niteliğinde kabul etme bu normların kısıtlama, sınırlandırma ve aykırılıkları kabul etmeyen niteliklere sahip olmasından dolayı tartışmalara açık olmaktadır.⁴²⁴

Tartışmalı da olsa, bazı insan hakları kurallarının otoriter karakteri adli uygulamalarla doğrulanmaktadır. Bu doğrultuda Amerikan Komisyonuna göre, yaşam hakkı *jus cogensin* bir parçası olarak görülmektedir. EYUCM'e göre, işkence yasağı, uluslararası normatif sistemde, soykırım, kölelik, ırksal fark gözetme, saldırganlık, kuvvet, baskı ve zor kullanılarak toprak kazanımı, self-determinasyon hakkı gibi ilkelerle benzer statüde yer almaktadır. Amerika ve Kanada Temyiz Mahkemelerine ek olarak Kanada Yüksek Mahkemesi de, işkence yasağını, uluslararası kamu hukukunun otoriter bir normu olarak kabul etmektedir.⁴²⁵ Ayrıca, Amerikan Mahkemesi Xuncax v Gramajo Davasında, gaiplik, işkence ve keyfi alıkoyma yasağının, otoriter karakterini doğrulamış, ABD Temyiz Mahkemesi de benzer şekilde, zorunlu çalışma, işkence, cinayet ve köleliğin *jus cogensin* ihlalleri olduğunu ifade etmiştir.⁴²⁶ Amerikan Mahkemesi, ulusal ve uluslararası kamu düzeninin bütün yasal yapısının *jus cogens* dayandığından hareketle eşitlik ilkesinin, eşit koruma ve fark gözetmeme ilkelerinin bu normlara ait olduğunu ifade etmiştir.⁴²⁷

Barcelona Traction Davasında, 'fundamental/temel ilke' yerine 'basit' sözcüğünün kullanılması, insan haklarının çok dar bir çekirdeği olduğunu düşündürse

⁴²³ Verdross (1966), p. 59.

⁴²⁴ Çağiran, s. 53.

⁴²⁵ Stephane Bourgon, "The Impact of Terrorism on the Principle of "Non-Refoulement" of Refugees: The Suresh Case before the Supreme Court of Canada", *Journal of International Criminal Justice*, 2003,1(1) pp. 175., <http://www.jicj.oxfordjournals.org/content/1/1/169.citation>.

⁴²⁶ Alexander Orakhelashvili, "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation?", *International Law and Justice Colloquium*, New York University, 26 February 2007, <http://www.iilj.org/courses/documents/Orakhelashvili.pdf>, s.7.

⁴²⁷ *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion, OC-18/03 of September 17, 2003, Requested By The United Mexican States, p. 101, <http://www.unhcr.org/4bfb8e2c9.html>.

de, temel ve diğ er insan hakları arasındaki fark artık önemli olmamaktadır.⁴²⁸ Bu nedenle niteliğine bakılmaksızın insan hakları hukukunun *jus cogens* doğ asına yönelik olarak, otoriter normların bütün insan haklarını kapsadığı na ilişkin kuramsal bir görüş bulunmaktadır. Aslında, bütün insan haklarının *jus cogens* ait olmadığı , ama insan onuru, yaşam hakkı, kişisel ve manevi özgürlüğü koruyan eşitlik, aile hakları ve bu en yüksek ilkelere türeyen insan faaliyetlerinin özgürlüğünü koruyan temel kuralların, bu normlara ait olduğu genel kabul görmektedir. Dolayısıyla bu yaklaşım altında *jus cogens*, kişisel özgürlük, din, eşitlik, özel ve aile yaşamı hakları ile kuşatılmıştır.

Yaşam hakkı, kölelik veya işkence gibi belirli haklar ilga edilemeyen haklar olduğu için temel haklar olarak kabul edilmektedir. Antlaşma yükümlülükleri içerisinde yer alan temel haklar, uygarlaşmış devletler tarafından tanımlanmış ilkelere bağlayıcı normlar olarak yer almaktadırlar. Burada bütün haklar, sadece antlaşma taahhütleri olarak görülmemekte daha çok antlaşma-temeli bir statüye sahip antlaşma öğeleri ile örtüşmektedir.⁴²⁹ Dolayısıyla, ne insan hakları öğelerinin üslubu ne de bu öğelerin uygulanması bir bütün olarak insan haklarının *jus cogens* niteliğinde olduğu görüşüne neden olmaktadır. Aslında, bazı hakların insan hakları antlaşmaları altında ilga edilmeyen haklar olarak ifade edilmesi, bu hakların *jus cogens* bir parçası olup olmadığını incelemeye önemli bir rol oynabilmektedir. Bu nedenle, insan hakları antlaşmalarının ilga edilmemesi hakların özel statüsünü vurguladığı için otoriter normlarla benzerlikler taşımaktadır. Dolayısıyla, kişisel özgürlük, adli yargılanma, dava açma, özel yaşam ve aile hayatı, din ve ifade özgürlüğü gibi bazı insan hakları, devletlerin çıkarlarından ziyade toplumun çıkarlarını korumaktadır.

VAHS Madde 53 kapsamında bir normun ilga edilmesi otoriter bir normun fesh edilmesidir. İnsan haklarını içeren antlaşma hükümlerinin ilga edilmesi ise kabul edilmiş bir hakkın devam eden eylemini etkilememekte sadece geçici olarak sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla insan haklarına yönelik bir normun ilga edilmesi daha farklı anlamları ifade etmektedir. Bu bağlamda, bir antlaşmanın belirttiği şartlar altında, bir hakkın ilga edilen olduğunun kabul edilmesi ile devletler, kendi aralarındaki

⁴²⁸ Meron (1989), p. 51.

⁴²⁹ Rosalyn Higgins, "Derogations under Human Rights Treaties", BYIL, 1976-77, p. 282.'den Aktaran Michael Byers, "Decisions Of British Courts During 1996 Involving Questions of Public or Private International Law", *British Year Book of International Law*, Vol. 67 (1), 1997, p. 538.

ilişkilerde bu hakkın işlevi dışında yetkilendirildiğini kabul etmeyebilir ve bu hakkın otoriter olmadığını düşünebilirler. Ancak, bu düşünce devletlerin *jus cogens* normlara aykırı olarak kamu düzeni normlarını yerleştirme girişimlerini geçerli kılmamaktadır. Aslında, kabul edilen bir hakkın antlaşmanın unsurlarından ilga edilme gerçeği, bir normun otoriter karakterinden dolayı devletlerin yetkileri üzerinde bir sınırlama getirmemektedir. Bu konuda, BM İnsan Hakları Komitesi'nin 29 No'lu Genel Yorumunda ifade edildiği gibi, ilga etme/etmeme şeklinde hakların kategorize edilmesi, *jus cogens* ve *jus dispositivum* içindeki insan hakları normlarının ayrılmasında olduğu gibi aynı anlamları ifade etmemektedir.⁴³⁰ Ancak bu yorum yine de bütün insan haklarının *jus cogens*in bir parçası olduğu argümanını değersiz ve kapsamsız yapmamakta ve bu durumu hakların bireysel incelenmesi ile açıklanabilir kılmaktadır. Bu bağlamda, insan haklarının otoriter olarak tanımlanması, bir hakkın devletlerin çıkarlarını aşan toplumun çıkarlarını koruyup korumadığı, bazı hakların ilga edilme ile engellenip engellenmediği gibi *jus cogens*in tanımlanmasında başvuru genel kriterler kapsamında değerlendirilmesi ile belirlenecektir.

Bütün insan haklarının *jus cogens*in bir parçası olabileceği düşüncesi çok gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bazı hakların alanı belirgin olmamakla birlikte ifade, din, bilgilendirme, aile ve özel hayat özgürlüğü gibi, hakların da otoriter olabileceği düşünülmektedir. Devletlerin, bu haklarla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı da ayrı bir sorunu oluşturmaktadır. Bir diğer sorun da, bu hakların özünde ilga edilip edilmeyeceğidir.

4.3.2. İnsan Haklarının İhlali

Günümüzde sadece devletlerin güvenliği ve çıkarlarının korunmasından ziyade uluslararası toplumun temel değerlerinin ve insanlığın hak ve onurunun korunması da büyük önem taşımaktadır. BM ve uluslararası sözleşmeler ile sistematik bir biçime bürünen insan hakları, uluslararası sistemde yaşanan değişimlerin ve gelişmelerin bir sonucu olarak ciddi boyutlara ulaşan ihlallerle karşı karşıya kalmaktadır. Dolayısıyla, insan hakları ihlallerinin oluşmasına zemin hazırlayan koşulların ve özellikle BM örgütünün bu ihlaller karşısındaki tutumunun incelenmesi gerekmektedir.

⁴³⁰ Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

Uluslararası kamu düzeninin temel değerlerinin ve insanlığın hak ve onurunun koruyucusu konumunda görülen BM, Güvenlik Konseyi ve üyeleri ile insan haklarına ilişkin konularda etkili önlemler ve kararlar almaya çalışmışlardır. BM Şartnamesi'nin 2(7). Maddesinde “...herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi...” yer alan hükmün dar yorumunun zamanla değiştiği ve insan haklarının uluslararası bir konu olmanın ötesinde, barış ve güvenliğin korunmasında önemli bir unsur olarak kabul edildiği görülmektedir. Örneğin, 688 (1991) sayılı kararda, Kuzey Irak'taki Kürtlerin insan haklarının ihlâlinin uluslararası barış için tehdit oluşturduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Güvenlik Konseyi'nin görev ve yetki alanı genişletilmiş ve Şartname'nin VI. ve VII. Bölümlerinde belirtildiği şekilde, insan haklarının korunmasına yönelik tedbirler alma ve uygulama imkânı sağlanmıştır.⁴³¹ Dolayısıyla, BM örgütünün amaç ve ilkelerinin daha geniş yorumlanmasıyla, geleneksel egemenlik anlayışının büyük ölçüde sınırlandırıldığı görülmektedir. Böylece, Güvenlik Konseyi, bir devletin kendi halkının haklarını ihlal etmesi ya da koruyamaması durumunda da önleyici tedbirler alma yetkisini kullanabilecektir.

Uluslararası insan haklarına ilişkin devletlerin yükümlülükleri, özel bir karaktere sahip normların ihlâli söz konusu olduğu zaman ortaya çıkmaktadır. Bir diğer ifade ile, *jus cogens* normlar niteliğinde olan normların ihlâli söz konusu olduğu zaman, devletler uluslararası yükümlülüklerinin bilincinde hareket etmektedirler. İnsan haklarına aykırı kabul edilen eylemler, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde somutlaştırılmış ve özellikle soykırım, kölelik, işkence, tecavüz, öldürme, sürgün, savaş suçları gibi eylemler, insanlığa aykırı suçlar kapsamında, sistematik ve yaygın bir saldırı biçiminde tanımlanmıştır.⁴³² Dolayısıyla, Roma Statüsü insan haklarını ihlal eden eylemlerin çerçevesini oluşturmuş ve bu eylemlerin uluslararası toplumun tamamını ilgilendirdiğini vurgulamıştır.

Roma Statüsü kapsamında belirlenen insan hakları ihlallerine karşı, zorunlu tedbirler alan ve uygulayan BM Güvenlik Konseyi'nin, insan haklarının koruyucusu olduğu düşüncesi genel kabul görmektedir. Bu bağlamda, insan hakları ihlallerine

⁴³¹ Arsava, s. 2.

⁴³² Roma Statüsü 6. 7. ve 8. Maddelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim Aydın, **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Ankara, Kapasite Geliştirme Derneği, 2006, s. 3–9.

ilişkin en somut örneklerden birini oluşturan, Körfez Krizi'nde uluslararası hukuka konu olan insan hakları ihlallerinin ortaklaşa müdahale ile bertaraf edilebileceği düşüncesi uluslararası toplum tarafından desteklenmiştir. Irak'taki Saddam Hüseyin yönetiminin insan haklarını ihlal eden eylemleri (yargısız infaz, işkence, tutuklama gibi) sadece Kuveyt halkına karşı değil, kendi halkına karşı da uygulaması, uluslararası toplumu harekete geçirmiştir. BM Genel Kurulunun kınama kararıyla başlayan süreçte, hem Kuveyt'teki işgalci güçlerin insan hakları ihlallerinin hem de Irak hükümetinin insan hakları ihlallerinin araştırılması üzerinde durulmuştur. Burada, insan haklarının ihlal edilmesinin kınanması önemli görülmeyle birlikte, kriz sonucunda BM'in ilk kez bir devlete insani yardım etme yükümlülüğü getirmesi dikkat çekicidir. Ancak, BM Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu tedbirler ve uyguladığı yaptırımlar Körfez Savaşı'na ateşkesi getirirken, Irak'ı silah denetimine tabi tutmuş ve devam eden yaptırımlar ülkede temel ihtiyaç maddelerinin karşılanmasında sıkıntılara neden olmuştur.⁴³³ Dolayısıyla, Irak'a uygulanan yaptırımlar bir süre sonra ABD'nin çıkarlarına hizmet etmeye başlamış ve meşru temellerinden uzaklaşmıştır.

Kısacası, uluslararası sistemde insan haklarının, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması için gerekli olduğu düşüncesi yaygınlaştıkça, BM Güvenlik Konseyi'nin insan hakları ihlallerine karşı yetki alanını daha da genişlettiği görülmektedir. Bu bağlamda, Güvenlik Konseyi'nin Kuzey Irak'taki Kürt halkını, Irak egemenliğinden korumaya yönelik bir tutum içerisine girmesi de dikkat çekicidir.⁴³⁴ Bu konuya ilişkin olarak, İnsan Hakları İzleme (İHI) örgütünün raporunda da belirtildiği gibi, devletlerin egemenlik ilkesi gereğince iç işlerine karışmama ilkesinin, uluslararası barış ve güvenliğin korunması kapsamında yorumlanarak Irak egemenliğine müdahaleyi meşru kıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, Kürt Halkının insan haklarının ihlalinin önlenmesi amacıyla Irak egemenliğine sınırlamalar getirilmiştir.⁴³⁵

⁴³³ Bozkurt (2007), ss. 143, 170.

⁴³⁴ Körfez Krizi öncesinde de, Irak'ta hükümet politikalarına karşı yoğun bir muhalefet söz konusuydu. Halkın temel hakları sınırlandırılmış, yönetimi değiştirme olanakları ellerinden alınmıştır. Konuşma, basın, düşünce, örgütlenme özgürlüklerinden yoksun halka karşı, özellikle Kürtlere karşı ölçsüz kuvvet kullanılmıştır. Bu durum, Uluslararası Af Örgütü'nün raporlarıyla belgelenmesine rağmen, Güvenlik Konseyi Körfez Krizi'ne kadar her hangi bir müdahale içerisine girmemiştir. Bozkurt (2007), ss. 141-142.

⁴³⁵ İnsan Hakları İzleme Örgütü 1992 Irak Raporu için bkz. Rae McGrath, "Hidden Death Land Mines and Civilian Casualties In Iraqi Kurdistan", *Middle East Watch A Division of Human Rights Watch*, 1992, <http://www.hrw.org/legacy/reports/1992/iraq>.

Körfez Savaşı sonrasında, özellikle süpergüç ABD ekseninde 11 Eylül terör saldırıları sonrasında yaşanan gelişmeler insan haklarının ihlal edilmesini önleyememiştir. Dünyanın birçok yerinde yaşanan çatışmalar ve iç savaşlar, özellikle İslam kaynaklı tehdit algısının ortaya çıkardığı İslamofobi ile Batılı ülkelerde Müslümanlara yönelik hak ihlalleri ortaya çıkmış, Afganistan ve Irak örneklerinde olduğu gibi doğrudan işgallere dönüşmüştür. İHİ'nin 2010 Raporlarına göre, Filistin'de yaşanan insan hakları ihlalleri ve Gazze'de İsrail'in uyguladığı ambargolar halen devam etmektedir.⁴³⁶ Dolayısıyla, bu gelişmeler 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin taraf ülkelerde soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçları yargılamakla yetkili Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne doğru yönelen bağlayıcı hukuki bir mekanizma içerisinde yer almasına neden olmuştur.⁴³⁷

4.4. ULUSLARARASI HUKUKTA İNSANCIL HUKUK

4.4.1. İnsancıl Hukukun Tanımlanması

İnsancıl hukuk, ulusal ya da uluslararası nitelikte silahlı çatışmalardan kaynaklı insani sorunların çözülmesi için oluşturulmuş düzenlemeleri kapsamakta ve insani nedenlerle, tarafların istekleri doğrultusunda savaşın yöntemi ya da araçlarının kullanımına sınırlamalar getirmektedir. Bu nedenle insancıl hukuk, çatışmadan zarar gören ya da görebilecek kişileri ve malları koruyan sözleşme ya da teamül kökenli uluslararası kurallar olarak tanımlanmaktadır.⁴³⁸ Tanımdan da anlaşılacağı gibi, insancıl hukuk savaşın meşru olup olmadığına bakmaksızın savaşın nasıl icra edildiği ile ilgilidir.

⁴³⁶ “Gazze’ye uyguladığı blokajın neden olduğu birçok insan hakları ihlalleri, Batı Şeria’da ikamet edenlerin seyahat özgürlüğünün kısıtlanması, keyfi gözaltına almalar, askeri mahkemelerin bölgede yargıyı oluşturması hatta çocuk yaşta Filistinlilerin askeri mahkemelerde yetişkin muamelesi görmesi ve işgal edilmiş topraklarda Yahudi yerleşim yerlerinin kurulması...” Akyeşilmen, s. 44. Raporun orijinali için bkz. Human Rights Watch, (HRW) Israel/Occupied Palestinian Territories, Country Summary–2010, <http://www.hrw.org/en/node/87711>.

⁴³⁷ İhsan D. Dağı, “İnsan Hakları ve Uluslararası Sistem”, *Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu*, Bursa 10–12 Aralık 2004, s. 3.

⁴³⁸ Öktem, s. 67.

İnsancıl hukuk ile insan hakları hukuku arasındaki temel ayrımı savaş olgusu oluşturmaktadır. Böyle bir ayırım, insan hakları hukukunun özellikle savaş esnasında da ihlal edilemeyecek hakları ve özgürlükleri düzenlemesine rağmen, genellikle savaş dışı olağanüstü rejim koşullarına yönelik normları ve kurumları düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, insan hakları hukukunun temel argümanını devlet unsuru oluştururken, insancıl hukuk devlet olmayan oluşumları da içinde barındırmaktadır.⁴³⁹ Bu nedenle, savaş hukuku ve insancıl hukuk kavramları çoğu zaman eş anlamlı da kullanılmaktadır. Ancak, 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri’nde savaş hukuku, silahlı çatışmalarda araç ve yöntemleri belirlemek ve harekâtın düzenini sağlamak olarak tanımlanmıştır. İnsancıl hukuk ise, savaştışı kalan askeri personeli ve savaşa hiç katılmayan kişileri korumayı ve silahlı çatışmanın etkilerini azaltmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, devlet güvenliğini ve askeri zaruret ilkeleri savaş hukukunun temelini oluştururken, insancıl hukuk devletlere bireye zarar verecek hiçbir hak tanımamaktadır.⁴⁴⁰ Böylece, insancıl hukuk savaş olgusuyla sınırlı bir alanda, hem savaştışı taraflarla ilgili hem de savaştışı kalan bireylerle ilgili eylemleri düzenlemektedir.

İnsanlığın tarihsel sürecinde kaçınılmaz bir olgu olarak karşımıza çıkan savaşın oluşumu hukuken düzenlenememekte sadece savaşın yürütülmesi ve sonuçları düzenlenebilmektedir.⁴⁴¹ Bu bağlamda, savaşın önlenmesi ve zararlarının sınırlandırılmasından ne tür silahların kullanılıp kullanılmayacağına, hangi nesnelere savaşın hedefinde yer alıp alamayacağına, doğanın, kültürel mirasın nasıl korunacağına, sivil halkın ve savaş esirlerinin ne gibi haklara sahip olacağına dair birçok konu insancıl hukuk kuralları kapsamında ele alınmaktadır.⁴⁴²

Uluslararası hukukun tarihsel süreci içerisinde insancıl hukukun ilkelerinin, 1859 Solferino Savaşı sonrasında, Henry Dunant’ın girişimiyle kurulan Kızıl Haç hareketiyle ortaya çıktığı genel kabul görmektedir.⁴⁴³ Kızıl Haç’ın, insancıl hukuk

⁴³⁹ Hüsni Öndül, “İnsancıl Hukuka Giriş”, http://www.ihd.org.tr/makaleler/Hüsni_Öndül, ss. 1–2.

⁴⁴⁰ Öktem, ss. 71–72.

⁴⁴¹ Acer, s. 48.

⁴⁴² Öndül, s. 4.

⁴⁴³ Dunant, Avusturya İmparatorluğu ve Fransız – Sardinya Birliği arasında Kuzey İtalya’da geçen Solferino Savaşı’ndan çok etkilenerek, “Bir Solferino Hatırası” adlı bir eser yazmıştır. Bu eserde, “Tüm Avrupa ülkelerinde, hangi ulustan olduğuna bakılmaksızın savaşta yaralananlara yardım edecek gönüllü derneklerin barış zamanında kurulması ve ülkelerin, yaralıları korumak ve onlara tıbbi yardım sağlamak

(kısmen savaş hukuku) kurallarının yerleştirilmesinde ve geliştirilmesinde önemli bir rol oynamasıyla başlayan süreçte; 1864 Cenevre Konvansiyonu, 1868 Saint-Petersbourg Deklarasyonu, Lieber Kodu, 1874 Bruxelles Deklerasyonu, 1880’de Uluslararası Hukuk Enstitüsünce kabul edilen Oxford El Kitabı, 1899 ve 1907 La Haye Konferansları ve Sözleşmeleri gibi birçok belge ile savaşın zorluklarına ve insanlık yasalarının gereklerine vurgu yapılmıştır. Böylece, savaş hukukuna yönelik teamüllerin 19. yüzyıl sonrasında kodifiye edilmesi ile *jus ad bellum* (savaşma hakkı) ve *jus in bello* (savaş içi hukuk) ayrımı yapılmış ve insancıl hukukun temelleri atılmıştır.⁴⁴⁴

İki dünya savaşı arası dönemde kodifikasyon çalışmaları devam etmiş ve Savaşta Denizaltıların ve Zehirli Gazların Kullanımına Dair Sözleşme (1922-Washington),⁴⁴⁵ Boğucu, Zehirli ve Diğer Gazların ve Bakteriolojik Savaş Yöntemlerinin Yasaklanmasına Dair Protokol (1925-Cenevre)⁴⁴⁶ ve savaşı yasaklayan ilk uluslararası belge Paris Paktı (1928-Briand-Kellog) imzalanmıştır. Kızılhaç’ın insancıl hukuka ilişkin çalışmalarının somut bir belgesi olarak görülen 1949 Cenevre Sözleşmeleri⁴⁴⁷ ve bu sözleşmelere ek olarak hazırlanan 1977 Protokolleri de bugün insancıl hukukun temel antlaşmaları olarak kabul edilmiştir. Örneğin, Nikaragua’ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davası’nda, UAD 1949 Cenevre Sözleşmelerine atıf yaparak bu sözleşmelerin insancıl hukuk ilkelerini ifade ettiğini ve içeriğinin uluslararası teamüle dönüştüğünü onaylamıştır. Dolayısıyla insancıl hukuk, Cenevre Sözleşmeleri’nde de vurgulandığı gibi, kişilerin ve malların korunmasını garanti eden düzenlemelerle bütünleşmiş ve *jus cogens* normların klasik özelliği olan kişilerin temel insan haklarını koruma ve onların eylemlerini etkileyen karşı antlaşmaları yasadışı ilan etme gerçeği ile güçlendirilmiştir.

amacıyla uluslararası anlaşmalarda taraf olmasını” istemektedir. J. Henry Dunant, **Solferino Hatırası**, Çev., Nermin Arpacioğlu, Ankara, Türkiye Kızılay Derneği, 2007.

⁴⁴⁴ Öktem, s. 69.

⁴⁴⁵ Treaty relating to the Use of Submarines and Noxious Gases in Warfare. Washington, 6 February 1922, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/270?OpenDocument>.

⁴⁴⁶ Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare. Geneva, 17 June 1925, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/280?OpenDocument>.

⁴⁴⁷ 12 Ağustos 1949 tarihinde kabul edilen Cenevre Sözleşmeleri; Harb Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin İslahı İçin Sözleşme; Denizdeki Silahlı Kuvvetlerin Yaralı, Hasta ve Kaza Geçirmiş Mensuplarının İyileştirilmesi Hakkında Cenevre Sözleşmesi; Savaş Tutsaklarına Uygulanacak İşlemlere İlişkin Cenevre Sözleşmesi; Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi. 1977 tarihli İki ek protokol; Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına, Uluslararası Nitelik Taşımayan Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına ilişkindir. Orijinal metinler için bkz. <http://www.icrc.org/ihl.nsf/TOPICS?OpenView>.

4.4.2. İnsancıl Hukukun İhlali

Uluslararası insancıl hukuk kuralları bir teamül kural olarak uluslararası toplum tarafından benimsenmesine rağmen, özellikle ABD'nin 11 Eylül sonrası eylemleri dikkate alındığında *jus cogens* normlara aykırı olarak insancıl hukuk kurallarının ihlal edildiği ve insancıl hukuk kuralların devletlerin eylemlerine çok fazla yansımadağı görülmektedir. Bu bağlamda, 11 Eylül saldırıları sonrasında Afganistan'a yapılan askeri hareket sırasında yakalanan militanların statüsünün ve yargılanmasının insancıl hukuk kuralları kapsamında değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Ancak, uluslararası insancıl hukuk kapsamında konunun ele alınabilmesi için öncelikli olarak bu müdahalenin uluslararası nitelikli bir silahlı çatışma olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.⁴⁴⁸ ABD'nin devlet-dışı bir örgüte karşı saldırısı, silahlı çatışmanın (iki ya da daha fazla devlet arasında yapılan çatışma) klasik tanımından farklı bir nitelik taşımakta ve uluslararası hukukun bu süreci tanımlamasını zorlaştırmaktadır.⁴⁴⁹

11 Eylül saldırılarının sorumlularını desteklediği ve iade etmeyi reddettiği gerekçesiyle Afganistan'a yapılan müdahale esnasında yakalanan militanlar, Küba'da bulunan Guantanamo askeri üssüne getirilmiştir.⁴⁵⁰ Guantanamo Körfezinin bir askeri hapisane olarak kullanılması, insan hakları örgütlerince eleştirilmekte ve tutukluların işkence gördüğü, kötü şartlara ve uygulamalara maruz bırakıldığı iddia edilmektedir. Ayrıca, burada tutulan kişilerin ne savaş suçlusu ne de adi suçlu olarak tanımlanmamasına ve yasal durumlarının belirsizliğine de dikkat çekilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak BM'in İnsan Hakları Komisyonu'na hazırlatılan raporda, özellikle gözaltına alınan kişilerin, adil yargılanma haklarının ihlale uğradığına ve kullanılan sorgu tekniklerinin işkence düzeyine ulaşabileceğine ilişkin tespitlere yer verilmiştir.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ BM örgütü sonrasında, devletlerin kuvvet kullanmama ilkesi gereğince resmi savaş ilanına gidilmediği ve savaş kavramı yerine silahlı çatışma terimi kullanılmaktadır.

⁴⁴⁹ Öktem, s. 112.

⁴⁵⁰ Guantanamo körfezinde yer alan, Guantanamo Kampı, 2002 yılından itibaren askeri hapisane olarak kullanılmaktadır. Başta Afganistan olmak üzere çeşitli ülkelerde ele geçirilen, El-Kaide ve Taliban ile ilgisi olduğundan şüphelenen kişiler burada tutulmaktadır. Tesis zaman zaman Guantanamo, Gitmo veya Kamp X-Ray olarak anılmaktadır.

⁴⁵¹ Öktem, s. 142. Bu tespitler, Avrupa Parlamentosu'nun raporlarında da yer almıştır. Parliamentary Assembly, Lawfulness of detentions by the United States in Guantanamo Bay, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc05/EDOC10497.htm>.

Amerikan İnsan Hakları Komisyonu da konuyla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı almış ve ABD'nin, öncelikli olarak yetkili bir mahkemenin, Guantanamo'da tutuklu olan kişilerin hukuki statüsünü belirleyebilmesi için gerekli tedbirleri almasını talep etmiştir.⁴⁵² Ancak ABD, Komisyon'un böyle bir ihtiyati tedbir kararı alma yetkisinin olmadığını açıklamış ve III. Cenevre Sözleşmesi kapsamında, tutuklu bulunan El-Kaide ve Taliban militanlarının, savaş tutsağı statüsünde yer almadıklarını ileri sürmüştür.⁴⁵³ ABD'nin tutuklu bulunan kişileri savaş tutsağı kapsamında görmemesi, İngiltere ve Fransa gibi birçok Batılı devlet tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Bu kişileri yasadışı savaşçılar ya da saldırgan siviller olarak nitelendiren ABD'nin, Cenevre Sözleşmeleri'ni ihlal ettiği iddia edilmiştir.⁴⁵⁴ Dolayısıyla, kamuoyununa da yansıtıldığı gibi, Guantanamo hapisanesinde yaşananlar *jus cogens* normlar niteliğine sahip hem insan hakları hukuku normlarının hem de insancıl hukuk normlarının açıkça ihlal edildiğini göstermektedir.

4.5. ULUSLARARASI HUKUKTA ÇEVRE HUKUKU

4.5.1. Çevre Hukukunun Tanımlanması

Çevre, Güneş sisteminin bir gezegeni olan Dünya üzerinde yaşayan canlıların doğal yaşam alanı olarak tanımlanmaktadır. Çevresel incelemelerin konusu daha çok devletlerin egemenlikleri ve dünyanın çıkarları arasında yaşanan çatışmaları oluşturmaktadır. Günümüzde hâkim olan anlayış doğrultusunda çevrenin sınırlarına taşan etkileri devletlerarası bir egemenlik mücadelesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Teknolojik gelişmelerle birlikte, giderek artan sanayileşmenin sonucu olarak ciddi bölgesel ve global çevre problemleri ortaya çıkmıştır. Uluslararası hukuk bu problemlere çözüm getirecek arayışlar içerisine girmiş ve örf ve adet hukuku kurallarıyla düzenlenmiş bağlayıcılığı olmayan bir dizi ahlâki normlarla, çevre hukukunun oluşumuna katkıda bulunmuştur. Çevreye ilişkin hukuk kurallarının temeli,

⁴⁵² Öktem, s. 144.

⁴⁵³ George Monbiot, "One rule for them Five PoWs are mistreated in Iraq and the US cries foul. What about Guantanamo Bay?" The Guardian, Tuesday 25 March 2003, <http://www.guardian.co.uk/world/2003/mar/25/usa.comment>.

⁴⁵⁴ Taşdemir, s. 93.

insan merkezli bir yaklaşımla, doğal kaynakların korunması ve iyileştirilmesi ilkesi üzerine kurulmuştur. Yeryüzü ve yer altı kaynaklarının israf edilmesi ve kirletilmesi, insanoğlunun ve diğer canlıların doğal yaşam alanlarının yok edilmesine ve doğal felaketlerin yaşanmasına neden olmaktadır. Örneğin, Batı Almanya'nın Ruhr bölgesindeki ve İngiltere'nin iç kısımlarındaki sanayi gazları, İskandinavya'da balıkların ve bitkilerin ölmesine neden olan asit yağmurlarına dönüşmektedir. Dolayısıyla, sınır aşan çevresel tahribat, çağdaş uluslararası toplumda büyük bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Çevresel tahribata ilişkin, örneğin, havanın denizlerin ve göllerin kirletilmesi, küresel ısınma, ozon tabakasının delinmesi, kimyasal gaz sızıntıları gibi sorunlara karşı yapılacak müdahalelerde devletlerin tutumlarının dikkate alınması gerekmektedir.⁴⁵⁵

Çevreye yönelik tahribatın küresel bir sorun haline geldiği ve uluslararası hukukun bu alanı düzenlemekle sorumlu olduğu, UAD'nın Nükleer Silahların Tehdidinin ya da Kullanımının Yasallığına İlişkin Danışma Görüşünde de vurgulanmıştır. Bağlayıcılığı olmayan bu görüşe göre;⁴⁵⁶

“Çevre soyut bir kavram olmanın ötesinde yaşamsal mekanı, hayat kalitesini ve, doğmamış nesiller de dahil olmak üzere, insanın sağlığını temsil etmektedir. Devletlerin, egemen yetkiler kullandıkları ve denetimleri altında tuttıkları topraklardaki faaliyetlerinin başka ülkelerde ya da hiçbir ülkeye ait olmayan bölgelerde çevreye zarar vermemesi gerektiği hususundaki genel yükümlülükleri, bugün çevreye dair uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir.”

Çevre sorunlarına ilişkin olarak, devletlerin daha çok gönüllülük ilkesi gereğince, çözüm arayışları içerisine girmeleri sorunların giderek artmasında önemli bir etken olarak görülmektedir. Çevre sorunlarının küresel düzeyde ele alınması, uluslararası alanda devletlerarası sözleşmelerin yapılmasını gerektirmiştir.⁴⁵⁷ Çevreye ilişkin farklı sorunlar, denizlerdeki petrol atıklarının ve sızıntılarının konu edilmesi ya da doğadaki bitki türlerinin ve hayvan neslinin tükenmesinin engellenmesi, ormansızlaşma ve çölleşme, küresel ısınmanın getirdiği iklim değişiklikleri, uzayın

⁴⁵⁵ Detter, p. 307.

⁴⁵⁶ Aral (2010), s. 225.

⁴⁵⁷ Selim Kılıç, “Uluslararası Çevre Hukukunun Gelişimi Üzerine Bir İnceleme”, *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, <http://eskiweb.cumhuriyet.edu.tr/edergi/makale/123.pdf>.

kirletilmesi gibi, konular ayrı ayrı uluslararası düzenlemelerde yer almıştır. Çevresel felakete sebep olan devletin, bu sorunun kendi toprakları dışına sızmasından dolayı, zarar gören devletlerin zararını karşılamak zorunda olması da, uluslararası sözleşmelerde yer almıştır. Örneğin, 1986 yılında yaşanan Çerobil nükleer tesisinin radyoaktif sızıntılarının birçok devlete zarar vermesi gibi. Cenevre Sözleşmesi Ekli Birinci Protokol'de de düzenlendiği gibi, savaş halinde çevrenin korunması, askeri amaçlarla tahribata uğratılması da yasaklanmıştır.⁴⁵⁸ Dolayısıyla, çevreye ilişkin hemen hemen bütün konuları kapsayıcı şekilde, bölgesel ve uluslararası düzeyde sözleşmelerin yapıldığı görülmektedir.

Uluslararası çevre hukukuna ilişkin olarak, 1972 yılında Stockholm'de toplanan konferansta, yazılı ve yazısız hukuk kuralları bir araya getirilmiş ve çevre hukuku oluşturulmuştur. Bölgesel ve global çevre problemlerine etkin çözümler getirmek amacıyla toplanan konferansta, Stockholm Deklarasyonu'nun 1.Maddesinde, insanın, hürriyet, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları sağlayan onurlu ve refah içinde bir çevrede yaşama temel hakkına sahip olduğu ve insanın, bugünkü ve gelecekteki nesiller için çevreyi koruma ve geliştirme sorumluluğu olduğu ifade edilmiştir.⁴⁵⁹ Ayrıca, devletlere insan sağlığına zarar veren çevre kirliliğini önlemeye ilişkin sorumluluklar yükleyen 7. Madde de, bağlayıcılığı olmayan bu belgenin, uluslararası toplum inancında önemli bir yer edinmesini sağlama amacı taşımaktadır.

Stockholm Deklarasyonu sonrasında uluslararası alanda birçok önemli antlaşmalar yapılmış, ancak bu antlaşmaların mali ve cezai hükümlerinin yetersiz olması devletleri yeni çözüm arayışlarına yöneltmiştir. Bu arayışlar, 29 Ekim 1982 tarihinde, BM Genel Kurulu'nda "World Charter for Nature" sözleşmesinin (Charter) imzalanmasına yol açmıştır. Stockholm Konferansı'nın tekrarını oluşturan sözleşme, çevre hukukunun temelini oluşturan "istikrarlı ve düzenli gelişme" (sustainable development) kavramına yer vererek prensipte daha kararlı olduğunu göstermektedir. 1987 yılında yayınlanan Çevre ve Kalkınma Konusunda Dünya Komisyonu

⁴⁵⁸ Aral (2010), s. 228.

⁴⁵⁹ Gülnur Erdoğan, "Çevre Politikalarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi ve Çevre Sorunları", <http://www.gulnurerdogan.av.tr/uploads/cevreson.pdf>.

Raporu'nda,⁴⁶⁰ teknolojinin ekolojikdengeyi gözetmesi gerektiği ileri sürülerek kalkınma ve çevre arasında önemli bir ilişki olduğu vurgulanmıştır.

Stockholm Deklarasyonu ve Charter'ın hazırlandığı dönemlerde, asid yağmurları, ozon tabakasının incilmesi, Chernobil ve radyasyon tehlikesi, ormansızlaşma gibi öngörülmeyen global çevre probleminin ortaya çıkması, çevre hukuku için önemli bir diğer toplantının yapılmasını gerektirmiştir. 1992 yılında, "Birleşmiş Milletler Çevre ve Gelişme Konferansı" adıyla, Brezilya'nın Rio de Janeiro şehrinde toplanılmıştır.⁴⁶¹ Uluslararası çevre hukukunun gelişimine önemli bir katkı sağlayan sürdürülebilir kalkınma kavramı ile aşırı tüketimin önlenmesi, orman sahalarının genişletilmesi, yoksul ülkelerin çevresel korunma kapsamında desteklenmesi gibi konular gündeme taşınmıştır. Konferans sonucunda, Rio Bildirisi, Gündem 21, İklim Değişimine İlişkin Sözleşme, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ve Orman İlkeleri belgeleri kabul edilmiştir.⁴⁶² Rio Bildirisi, nüfus artışının denetim altına alınması, yapılan yatırımların çevreyi dikkate alması, devletlerin çevre kirliliğine karşı yükümlülükler alması gibi konulara yer veren 27 ilkeden oluşmuştur. Gündem 21 adı verilen eylem planında, sürdürülebilir kalkınma için taraf devletlerin kendi yerel gündemlerini oluşturmaları istenmiştir.⁴⁶³

Çevrenin korunmasına yönelik, BM Nüfus ve Kalkınma Konferansı (1994), BM İnsan Yerleşimleri Konferansı-HABİTAT (1996), Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi (2002), İklim Değişikliği Sözleşmesine Dair Kyoto Protokolü (2005), gibi

⁴⁶⁰ Report of the World Commission on Environment and Development, A/RES/42/187, <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>.

⁴⁶¹ Nesilleri tükenmekte olan hayvan ve bitki türlerinin ticaretinin yasaklanarak korunmasını amaçlayan CITES (Convention on International Trade On Endangered Species) sözleşmesi; Sazlık ve bataklıkların korunmasını öngören RAMSAR (İran'da bir kasaba) sözleşmesi; Tarihi ve kültürel eserlerin korunmasını amaçlayan WHC (World Heritage Convention) ve Göçmen kuşları korunma kapsamına alan BONN sözleşmesi. Kemal Başlar, "Uluslararası Çevre Hukuku ve Dünya Çevre Zirvesi", <http://www.ekolojidergisi.com.tr/resimler/3-2.pdf>.

⁴⁶² Rio Bildirisi, Gündem 21, İklim Değişimine İlişkin Sözleşme, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ve Orman İlkeleri belgeleri için ayrıntılı bilgi için bkz. Aral (2010), s. 230. Belgelerin orijinal metinleri için bkz. Rio Declaration, <http://sedac.ciesin.org/entri/texts/rio.declaration.1992.html>, Agenda21, <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/agenda21toc.htm>, Convention of Climate Change, http://unfccc.int/essential_background/convention/background/items/1349.php, Convention on Biological Diversity, <http://www.biodiv.org/convention/convention.shtml>.

⁴⁶³ Rio Konferansının temel belgesi olan Gündem 21, Türkiye tarafından hükümet Başkanı düzeyinde bir katılımı ile imzalanmış ve 1997 yılından itibaren de Yerel Gündem 21 projesi uygulamaya konulmuştur. Yerel Gündem 21, "kent in sürdürülebilir geleceği" için çevre ve yaşam kalitesinin geliştirilmesini esas almaktadır. Erdoğan, "Çevre Politikalarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi ve Çevre Sorunları", <http://www.gulnurerdogan.av.tr/uploads/cevreson.pdf>.

önemli konferans ve sözleşmeler de, insanlığın çevreyi kirletmesini ve çevresel tahribatın önlemesine yönelik çalışmalarda bulunmaktadır.

4.5.2. Çevre Hukukunun İhlali

Çevre hukuku, insan hakları hukuku gibi, devletin kendi çevresel etkileri ile uluslar üstü etkilerinden bağımsız toplumun çıkarlarını korumaktadır.⁴⁶⁴ Dolayısıyla, insanlığın çevreye zararı önleme yükümlülüğü tamamıyla, uluslararası toplumun yararına olmakta ve böylece, çevre hukuku normlarının kabul edilen otoriter normların karakterinden farklı olmadığı görülmektedir. Çevre sorunlarının uluslararası mahkemelere konu olması, sorunların çözümünde önemli adımlar atıldığını göstermektedir. Bu konuya ilişkin olarak, 1926–1941 yılları arasında uluslararası mahkemelere taşınan Trail Smelter Davası’nda, iyi komşuluk ve zarar verme yasağı gibi ilkeler ön planda tutulmuş ve devletlerin birbirlerine dokunmadan varlıklarını sürdürmelerinin önemi vurgulanmıştır.⁴⁶⁵ Bu dava, çevre konusunda teamül hukukunun oluşumuna önemli katkılar sağlamıştır. Benzer şekilde, Gabchikovo Nagymaros davası da çevre hukuku açısından büyük önem taşımaktadır. Burada, Macaristan-Slovakya arasında 1977 yılında yapılan antlaşma gereğince, Tuna nehri üzerinde baraj yapımı için çalışmalar başlatılmış, ancak Macaristan’ın ekolojik nedenlerle projeyi askıya alması ve durdurması üzerine sorun UAD taşınmıştır. Bu davada, uluslararası çevre hukukuna ilişkin kavram ve ilkeler dikkate alınmış ve uluslararası çevre hukuku normlarının *jus cogens* kapsamında ele alınabileceği söz konusu olmuştur.⁴⁶⁶ Ancak, davaya ilişkin karar *jus cogens* ilkesi esas alınarak verilirse de bu normların çevre ile ilişkilendirilmesi açısından önemli görülmektedir. Nükleer Silahların Kullanımı ve

⁴⁶⁴ Patricia Birnie, Alan E. Boyle, **International Law and the Environment**, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 99.

⁴⁶⁵ Trail Smelter Davası’nda, Kanada’nın ABD sınırına yakın bir kasabasında bulunan bir fabrikanın çıkarmış olduğu dumanlardan dolayı, ABD sınırları içinde kalan yerleşim birimlerinin zarar görmesi üzerine, Kanada sorumlu tutulmuştur. Pazarıcı, s. 435.

⁴⁶⁶ “Dava, doğal kaynaklardan yararlanılırken koruma-kullanma dengesinin gözetilmesini gerektiren yönleriyle, Çevre Hukuku ve Sürdürülebilir Kalkınma Hukuku, Tuna nehrinin kıyıdaş iki devlet arasında kullanımına ilişkin olması sebebiyle, Sınırşan Sular Hukuku, 1977 yılında Macaristan ile Çekoslovakya arasında yapılan bir sözleşmenin uygulanma sorununa ilişkin olması sebebiyle Uluslararası Andlaşmalar Hukuku, uyuşmazlığın taraflarından Çekoslovakya’nın zaman içinde bölünmesi ve dava konusu bölgenin Slovakya tarafında kalması boyutu ile Uluslararası Ardıllık Hukuku gibi, uluslararası hukukun birbirinden tamamıyla farklı alanlarına yönelik unsurlar içeren çok yönlü ve karmaşık bir davadır.” Şule Anlar Güneş, “Gabchikovo-Nagymaros Davası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55 Sayı 2, 2006, s. 93.

Tehdidine İlişkin Danışma Görüşü kararında da çevrenin korunmasına ilişkin normların *jus cogens* normlar niteliğinde olabileceğine ilişkin görüşler ifade edilmiştir. Bu bağlamda, uluslararası mahkemelerin arabulucu fonksiyonlarının bu normlar kapsamında devletlerin mutlak egemenlik anlayışını sınırlandırdığı ve zarara uğrayan devletin zararlarının giderilmesi hakkını elde ettiği görülmektedir.

Uluslararası çevre hukukunun düzenlediği alanın çok geniş olması nedeniyle, bir bütün olarak çevre sorunlarının ele alındığı kapsamlı bir uluslararası düzenleme bulunmamakla birlikte, çevre hukukunun özellikle iyi komşuluk, başkalarına zarar vermeme, mutlak yükümlülük ve toprak bütünlüğü ilkeleri kapsamında, uluslararası uyuşmazlıklara çözüm getirme çabası içerisinde olduğu görülmektedir.⁴⁶⁷ Bu bağlamda, uluslararası çevre hukukuna ilişkin gelişmeler, uluslararası toplumun temel çıkarlarını korumaya yöneliktir. İnsan onurunu koruyan koşullara sahip bir çevrede yaşama, temel bir hak olmanın ötesinde uluslararası toplumun ortak çıkarlarından biridir. Bu nedenle, çevre hukuku normlarının *jus cogens* normlar niteliğine sahip olduğu ve bu normların ihlal edilmesi halinde insanlığın ortak mirasının zarar göreceği dikkate alınmalıdır. Bu konuya ilişkin olarak, BM Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı sonucunda hazırlanan BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde, insanlığın ortak mirası kavramına vurgu yapılmış ve hatta bu kavram ile *jus cogens* arasında bir ilişki olduğunun kabul edilmesi gerektiğine dair taslak bir madde de hazırlanmıştır.⁴⁶⁸ Dolayısıyla, insanoğlunun yaşam kalitesini etkileyen çevre, uluslararası düzeyde barış ve güvenlik gibi, korunması gereken en üst insani değerlerden biri olarak kabul edilmektedir.

Çevre ve insan hakları arasında yakın bir etkileşim olduğunu savunan görüşler çerçevesinde, çevre hakkı insan hakları kümesi içerisinde temel bir hak olarak yer almakta ve insan haklarının bir ön şartı olarak görülmektedir. Bu konuda, bazı düzenlemelerin çevre hakkına ilişkin bir kısım haklara yer verdiği görülmektedir. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin, İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar

⁴⁶⁷ Aral (2010), s. 238.

⁴⁶⁸ Şili tarafından hazırlanan taslak madde kabul edilmemesine rağmen uluslararası toplumun dikkatini çekmesi açısından önemlidir. Güneş (2004), s. 142.

Uluslararası Sözleşmesi'nin ve daha birçok sözleşmenin ve bildirgenin ilgili maddelerinde insan hakları ve çevre hakkı arasında bağlantı kurulmuştur.⁴⁶⁹

Kısacası, Doğal hukuk görüşünden hareketle, çevre hakkı doğal hukukun vazgeçilemez ve devredilemez hakları içerisinde yer alan *jus cogens* normlarından. Bu tespitin yapılmasında, UHK tarafından sayılan ve suç teşkil eden, soykırım, ırk ayrımcılığı, kölelik gibi, uluslararası toplumun temel çıkarlarını ihlal eden eylemler arasında, atmosferde ve denizlerde ağır ve kitlesel kirlenmeye yol açan eylemlerin de yer alması önemli bir rol oynamaktadır.⁴⁷⁰ Böylece, çevre zararlarına yol açmama yükümlülüğünün, uluslararası toplumun temel çıkarlarının bir ihlali olarak öngörülmesi, çevre hakkının teamül kuralları bağlamında, uluslararası toplum inancında bağlayıcılık kazanmasına zemin hazırlayacaktır.

⁴⁶⁹ Aral (2010), ss. 248–249.

⁴⁷⁰ Güneş (2004), s. 144.

SONUÇ

Toplumsal düzeni oluşturma hukuk normlarının temel amacıdır. Bu amaç doğrultusunda toplumsal rollerin ve görevlerin sürekli değişimi ile düzenin yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu düzen uluslararası sistemde uluslararası hukuk kuralları ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla modern uluslararası hukuk anlayışına göre, devletler başta olmak üzere uluslararası örgütler, yetkileri sınırlı devletler, sui generis bazı topluluklar ve uluslararası hukukun koruma alanları içinde yer alan gerçek kişiler uluslararası toplumun üyeleri olarak görülmekte ve bu üyeler arasındaki ilişkiler uluslararası hukuk kuralları tarafından düzenlenmektedir.

Uluslararası hukuk uluslararası antlaşmalar hukuku kuralları çerçevesinde tarafların karşılıklı yazılı irade beyanları ile oluşturulan ve uluslararası hukuka uygun bir biçimde hak ve yükümlülükler getiren antlaşmalarla uluslararası toplumu şekillendirmektedir. Bu şekillendirmede uluslararası toplumun değerlerinin ve gereksinimlerinin de dikkate alınması uluslararası hukuk kurallarının daha etkin olmasını sağlayacaktır. Bu etki uluslararası kamu düzeni kavramının içini doldurduğu ve üst otoriter bir niteliğe sahip olduğu genel kabul gören *jus cogens* normlarla sağlanacaktır. Dolayısıyla devletlerin uluslararası antlaşma yaparken bu antlaşmanın geçerliliği için uluslararası toplumun temel değerlerini de dikkate almaları gerekmektedir.

Uluslararası hukukta otoriter norm kavramı bir aktörü, yasal kişiliği veya değeri korurken ahlaki ve insancıl değerleri dikkate almaktadır. Bu doğrultuda devletlerden ziyade uluslararası toplumun çıkarlarını gözetmektedir. Otoriter normlar devletler bu doğrultuda karar aldıkları için değil doğaları gereği üstün oldukları için otoriterdirler ve normlar hiyerarşisinde öncelikli olarak yer alan normları nitelendirmektedirler. Aslında otoriter normların bu nitelikleri, normların hiyerarşik bir düzen içerisinde yer aldıklarının da bir göstergesidir. Bu hiyerarşik düzen, otoriter normlarla çatışan eylemlerin ve antlaşmaların geçersiz olduğunu vurgulayarak normlar arasındaki ilişkinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Bu bağlamda normlar hiyerarşisi, kamu düzenini şekillendiren *jus cogens* normların bu düzen içerisinde nerede yer aldığını kavramamıza yardımcı olmaktadır. Bu

hıyerarşik değerlendirmede, kavramsal olarak tanımlanması oldukça zor zamana mekâna ve yere göre değişiklikler gösteren ve daha çok toplumsal bir kural rolü taşıyan kamu düzeni kavramı *jus cogens* normlar ile özdeşleşmektedir. Bu normların toplumsal olguların, politikanın, ahlakın ya da sosyolojinin etkilerinin de dikkate alınmasıyla en üst seviyede yer aldıkları uluslararası toplum tarafından kabul edilmektedir.

Uluslararası toplum tarafından kabul gören ve VAHS ile somut bir nitelik kazanan *jus cogens* normlar, otoriter, mutlak bağlayıcı ve uluslararası toplumun temel değerlerini temsil eden normlar olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirme uluslararası sistemde yer alan devletlerin çıkarlarının ötesinde yer alan uluslararası toplumun çıkarları algısını geliştirecektir. Dolayısıyla *jus cogens* normların özünde, uluslararası toplumun öncelikli çıkarlarının korunması ve bunun devletler tarafından kabul edilmesi bulunmaktadır. Ancak bu çıkar algısının kabul edilmesinde uluslararası sistemin güç dengelerinin de uluslararası toplumu şekillendirecek ve kendi çıkarları doğrultusunda onları yönlendirecek küresel bir güce sahip oldukları da göz önünde bulundurulmalıdır.

Jus cogens normların uluslararası hukukun emredici ve otoriter normları olarak nitelendirilmesi bu normlara aykırı antlaşmaların geçersiz ve bu normların devletler üzerinde bağlayıcı olması VAHS 53. Maddede düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerde *jus cogens* normların belirlenmesinde kesin ölçütlerin yer almaması, bu normların hukuksal nitelikten yoksun teorik boyutta ele alınmasına neden olmaktadır. Yine de genel kabul gören uygulamalara göre, uluslararası hukukta herhangi bir antlaşma veya uygulama hiyerarşide en üstte bulunan *jus cogens* normlara aykırı olmamakta ve herhangi bir ihtilaf durumunda *jus cogens* normlar uygulanmaktadır. Dolayısıyla hiyerarşik olarak üstte bulunan norm, dokunulmazlığa ilişkin normla çeliştiğinde öncelikli olarak uygulanmaktadır. Örneğin savaş suçları, soykırım veya insanlığa karşı suçlar, yargı dokunulmazlığına ilişkin düzenlemelerde hiyerarşik olarak ilk sırada yer almaktadırlar.

VAHS'nin *jus cogens* normların hukuki çerçevesini sınırlandırmaması, bu normların uluslararası sistemin küresel güçleri tarafından yönlendirilebileceği ve kendi çıkarları doğrultusunda kullanılabileceği endişesini ortaya çıkarmaktadır. Örneğin ABD'nin hegemonik başatlığının uluslararası sistemdeki aktörler üzerindeki etkisi

dikkate alındığında, özellikle BM Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası toplumun temel çıkarlarını ne kadar dikkate aldığı uluslararası hukuka riayetini sağlanıp sağlanmadığı ve antlaşma hükümlerinin *jus cogens* normlarla uyumlu olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir. Bu nedenle *jus cogens* normların uluslararası sistemdeki algısı bu normların uluslararası hukuk içerisindeki yapılanmasına da katkı sağlayacaktır. Dolayısıyla bu normların temel argümanlarının uluslararası sistemin gerçekleriyle örtüşmesi gerekmektedir.

BM'in ilkeleri ve amaçları dikkate alındığında, uluslararası hukukun otoriter normları ile önemli oranda uyumlu bir antlaşma metnine sahip olduğu görülmektedir. BM Şartnamesinde kuvvet kullanmama ilkesi, self-determinasyon ve insan hakları gibi *jus cogens* normlar niteliğinde kabul edilen normlara yer verilmiştir. Bu normlara aykırı eylemlerin uygulanmamasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Örneğin, *jus cogens* norm niteliği en çok benimsenen kuvvet kullanımının yasaklanması ilkesi, Madde 2(4)'te düzenlenmiştir. Konseyin eylemleri ile meşru müdafaa hakkını anlatan 51. Madde ile de bu yasağın istisnaları belirtilmiştir. Benzer şekilde Şartnamenin önsözü ve 1. Maddesi self-determinasyon ilkesinin örgütün ilkeleri ve amaçları içerisinde yer aldığını ve insan hakları ilkelerinin de Şartnamenin bir parçası olduğuna yer vermektedir.

BM Şartnamesinin *jus cogens* normlarla uyumlu olmasına rağmen, BM Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu kararlar *jus cogens* normların açıkça ihlal edilmesine zemin hazırlayabilmektedir. Konseyin *jus cogens* aykırı eylemlerini yansıtan ya da bu şekilde yorumlanan kararları, küresel güçlerin etkisiyle belirli bir eylemin geçerli kılınmasına veya onaylanmasına veya bazı eylemlere boyun eğilmesine neden olmaktadır. Böylece bu normlara aykırı eylemleri geçerli kılmanın yasal olabileceği koşullar oluşabilmektedir. Ancak bilindiği gibi *jus cogens* aykırı hiçbir eylem rıza, boyun eğme veya tanıma yoluyla meşrulaştırılamamaktadır.

Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu kararlar, *jus cogens* normlarla sınırlandırıldığı varsayılırsa, yasal standartlar ile kısıtlanmış bir Güvenlik Konseyi ortaya çıkacaktır. Bu durum uluslararası sistem tarafından daha çok politik gerekçeler ileri sürülerek hoş karşılanmayacaktır. Dolayısıyla *jus cogens*le çatışan Konsey

kararlarının uygulanması durumunda, uluslararası toplumun tepkisinin ne oranda etkili olacağı bilinmemektedir. Ancak *jus cogens* normların özellikle uluslararası toplumun düzenini koruma ve toplumun haklarının gasp edilmesini engelleme amacı dikkate alındığında, bu kararların hukuki boyutu bir yana ahlaki ve insancıl değerleri taşıyıp taşımadığının sorgulanması gerekmektedir. Dolayısıyla uluslararası toplumun temel değerleri ile Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu kararların uygulanması ile ortaya çıkan sonuçların örtüşmesi son derece önemlidir.

Uygulamada *jus cogens* normları tanımlayan özel bir faktör olmayabilir ve bu yüzden köleliğin, işkencenin yasaklanmasının otoriter karakteri, bilgi özgürlüğünün veya denizlerin kirliliğinin yasaklanmasının otoriter karakterinden bağımsız olabilir. Dolayısıyla, *jus cogensi* niteleyen otoriter normların ayrıntılı bir kategorisinin olmaması, bu normların otoriter karakterinin benimsenmesine engel olmamaktadır. Örneğin uluslararası hukukta kuvvet kullanımına ilişkin, uluslararası toplumun barış ve güvenliğinin sağlanması için BM Şartnamesi ile belirli standartlar getirilmek istense de, büyük güçlerin siyasal çıkarları doğrultusunda bu standartların her zaman eğilip bükülmesi söz konusu olmuştur ve olmaya da devam edecektir. Ancak uluslararası toplumun değer yargılarının *jus cogens* aykırı kuvvet kullanımlarını kabul etmediği ve bu eylemleri toplum vicdanında sorguladığı da hatırlatılmalıdır.

Benzer şekilde, Antlaşmalar hukuku açısından self-determinasyon ilkesinin devletler üzerinde bir bağlayıcılığı olmadığı görülmektedir. Ancak, self-determinasyon ilkesi antlaşmalardan farklı olarak, devletlerin hukuki bir yükümlülük bilinci içerisinde kabul ettikleri örf ve adet hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle self-determinasyon ilkesinin, uluslararası yapılageliş kuralları içerisinde yer aldığı ve uluslararası toplumun inancında devletler üzerinde bağlayıcı bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. İnsan hakları kapsamında, kişisel özgürlük, adli yargılanma, dava açma, özel yaşam ve aile hayatı, din ve ifade özgürlüğü gibi haklar, devletlerin çıkarlarının arkasında toplumun çıkarlarını korumaktadır. Bu nedenle *jus cogens* normlar niteliğinde algılanmalı ve kabul görmelidirler.

Kısacası, uluslararası toplum her toplumda olduğu gibi öncelikli korunması gereken temel değerlere sahiptir. Bu değerlerin korunması uluslararası hukukun sıradan

normlarından farklı olarak, otoriter ve üst niteliklere sahip *jus cogens* normlarla sağlanmaktadır. Uluslararası toplum nazarında bu normların varlığının kabul edilmesinde, devlet egemenliğinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkan devletlerin sözleşme yapma yetkisinin sınırlandırılması önemli bir rol oynamaktadır. Burada devletlerin özgürlüğü sınırsız bir nitelik olmaktan ziyade toplumun temel değerleri ve çıkarları ile çevrenmektedir. Dolayısıyla, hem ulusal hem de uluslararası hukuk düzenlerinde toplumun temel değerleri ve buna bağlı çıkarları bireylerin ya da tek tek devletlerin çıkarlarından daha üstün daha öncelikli olduğu kabul edilmeli ve temel değerlerin *jus cogens* normlar kapsamında uygulanmasının yolu açılmalıdır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

ACER, Yücel, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**, Ankara, Roma Yayınları, 2004.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali /Levent Köker, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2004.

_____ **Kent Devletinden İmparatorluğa**, 4. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2004.

_____ /KÖKER L., **Tanrı Devletinden Kral-Devlete**, Ankara, İmge Kitabevi, 2004.

ARAL, Berdal, **Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 1999.

_____ **Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2010.

ARAL, Vecdi, **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Doçentlik Tezi), 1978.

AYBAY, Aydın/Rona Aybay, **Hukuka Giriş**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007.

_____ /DARDOĞAN, E., **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

AYDIN, Devrim, **Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi**, Ankara, Kapasite Geliştirme Derneği, 2006.

BACIK, Gökhan, **Modern Uluslararası Sistem, Köken, Genişleme, Nedensellik**, 1. Baskı, İstanbul, Kaknüs Yayınları, 2007.

BIRNIE, Patricia Alan E. Boyle, **International Law and the Environment**, Oxford, Oxford University Press, 2002.

BODIN, Jean, **On Sovereignty: Four Chapters From Six Books Of The Commonwealth**, Ed. and Translated by Julian H. Franklin, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

BOZKURT, Enver, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı**, Ankara, Asil Yayın, 2007.

_____/DEMİREL H., **Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği Kapsamında Kıbrıs Sorunu**, Ankara, Nobel Yayın, 2004.

_____**Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, 4. Baskı, Ankara, Asil Yayınları, 2007.

_____**Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Ankara, Asil Yayınevi, 2006, s. 27-32.

_____/KÜTÜKÇÜ M. Akif /Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

BROWNLIE, Ian, **Principles of Public International Law**, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio, **Self-Determination of Peoples**, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

CHESHIRE, Geoffrey Chevalier, **Private International Law**, 7 th ed., London, Butterworths, 1965.

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, Ankara, Platin, 2006.

ÇELİK, Edip F., **Milletlerarası Hukuk**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.

ÇELİKEL, Aysel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1997.

DAYINLARLI, Kemal, **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Ankara, Dayınarlı Hukuk Yayınları, 1994.

DETTTER, Ingrid, **International Legal Order**, Brookfield USA, Dartmouth Publishing Company Limited, 1994.

DICEY, Morris, **Conflict of Laws**, 8. ed., London, Stevens and Sons Limited, 1967.

DINSTEIN, Yoram, **War, Aggression and Self-Defence**, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

DOKMECIYAN, Hrair, **Arap Dünyasında Köktencilik**, Çev. Muhammed Karahanoğlu, İstanbul, İlke Yayınları, 1992.

DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Ankara, Yetkin Yayınları, 1995.

DUGARD, John, **Recognition and the United Nations**, Cambridge, University of Cambridge Research Centre for International Law, 1987.

DUNANT, J. Henry, **Solferino Hatırası**, Çev., Nermin Arpacıoğlu, Ankara, Türkiye Kızılay Derneği, 2007.

ESPOSITO, John L., **İslam Tehdidi Efsanesi**, Çev., Ö. Baldık, A. Köse, T. Küçükcan, İstanbul, Ufuk Kitapları, 2002.

FAWCETT, J.J./J.M. Carruthers; Consultant Ed, Sir Peter North, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, 14th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

GÖKYAYLA, Cemile Demir, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2001.

GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2006.

GRAVESON, Ronald Harry, **The Conflict of Laws: Private International Law**, 7 th ed., London, Sweet & Maxwell, 1974.

GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler-Örnek Kararlar**, İstanbul, Beta, 2003.

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 8. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2009.

HALL, William Edward, **A Treatise on International Law**, 8.Ed., Oxford, Clarendon Press, 1924.

HANNIKAINEN, Lauri, **Peremptory Norms in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status**, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988, p. 30.

HART, Herbert Lionel Adolphus, **The Concept of Law**, (with a postscript) Edited by Penelope Bulloch, Joseph Raz, Oxford, Oxford University Press, 1997.

HENKIN, Louis, **International Law: Politics and Values**, London, Martinus Nijhoff Publishes, 1995.

HILLIER, Tim, **Sourcebook On Public International Law**, London, Cavendish Publishing Limited, 1998.

HIRŞ, Ernest, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Çev., Selçuk Baran Veziroğlu, Ankara, Banka ve Ticaret Kurulu Araştırma Enstitüsü, 2001.

İŞIKTAÇ, Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

_____ **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, 2. Baskı,

İstanbul, Alkım Yayınevi, 1997.

KAYA, İbrahim, **Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk**, Ankara, USAK, 2005.

KELSEN, Hans, **What is Justice?: Justice, Law and Politics in The Mirror of Science**, New Jersey Lawbook Exchange, 2000.

KENAR, Nesrin, **Bir Dönemin Perde Arkası Yugoslavya: Yugoslavya Sorununun Ulusal ve Uluslararası Boyutu**, Ankara, Palme Yayıncılık, 2005.

KESKİN, Funda, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları No: 20, Ankara, 1998.

KOCASAKAL, Hatice Özdemir, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi No. 116668, (Doktora tezi) 2001.

LANE, Edward William, **Arabic-English Lexicon**, Williams and Norgate, London/England, 1893, vol. 4, p. 1413, <http://en.wikipedia.org-Islam-Wikipedia>.

MCNAIR, Arnold, **The Law of Treaties**, Oxford, Clarendon Press, 1961.

MERON, Theodor, **Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law**, Oxford, Clarendon Press, 1989.

_____ **Human Rights in Internal Strife: Their International protection**, Cambridge, University of Cambridge Research Centre for International Law, 1987.

_____ **Human Rights Law-Making in the United Nations**, Oxford, Clarendon Press, 1986.

NOMER, Ergin,/Cemal Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku, Genel Prensipler-Uygulama- Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

ORAKHELASHVİLİ, Alexander, **Peremptory Norms in International Law**, New York, Oxford University Press, 2006.

ÖKÇÜN, Gündüz, **Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu, 1997.

ÖKTEM, Emre, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İstanbul, Derin Yayınları, 2007.

ÖZMAN, Aydoğın, **Deniz Hukuku I**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2006.

PAUWELYN, Joost, **Conflict of Norms in Public International Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap**, 10. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

RAGAZZI, Maurizio, **The Concept of the International Obligations Erga Omnes**, Oxford, Clarendon Press, 1997.

ROZAKİS, Christos L., **The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties**, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1976.

SANDER, Oral, **Siyasi Tarih 1918-1994**, 8. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2000.

SHAW, Malcolm N., **International Law**, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1991.

SUR, Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2006.

TAŞDEMİR, Fatma, **Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi**, Ankara, USAK, 2006.

TEKİNSOY, Özge Okay, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

TESON, Fernando R., **A Philosophy of International Law**, Colorado, Westview Press, 1998.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, 2. Baskı, İstanbul, Derin Yayınları, 2010.

ULUOCAK, Nihal, **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971.

WALTZ, Kenneth N., **İnsan Devlet ve Savaş, Teorik Bir Analiz**, 1. Baskı, Çev. Enver Bozkurt/Selim Kanat/Serhan Yalçın, Ankara, Asil Yayın, 2009.

MAKALELER

ABI-SAAB, Georges Michel, “The Concept of International Crime and Its Place in Contemporary International Law”, Joseph Weiler/Antonio Cassese/ Marina Spinedi (Ed.), *International Crimes of State: A Critical Analysis of Article 19 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility*, Berlin, European University Institute, 1989.

_____ “The Concept of Jus Cogens in International Law”, *Carnegie Endowment for International Peace*, Geneva, Vol. II, 1967.

Addendum 1, A/CN.4/558/Add.1,

http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_558_add2.pdf.

AKSAR, Yusuf, “Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) Ve Uluslararası Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S. 4, Ankara 2003, s. 138.

AKYEŞİLMEN, Nezir, “İsrail ve İşgal Edilmiş Topraklar: Güvenliğin Gölgesinde İnsan Hakları”, *Ortadoğu Analiz*, Ocak’11 Cilt 3 - Sayı 25.

ANGELET, Nicolas, “Protest Against Security Council Decisions”, Ed.Karel Wellens/Eric Suy, **International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy**, The Hague, Kluwer Law International, 1998.

ARAL, Berdal, “Soğuk Savaş Sonrasında ‘Siyasallaşan’ Uluslararası Hukuk ve Başlıca Mağdurları”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Vol. 53, No. 1, Mar. 1998.

ARI, Tayyar, “Türk- Amerikan İlişkileri: Sistemdeki Değişim Sorunu mu?”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 4, No:13, 2007.

ARSAVA, Füsün, “BM Güvenlik Konseyi’nin İnsan Haklarını Koruma Rolü ve Güvenlik Konseyi’nin Yetkilerinin Dayanağı ve Sınırları”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 4, No. 13, 2007.

AYHAN, Halis, “Arnavut ve Sırp Savları Bağlamında Kosova’nın Sahipliği Sorunu”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 23/2010.

BAŞLAR, Kemal, “Uluslararası Çevre Hukuku ve Dünya Çevre Zirvesi”, <http://www.ekolojidergisi.com.tr/resimler/3-2.pdf>.

BİRDİŞLİ, Fikret, “Birleşmiş Milletler (BM)’in Uluslararası Sorunları Önleyebilme Yeteneği”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi/ The Journal of International Social Research* Vol.3 / 11, 2010.

BOURGON, Stephane, “The Impact of Terrorism on the Principle of “Non-Refoulement” of Refugees: The Suresh Case before the Supreme Court of Canada”, *Journal of International Criminal Justice*, 2003,1(1)<http://www.jicj.oxfordjournals.org/content/1/1/169.citation>.

BOWETT, Derek, “The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures”, *The European Journal of International Law* Vol. 5, 1994.

BRICHAMBAUT, Marc Perrin de, “The Role of the United Nations Security Council in the International Legal System”, **The Role Of Law In International Politics**, Michael Byers (Ed.), Oxford, Oxford University Press, 2001.

BYERS, Michael, “The Law and Politics of the Pinochet Case”, *Duke Journal Of Comparative & International Law* 2000, www.law.duke.edu/journals/djcil/downloads/djcil10p415.pdf.

CRAWFORD, James, Third Report on State Responsibility, A/CN.4/507/Add.1, p. 38. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_507_add1.pdf.

DAĞI, İhsan D., “İnsan Hakları ve Uluslararası Sistem”, *Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu*, Bursa 10-12 Aralık 2004.

DENK, Erdem, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.56, No.2, 2001.

DOĞAN, İlyas, “Siyasal Bir İlke Olarak Halkların Kendi Geleceğini Belirleme İlkesine Devletler Hukuku Açısından Bakış”, 2006.

DOĞAN, Nejat, “Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı ve New Haven Ekolü: Eleştirel Bir Giriş”, *CÜ İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2006.

ELARABY, Separate Opinion, Construction of A Wall para.3.1., <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1689.pdf>.

ELIAS, Olawale, “Problems concerning the Validity of Treaties”, *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, No. 134, 1972.

EMİNİ, M. Emin, “Hak Kavramı”,

http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/makaleler/M.EM%C4%B0N%20EM%C4%B0N%C4%B0/203216.pdf, s. 204.

ERDOĞAN, Gülnur, “Çevre Politikalarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi ve Çevre Sorunları”,

<http://www.gulnurerdogan.av.tr/tr/uploads/cevreson.pdf>.

FIRAT, Melek, “Soğuk Savaş Sonrasında Fransa’nın Dış Politikası”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 64-1,

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/937/11671.pdf>, s. 117.

FITZMAURICE Gerald, “The General Principles of International Law Considered From the Standpoint of the Rule of Law”, *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, No. 92, 1968.

_____ “The Law and Procedure of the International Court of Justice”, 34 BYIL (1958)-1959, pp. 223-224’den Aktaran Hugh Thirlway, **Court Of Justice 1960-1989**, <http://bybil.oxfordjournals.org/01-Bybil-76-Chap01.qxd> 11/25/06.

_____ Fourth Report on the Law of Treaties, IYbILC 1959, A/CN.4/120, p. 46., http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_120.pdf,

_____ Second Report on the Law of Treaties, IYbILC 1957, A/CN.4/107, p. 53. http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_107.pdf.

_____ “Judicial Innovation: Its Uses and Its Perils”, **Cambridge Essays in International Law; Essays in honour of Lord McNair**, London 1965.

_____ “Third Report on the Law of Treaties”, *Yearbook of the International Law Commission II* (IYbILC) 1958, A/CN.4/115 and Corr.1, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_115_corr1.pdf.

GARFIELD, Richard, **Morbidity and Mortality Among Iraqi Children from 1990 Through 1998: Assessing the Impact of the Gulf War and Economic Sanctions**,

CASI Internet version: July 1999, <http://www.casi.org.uk/info/garfield/dr-garfield.html>.

GOWLLAND-DEBBAS, Vera, “The Functions of the United Nations Security Council in the International legal System” **The Role Of Law In International Politics**, Michael Byers (Ed.), Oxford, Oxford University Press, 2001.

GÜNEŞ, Şule A., “Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S.59-4.

_____ “Gabcikovo-Nagymaros Davası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55 Sayı 2, 2006.

GÜNGÖR, Uğur, “Günümüzde Barış Operasyonları”, *Stratejik Araştırmalar Enstitüsü Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Harp Akademileri Basım Evi, Yıl 4, Sayı 8, Aralık 2008.

HIGGINS, Rosalyn, “Derogations under Human Rights Treaties”, *BYIL*, 1976-77, p. 282.’den Aktaran Michael Byers, “Decisions Of British Courts During 1996 Involving Questions of Public or Private International Law”, *British Year Book of International Law*, Vol. 67 (1), 1997.

HIRŞ, Ernest, “Kant’ın Ebedi Barış Üzerindeki Felsefî Denemesi”
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1946-03-02-03-04/AUHF-1946-03-02-03-04-Hirs.pdf>. s. 269.
<http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9735.pdf>.

KANT, Immanuel, “Perpetual Peace: A Philosophical Sketch”, **Kant: Political Writings**, Hans Reis (Ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

KARABULUT, Bilal, “Uluslararası Yaptırımların Hukuksal Bir Analizi”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 3, Sayı 12, 2007.

KARAKOÇ, İrem, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.1, 2006.

KESKİN, Funda, “Silahlı Çatışmalar Hukukunun BM. Kuvvetlerine Uygulanması”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/480/5586.pdf>.

KILIÇ, Selim, “Uluslararası Çevre Hukukunun Gelişimi Üzerine Bir İnceleme”, *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, <http://eskiweb.cumhuriyet.edu.tr/edergi/makale/123.pdf>.

KOCHLER, Hans, “Kamp van Zeist, Hollanda’daki Özel İskoç Mahkemesi Tarafından Yürütülen Lockerbie Davası Üzerine Rapor ve Değerlendirme” Erdem Denk/Funda Keskin (Çev.), Santiago, Şili, 3 Şubat 2001/P/HK/17032.

KURUBAŞ, Erol, “Kuzey Irak’ta Olası Bir Ayrılmanın Meşruluğu ve Self-Determinasyon Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 59-3, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/455/5142.pdf>

KÜTÜKÇÜ, M. Akif, “Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri”, http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/makaleler%5CM.Akif%20K%C3%9CT%C3%9CK%C3%87%C3%9C%5C259-276.pdf .

LAUTERPACHT, Seperate Opinion 1993, <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7323.pdf>.

LEWIS, Bernard, “Islamic Revolution”, *The New York Review of Books*, Vol. 34, No. 21 & 22, 1988, <http://www.nybooks.com>.

LINDERFALK, Ulf, “The Effect of Jus cogens Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 18, No.5, 2007.

MCGRATH, Rae, “Hidden Death Land Mines and Civilian Casualties In Iraqi Kurdistan”, *Middle East Watch A Division of Human Rights Watch*, 1992,

<http://www.hrw.org/legacy/reports/1992/iraq>.

MCNAIR, Sir Arnold Separate Opinion, 1950, <http://www.icj-cij.org/docket/files/10/1895.pdf?PHPSESSID=ecf99699f4367a4f660d64e72da9fdc3>

MONBIOT, George, “One rule for them Five PoWs are mistreated in Iraq and the US cries foul. What about Guantanamo Bay?” *The Guardian*, Tuesday 25 March 2003, <http://www.guardian.co.uk/world/2003/mar/25/usa.comment>.

NIETO-NAVIA, Rafael, “International Peremptory Norms (jus cogens) and International Humanitarian law”, www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf, p.3.

OPPENHEIM, Lassa, “International Law”, Longmans London, Vol.1, 1905, p. 528’den aktaran, M. Byers, “Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, 1997.

ORAKHELASHVILI, Alexander, “The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation?”, *International Law and Justice Colloquium*, New York University, 26 February 2007, <http://www.iilj.org/courses/documents/Orakhelashvili.pdf>.

ÖĞÜTÇÜ, Muhlis, “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar”, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/ogutcu19.pdf>, s. 558.

ÖNDÜL, Hüsnü, “İnsancıl Hukuka Giriş”, <http://www.ihd.org.tr/makaleler/Hüsnü>

ÖZKOÇ, Özge, “Savaş ve Barış: Doksanlı Yıllarda Filistin-İsrail Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/998/12147.pdf>.

PELLET, Alain, “The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol.12, 1992. <http://alainpellet.fr/Documents/PELLET%20-%201992%20-%20The%20normative%20dilemma.pdf>

_____ Second Report on Reservations to Treaties, A/CN.4/477/Add.1, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_477.pdf.

_____ Tenth Report on Reservations to Treaties, Addendum 1, A/CN.4/558/Add.1,7,12,13.

RIESENFELD, Stefan A., “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law: In the Light of a Recent Decision of the German Supreme Constitutional Court”, *The American Journal of International Law*, Vol. 60, No. 3, 1966.<http://www.jstor.org/stable/2197235>.

RIPHAGEN, Third Report, YbILC II-1982, Part One, 43, para.35.

RONEN, Yael, “Status of Settlers Implanted by Illegal Territorial Regimes”, <http://bybil.oxfordjournals.org/pdf>.

SAYDAM, Mehmet, “ABD’nin Uluslararası Hukuk Çıkmazı: Afganistan Müdahalesi”, *Ortadoğu Analiz*, Cilt 2 - Sayı 19-20, Temmuz-Ağustos 2010.

SCHWARZENBERGER, Georg, “The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des Cours*, Brill Academic Publisher, No. 87, 1968.

_____ “International Jus Cogens”, *Texas Law Review* 43, 1965’dan Aktaran Alfred Vedross, “Jus Dispositivum and Jus Cogens In International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 60, No.1, 1966, p. 58. <http://www.jstor.org/stable/2196718>.

_____ “The Problem of International Public Policy”, *Current Legal Problem, 1965–1968*, London, Vol. 18–21.

SCHWELB, Egon, “Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated By The

International Law Commission”, *The American Journal of International Law*, Vol. 61, No. 4, October 1967, p. 960. <http://www.jstor.org/stable/2197345>, 16/03/2009.

SIMMA, Bruno, “From Bilateralism to Community Interest”, *Recueil des Cours*, Hague Academy of International law, No. 250, 1997.

_____ “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law”, www.ejil.oxfordjournals.org.

_____ Separate Opinion, Oil Platforms, para. 9,

SKUBISZEWSKI, Dissenting Opinion 1995, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=430&code=pa&p1=3&p2=3&case=84&k=66&p3=5>.

SPIERMANN, Ole, “Judge Max Huber at the Permanent Court of International Justice”, *The European Journal of International Law* Vol. 18 No. 1, 2007.

ŞAHİN, Adil, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59 (4) 2010.

ŞEN, Fatih, “Çin’in Sincan-Doğu Türkistan Sorunu: Dünü, Bugünü, Geleceği”, *Ortadoğu Analiz*, Temmuz-Ağustos’09 Cilt 1 - Sayı 7-8.
http://www.orsam.org.tr/tr/trUploads/Yazilar/Dosyalar/2009730_fatihsen99p.p.f

THIRLWAY, Hugh, “The Law and Procedure of the International Court of Justice”, Part Two, *British Yearbook of International Law*, Vol. 61, 1990.

TOLUNER, Sevin, “Nikaragua’ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davasındaki Yargı ve Meşru Müdafaa Hakkı”, **Mahmut R. Belik’e Armağan**, İstanbul 1993.

TOMUSCHAT, Christian, “Obligations Arising for States without or against Their Will”, *Recueil des Cours*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, C.4, No. 241, 1994.

UZ, Abdullah, “Teori ve Uygulamada Self-Determinasyon Hakkı”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C.3, S.9, 2007.

VEDROSS, Alfred, “Jus Dispositivum and Jus Cogens In International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 60, No.1, 1966.
<http://www.jstor.org/stable/2196718>.

_____ “Forbidden Treaties in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 31, No.4,1937.<http://www.jstor.org/stable/2190670>.

VERHOEVEN, Joe, “Jus Cogens and Reservations or ‘Counter-reservations’ to the Jurisdiction of the International Court of Justice”, Karel Wellens (ed.) *International Law: Theory and Practice: Essays in Honor of Eric Suy*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

WALDOCK, Humphrey, Second Report on the Law of Treaties, IYbILC 1963, A/CN.4/156 and Add.1–3,
[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf).

WEIL, Prosper, “Towards Relative Normativity In International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol. 77 Issue 3, July 1983.

YAPICI, Merve, “Bosna Hersek'te Gerçekleştirilen Askeri Müdahalenin Uluslararası Hukuktaki Yeri”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi (UHP)*, Cilt: 2, Sayı: 8, Ankara 2007.

DIĞER KAYNAKLAR

Agenda21, <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/agenda21toc>.

Asylum (Colombia /Peru), ICJ Reports 1950,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1849.pdf>.

Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America),
<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6457.pdf>.

Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America),
<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6457.pdf>.

Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America),
<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6457.pdf>.

Case Concerning Oil Platforms, (Islamic Republic of Iran v. United States of America),
Summary of the Judgment of 6 November 2003.

Case Concerning Right of Passage Over Indian Territory (Portugal v. India),
<http://www.icj-cij.org/docket/files/32/4521.pdf>.

Case Concerning The Application of The Convention of 1902 Governing The Guardianship of Infant (Netherlands v. Sweden),
<http://www.icj-cij.org/docket/files/33/2263.pdf>.

Case Concerning The Application of The Convention of 1902 Governing The Guardianship of Infant (Netherlands v. Sweden),
<http://www.icj-cij.org/docket/files/33/2263.pdf>.

Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium/Spain),
<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.

Case Concerning the Barselona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium/Spain),

<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.

Commentary to the First Geneva Convention of 1949, Published under the general editorship of Jean S. Pictet, Geneva, International Committee of the Red Cross, 2006.

Convention of Climate Change,

http://unfccc.int/essential_background/convention/background/items/1349.php.

Convention on Biological Diversity,

<http://www.biodiv.org/convention/convention.shtml>.

Dissenting opinion of Judge Sir Robert Jennings,

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=452&p1=3&p2=3&k=9c&p3=5&case=89&PHPSESSID=497175e91caa44915e56ad03a6fc558e>

East Timor (Portugal v. Australia), Counter-Memorial of The Government of Australia,

<http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6837.pdf>.

Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), p.633,

Frundzija, IT-95-17/1-T, para.139, <http://www.icty.org/x/cases/frundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

General Assembly, Thirty Fourth Session, Question Of Southern Rhodesia,

A/RES/34/192, 18 December 1979,

<http://www.un.org/documents/ga/res/34/a34res192.pdf>.

General Comment 24(52), 1994.

House of Lords, Opinions of The Lords of Appeal For Judgment in The Cause in Re Pinochet,

<http://www.parliament.the-stationeryoffice.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd99011>

House of Lords, Pinochet,

<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd9901>

Human Rights Committee, General Comment 24 (52), Reservations to the ICCPR U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994), para.17.<http://www.ijl.org/courses/documents/HRCGeneralComment.pdf>.

Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

Human Rights Watch, (HRW) Israel/Occupied Palestinian Territories, Country Summary–2010, <http://www.hrw.org/en/node/87711>.

II YbILC 1953, Lauterpacht, Report on the Law of Treaties, A/CN.4/63, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1953_v2](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1953_v2)

II YbILC 1954, Reports on the Law of Treaties [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1954_v2](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1954_v2)

II YbILC 1958, Law of Treaties Document A/CN.4/115, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2)

II YbILC 1963, Second Report on the Law of Treaties A/CN.4/156 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2)

II YbILC 1964, Law of Treaties Document A/CN.4/167 and Add.1-3, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1964_v2](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1964_v2)

II YbILC 1966, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966_v2](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_v2)

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, *Frunzija*, IT-95-17/1-T, para.138,
<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

İnsan Hakları Ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi,
www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/TUR_Conven.pdf (31.08.2009).

Joint Separate Opinion, Arrest Warrant,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>.

Judgment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the case of *Delalic*, 452–453, 459, <http://www.un.org/icty/celebici/jugement/part3.htm>,

Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion, OC-18/03 of September 17, 2003, Requested By The United Mexican States,
<http://www.unhcr.org/4bfb8e2c9.html>.

Kunarac,
<http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/cnn/docs/icty/kunarcjdgmnt22201.pdf>

North Sea Continental Shelf Cases,
<http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5537.pdf>.

Parliamentary Assembly, Lawfulness of detentions by the United States in Guantanamo Bay, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc05/EDOC10497.htm>.

Permanent Court of International Justice Case of the S.S. “Wimbledon”, United Kingdom, France, Italy & Japan v. Germany,
http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm.

Tehran,

<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/9544.pdf?PHPSESSID=a9514a62425599>

Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare. Geneva, 17 June 1925, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/280?OpenDocument>.

Report of the World Commission on Environment and Development, A/RES/42/187, <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Advisory Opinion of 28 May 1951, <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4285.pdf>.

Resolution 83(1950), Republic of Korea, S/1511, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/064/96/IMG/NR>

Separate Opinion of Judge Moreno-Quintana, Judgment of 28 November 1958, <http://www.icj-cij.org/docket/files/33/2271.pdf?PHPSESSID=50a72c2fe53e22>

Siderman de Blake v. Republic of Argentina, Court of Appeals (9th Circuit), 22 May 1992, <http://www.icrc.org/IHLNAT.NSF/39a82e2ca42b52974125673e00508144/7524>

Soering v. The United Kingdom, 1/1989/161/217, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 July 1989, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6fec.html>.

The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company ('Kuwait v Aminoil'), http://www.biicl.org/files/3938_1982_kuwait_v_aminoil.pdf.

The Penguin Dictionary of International Relations 1. Baskı, Graham Evans/Jeffery Newnhan, Çev. Ahsen Utku, Gökkuşbu, İstanbul 2007.

Trail Smelter Case,
http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf.

Trajano v Marcos,
<http://openjurist.org/978/f2d/493/estate-of-ferdinand-marcos-human-rights-litigation-trajano-v-e-marcos>

Treaty relating to the Use of Submarines and Noxious Gases in Warfare. Washington, 6 February 1922, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/270?OpenDocument>.

U.N. Doc. S/RES/688(1991),
<http://daccess-dds-ny.un.org>.

UN Human Rights Commission Resolution 1997/4, 1998/4,2003/3.

UN Resolution 1244(1999), Adopted by the Security Council at its 4011th meeting, S/RES/1244(1999)on 10 June 1999.
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/172/89/PDF/N991>

UN Resolution 1456(2003), Adopted by the Security Council at its 4688th meeting, S/RES/1456 (2003)on 20 January 2003.
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/216/05/PDF/N>

UN Resolution 242(1967), Adopted by the Security Council at its 1382thmeeting, S/8226, on 22 Nov.1967.

UN S/RES/1203 (1998), Resolution 1203 (1998), Adopted by the Security Council at its 3937th meeting, on 24 October 1998, <http://www.un.org/peace/kosovo/98sc1203.htm>.

UN Security Council Resolution 1483 (2003) Adopted by the Security Council at its 4761st meeting, S/RES/1483 (2003),

United Nations Conference on the Law of Treaties First Session Vienna, 26 March-24 May 1968, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole,

<http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/docs/>

United Nations Conference On The Law Of Treaties, Second Session, Vienna, 9 April-22 May 1969, Official Records, A/CONF.39/11/Add. 1, p. 166,

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 22 Mayıs 1969, Kısım V, Madde. 53.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 22 Mayıs 1969, BM Enformasyon Merkezi UNIC-Ankara,

<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlaşmalar%20Hukuku%2069.pdf>.

Xuncax v Gramajo,

<http://ccrjustice.org/ourcases/past-cases/xuncax-v.-gramajo-and-ortiz-v.-gramajo>.

İNTERNET ADRESLERİ

http://avalon.law.yale.edu/20th_century/unchart.asp.

<http://daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/>

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/240/94/IMG/>

<http://daccess-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/>

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G70/058/20/PDF/G7>

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/368/53/PDF/N0>

<http://sedac.ciesin.org/entri/texts/rio.declaration.1992.html>.

<http://treaties.un.org/doc/source/events/2008/Publication/publication>

[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963)

[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1966](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966)

<http://www.icj-cij.org/docket/?sum=634&code=op&p1=3&p2=3&case=90>

<http://www.icj-cij.org/docket/files/5/11019.pdf?PHPSESSID>

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/TOPICS?OpenView>.

<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>

<http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/resources.pdf>

ÖZGEÇMİŞ

16 Şubat 1978’de Konya’da dünyaya gelen Demet Şefika Mangır, Konya Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü’nden 2000 yılında mezun oldu.

Yüksek Lisansını “Kafkasya’nın Güvenliği’nde Türkiye’nin Rolü” başlıklı tez ile S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalında tamamlayan Mangır, K.Ü. Sosyal Bilimleri Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalında Doktora eğitimi almıştır.

Doktora tez çalışmasını “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens (Buyruk) Kurallar” başlığı altında 2011 yılında savunmuştur. Çeşitli dergilerde makaleleri, ulusal ve uluslararası tebliğleri bulunan Mangır, SÜ İ.İ.B.F Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Görevlisi olarak görev yapmaktadır.