

# Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Varlığının ve Değişiminin Tespiti

## Determining the Existence and the Change of the Rules of Customary International Law

Hakkı Hakan Erkiner\* , Aybüke Tezel\*\* 

### Öz

Uluslararası teamül hukuku kurallarının nasıl tespit edileceği, uluslararası teamül hukukunun en karmaşık konularından biridir. Uluslararası teamül hukuku kurallarının yazısız hukuk kuralları olması, bu kuralların varlığının ve zaman içerisinde geçirdikleri değişimin tespitini önemli hâle getirmektedir. Ancak, uluslararası teamül hukuku kurallarının maksatlı bir kanun yapma sürecinin ürünü olmaması ve kendiliğinden gelişmesi bu kuralların tespitini zorlaştırmaktadır. Mevcut hukuk kurallarını araştıran uluslararası mahkeme kararları ve bu kararlara doktrinde yöneltilen eleştiriler, somut vakaları ele almaları sebebiyle, meselenin aydınlatılmasına önemli katkılar sunmaktadır. Uluslararası mahkeme kararları ve doktrin incelendiğinde, devletlerin uluslararası nitelikteki eylem ve işlemlerinin, iç hukuk işlemlerinin, uluslararası örgütlerin kararlarının, uluslararası andlaşmaların uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinde doğrudan başvurulabilecek araçlar olduğu, uluslararası mahkeme kararlarının ise söz konusu kuralların saptanmasında dolaylı bir rolü olduğu sonucuna varılmıştır. Metodoloji yönünden yapılan değerlendirme neticesinde ise, uluslararası teamül hukuku kurallarının, yalnızca tümevarım metodu ile değil, tümdengelim metodu kullanılarak da tespit edilebileceği düşünülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası teamül hukuku, Uluslararası örf ve âdet hukuku, Teamül, Örf ve âdet, Yapılageliş kuralları.

### ABSTRACT

Determining the rules of customary international law is one of the most controversial issues of public international law. The fact that the rules of customary international law are unwritten rules of law makes determination of the existence of these rules and the changes they have undergone over time important. The spontaneous and unwritten nature of these rules presents difficulty in determining their existence and the changes they have undergone over time. International courts' judgments ascertaining the rules of customary international law and the criticisms directed at these judgments in the doctrine contribute significantly to clarifying the issue, since they deal with concrete cases. When examining doctrine and international courts' judgments, it has been concluded that international acts of the governments, domestic legal act, resolutions of international organizations, and multilateral agreements can be used in determining such rules. As a result of the evaluation made in terms of methodology, it is thought that the rules of customary international law can be determined not only by the inductive method, but also by using the deductive method.

**Keywords:** Customary international law, rules of customary international law, custom, customary rules.

\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-0779-6414.

\*\* Yüksek Lisans, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, ORCID: 0000-0003-1060-2964.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Hakkı Hakan Erkiner

**E-posta/E-mail:** herkiner@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 19.09.2022

**Kabul Tarihi/Accepted:** 23.11.2022

## GİRİŞ

Egemenlerin, çeşitli sebeplerle sık sık temas etmesi neticesinde devletler arası ilişkileri düzenleyen kurallar meydana gelmiştir. Devletlerin uygulamalarından s z len bu kurallar, teamüli kuralları yaratmıŐ ve uluslararası normatif sistemin baŐlangıcını teşkil etmiştir<sup>1</sup>. Uluslararası hukukun aslı kaynaklarından biri olan uluslararası teamül hukuku (UTH) kuralları, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'n n 38. maddesinde “*hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül*” Őeklinde düzenlenmiştir.

Literatürde bu hukuk kurallarını ifade etmek için teamül, örf ve âdet, yalnızca âdet, yapılageliş kuralları olmak üzere çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Teamül kavramı sözlükte “*bir yerde öteden beri yapılagelmekte olan, âdet ve kanun hâline gelmiŐ olan mu mele*”<sup>2</sup> olarak açıklanmaktadır. Tanımda yer alan kanun tabiri, ‘toplumda, uyulması konusunda kanun gücünde etkiye sahip kuralları’ ifade etmektedir. Ancak bu kurallara uymamanın hukukî bir yaptırımını bulunmamaktadır. Dolayısıyla, teamül kavramı, hukuken bağlayıcılığı olmadığı hâlde, uyulması gerektiği konusunda g c l  bir ortak kanaatin olduğu kuralları da kapsamaktadır. Bu itibarla, ‘teamül’ ifadesi, yalnız başına kullanıldığında, team llerden kaynaklanan ve hukuken bağlayıcı nitelikte olan uluslararası hukuk kurallarını, hukuken bağlayıcı olmayan uluslararası nezâket kurallarından ayırmakta yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple, söz konusu ayırımın tereddüde yer veremeyecek Şekilde ortaya konulabilmesi ve bir kavram kargaŐası oluŐmasına imkân verilmemesi için, çalıŐmamızda hukuken bağlayıcılığı olan uluslararası teamül kurallarını tanımlamak için “uluslararası teamül hukuku (UTH) kuralı” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Uluslararası teamül hukuku, uluslararası hukukun aslı kaynaklarından biri olmasına ve uluslararası antlaşmalar ile beraber ya da antlaşmaların bulunmadığı alanlarda kendi başına devletler arası ilişkileri düzenleyerek, uluslararası hukuk düzenini sağlama noktasında önemli bir yer tutmaktadır<sup>3</sup>. Buna karşın, bu tür kuralların nasıl tespit edileceği hususundaki belirsizlikten dolayı, uluslararası hukukun en tartıŐmalı konularından biridir. Son yıllarda pek çok yazar bu konu üzerinde eėilmiŐ, çeşitli teoriler ortaya atılmış ve Uluslararası Adalet Divanı kararları bu ereve de analiz edilmiştir. Ancak, konu üzerindeki belirsizlikler hâlâ devam etmektedir. Bu belirsizliklerin giderilmesi için yapılan çalıŐmalara katkı sunabilmek amacıyla, makalemizde *UTH kurallarının varlığı ve deėiŐimini hangi araç ve yöntemler ile tespit edilebilir* sorusunun cevabı aranacaktır.

Bu bağlamda, ilk bölümde UTH kurallarının nasıl oluştuğu, bu kuralların bağlayıcılığına ilişkin görüşler ve kurucu unsurlar anlatılarak açıklanacaktır. İkinci bölümde, kuralları tespit ederken başvurulabilecek araçlar irdelenecektir. Aynı zamanda, mevcut bir kuralın kapsamında ve içeriğinde

1 Hakkı Hakan Erkiner, ‘Grotius  ncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki  ğreti’ (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 51, 83; ayrıca bkz. Hakkı Hakan Erkiner, ‘Uluslararası Hukukta Uluslararası Topluluk Kavramının BaŐlıca Görünümleri’ (2010) 16(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 77.

2 <<http://lugatim.com/s/team%C3%BCI>> (Erişim 16.07.2022).

3 Bkz. Saadet Kök Değerli, ‘Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Gelişiminde Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü’ (Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt  niversitesi 2020), 95-96.

gerçekleşen değişimlerin nasıl tespit edilebileceği araştırılacaktır. Son bölümde ise, tespit aşamasında kullanılabilir yöntemler ve kurucu unsurların nasıl araştırılacağı mütalaa edilecektir.

## I. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARININ OLUŞUMU

### A. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKUNUN TEMELİ

Uluslararası teamül hukuku kurallarının temeline ilişkin tartışmalar, kuralların nasıl bağlayıcılık kazandığı hususu üzerinde yapılmaktadır. Bu tartışmalar, temelde irâdeci ve objektivist görüşler etrafında toplanmaktadır<sup>4</sup>.

Irâdeci görüş, uluslararası teamül hukukunu öznelerin zımnî rızasına dayandırmaktadır. Grotius, devletler arası ilişkilerde, devletlere üstün bir otorite ve irâde bulunmadığı için uluslararası hukukun kaynağını devletlerin müşterek rızasına dayandırmıştır<sup>5</sup>. Wolfke, eşit olmaları nedeniyle, devletlerin yalnızca kendi egemen irâdeleriyle bağlanabileceklerini belirtmiştir. Bununla birlikte, bağlayıcı gücü sözleşmesel kurallarla aynı olan UTH kurallarının, devletlerin mefruz rızaları olmaksızın bağlayıcılık kazanacağını kabul etmenin, uluslararası hukukun güvenilirliğine zarar vereceğini ifade etmiştir<sup>6</sup>.

Objektivist yaklaşım uluslararası hukukun dayanağının her türlü irâdenin dışında olduğunu kabul etmektedir<sup>7</sup>. Bu görüşün savunucuları, UTH kurallarının kaynağını mantıksal veya sosyal bir zorunluluktan doğan sosyal olgulara dayandırmaktadır<sup>8</sup>. Kelly, UTH kurallarını “toplumun normatif açıdan gerekli olarak algıladığı sosyal olgular” olarak tanımlamıştır<sup>9</sup>.

Öktem, bu iki yaklaşımın, birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunu dile getirmiştir. Devletlerin irâdesi hem kuralın ortaya çıkması hem de içeriğinin şekillenmesi açısından önem arz etmektedir. Öte yandan, devletlerin irâdesinin kuralların oluşumunda yok sayılması, devletlerin egemen eşitliği ilkesi ve ısrarlı muhâlefet kavramı ile de çelişmektedir. Sonuç olarak, UTH kuralları, uluslararası hukuk öznelerinin uluslararası toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için ortaya çıkan davranış biçimlerinin hukuk kuralına dönüşmesi yönünde irâde göstermesi ile oluşur<sup>10</sup>.

### B. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARININ KURUCU UNSURLARI

Uluslararası teamül hukuku kuralları, genel uygulamadan hâsıl olan *maddî unsur* ve devletlerin kanaatini ifade eden *manevî unsur*dan oluşmaktadır. UTH kurallarının oluşması için iki kurucu

4 Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku* (Beta 2013) 22-23.

5 Hakkı Hakan Erkiner, ‘Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek ve Samuel Rachele İlişkin İnceleme ve Değerlendirme’ (2012) 18(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3, 69.

6 Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, (Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Wrocław 1964) 157-158.

7 Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap* (15. Bası, Turhan 2021) 14.

8 Öktem (n 4) 36.

9 J. Patrick Kelly, ‘The Twilight of Customary International Law’ (2000) 40(2) Virginia Journal of International Law 449, 477.

10 Öktem (n 4) 45-46.

unsurun varlığının gerekliliği, öğretide iki unsur doktrini olarak adlandırılmaktadır. Bu teoriye göre, devletlerin genel, istikrarlı ve yeknesak uygulamaları uluslararası teamül hukuku kurallarının maddî unsurunu, diğer bir ifâdeyle genel uygulamayı oluştururken, “*bu uygulamanın bir hukuk kuralı uyarınca – kuralın niteliğine göre – zorunlu, yasak ya da caiz olduğu yönünde devletlerin kanaati*”<sup>11</sup> manevî unsuru, yâni *opinio juris*’i teşkil etmektedir.

Doktrinde iki unsur yaklaşımını reddeden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, manevî unsuru UTH kurallarının tek kurucu unsur olarak kabul etmektedir ve devlet uygulamalarının yalnızca *opinio juris*’in kanıtı niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, şayet *opinio juris* açıkça tespit edilebiliyorsa, maddî unsurun önemi kalmamaktadır<sup>12</sup>. Ancak kurucu unsurlar, bunların birbirinin saptırıcı etkisini sınırlandırmaktadır. Manevî unsurun varlığı, maddî unsur temelinde araştırma yapılarak saptanırken, hangi devlet uygulamalarının UTH kuralı yaratmaya muktedir olduğunu tespit edebilmek için manevî unsura başvurulur. Dolayısıyla, bunların birbirinden bağımsız olduğu kabul edilemez, biri diğerine tercih edilemez. Her iki unsur da birbirini tamamlayıcı niteliktedir<sup>13</sup>.

Uluslararası Adalet Divanı da UTH kurallarının varlığını araştırırken iki unsur temelinde inceleme yapmıştır. Bu bağlamda en çok atıf yapılan kararlardan biri *Kuzey Denizi Kıta Sahanlıkları* kararlarıdır. Divan anılan kararda, devlet uygulamalarının hem yaygın hem de neredeyse yeknesak olması ve hukuk kuralının ya da hukukî bir yükümlülüğün söz konusu olduğuna ilişkin genel bir kabulü göstermesi gerektiğini belirtmiştir<sup>14</sup>. Divanın 2019 yılında karara bağladığı *Chagos Takımadalarının 1965 Yılında Morityus’tan Ayrılmasının Hukukî Sonuçları* kararında *Kuzey Denizi Kıta Sahanlıkları* kararlarına atıf yapılarak, genel uygulamanın ve *opinio juris*’in UTH kurallarının kurucu unsurları olduğu vurgulanmıştır<sup>15</sup>. Divanın, ilerleyen bölümlerde anlatılacağı üzere, iki unsur yaklaşımından uzaklaştığı yönünde eleştiriler ve iddialar bulunmasına rağmen, teorik olarak hâlâ iki unsur yaklaşımını benimsediği görülmektedir.

## I. MADDİ UNSUR

UTH kurallarının maddî unsurunu genel, yaygın ve hemen hemen yeknesak devlet uygulamaları oluşturmaktadır. Maddî unsurun nasıl teşekkül ettiğine ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Pazarıcı, maddî unsuru “*aynı durumlarda aynı davranış ve tutumların sürekli*

11 Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt 1: Kurallar*, (çev.) Emre Öktem ve diğerleri, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 66, 2005), XXXIX.

12 Bkz. Bin Cheng, ‘United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?’ (1965) 5 *Indian Journal of International Law* 23, 36; Andrew T. Guzman, ‘Saving customary international law’ (2005) 27 *Michigan Journal of International Law* 115, 153-154; Brian D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press 2010), 122, 124.

13 Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument Reissue with a new Epilogue* (Cambridge University Press 2006) 410-411.

14 North Sea Continental Shelf Cases, Judgment (ICJ Reports 1969) 43.

15 Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Judgment (ICJ Reports 2019) 40.

olarak tekrarlanması” olarak ifâde etmiştir<sup>16</sup>. Benzer şekilde, Öktem, bütün alışkanlıklar, âdetler ve teamüllerin, önceki davranışın taklit edilmesi yoluyla oluştuğunu dile getirmiştir<sup>17</sup>. Bu görüşün aksine, D’Amato, UTH kurallarının ortaya çıkması için devletlerin başkalarının geçmişte davrandıkları gibi davranması gerektiğinin kabul edilmesi durumunda, devletlerin uygulamaları mevcut kural ile çelişmeyeceği için yeni UTH kurallarının oluşamayacağını ileri sürmüştür<sup>18</sup>. Kök Değerli ise, UTH kurallarının bilinmeyen bir tarihte ortaya çıkan bir soruna karşı geliştirilen bir davranışın esas hatlarıyla devam ettirilmesi olduğunu ve dolayısıyla, önemli olanın söz konusu davranışların tekdüze bir şekilde devamlılığı olmadığını, bunların esası üzerinden devam ettirilmesinin yeterli olduğunu belirtmiştir<sup>19</sup>.

Maddî unsura ilişkin olarak, hangi uygulamaların maddî unsuru teşkil ettiği, kimlerin uygulamalarının dikkate alınacağı, uygulamanın ne ölçüde genel ve yeknesak olması gerektiği, uygulamaların uzun bir süre boyunca tekrarlanmasının gerekip gerekmediği sorularının cevaplanması gerekmektedir.

Devletlerin fiilî ve sözlü eylemleri ile belirli durumlarda kaçınma hareketlerinin devlet uygulaması olarak maddî unsurun değerlendirilmesinde dikkate alınabileceği genel kabul görmektedir. Devletlerin fiilî eylemlerinin devlet uygulaması olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Fiilî eylemler ile birlikte sözlü eylemlerin de bir uygulama türü olduğu kabul edilmektedir. Bunların devlet uygulaması olarak kabul edilmesi iki açıdan önem arz etmektedir. İlk olarak, tüm devletler fiilî uygulamaya dâhil olma fırsatı bulamamaktadır. Fiilî uygulamalarıyla kuralın oluşumuna dâhil olamayan devletlerin beyanları vasıtasıyla UTH kurallarının oluşumuna katılmaları veya protestoları ile bu kuralların oluşumunu engelleme imkânına sahip olmaları uluslararası hukuk kurallarının demokratik bir şekilde oluşması için önem arz etmektedir. Bununla birlikte, devletlerin, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmasına rağmen, zaman zaman soykırım suçu işledikleri veya kuvvet kullanma yasağını ihlâl ettikleri görülmektedir. Şayet, devletlerin bu eylemleri kınayan açıklamalarına veya protestolarına değer atfedilmemesi, bunların UTH kuralı hâline gelmesine imkân sağlayabilir<sup>20</sup>. Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), sözlü eylemlerin devlet uygulaması niteliğini kabul etmiştir ve bunların mutlaka kamuya açık ve diğer devletler tarafından bilinir olması gerektiğini belirtmiştir<sup>21</sup>. Fiilî ve sözlü eylemlerin yanında, kaçınma davranışları da bir devlet uygulaması olarak dikkate alınabilir. Ancak, bu tür bir davranışın bir UTH kuralının oluşumu açısından anlam ifâde etmesi için devletlerin bilinçli olarak eylemde bulunmaktan kaçınması gerekmektedir. Kuvvet kullanmaktan kaçınma bunun bir örneğidir<sup>22</sup>.

16 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (13. Bası, Turhan 2014) 104.

17 Öktem (n 4) 57.

18 Anthony A. D’Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press 1971) 4 – 5.

19 Kök Değerli (n 3) 87-88.

20 Bkz. Rein Müllerson, ‘The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary International Law’ K. Wellens (eds) *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy* (Kluwer Law International Law 1998) 162.

21 International Law Commission, ‘Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries’ (2018) II Yearbook of the International Law Commission 122, 133; ayrıca bkz. International Law Association, ‘Committee on Formation of Customary (General) International Law, Final Report of the Committee, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) London Conference, 14-15.

22 International Law Commission (n 21) 133.

Kimlerin eylemlerinin devlet uygulaması olduğu cevaplanması gereken bir diğer sorudur ve bu konudaki tartışmalar iki husus üzerinde toplanmaktadır. İlk tartışma, devletlerin eylemlerinin yanında, uluslararası  rg tlerin eylemlerinin de genel uygulamanın değerlendirilmesinde dikkate alınıp alınmayacağıdır. Klasik görüşe göre, uluslararası hukukun başlıca aktörleri olmaları dolayısıyla, yalnızca devletlerin eylemleri UTH kurallarını oluşturabilir. Devletler, uluslararası hukukun yegane aktörleri olmasa da yalnızca onlar tam tüzel kişiliğe sahiptir. Bu sebeple, esasen devletlerin uygulamaları uluslararası hukuku oluşturabilir ve değiştirebilir<sup>23</sup>. Buna karşın, bazı yazarlar tarafından, uluslararası  rg tlerin uygulamalarının da, UTH kurallarının oluşumuna ve gelişimine katkıda bulunabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlar, uluslararası  rg tlerin kendilerini kuran devletler tarafından yetkilendirilmesine dayanmaktadır<sup>24</sup>. Devletlerin bazı yetkilerini uluslararası örgütlere devrettiği görülmektedir<sup>25</sup>. Örneğin, devletler belirli yetkilerini Avrupa Birliğine (AB) devretmişlerdir, dolayısıyla devrettikleri yetkileri kullanamamaktadırlar. EĞer uluslararası  rg tlerin davranışları genel uygulamaya dâhil edilmezse,  ye devletler örgüte devrettikleri yetki kapsamına giren konulara katkıda bulunamayacaklar ya da kısıtlı olarak katkıda bulunabileceklerdir<sup>26</sup>.

Bu husustaki diğer tartışma, devletlerin hangi organlarının eylemlerinin devlet uygulaması olarak kabul edilebileceğidir. Klasik görüş, yalnızca devlet adına antlaşma akdetmeye yetkili olan devlet başkanı, h k met başkanı ve dışişleri bakanının eylem ve işlemlerinin devlet uygulaması olarak dikkate alınabileceğini kabul etmektedir<sup>27</sup>. Günümüzde ise, bir devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının eylem ve işlemlerinin, devletlerin uluslararası sorumluluğunu doğurabildiği gibi, devletler arası ilişkilerde de etki yaratabildiği genel kabul görmektedir<sup>28</sup>. Uluslararası Hukuk Komisyonunun “Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı” çalışmasının 4. maddesinde hangi organların davranışlarının devlet uygulaması olduğu şu şekilde ifade edilmiştir: “*Milletlerarası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun Devlet  rg tlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir yerel idare niteliğinde olsun, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin bir fiili olarak kabul edilir*”<sup>29</sup>. UHK, “Uluslararası Teamül Hukuku  zerine Taslak Sonuçlar” çalışmasında, anılan maddeye atıf yaparak, uygulamayı gerçekleştiren devlet organının yerine getirdiği görevin ve devlet teşkilatı içerisindeki konumunun önemli olmadığını, devlet tarafından yetkilendirilen kişi ve kurumların davranışlarının devlet uygulaması

23 Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules, International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press 2003) 13.

24 Kristina Daugirdas, ‘International Organizations and the Creation of Customary International Law’ (2020) 31(1) *European Journal of International Law* 201, 206.

25 Niels Blokker, ‘International Organizations and Customary International Law’ (2017) 14(1) *International Organizations Law Review* 1, 9.

26 Michael Wood (Special Rapporteur), ‘Third Report on Identification of Customary International Law’, (UN Doc. A/CN.4/682, 2015), 53.

27 International Law Association (n 21) 17.

28 Henckaerts, / Doswald-Beck (n 11) XLI-XLII.

29 Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu* (1. Baskı, On İki Levha 2008) 122-123.

olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir<sup>30</sup>. Ancak bir UTH kuralının oluşması için, uygulamanın hukuk olduğuna dair bir inançla yapılması gerekmektedir. Devlet adına yetkilendirilen kişilerin davranışları devletin uluslararası sorumluluğunu doğursa da, devletin uygulamaya ilişkin inancını yansıtmayabilir. Dolayısıyla, uygulamayı gerçekleştiren organın devlet adına hareket etmesi yeterli değildir, uygulamanın devletin *opinio juris*'i ile de uyumlu olması gerekmektedir.

Maddi unsurun oluşması için genel, sabit ve yeterince yeknesak bir uygulamanın varlığı gereklidir. Genellik kriterinin karşılanması için kesin bir formül bulunmamakla birlikte, yeterince yaygın ve temsil edici olması gerektiği dile getirilmiştir. Lachs, yaygınlık ve temsil ediciliği “*farklı siyasi, ekonomik ve hukuki sistemlere sahip devletlerin, tüm kıtalardaki devletlerin sürece katılımının dikkate alınması*” olarak ifade etmiştir<sup>31</sup>. UHK, temsil edici olmanın, –çeşitli çıkarlar ve/veya çeşitli coğrafi bölgeler dâhil olmak üzere– tüm koşulları kapsadığını belirtmiştir<sup>32</sup>. *Kuzey Denizi Kıta Sahanlıkları* kararlarında, UAD, “*menfaatleri özellikle etkilenen devletlerin*” katılımını içermesi koşuluyla, kayda değer bir süre geçmeden dahi, UTH kurallarının oluşum sürecine çok yaygın ve temsili bir katılımın kendi başına yeterli olabileceğine karar vermiştir<sup>33</sup>.

Genel uygulama aynı zamanda sabit ve yeknesak olmalıdır. Uygulama hem kendi içinde hem kolektif olarak tutarlı ve istikrarlı olmalıdır. “Kendi içinde tutarlılık”, uygulaması incelenen her devletin aynı durumlar karşısında aynı davranışı sergilemesini ifade ederken; “kolektif olarak tutarlılık”, devletlerin kayda değer ölçüde farklı uygulamalar geliştirmemiş olmasını ifade etmektedir<sup>34</sup>. Uygulamanın tutarsız olması hâlinde hem kuralın içeriği hem de *opinio juris* belirsiz olabilir<sup>35</sup>. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin ölüm cezasına yönelik davranışlarının yeknesak olmaması, ölüm cezası yasağının kesin kural olduğuna dair *opinio juris* eksikliğinin bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir<sup>36</sup>. Ancak uygulamanın tam bir uyum içinde olması gerekmemektedir. UAD, kararlarında uygulamanın katı bir uyum içerisinde olması gerektiğine<sup>37</sup>, hemen hemen yeknesak olmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir<sup>38</sup>.

UTH kurallarının oluşması için uygulamanın kaç kez tekrarlanması ve ne kadar süre geçmesi gerektiğini düzenleyen bir kural bulunmamaktadır<sup>39</sup>. Uygulamanın genel, sabit ve yeterince yeknesak olması, kuralın oluşumu için yeterlidir, belirli bir sürenin geçmesine ihtiyaç duyulmamaktadır<sup>40</sup>. Buna

30 International Law Commission (n 21) s. 133.

31 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 227.

32 International Law Commission (n 21) 136.

33 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 42, 43.

34 Maurice Mendelson, ‘The Formation of Customary International Law’ (1998) 272 Recueil des Cours de l’Académie de Droit international 155, 212 ; ayrıca bkz. International Law Association (n. 21) 22.

35

36 Bkz. Sezercan Bektaş ve Ali Özdemir, ‘Uluslararası Teamül Hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yargılama Hukukuna Etkisi’ (2022) 161 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 309, 332.

37 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment, (ICJ Reports 1986) 98.

38 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 43.

39 Josef L. Kunz, ‘The Nature of Customary International Law’ (1953) 47(4) American Journal of International Law 662, 666; Wolfke (n. 6) 58.

40 International Law Commission (n 21) 136.

karşın, oluşmakta olan kuralın içeriğinin belirginleşmesi ve uygulamanın tutarlı olup olmadığının gözlemlenebilmesi için mâk l bir sürenin geçmesi gerekmektedir<sup>41</sup>.

## 2. MANEVİ UNSUR (OPINIO JURIS)

UTH kurallarının ikinci kurucu unsuru manevî unsur, diğ er bir if adeyle *opinio juris*'tir. *Opinio juris* kavramı, “uygulamaya hukuken cevaz verilebilir olduğu veya uygulamanın hukuken zorunlu olduğu inancı” olarak tanımlanmaktadır<sup>42</sup>. Öktem, hukukilik inancı ile zorunluluk inancının  elişebileceğine dikkat çekmiştir. Bu görüşe göre, devletin bir davranışı hukuka uygun olmakla birlikte, menfaatlerine aykırı olabileceği gibi, siyaseten zorunlu ama hukuka aykırı da olabilir<sup>43</sup>.

*Opinio juris*'in kaynağının ne olduğu ve nasıl tespit edilebileceği konusunda fikir birliğı bulunmamaktadır. Raman, *opinio juris*'i “gelecekteki kararların gerekliliğine ilişkin m şt rek beklentiler” olarak tanımlamıştır. *Opinio juris*, öznel inanç ve tavırların doğrudan araştırılması mümkün olmadığı için geçmişteki davranışların bağlamsal olarak analiz edilmesi sonucunda saptanabilir<sup>44</sup>. Byers ise, *opinio juris*'i “kolektif bilgi” veya “ortak anlayış” (*shared understanding*) olarak isimlendirmiştir. Yazara göre, devletlerin ilgili ve ilgisiz uygulamaları arasında ayrımı sağlayan ortak anlayış *opinio juris*'i if ade etmektedir<sup>45</sup>. UAD Statüsü'n n 38. maddesinde yer alan “hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulama” if adesi, devlet uygulamasının hukuk olduğu bilinciyle yapılması gerektiğini yansıtmaktadır. Söz konusu bilinç, ilgili uygulamanın aksine bir davranışın uluslararası sorumluluk gerektireceği kabulünü içermektedir<sup>46</sup>.

UAD kararlarında da *opinio juris*'in önemi vurgulanmıştır. Divan, *Lotus* kararında, devlet uygulaması yeterince yaygın ve yeknesak olduğu hâlde, *opinio juris* eksik olduğu için uygulamanın UTH kuralı olmadığına hükmetmiştir<sup>47</sup>. *Sığınma Hakkı* kararında, öznel bir yükümlülük duygusu ile hareket edilmeyen bir uygulamayı UTH kuralı olarak kabul etmekten kaçınmıştır<sup>48</sup>.

*Kuzey Denizi Kıta Sahanlıkları* kararında da *opinio juris*'in önemi şu şekilde vurgulanmıştır: “Söz konusu eylemler, yalnızca sabit bir uygulama oluşturmakla kalmamalı, aynı zamanda bu uygulamanın zorunlu kıldığı bir kuralın varlığı ile bu uygulamanın zorunlu hâle getirildiğine dair bir inancın kanıtı olacak şekilde olmalıdır. Böyle bir inanca duyulan ihtiyaç, yâni manevî unsurun varlığı, *opinio juris* sive *necessitatis* kavramının içinde saklıdır. Bu nedenle ilgili Devletler, hukukî bir yükümlülük derecesine varan bir şeye uyduklarını hissetmelidir. Eylemlerin sıklığı ve hatta m tat karakteri tek başına yeterli değildir. Örneğın tören ve protokol alanında, neredeyse değişmez bir şekilde gerçekleştirilen, ancak

41 Mark Eugen Villiger, *Customary International Law and Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers 1985) 24.

42 International Law Association (n 21) 32 – 33.

43 Öktem (n 4) 102.

44 Venkata K. Raman, ‘The Role of the International Court of Justice in the Development of International Customary Law’ (1965) 59(4) American Society of International Law Proceedings 169, 175.

45 Byers (n 23) 148.

46 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – 1*, (5. Bası, Seçkin 2019) 74.

47 SS “*Lotus*”, Judgment (Serie A – No. 10, PCIJ Reports 1927) 28.

48 Koskenniemi (n 13) 245.

*herhangi bir hukukî görev olarak değil, sadece nezâket, uygunluk veya gelenek vasıtasıyla hareket edilen birçok uluslararası eylem vardır*<sup>49</sup>.”

Anılan kararda da belirtildiği üzere, manevî unsurun önemi, UTH kurallarıyla uluslararası nezâket kurallarından, geleneklerden ve sair uygulamaları birbirinden ayırmasında ortaya çıkar. Bu kavramlar, hukukî bir hak ve görev yaratabilecek ölçüde yaygın ve yeknesak olmasına rağmen, uygulamaların hukukî bir hak ve görev olduğuna ilişkin kanaatin yokluğu sebebiyle, bu uygulamalar UTH kuralı hâlini almazlar<sup>50</sup>. Bunlar, hukuken bağlayıcı değildir. Bu sebeple, UTH kurallarının aksine, bunlar ihlâl edildiğinde, devletlerin uluslararası hukukî sorumluluğu doğmaz<sup>51</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, bir uluslararası nezâket kuralına veya bir geleneğe *opinio juris*'in eklenmesi ve dolayısıyla söz konusu uygulamanın hukukî bir zorunluluk olarak addedilmesi durumunda, uygulama bir UTH kuralına dönüşür<sup>52</sup>.

## II. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARINI TESPİT ARAÇLARI

Uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitine ilişkin belirli bir ispat usulü bulunmamaktadır. Ulusal hukuk sistemlerinin aksine, uluslararası teamül hukukunda kuralın hem varlığının hem de içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir<sup>53</sup>. Uluslararası mahkemeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletler ve bu alanda çalışan akademisyenler bu kuralları tespit ederken çeşitli araçlara başvurmaktadır. Bu araçların başlıcaları devletlerin uluslararası alanda etki doğuran eylem ve işlemleri, uluslararası antlaşmalar, uluslararası örgütlerde ve uluslararası konferanslarda alınan kararlar, ulusal ve uluslararası mahkeme kararları ile devletlerin iç hukuk işlemleridir. Makalenin bu bölümünde bahsi geçen araçların UTH kurallarının tespitinde kullanılmasına ve bu kuralların gelişimindeki etkisine ilişkin tartışmalara yer verilecek ve Uluslararası Adalet Divanının bu araçları UTH kurallarını tespit ederken nasıl kullandığı irdelenecektir.

### A. ULUSLARARASI NİTELİKTEKİ EYLEM VE İŞLEMLER

Devletlerin, uluslararası nitelikteki eylem ve işlemleri, bunların uluslararası ilişkilerde etki doğuran davranışlarını ifâde etmektedir. Maddî unsur anlatılırken değinildiği üzere, fiilî eylemler, sözlü eylemler ve belirli durumlarda kaçınma hareketleri devlet uygulamalarıdır ve bunların uluslararası alanda gerçekleştirilmesi hâlinde, uluslararası nitelikteki eylem ve işlemlerden bahsedilebilir. Uygulama biçimlerinin hangisine öncelik veya ağırlık verilmesi gerektiği ya da sözlü eylemlerin, özellikle de devlet beyanlarının, uygulama biçimi olup olmaması gibi çeşitli tartışmalar bulunmaktadır.

Müllerson, UTH kurallarını oluşturan uygulamaların, uluslararası hukukun tüm öznelinin görünür, açık, gözlemlenebilir davranışları ve bu davranışa yönelik öznel tutumları olmak üzere iki

49 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 44.

50 International Law Association (n 21) 35.

51 Öktem (n 4) 111.

52 Kunz (n 37) 667.

53 Öktem (n 4) 212.

yönü olduğunu ifade etmiştir. Bu  znel tutum, eylemin içinde zımnen var olabilir veya uygulamayı oluşturan farklı davranışlar vasıtasıyla diğer devletlere aktarılabilir. Müllerson, söylemin de bir eylem olduğunu belirtmiştir. S zli eylemlerin önemi iki noktada ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, devletlerin diplomatik beyanları, çoğunlukla devletlerin hukukî konumunu daha açık bir şekilde gösterir. Bununla birlikte, birkaç devlet fiili uygulamada bulunabilirken, diğerleri ya diplomatik beyanlarda bulunurlar ya da konuya ilişkin hiç uygulamaları bulunmaz<sup>54</sup>.

UAD de kararlarında devlet beyanlarına sıklıkla atıf yapmaktadır. *Nikaragua* kararında kuvvet kullanma yasağının uluslararası teamül hukukunun temel ve esaslı bir ilkesi olduğu yönünde devlet temsilcileri tarafından yapılan beyanlara önem atfetmiştir<sup>55</sup>. Benzer şekilde, *Nükleer Testler* davasında da Fransa'nın, testleri sona erdireceğine ilişkin açıklamalarının diğer devletler tarafından dikkate alınabileceğini ve bu beyanların etkililiğine güvenebileceğini varsaymak zorunda olduğunu vurgulamıştır<sup>56</sup>.

S zli uygulamaların bir uygulama biçimi olduğu genel kabul görse de, doktrinde beyanların tek başına uygulama teşkil edemeyeceği ileri s r lm ştir. Thirlway'e göre, soyut iddialardan oluşan devlet beyanları uygulama olarak kabul edilemez. D'Amato'ya göre ise, devletlerin iddialarının çelişmesi mümkün olduğu için, beyanlar güvenilir uygulamalar değildir. Devletlerin fiili eylemleri daha ikna edici ve kesindir<sup>57</sup>. Buna karşın, Akehurst fiili eylemlerin de elişebileceğini ve bunların devletlerin beyanlarından daha tutarlı olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir<sup>58</sup>. Öktem, fiili eylemler ile beyanlara ilişkin tartışmanın maddi ve manevi unsur arasındaki önem ve öncelik tartışmasının başka bir görünümü olduğuna dikkat çekmiştir. Her iki tartışmada da güçlü devletlerin hukukçuları fiili uygulamanın daha önemli olduğunu öne sürmüşlerdir. Zira, tüm devletler kolayca fikir beyan edebilirken, bağı alanlarda yalnızca güçlü devletler fikirlerini hayata geçirebilirler. Dolayısıyla, fiili uygulamaların daha fazla tercih edilmesi güçlü devletlerin lehine sonuçlar doğurur<sup>59</sup>.

S zli eylemler, *opinio juris*'in bir kanıtı olabilir. Örneğin, bir devlet temsilcisinin bir basın toplantısındaki beyanları, temsil ettiği devletin belirli bir hukukî soruna ilişkin konumunu gösterebilir<sup>60</sup>. Ancak, bunlar her zaman *opinio juris*'i yansıtmayabilir. Diplomatik yazışmalar ve s zli eylem olarak kabul edilen diğer işlemler, yalnızca beyanda bulunan devletin siyasi menfaatlerine uygun olan ifadeleri de ihtiva edebilir<sup>61</sup>. Keza, diplomatik yazışmalar ve devlet temsilcilerine verilen talimatlar, devletlerin bir UTH kuralına karşı objektif ve genel görüşünü izhar etmekten ziyade, ilgili devletin yalnızca belirli bir anda, belirli bir mesele üzerindeki görüşünü yansıtabilir<sup>62</sup>. Ancak bir

54 Rein Müllerson, 'On the Nature and Scope of Customary International Law' (1997) 2(3) *Austrian Review of International and European Law* 341, 344.

55 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (n. 37) 98-101, 106-107,  ktem (n 4) 233.

56 *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, Judgment (ICJ Reports 1974) 269.

57 D'Amato (n 18) 50-51.

58 Michael Akehurst, 'Custom as a source of international law' (1975) 41(1) *British Yearbook of International Law* 1, 2.

59  ktem (n 4) 228.

60 Mendelson (n 34) 206-207.

61 Kunz (n 37) 667-668.

62 Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş 1. Cilt* (3. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1968)

diplomatik uyumsuzluğa ilişkin yapılan diplomatik yazışmalarda ve bir hâkim veya hakem önünde kullanılan savlarda aynı ilkeler defaatle öne sürülürse, bunlar bir UTH kuralının unsurlarına ilişkin önemli bir kaynak oluşturabilir<sup>63</sup>.

Devletlerin resmî yayınları da *opinio juris*'in tespitinde önemli araçlardır. Bu yayınlar askerî kılavuzlar ve resmî haritalar gibi devlet adına yayınlanan ve hukuk olarak kabulün tespit edilebileceği belgeleri içerir<sup>64</sup>. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) kararlarında askerî kılavuzlara sıkça başvurulmuştur. Mahkeme, insancıl hukuk kurallarını belirlerken, bağımsız gözlemcilerin askerî harekât alanlarına girişlerinin engellenmesi ve dolayısıyla uygulamanın tespit edilmesindeki güçlükten dolayı devletlerin resmî açıklamalarına, askerî kılavuzlara ve yargı kararlarına başvurmuştur<sup>65</sup>.

Protestolar da devletlerin uluslararası nitelikteki eylem ve işlemleri arasında yer almaktadır. Bunlar, bir uygulamanın UTH kuralına dönüşmemesine rıza gösterilmediğinin en açık ifâdesidir<sup>66</sup>. Devletlerin bir uygulamaya karşı protestoları bir kuralın oluşumunu engelleyeceği gibi, bazen protesto etmemesi, başka bir ifâde ile sessiz kalması da kuralın oluşumuna katkı sağlayabilir. Doktrinde *acquiescence* teorisi olarak adlandırılan bu görüş, devletlerin itiraz niteliğinde tepki göstermeleri gereken hâllerde sessiz kalması devletlerin söz konusu uygulamanın teamüli niteliğini kabul ettiği varsayımına dayanmaktadır<sup>67</sup>. Uluslararası Hukuk Komisyonuna göre, devletler tepki verecek durumda ise ve koşullar da tepki verilmesini gerektiriyorsa, makûl bir zaman içerisinde tepki verilmemesi *opinio juris*'in bir kanıtıdır<sup>68</sup>.

Bu teori, devletlerin her zaman bir kuralın oluştuğunun farkında olamayacakları gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>69</sup>. Öte yandan, devletler uygulamayı bilinçli olarak destekledikleri için değil, bu uygulamaya karşı kararsız veya ilgisiz oldukları için de sessiz kalabilirler<sup>70</sup>. Bu teoriye yöneltilen en dikkat çekici eleştiri ise, menfaatleri risk altında bulunan devletlerin bir kuralın oluşumuna karşı sessizliği kuralın kabulü olarak mütâlaa edilebileceği için, devletlerin önemli bir kısmının çıkarları doğrudan etkilenmedikçe, *devletlerin sessizliğinin* kuralın kabulü olarak değerlendirilemeyeceğidir<sup>71</sup>.

100.

63 Lazare Kopelmanas, 'Custom as Means of the Creation of International Law' (1937) 18 British Year Book of International Law 127, 133.

64 International Law Commission (n 21) 141.

65 Harmen Van der Wilt, 'State Practice as Element of Customary International Law: A White Knight in International Criminal Law?' (2019) 20 International Criminal Law Review 784, 794; karar için bkz. Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, (Case No: IT-94-1-T, ICTY 1995) 55.

66 Wolfke (n 6) 57.

67 Ian C. MacGibbon, 'The Scope of Acquiescence in International Law' (1954) 31 British Year Book of International Law 143, 143.

68 International Law Commission, s. 140-142.

69 Jonathan I. Charney, 'Universal international law' (1993) 87(4) American Journal of International Law 529, 538.

70 Byers (n 23) 106.

71 Kelly (n 9) 473.

Sonuç olarak, devletlerin her zaman diğ  devletlerin uygulamalarından haberdar olması ve bunları protesto etmesinin beklenmesi gerç kçi olmasa da, devletlerin genelinin bir uygulamaya karşı sessiz kalması, bu uygulamanın hukuka uygun olarak görüldüğünün bir göstergesi olabilir.

## B. İÇ HUKUK İŞLEMLERİ

İç hukuk işlemleri, özellikle ulusal mevzuatlar ve ulusal yargı kararları, UTH kurallarının tespitinde kullanılabilir araçlar arasında yer aldığı genel kabul görmektedir. Sert düalizmi savunan yazarlar, iç hukuk işlemlerinin hukuk yapıcı etkisine karşı çıkmasına ve yalnızca uluslararası ilişkilerden sorumlu organların eylemlerinin devlet uygulaması olarak kabul edileceğini ileri sürmüştür<sup>72</sup>. Hâkim Nyholm ve Altamira, *Lotus* kararına verdikleri karşı oy yazılarında bu hususu vurgulamışlardır. Hâkim Nyholm UTH kurallarının tespitinde yalnızca ulusal mevzuatlara başvurulamayacağını, mutlaka devletlerin uluslararası alanda sonuç doğurucu eylemlerinin de gerekli olduğunu belirtirken<sup>73</sup>, Hâkim Altamira, ulusal mevzuatların doğası gereği uluslararası hukuk alanında sonuç doğurmadığı için UTH kuralları yaratmaya muktedir olmadığını dile getirmiştir<sup>74</sup>.

Buna karşın, birçok devlet organının eylem ve işlemlerinin uluslararası alanda etki doğurabileceği göz önüne alındığında, bunların devlet uygulaması olarak kabul edilmemesi gerç kçi bir yaklaşım olmayacaktır<sup>75</sup> ve UTH kurallarının tespitinde göz ardı edilmesi bu kuralların tespitini zorlaŐtıracaktır. Keza, vatandaşları kendi devletlerinden koruyan insan hakları hukuku gibi bazı uluslararası hukuk alanları, devlet içi meseleleri içerdiği için iç hukukta meydana gelen eylem ve işlemlerin de devlet uygulaması anlayışına dâhil edilmesini gerektirmektedir<sup>76</sup>. Nitekim, birçok devletin mevzuatında yer alan devletler arası genel ve müşterek uygulamayı gösteren hükümlerin UTH kuralına d n Őt ğ i gözlemlenmektedir. Örneğın, açık denizler, karasuları ve limanlarla ilgili birçok UTH kuralı ulusal kanunlar sayesinde oluŐmuŐtur ve dolayısıyla bunların mevcudiyetleri de ulusal kanunlar vasıtasıyla tespit edilebilir<sup>77</sup>. Ancak, Uluslararası Hukuk Komisyonu, ulusal mahkeme kararlarının UTH kurallarının tespitinde önemli bir rol oynayabilmesine karşın, bunlara yardımcı bir araç olarak başvurulabileceğini ifâde etmiştir. ÇalıŐmanın 13. Taslak Sonucu'nun yorumunda bunu iki gerekçeye dayandırmıŐtur. İlk olarak, ulusal içtihatlar belirli bir ulusal bakıŐı yansıtabilirler. Diğ r yandan, bu mahkemeler uluslararası hukuk uzmanlığına sahip olmayabilir ve devletler tarafından ileri s r len arg manlardan haberdar olmayabilirler<sup>78</sup>.

72 Philip M. Moremen 'National court decisions as state practice: a transnational judicial dialogue' (2006) 32 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 259, 275-276.

73 *Lotus* (n 47) 59-60.

74 *Lotus* (n 47) 95-96.

75 Moremen (n 70) 279.

76 Anthea Elizabeth Roberts, 'Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation' (2001) 95(4) American Journal of international law 757, 777.

77 Meray (n 60) 100-101.

78 International Law Commission (n 21) 149-150.

Devletlerin ulusal mevzuatları ve ulusal içtihatları *opinio juris*'in tespitinde de önemli bir rol oynamaktadır. Kanun hükümlerinin esası itibarıyla, başka devletler tarafından da benimsenmesi gerektiği inancı saptanabiliyorsa, söz konusu kanunun *opinio juris*'in tespiti açısından önem arz ettiği ileri sürülmüştür<sup>79</sup>. Bir kanun çıkarılırken pratik saikler ile ve ulusal güvenlik ve menfaat kaygılarıyla hareket edilmiş olması mümkün olmasına rağmen, söz konusu kanun, başka devletlerin kanunları ile benzerlikler gösteriyorsa, UTH kurallarının tespitinde göz önüne alınabilir. Uluslararası insan hakları hukukunu düzenleyen kanunlar çıkarılırken, zımnî ifâdelerle de olsa uluslararası teamüli standartlar ile bağlantı kurulduğuna rastlanmaktadır<sup>80</sup>.

Devlet organlarının uygulamalarının birbiriyle çelişmesi ya da tutarsız olması hâlinde, bu uygulamaların UTH kurallarının tespitinde dikkate alınıp alınmayacağı belirsizdir. Akehurst bu tür bir tutarsızlık söz konusu olduğunda yürütme organının uygulamalarının dikkate alınması gerektiğini öne sürmüştür<sup>81</sup>. Başka bir görüşe göre ise, devlet organları arasındaki yetki dağılımına bakılması ve tespit edilmeye çalışılan kural ile ilgili alanda ulusal hukukun yetkilendirdiği organın uygulamasının dikkate alınması gerektiği söylenmiştir<sup>82</sup>. Buna karşın, Uluslararası Kızılhaç Komitesi “Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku” çalışmasında, bir devletin çeşitli organlarının uygulamalarının çelişkili olması durumunda, bu uygulamaların UTH kurallarının oluşumuna katkıda bulunamayacağını ifade etmiştir<sup>83</sup>.

Uluslararası Adalet Divanı bazı kararlarında iç hukuk uygulamalarına başvurmuştur. *Tutuklama Emri* davasında, görevi başında bulunan dışişleri bakanlarının, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlediğinden şüphe edilmesi durumunda, cezai kovuşturmayaya karşı sahip olduğu diplomatik bağışıklığa ilişkin UTH kapsamında bir istisnanın varlığı araştırılırken, ulusal mevzuat ve yüksek mahkeme kararları incelenmiştir<sup>84</sup>. *Devletin Yargı Bağışıklıkları* kararında mahkeme içtihatlarının, ulusal mevzuatların ve devletlerin yabancı mahkemeler önünde dile getirdikleri taleplerinin önemi vurgulanmıştır<sup>85</sup>. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi kararlarında da ulusal mahkeme kararlarına başvurulduğu görülmektedir. Mahkeme *Tadic* kararında uluslararası olmayan silâhli çatışmalarda ciddi insancıl hukuk ihlallerinde bireysel cezai sorumluluğu tanıma eğilimini kanıtlamak amacıyla Nijerya Biafra iç savaşı sırasında Nijerya Mahkemelerinin muharip olmayanları öldüren askerlere ölüm cezası verdiği mahkeme kararlarını göstermiştir<sup>86</sup>.

Sonuç olarak, devletlerin iç hukuktaki uygulamaları, çeşitli organların uygulamaları arasında tutarsızlık olmadığı müddetçe, UTH kurallarının tespitinde önemli bir rol oynamaktadır. Öte yandan, iç hukuk organlarının uygulamalarının bağlı buldukları devletin uluslararası eylem ve işlemleriyle de uyumlu olup olmadığı incelenmelidir. Zira, UHK'nın da belirttiği üzere, özellikle

79 Lepard (n 12) 176.

80 Öktem (n 4) 245.

81 Akehurst (n 56) 21.

82 Moremen (n 70) 293.

83 Henckaerts, J. M. / Doswald-Beck (n 11) XLII.

84 The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment (ICJ Reports 2002) 24.

85 Bkz. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment (ICJ Reports 2012) 24.

86 Van der Wilt (n 63) 795.

ulusal mahkemeler devletler tarafından ileri sürÖlen argÖmanlardan ve dolayısıyla kendi devletlerinin ilgili konudaki görÖşlerinden haberdar olmayabilirler. Bu sebeple, bu uygulamalar incelenirken, UTH kurallarının tespitinde başvuru olan diğere araçlarla birlikte değerlendirilmelidir.

### C. ULUSLARARASI ÖRGÖTLERİN KARARLARI VE UYGULAMALARI

Devletlerin uluslararası ilişkilerdeki inhisarı İkinci Dünya Savaşı'nı müteakiben sona ermiş ve uluslararası örgÖtler, devletlere oranla sınırlı da olsa, bu alanda daha aktif bir rol oynamaya başlamışlardır<sup>87</sup>. Uluslararası ilişkilerdeki artan rolleri ile beraber, UTH kurallarının tespitinde söz konusu örgÖtlerin kararları da dikkate alınmaya başlamıştır. Bu bağlamda, geniş bir temsil edicilik gücüne sahip olmasından dolayı<sup>88</sup> en çok Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurul kararlarına başvurulmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, BM Genel Kurul kararları tavsiye niteliğinde olduğundan bağlayıcılığı bulunmamaktadır<sup>89</sup>.

BM Genel Kurul kararlarının tek başına bir UTH kuralını yaratması mümkün değildir, ancak bu tür kararlar söz konusu kuralların varlığına ve içeriğine ilişkin kanıt sağlayabilir<sup>90</sup>. BM Genel Kurul kararlarının UTH kurallarını yansıtıp yansıtmadığı incelenirken, karara olumlu oy veren devletlerin kararda yer alan kuralın hukuk olarak kabul edildiği yönündeki beyanları, olumsuz oy veren devletlerin konularına ilişkin açıklamaları, çekimser oylar veya mutabakattan (*consensus*) ayrılmalar dikkate alınabilir. UAD, 2019 yılında verdiği *Chagos Takımadaalarının 1965 Yılında Morityus'tan Ayrılmasının Hukukî Sonuçları* kararında benzer bir yaklaşım benimseyerek, 1514 (XV) sayılı BM Genel Kurul kararının kabul edilme koşullarını ve çekimser oyların nedenlerini incelemiştir: “*Divan, 1514 (XV) sayılı Kararın, resmî olarak tavsiye niteliğinde olmasına rağmen, içeriği ve kabul edilme koşulları bakımından bir teamüli norm olarak self-determinasyon hakkına ilişkin beyan edici niteliği haiz olduğu kanaatinde dir. Karar 9 çekimser oya karşı 89 oyla kabul edildi. Oylamaya katılan Devletlerin hiçbiri, self-determinasyon hakkının varlığına itiraz etmedi. Bazı Devletler çekimser kalmalarını, böyle bir hakkın uygulanması için gereken süreye dayanarak gerekçelendirdi*”<sup>91</sup>.

BM Genel Kurul kararları, özellikle *opinio juris*'in ispatında önemli bir yer tutmaktadır. UAD, *Nükleer Silâhlar* danışma görüşünde, BM Genel Kurul kararlarının, bağlayıcı olmasalar da, bir kuralın varlığına ya da *opinio juris*'in oluşumuna önemli katkılar sağlayabileceğini belirtmiştir<sup>92</sup>. Bu kararların neredeyse evrensel katılıma sahip olması nedeniyle üye devletlerin ortak görüşlerine ilişkin kanıtlar sunabilir<sup>93</sup>. Oybirliğiyle veya oybirliğine yakın bir oranda kabul edilen bir BM Genel Kurul

87 Hakkı Hakan Erkiner, ‘Uluslararası Topluluk Kavramı’ 16(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 39, 41.

88 Aksar (n 44) 92.

89 ibid 93.

90 International Law Association (n 21) 55.

91 Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (n 15) 41.

92 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (ICJ Reports 1996) 254 – 255.

93 International Law Commission (n 21) 147.

kararı, uluslararası toplumun kanaatini kanıtlayıcı nitelikte olabilir. Ancak, neredeyse konsensüs ile alınan bir kararın her zaman hukukî beklentiyi yansıttığını kabul etmek gerçekçi değildir<sup>94</sup>.

Bu tür kararların, *opinio juris*'in kanıtı olarak kabul edilebilmesi için göz önüne alınması gereken birkaç husus bulunmaktadır. Öncelikle, devletlerin oy verme saikleri, *opinio juris* tespit edilirken dikkate alınmalıdır. Zira, devletler, kararın hukukî bir etkisi olmadığı inancıyla veya kararın mevcut hukukun beyanı değil, yalnızca *lex ferenda* olduğunu düşünerek oy kullanabilirler. Keza, devletler, yükümlülüğün hukukî olmayacak kadar sulandırılmış olması veya farklı devletler için farklı anlamlar taşıyacak kadar muğlak olması ya da içeriğinin hukukî yönünün tam olarak anlaşılabilmesi gibi nedenlerle de oy kullanabilirler<sup>95</sup>. Öte yandan, çekimser veya olumsuz oy kullanan devletlerin gerekçeleri de bilhassa incelenmelidir. Zira, oy gerekçeleri, itirazın içeriğini aydınlatılabileceği gibi, çekimser veya olumsuz oy kullanan devletlerin kararın tümüne mi yoksa belirli kısımlarına mı muhâlefet ettiğinin belirlenmesini sağlar<sup>96</sup>.

Bu kararların *opinio juris*'in kanıtı olarak kabul edilebilmesi için kararın içeriğine<sup>97</sup> ve kararda yer alan ifâdelere<sup>98</sup> de bakılmalıdır. Divan, *Nikaragua* kararında, kararlardaki üslûbu dikkate almıştır: “Devletlerin benimsedikleri bazı Genel Kurul kararlarının üslûbu, kuvvet kullanma yasağı ilkesini bir teamül hukuku konusu olarak kabul ettiklerini kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde göstermektedir<sup>99</sup>”.

*Opinio juris*'in ispat edici niteliğini gösteren en önemli UAD kararlarından biri *Nikaragua* kararıdır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca, *opinio juris*, diğerlerinin yanı sıra, özellikle ‘Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca Devletler Arasında Dostâne İlişkiler ve İşbirliğine Temas Eden Uluslararası Hukuk İlkelerine İlişkin Bildirge’ başlıklı 2625 (XXV) sayılı karara yönelik devletlerin ve tarafların tutumlarından çıkarılabilir. Bu tür kararların metnine rıza göstermenin etkisi, (...) kararla beyan ettikleri kuralın ya da kurallar dizisinin geçerliliğinin kabul edilmesi olarak da anlaşılabilir<sup>100</sup>”.

Bu husustaki bir diğer önemli karar *Nükleer Silâhların Kullanımının ya da Tehdidinin Hukuka Uygunluğu* danışma görüşüdür. Divan, Genel Kurul kararlarının bağlayıcı olmasalar bile bir kuralın varlığının veya bir *opinio juris*'in kanıtı olabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, bir dizi kararın yeni bir kuralın oluşturulması için gerekli olan *opinio juris*'in kademeli gelişimini de gösterebileceği ifâde edilmiştir<sup>101</sup>. Divan, üye devletlerden her koşulda nükleer silâh kullanımını yasaklayan bir sözleşme yapmalarını talep eden kararların önemli bir çoğunlukla kabul edilmesinin nükleer silâhların yasaklanması konusundaki arzuyu gösterdiğini belirtmiştir<sup>102</sup>. Bununla birlikte, davada ele alınan kararların birkaçının önemli sayıda olumsuz oy ve çekimser oy ile kabul edildiğine

94 Jordan J. Paust, ‘Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law of The United States’ (1990) 12(1) Michigan Journal of International Law 59, 73 – 75.

95 International Law Association (n 21) 58 ff.

96 Henckaerts, / Doswald-Beck (n 11) XLIII-XLIV.

97 Guzman (n 12) 155.

98 International Law Commission (n 21) 148.

99 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 102.

100 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 99 – 100.

101 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 254 – 255.

102 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 255.

dikkat çekmiştir<sup>103</sup>. Bu hususları belirttikten sonra, yeni doğmakta olan *opinio juris*'in varlığını kabul etmekle beraber, devletlerin caydırıcılık uygulamasına bağılı kalmasının kuralın oluşumunu engellediğine karar vermiştir<sup>104</sup>.

Bahsi geçen kararda, Divanın, bir Genel Kurul kararının doğrudan *opinio juris*'i tespit etmeye muktedir olmadığına karar vermesi ve *Nikaragua* kararına hiç atıf yapılmaması, bu kararındaki tutumundan uzaklaştığının işareti olarak yorumlanmıştır<sup>105</sup>. Ancak, Divan, Genel Kurul kararlarına verilen çekimser oylara ve söz konusu kararlar ile uygulama arasındaki tutarsızlıklara işaret ederek karar vermiştir. Keza, *Nikaragua* kararında da Genel Kurul kararı vasıtasıyla tespit edilen *opinio juris*'in devlet uygulamaları ile tamamlanması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, Divanın BM Genel Kurul kararlarının *opinio juris*'i kanıtlayabileceği yönündeki görüşünden ayrıldığı sonucuna varılması yerinde değildir.

Koskenniemi, BM Genel Kurul kararlarının *opinio juris*'i yansıtıcı etkisinin belirsiz olduğunu ifade etmiştir. Zira, devletler siyasi bir jest veya bir ittifakın gereği olarak oy vermiş olabileceği gibi, güçlü bir devletin baskısı neticesinde ya da düşman devleti zor durumda bırakmak için de oy vermiş olabilir. Bu durumda, kararların *opinio juris*'i yansıttığından bahsetmek mümkün değildir. Öte yandan, devletler kararların bağlayıcı olmamasına güvenerek, oy kullanırken özgürce hareket edebilirler<sup>106</sup>.

Doktrinde, Genel Kurul kararlarının UTH kurallarının varlığının tespiti için gerekli olabileceği ileri sürülmüştür. Higgins, aynı konuya ilişkin aynı doğrultuda birden çok kararın olması durumunda bu kararların ispat değeri taşıdığını dile getirmiştir<sup>107</sup>. Kanaatimizce, bu kararlar UTH kurallarının varlığını doğrudan kanıtlamasa da, aynı hususta birçok kararın olması *opinio juris*'i kanıtlayabilir. Zira, devletler sıklıkla dile getirilen bir uygulamanın UTH kuralı hâline dönüşebileceğinin bilincindedirler. *Acquiescence* teorisinde belirtildiği üzere, tepki gösterilmesi gereken ve tepki gösterme imkânı bulunan bir uygulamaya karşı sessiz kalınması, bu uygulamanın kabul edildiği anlamına gelebilir.

#### **D. ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR**

Uluslararası antlaşmaların imzalanması veya onaylanması, bir ölçüde *opinio juris*'i kanıtlayabilir. Onay işlemi, onaylayan devletin, antlaşma ile bağlanma arzusunun ortaya koyar. Dolayısıyla, onaylayan devletin antlaşma hükümlerinin hukukî niteliğine ilişkin kanaatinin bir göstergesidir<sup>108</sup>. Buna karşın, imza işlemi, imzalayan devletin antlaşmayı onaylama rızasını göstermesine rağmen, devletin

103 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 255.

104 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 255.

105 Loretta Chan, 'The Dominance of The International Court of Justice in The Creation of Customary International Law' (2016) 6(1) Southampton Student Law Review 44, 63.

106 Koskenniemi (n 13) 434 – 435.

107 Rosalyn Higgins, 'The United Nations and Lawmaking: The Political Organs' (1970) 64(First Session) American Society of International Law Proceedings 37, 38.

108 Lopard (n 12) 194.

hukuken bağlı olma rızasını izhar etmez<sup>109</sup>. Yine de imza işlemi, antlaşma pek çok devlet tarafından imzalanmışsa, *opinio juris*'in bir ifâdesi olabilir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 18. maddesi uyarınca, bir devlet, antlaşmayı imzaladığı zaman antlaşmaya taraf olmama niyetini açıkça ortaya koyana kadar, antlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak davranışlardan kaçınmak zorundadır. Buna göre, antlaşma onay veya başkaca usuller ile yürürlüğe girecekse, imza ile onay arasındaki süreçte devlet teknik olarak antlaşma ile bağlı olmamasına rağmen, antlaşmayı imzalamayan devletlerle de aynı konumda değildir. İmzacı devlet, antlaşmaya henüz taraf olmasa da belirli hak ve yükümlülüklerle sahiptir<sup>110</sup>. Bununla birlikte, antlaşmayı imzalayan fakat onaylamayan devletin, antlaşma hükümlerini desteklediği veya en azından bunlara karşı olmadığı kabul edilebilir. Zira bir devletin, onaylamayacağı bir antlaşmayı, yalnızca siyasi bir saikle veya uluslararası topluluğun sempatisini kazanmak amacıyla imzalaması pek olası değildir<sup>111</sup>.

Devletler, imza ve onay işlemlerinden sonra, antlaşma yükümlülüklerini üstlenmelerine karşın, *opinio juris*'in varlığından söz edebilmek için antlaşma hükümlerinin, antlaşmadan bağımsız bir şekilde bir UTH kuralı olarak da bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>112</sup>. *Nikaragua* kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “İki devlet, belirli bir kuralı bir antlaşmaya dâhil etmeyi kabul ettiğinde, bu antlaşma o kuralı hukuken bağlayıcı hâle getirmek için yeterlidir, ancak uluslararası teamül hukuku alanında, tarafların kural olarak gördükleri şeyin içeriğine ilişkin ortak görüşü yeterli değildir. Divan, devletlerin *opinio juris*'inde bu kuralın varlığının uygulama tarafından teyit edildiği hususunda tatmin olmalıdır<sup>113</sup>.” Dolayısıyla, taraf devletler, antlaşmada yer alan yükümlülükleri yalnızca antlaşma gereği yerine getiriyorlarsa, antlaşmadan bağımsız olarak *hukuki bir yükümlülüğe sahip olmadıklarına* inanıyorlarsa, *opinio juris*'in varlığından bahsedilemez<sup>114</sup>.

UTH kurallarını kodifiye ettiğini açıkça beyan eden sözleşmeler, sözleşme hükümlerinin teamüli vasfını kanıtlayabilir. Örneğin, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 1. maddesinde “Sözleşmeci Devletler, ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin, önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri soykırımın Uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu teyit eder<sup>115</sup>” hükmü yer almaktadır. *Soykırım Sözleşmesi*'ne Çekinceler danışma görüşünde, Sözleşme'nin asıl amacının, ‘soykırımın, uluslararası hukuka göre suç olarak kabul edildiğini’ göstermek olduğu belirtilerek, “Sözleşme'nin temelinde yer alan ilkelerin, medeni milletler tarafından ve herhangi bir akdi yükümlülük olmaksızın dahi devletler üzerinde bağlayıcı olarak kabul edilen ilkeler” olduğu tespit edilmiştir<sup>116</sup>. Buna karşın, sözleşmenin önsözünde, sözleşme hükümlerinin UTH kurallarını

109 ibid 193.

110 Öktem (n 4) 258.

111 ibid 259.

112 Gennady M. Danilenko, ‘The Theory of International Customary Law’ (1988) 31 German Yearbook of International Law 9, 38.

113 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 98.

114 Arthur M. Weisburd, ‘Customary international law: The Problem of Treaties’ (1998) 21(1) Vanderbilt Journal of Transnational Law 1, 24.

115 Sözleşme metni için bkz. <[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/231.202.0093827bm\\_11.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/231.202.0093827bm_11.pdf)> (Erişim tarihi: 03.06.2021).

116 Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion (ICJ

yansıtığı beyan edilse de, çoğu zaman sözleşmeler yeni hükümler de ihtiva eder<sup>117</sup>. Örneğin, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi hem mevcut UTH kurallarını kodifiye etmiştir hem de yeni hükümler getirmiştir<sup>118</sup>. Yine de tarafların antlaşmanın mevcut kuralları kodifiye ettiğini beyan etmesi, bu yönde bir delil teşkil edebilir. Bu tür bir antlaşmaya taraf devletlerin sayısı ne kadar fazlaysa bu kanıt o kadar ikna edicidir<sup>119</sup>.

Bir kodifikasyon sözleşmesi olmasa da, bir antlaşmanın neredeyse evrensel düzeyde kabul görmesi de, söz konusu antlaşmanın hükümlerinin UTH kurallarını yansıtığının kuvvetli bir göstergesi olabilir<sup>120</sup>. UAD da antlaşma hükümlerinin UTH kurallarını yansıtıp yansıtmadığını araştırırken, taraf devletlerin sayısını dikkate almıştır. Örneğin, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* davalarında, 1958 Cenevre Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan eşit uzaklık prensibinin teamüli niteliğini incelerken, Sözleşmeye katılımın ve onayların sayısının kayda değer olmakla birlikte yeterli olmadığını belirtmiştir<sup>121</sup>. *Sığınma Hakkı* kararında da 1933 Montevideo Sözleşmesi'nin yalnızca 11 devlet tarafından onaylanmış olmasının iddianın zayıflığını ortaya koyduğuna karar vermiştir<sup>122</sup>. Antlaşmanın geniş bir katılımıla onaylanmış olmasının yanında, ilgili antlaşmaya taraf olmayan devletlerin, antlaşmanın hem imzalanması sırasındaki hem de sonrasındaki tutumu antlaşma hükümlerinin UTH kuralı olup olmadığının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır<sup>123</sup>.

Sonuç olarak, uluslararası antlaşmalar, UTH kurallarının tespitinde önemli bir yer tutmaktadır.  nemli miktarda devletin taraf olduğu antlaşmalar, antlaşmaların akdedilme aşamasındaki imza ve onay işlemleri devletlerin *opinio juris*'ini yansıtabilir. Ancak, bir antlaşmadaki bir veya belirli hükümlerin teamüli vasfı haiz olması için antlaşmaya taraf devletlerin yalnızca antlaşma yükümlülüğünü yerine getirme saikiyle hareket etmemeleri, antlaşmadan bağımsız olarak *hukuki bir yükümlülüğe sahip olduklarına* inanmaları gerekmektedir.

---

Reports 1951) 23.

117 Akehurst (n 56) 46; aynı düzenleme içerisinde dahi, UTH kuralının kodifiye edilirken söz konusu kurala birtakım yenilikler getirilmesi mümkündür. Örneğin, Antlaşmaların geçici uygulanmasını düzenleyen 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile Devletler ve 1986 Uluslararası  rg tler arasındaki Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'nin 25.maddesinin, geçici uygulamanın nasıl hayata geçirileceğine ilişkin ilk bölümünün teamül hukukunu kodifiye etmesine rağmen, geçici uygulamanın sona ermesine ilişkin ikinci bölümü için aynı durumun söz konusu olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Meltem Saribeyoğlu Skalar, *Uluslararası Hukukta Antlaşmaların Geçici Uygulanması* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 8-10.

118 Alp Eren Tanyeri, 'Uluslararası Hukukta  zel Hassas Deniz Alanları ve Türk Sularına Uygulanması' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2018) 16.

119 International Law Association (n 21) 44.

120 International Law Commission (n 21) 143.

121 North Sea Continental Shelf Cases (n 14) 42.

122 Asylum Case (Colombia/Peru), Judgment (ICJ Reports 1950) 277.

123 International Law Commission (n 21) 144.

## E. ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

Mahkeme kararları, UAD Statüsü'nde uluslararası hukukun tâli kaynağı olarak nitelendirilmiş<sup>124</sup> ve yalnızca uyumsuzluğun tarafları üzerinde ve karar verilen dava için bağlayıcı olduğu belirtilmiştir<sup>125</sup>. Uluslararası yargı kararları her ne kadar uluslararası hukukun yardımcı kaynakları olsa da UTH kurallarının belirlenmesinde önemli bir yer tutmaktadır. Uluslararası mahkemelerin kararları, UTH kurallarının varlığının dikkate alınması gereken davalarda, bu tür kuralların varlığının veya yokluğunun belirlenmesi noktasında değer taşımaktadır<sup>126</sup>. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, uluslararası mahkemeler yalnızca mevcut kuralları tespit etmekle görevlidirler, hukuk yaratamazlar. Bu husus, *Nükleer Silâhların Kullanımının ve Tehdidinin Hukuka Uygunluğu* danışma görüşünde vurgulanmıştır. Kararda Divanın hukuk yaratamayacağı ve görevinin dava konusu olan nükleer silâhların kullanımına ve tehdidine uygulanabilir hukuk ilkelerinin ve kurallarının varlığını veya yokluğunu tespit etmek olduğu belirtilmiştir<sup>127</sup>.

UAD kararlarının uluslararası hukukun yardımcı kaynakları olduğunu söyleyen 38(1)(b) hükmü ile kararın yalnızca taraflar üzerinde bağlayıcı olduğunu belirten 59. madde birlikte değerlendirildiğinde, kararların “bir defaya mahsus” verildiği sonucu çıkmaktadır. Byers, Divanın müteakip davalarda önceki kararlarına dayanması neticesinde, bunların uluslararası hukuk üzerindeki etkisini devam ettirdiğini ileri sürmüştür<sup>128</sup>. Uluslararası Adalet Divanı ve diğer uluslararası mahkemeler, mahkemenin statüsüne, muhakemenin kalitesine (ne kadar kapsamlı bir inceleme yapıldığına), mahkemenin yetkilendirildiği antlaşmaya ve buna benzer faktörlere bağlı olarak emsal niteliği taşıyan kararlar verebilirler<sup>129</sup>. Bu tür kararların verildiği tarih ile mevcut uyumsuzluk arasında kısa bir süre geçmişse ya da kuralı değiştirecek miktarda devlet uygulaması ortaya çıkmamışsa bu kararlar önem arz edebilir<sup>130</sup>. Ancak Divan UTH kuralı yarattığı öne sürülen devlet uygulamalarını yeterince araştırmaksızın, önceki kararları takip ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>131</sup>. UTH kurallarının meşrûyetini devlet uygulamalarından alması sebebiyle, Divanın bu eğiliminin kararların meşrûyetini önemli ölçüde engellediği belirtilmiştir<sup>132</sup>.

Sonuç olarak, uluslararası mahkemeler bir uygulamada meydana gelen değişimleri tespit etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla, her davada kurala ilişkin devlet uygulamalarını ve *opinio juris*'i araştırmalıdır. Uluslararası mahkemelerin uygulamada meydana gelen değişimleri saptamaktan imtina etmesi yerinde değildir ve bu tür eğilimler, uluslararası mahkemelerin kararlarının UTH kurallarının tespitindeki rolünü de azaltmaktadır.

124 Bkz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.38(1)(d) (n 2).

125 Bkz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.59 (n 2).

126 International Law Commission (n 21) 149.

127 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (n 92) 237.

128 Byers (n 23) 121.

129 Mendelson (n 34) 202.

130 Byers (n 23) 122.

131 Hugh Thirlway, ‘The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989’ (2005) 76(1) British Yearbook of International Law, 116. [Aktaran: Chan (n 105) 48.]

132 Chan (n 105) 56.

### III. ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARINI TESPİT YÖNTEMLERİ

#### A. UNSURLARIN TESPİTİ

UAD Statüsü'nün 38. maddesinde, iki unsurun varlığının nasıl belirleneceğine ilişkin belirli bir formül bulunmamaktadır. Unsurların tespitine yönelik olarak hem doktrinde çeşitli savlar ileri sürülmüş hem de UAD farklı dönemlerde farklı yaklaşımlar benimsemiştir.

*Lotus* kararına kadar geçen dönemde, bu dönemde hâkim olan monolitik anlayış doğrultusunda, devlet uygulaması ile *opinio juris* arasında belirgin bir ayırım yapılmamıştır<sup>133</sup>. *Lotus* kararında bir kaçınma yükümlülüğünün teamüli niteliği incelenirken manevî unsurun devlet uygulamasından bağımsız olarak belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmış ve bunun sonucu olarak, manevî unsurun maddî unsurdan ayrı olarak araştırılması fikri ortaya çıkmıştır<sup>134</sup>. UAD, *Lotus* kararında ortaya çıkan bu tutumu *Sığınma Hakkı* kararında genelleştirmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Kolombiya Hükümeti, ileri sürdüğü kuralın ilgili devletler tarafından uygulanan sabit ve yeknesak bir teamül (usage) ile uyumlu olduğunu ve bunun sığınma hakkı veren devlete ait bir hak ve bölgesel devlete düşen bir yükümlülüğün ifâdesi olduğunu kanıtlamalıdır. Bu sonuca, Mahkeme Statüsü'nün 38. maddesinde uluslararası teamülün ‘hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak’ ifâde edilmesinden varılmaktadır.” Bu atıftan anlaşıldığı üzere, Divan, sözü edilen kararında yer alan UTH kurallarının Statü’de yer alan tanımına dayanarak, iki unsur arasındaki ayrımı genelleştirmiştir.

*Maine Körfezi* kararı ile birlikte, Divanın unsurların ayrı ayrı araştırılması fikrinden uzaklaşmaya başladığı görülmektedir. Kararda yer alan “devletlerin *opinio juris*’inde var olan bir dizi teamüli kural, önyargılı fikirlerden tümdengelim yoluyla değil, yeterince yaygın ve ikna edici uygulamanın analizine dayanan tümevarım ile test edilebilir<sup>135</sup>” ifâdesinden Divanın *opinio juris*’in uygulamadan yola çıkarak tespit edilebileceği fikrini benimsediği sonucuna varılmaktadır. Bu yaklaşım, unsurların müstakil ve ayrı bir test ile saptanması yaklaşımı ile çelişmesine rağmen, anılan kararda iki unsur doktrininden tamamen uzaklaşmamıştır<sup>136</sup>.

Divanın, *Nikaragua* kararında, *opinio juris*’in devlet uygulamaları temelinde araştırma yapılarak tespit edilebileceği yaklaşımını benimsemesi nedeniyle, unsurların ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği fikrinden daha fazla uzaklaştığı görülmektedir. Kararın sıklıkla atıf yapılan kısmı şu şekildedir: “Devletlerin uygulamalarında, devletlerin güç kullanmaktan veya birbirlerinin işlerine müdâhale etmekten kaçınmaları bakımından, söz konusu kuralların uygulanmasının kusursuz bir şekilde tam bir tutarlılık içinde olması beklenemez. Divan, bir kuralın teamül olarak oluşması için ilgili uygulamanın kural ile muhakkak katı bir şekilde uyumlu olması gerektiği kanaatinde değildir. Divan, teamüli kuralların varlığını ortaya çıkarmak için, devletlerin davranışının bu tür kurallar ile genel olarak

133 Bkz. Bkz. Jean D’Aspremont, ‘The Four Lives of Customary International Law’ (2019) Forthcoming in International Community Law Review < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3345589](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3345589) > (Erişim tarihi: 01.06.2022), 4-11.

134 ibid 12.

135 Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment (1CJ Reports 1984) 299.

136 D’Aspremont (n 134) 17.

tutarlı olmasını ve belirli bir kuralla tutarsız olan devlet davranışlarının genel olarak yeni bir kuralın tanınmasının göstergesi olarak değil, bu kuralın ihlâli olarak değerlendirilmesini yeterli görmektedir. Bir devlet muteber olan bir kuralla *prima facie* çelişkili bir şekilde hareket ediyorsa, ancak davranışını kuralın kendisinde bulunan istisnalar ve gerekçelere başvurarak savunuyorsa, (...) bu tutumu kuralı zayıflatmaktan ziyâde teyit etmektedir<sup>137</sup>.”

Divanın anılan kararda geleneksel anlamdaki iki unsur yaklaşımından uzaklaştığı konusunda doktrinde fikir birliği olmasına rağmen, hangi unsuru öne çıkardığı konusunda farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Banteka, iki gerekçeye dayanarak, bu kararda manevî unsura daha fazla ağırlık verildiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, geleneksel anlamda genel, tutarlı ve yeknesak devlet uygulamasının, *opinio juris* tarafından teyit edilmesi beklenirken, BM Genel Kurul Kararı vasıtasıyla tespit edilen *opinio juris*'in devlet uygulaması tarafından teyit edilmesi gerektiğinin söylenmesi, geleneksel yaklaşımdan uzaklaştığını göstermektedir. Keza, aynı yazar, kuralın oluşması için aranan yeknesaklık eşliğinin düşürülmesi ve genel uygulamadan sapan eylemlerin yeni bir kuralın oluşmakta olduğunun göstergesi olarak değil, mevcut kuralın ihlâli olarak değerlendirilmesini manevî unsurun öne çıkarılması olarak yorumlamıştır<sup>138</sup>. Buna karşın, Aksar, Divanın, *Nikaragua* ve *Maine Körfezi* kararlarında manevî unsurun varlığını devlet uygulamasına dayandırdığı için, maddî unsura daha fazla ağırlık verdiğini ifade etmiştir<sup>139</sup>.

*Nikaragua* kararının ardından pek çok reformist görüş ortaya atılmış ve bir unsurun varlığının diğer unsurdan yola çıkılarak tespit edilebileceği görüşü taraftar kazanmıştır. Bu görüşler içerisinde en çok dikkat çekeni Kirgis'in "değişken ölçek" (*sliding scale*) görüşüdür. Bu görüşe göre, çok sık ve tutarlı devlet uygulaması, şayet bu uygulamanın normatif olmadığı inancı kesin olarak saptanamıyorsa, *opinio juris*'e dair güçlü kanıtlar olmasa dahi bir UTH kuralını oluşturur. Uygulamanın sıklığı ve tutarlılığı azaldıkça, *opinio juris*'in tespiti için daha ikna edici kanıtlar gereklidir. Buna karşın, *opinio juris* açıkça tespit edilebildiği takdirde, devletlerin sürekli olarak iddia edilen kurala göre davrandığını gösteren daha muteber bir UTH kuralının oluşabileceğini belirtmiştir<sup>140</sup>.

Bu dönemde pek çok yazar, yaygın, tutarlı ve yeknesak devlet uygulamasının *opinio juris*'in güçlü bir göstergesi olduğunu dile getirmiştir. Örneğin, Danilenko, sabit ve yeknesak devlet uygulamasının, uygulamanın bir UTH kuralı olduğu yönünde uluslararası toplumun irâdesinin göstergesi olduğunu ifade etmiştir<sup>141</sup>. Kirgis'in görüşüne benzer şekilde, Uluslararası Hukuk Derneğinin pek çok üyesi, maddî unsurun oluştuğu kesin olarak tespit edilebiliyorsa ama uygulamanın hukukî bir yükümlülük veya hak meydana getirmeyeceğine ilişkin inanç açıkça anlaşılıyorsa, *opinio juris*'in kanıtlanmasının gerekli olmadığını öne sürmüşlerdir. Zira yeterince yaygın olan bir uygulamanın, bu tür inancın mevcut olduğunu gösterme olasılığı oldukça yüksektir. Buna karşın, bir uygulamanın hukuka uygun

137 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 98.

138 Nadia Banteka, 'Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification' (2018) 39(3) Michigan Journal of International Law 301, 334–335.

139 Aksar (n 44) 68.

140 Frederic L. Kirgis, 'Custom on a Sliding Scale' (1987) 81(1) The American Journal of International Law 146, 149.

141 Danilenko (n 96) 35.

olduğuna dair kabul devlet davranışlarından kolaylıkla anlaşılabilirse, devlet uygulamasına ilişkin nispi eksikliklerin telafi edilebileceği belirtilmiştir<sup>142</sup>.

UHK, iki kurucu unsurun ayrı ayrı araştırılması gerektiğini belirtmesine rağmen, her iki unsurun aynı materyal üzerinden saptanabileceğini dile getirmiştir. Örneğin, resmî bir devlet raporu bir uygulama niteliği taşıırken veya devletin uygulamasına yönelik bilgi sağlarken, aynı zamanda uygulamanın altında yatan hukukî görüşün de bir göstergesi olabilir<sup>143</sup>. Komisyonun bu görüşü çelişkili olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. İki unsurun aynı materyal üzerinden değerlendirilmesinin, aslında devlet uygulamasının *opinio juris*'in kanıtı olarak görüldüğünün kabulü olduğu ileri sürülmüştür<sup>144</sup>.

## **B. METODOLOJİK DÜALİZM: TÜMDENGELİM – TÜMEVARIM**

Uluslararası hukuk metodolojisi terimi, daha dar anlamıyla uluslararası hukuk kurallarını tespit etmek için kullanılan yöntemleri ifade etmektedir. Hukuk kurallarını tespit etme yöntemleri, bu kuralları belirli davalarda uygulama metotlarından farklı olup, bu kuralların uygulanması, kuralın tespitinden sonraki aşamayı oluşturmaktadır<sup>145</sup>. Hem kuralların tespitinde hem de bu kuralların yorumlanmasında esasen tümdengelim ve tümevarım yöntemleri kullanılmaktadır. Ancak hukuk kurallarının yorumlanması bu makalenin kapsamı dışında olduğundan, bu başlıkta yalnızca anılan yöntemlerin UTH kurallarının tespitindeki rolü irdelenecektir.

Geleneksel yaklaşımda, UTH kuralları tümevarım yoluyla tespit edilir. Bu yöntemde, bir hukuk kuralı, devlet uygulamasının ve *opinio juris*'in ampirik olarak gözlemlenen bireysel örneklerinden yola çıkarak saptanır. Bu süreçte özelden genele giderek, sistematik bir gözlem ve ampirik bir genelleme yapılır<sup>146</sup>. Roberts, “uygulamanın ne olduğuna” odaklanan bu yöntemi tasvirî gerçeklik (*descriptive accuracy*) olarak adlandırmıştır. Yazara göre, bu yöntem, kuralların devlet davranışlarından yola çıkarak içeriğinin belirlenmesi açısından önemlidir. Zira devlet davranışlarına dayanmayan kurallar, gerçekçi olmayan standartlar belirler ve nihayetinde bu tür kuralların unutulması muhtemeldir<sup>147</sup>. Talmon, tümevarım metodunun kullanılmasının mümkün olmadığı dört durum tanımlamıştır. Bu görüşe göre, yeni ortaya çıkan meseleye ilişkin yeterli devlet uygulaması bulunmadığında, devlet uygulamaları çelişkili olduğunda, *opinio juris* tam olarak belirlenmediğinde ve devlet uygulaması ile *opinio juris* tutarsız olduğunda tümevarım yöntemi kullanılamaz. Bu tür durumlarda, özellikle ihmâl ve kaçınma hareketlerinden oluşan uygulamaların teamüli niteliği belirlenirken, başka bir deyişle belirli eylemleri yasaklayan UTH kuralları tespit edilirken tümdengelim yolunun kullanılması daha

142 International Law Association (n 21) 40.

143 International Law Commission (n 21) 129.

144 Jörg Kammerhofer, ‘Between Pragmatism and Disenchantment: The Theory of Customary International Law after the ILC Project’ in Merkouris, P./Kammerhofer J./Arajärvi, N. (Ed.), *The Theory, Practice and Interpretation of Customary International Law* (3-28) (Cambridge University Press 2022), 14.

145 Stefan Talmon, ‘Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology Between Induction, Deduction and Assertion’ (2015) 26(2) *The European Journal of International Law* 417, 419-420.

146 Talmon (n 146) 420.

147 Roberts (n 76) 770.

yerinde olacaktır<sup>148</sup>. Roberts, katı geleneksel yaklaşımın, emperyalist devletler başta olmak üzere birkaç devletin uygulamalarına dayanarak UTH kurallarının ortaya çıkmasına sebep olduğu ve statükoyu meşrûlaştırdığı gerekçesiyle, temsil edici olmadığı yönünde eleştirmiştir<sup>149</sup>.

Modern yaklaşım olarak nitelendirilen tümdengelim metodu, kuralların genel ifâdelerinden yola çıkılarak tespit edilmesini ifâde etmektedir. Bu yöntemde ya genel olarak kabul gören bir kural veya ilkeden hukukî muhakeme yoluyla çıkarım yapılır<sup>150</sup> ya da *opinio juris* ön plana çıkartılır ve çok sayıda devlet tarafından onaylanan antlaşmalar veya BM Genel Kurul kararlarına dayanarak UTH kuralları saptanır<sup>151</sup>. Tümdengelim yönteminde bir vargıyı (*conclusion*) kanıtlamak için örneklerle dayanılmaz. Bu yöntemde herhangi bir vargı çelişkili örneklerle çarpıtılmadığı için, tümevarım yönteminde görülen zayıflıklar bu yöntemde görülmez<sup>152</sup>.

UAD'nin tümdengelim yöntemini her iki şekilde de kullandığı görülmektedir. İlk olarak, davaya uygulayabilecek somut bir hukuk kuralı bulamadığında, mevcut bir prensipten bir yükümlülük çıkartmak suretiyle tümdengelim yöntemini kullanmaktadır. Örneğin, *Korfu Boğazı* kararında, barış zamanında mayınların varlığını gemilere bildirme yükümlülüğünü tespit ederken, temel insanî mülahazalar, denizde haberleşme özgürlüğü, devletin kendi topraklarını diğer devletlerin haklarına aykırı olarak kullanmama yükümlülüğü gibi genel kabul görmüş prensiplerden yola çıkmıştır<sup>153</sup>. Divanın temel hak ve prensiplerden UTH kuralları çıkarması, yeni bir kural ihdası olarak değerlendirilmiş ve bu itibarla, iki unsur yaklaşımından uzaklaştığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>154</sup>. Divanın kullandığı diğer bir yöntem ise, BM Genel Kurul kararları gibi bağlayıcı olmayan bir belgenin *opinio juris*'i yansıttığı kabulüyle, UTH kuralının varlığını araştırmasıdır. Divan, *Nikaragua* kararında bu yaklaşımı benimseyerek, “*Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca, opinio juris, diğerlerinin yanı sıra, özellikle ‘Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca Devletler Arasında Dostâne İlişkiler ve İşbirliğine Temas Eden Uluslararası Hukuk İlkelerine İlişkin Bildirge’* başlıklı 2625 (XXV) sayılı karara yönelik devletlerin ve tarafların tutumlarından çıkarılabilir<sup>155</sup>” sonucuna varmıştır. Divan bu kararında, BM Genel Kurul kararına başvurarak *opinio juris*'i tespit etmeyi yeterli görmemiş, *opinio juris*'e devlet uygulamasının da eşlik etmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, *Korfu* kararının aksine, bu kararda iki unsur doktrininden uzaklaşmamıştır<sup>156</sup>.

Merkouris, tümevarım ve tümdengelim yöntemlerinin, UTH kurallarının farklı aşamalarında kullanılabilir yöntemler olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, uluslararası mahkemelerin, bazı

148 Talmon (n 146) 422.

149 Roberts (n 76) 769.

150 Talmon (n 146) 420.

151 Alberto Alvarez-Jiménez, ‘Methods for The Identification of Customary International Law in The International Court of Justice’s Jurisprudence: 2000—2009’ (2011) 60(3) The International and Comparative Law Quarterly 681, 687, 689.

152 William Thomas Worster, ‘The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches’ (2014) 45(2) Georgetown Journal of International Law 445, 455-456.

153 Kök Değerli (n 3) 220.

154 Kök Değerli (n 3) 313.

155 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 99 – 100.

156 Alvarez-Jiménez (n 152) 688; Kök Değerli (n 3) 232-233.

davalarda tümevarım, diğçerlerinde tümdengelım metodunu kullanması metodolojik bir tercih değıildir. UTH kuralları uzun bir süre boyunca varlıklarını devam ettirir ve hukukî sonuçlar üretir. Her iki metot arasındaki fark bu noktada ortaya çıkar. Buna göre, tümevarım yöntemi UTH kurallarının oluşumuna odaklanırken, tümdengelım bir hukuk kuralı tespit edildikten sonra bu kuralın bir olaya nasıl uygulanacağı ile ilgilenir<sup>157</sup>. Worster ise her iki yöntemin iç içe geçtiğini ve iki yöntem arasında bir seçim yapılması gerekmediğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, tümevarım yönteminde kısmen tümdengelımsel sonuçlara dayanılırken, tümdengelım yönteminde, hipotezi tümevarımsal olarak teyit etmek için devlet uygulamalarına ihtiyaç duyulur<sup>158</sup>.

UAD kararları incelendiğinde açıkça görölmektedir ki, UAD, uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinde hem tümdengelım hem de tümevarım yöntemlerini kullanmaktadır. Divanın bu yöntemleri neye dayanarak seçtiğı açık değıildir, ancak kanaatimizce en kolay şekilde sonuca ulaşabileceğı yöntemi benimsemektedir. Birçok durumda *opinio juris*'in tespiti genel uygulamanın tespitinden daha zordur. Neredeyse evrensel katılıma sahip BM Genel Kurul kararları ve antlaşmalar *opinio juris*'in güçlü kanıtlarıdır ve dolayısıyla bunların varlığı *opinio juris*'in tespitini kolaylaştırmaktadır.

### **C. VAR OLAN BİR ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALININ DEĞİŞİMİNİN TESPİTİ: ÖRNEK YAKA ÇÖZÜMLEMESİ OLARAK MEŞRÜ MÜDÂFAA HAKKININ İNCELENMESİ**

Mevcut bir UTH kuralına ilişkin devlet uygulaması ve *opinio juris*'indeki değıişimler kuralın içeriğinin veya kapsamının değıişmesine sebep olabilir. Bu bağlamda, UTH kurallarının tespiti yalnızca bu kurallarının oluşumu yönünden değıil, bunların değıişimi hususunda da önem arz eder. Çoğı zaman bir kuralın değıişimini tespit etmek, oluşumunu tespit etmekten daha zordur. Zira mevcut kuraldan sapan uygulamaların, kurala aykırılık mı teşkil ettiğı yoksa kuralın içeriğinin veya kapsamının değıişimine mi sebep olduğunu belirlemek oldukça güçtür. Ancak günümüzde, devletlerin inançlarını kolektif olarak yansıtan vasıtaların artmasıyla beraber, UTH kurallarındaki değıişimler daha kolay tespit edilebilir hâle gelmiştir. Bu bağlamda, BM Genel Kurulu gibi uluslararası örgütlerin geniş bir temsil edicilik gücüne sahip olan organlarının kararları ve çok taraflı antlaşmalar, kuralın muhteviyatının veya kapsamının değıiştiğı inancının yâni bu yöndeki *opinio juris*'in güçlü bir göstergesi olabilir. Bu tür bir inancın tespit edilmesi, mevcut kural ile örtüşmeyen uygulamaların bir hukuk ihlâli olarak değıil, kuralda meydana gelen değıişimin göstergesi olarak kabul edilmesini sağlayabilir. Bu savın daha iyi açıklanabilmesi amacıyla, *opinio juris*'teki ve genel uygulamadaki değıişimlerin daha kolay tespit edilebildiğı devlet dışı aktörlere karşı sınır ötesinde meşrû müdâfaa hakkının kullanılması meselesi örnek vaka olarak analiz edilecektir.

Kuvvet kullanma yasağının istisnalarından biri olan meşrû müdâfaa hakkı BM Şartı'nın 51. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükümde “antlaşmanın hiçbir hükmünün, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silâhlı bir saldırıya hedef olması hâlinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve

157 Panos Merkouris, 'Interpreting the Customary Rules on Interpretation' (2017) 19 International Community Law Review 126, 136-137.

158 Worster (n 153) 520.

güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alınca dek, bu üyenin doğal olan bireysel veya ortak meşrû müdâfaa hakkına hanel getirmeyeceği” belirtilmiştir. Anılan maddeden kimden gelen veya kime atfedilebilen saldırılara karşı meşrû müdâfaa hakkının kullanılabilmesi anlaşılabilmesine rağmen<sup>159</sup>, klasik görüşü savunan yazarlar, yalnızca devletlerden gelen saldırılara karşı meşrû müdâfaa hakkının kullanılabilmesini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, 51.madde BM Şartı m.2(4) bir istisnası olarak düzenlendiği ve m. 2(4) “devletler arasında” kuvvet kullanılmasını yasakladığı için yalnızca devletlerden gelen silâhlı saldırılara karşı meşrû müdâfaa hakkı kullanılabilir<sup>160</sup>. Bu görüşü savunan yazarların diğer gerekçesi, uluslararası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen 1974 tarihli 3314 (XXIX)<sup>161</sup> sayılı BM Genel Kurul kararında silâhlı saldırı kavramının “belli bir yoğunluğa erişmiş kuvvet kullanma eylemlerini” kapsadığının kabul edilmesidir<sup>162</sup>.

UAD'nin *Nikaragua* kararında belirttiği gibi, meşrû müdâfaa hakkı hem bir antlaşma kuralı hem de bir UTH kuralı olarak varlığını sürdürmektedir<sup>163</sup>. Meşrû müdâfaa hakkına başvurulması için gerekli olan şartlar mevcut olduğu takdirde, söz konusu hak uluslararası teamül hukukuna dayanarak da uygulanabilir<sup>164</sup>.

17 Şubat 1995 tarihli ve 49/60 sayılı BM Genel Kurul kararında “Uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturabilecek, devletler arasındaki dostane ilişkileri tehlikeye atabilecek, uluslararası işbirliğini engelleyebilecek ve insan haklarını, temel özgürlükleri ve toplumun demokratik temellerini yok etmeyi amaçlayan terör eylem, yöntem ve uygulamalarının Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerinin ağır bir ihlâli olduğu” beyan edilmiştir<sup>165</sup>. 16 Ocak 1997 tarihli ve 51/210 sayılı BM Genel Kurul kararı<sup>166</sup> ile 26 Ocak 1999 tarihli ve 53/108 sayılı Genel Kurul kararında<sup>167</sup> aynı hususlar tekrar edilmiştir.

BM Şartı'nın kabul edilmesinden önceki dönem de dâhil olmak üzere, devlet dışı silâhlı aktörlerin saldırılarına karşı meşrû müdâfaa hakkına başvurulmuş pek çok devlet uygulaması bulunmaktadır. Bu bağlamdaki incelenebilecek ilk devlet uygulaması Caroline olayıdır. 29 Aralık 1837 yılında İngiltere, Navy Adası ile Amerikan toprakları arasında erzak ve mühimmat taşıyan Caroline isimli gemiyi, geminin ABD limanında demirli olduğu sırada, yakarak batırmıştır. Bu olay neticesinde iki kişi ölmüş ve ABD'nin İngiltere tarafından egemenliğinin ihlâl edildiği gerekçesiyle yaptığı protestoya karşı İngiltere meşrû müdâfaa hakkına başvurduğunu beyan etmiştir<sup>168</sup>. Caroline olayı, bir devletin

159 Ceren Zeynep Pirim, ‘Devletlere Atfedilemeyen Silâhlı Saldırlara Karşı Meşrû Müdafaa: Uluslararası Hukukta Sınır Ötesi Operasyonun Hukukî Zemini’ (2019) 40 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 245, 252.

160 ibid 250.

161 UN Doc. A/RES/3314(XXIX) <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>> (Erişim tarihi : 14.08.2022).

162 Pirim (n 160) 252.

163 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (n 37) 94.

164 Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020), 347.

165 UN Doc. A/RES/49/60<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/768/19/PDF/N9576819.pdf?OpenElement>> (Erişim tarihi 14.08.2022).

166 UN Doc. A/RES/51/210 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/761/65/PDF/N9776165.pdf?OpenElement>> (Erişim tarihi: 14. 08.2022).

167 UN Doc. A/RES/53/108 <<https://digitallibrary.un.org/record/265702>> (Erişim tarihi: 14.08.2022).

168 Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 345.

başka bir devletin topraklarında konuşlanan devlet dışı silahlı aktörlerin saldırısına uğraması hâlinde, konak devletin yardımını istedikten sonra, yeni saldırıların yapılmasını önlemek için konak devletin topraklarında meşrû müdâfaa hakkını kullanabileceği görüşünü destekler niteliktedir<sup>169</sup>.

Fransa ve Cezayir arasındaki Tunus nedeniyle, Hindistan ve Pakistan arasında Keşmir nedeniyle başlayan çatışmalarda, Fransa ve Hindistan eylemlerini meşrû müdâfaa hakkına dayanarak savunmuşlardır<sup>170</sup>. ABD'nin Vietnam Savaşı sırasında Kamboçya'ya sığınan düşman unsurlarına karşı düzenlediği saldırılar geniş çapta eleştirilmiş, ancak bu eleştirilerin operasyonların hukukiliğine karşı olmadığı, savaş karşıtlığının artmasından kaynaklandığı  ne sürülmüştür<sup>171</sup>. Portekiz, Zambiya'nın düşman kuvvetlerinin toprakları üzerinde konuşlanmasına ve bunların eğitim ve tedariklerine izin verdiği gerekçesiyle Zambiya'ya karşı meşrû müdâfaa hakkına başvurmuştur. Portekiz 1969 ve 1971 yılları arasında, benzer gerekçelere dayanarak Senegal ve Gine'ye karşı da askerî eylemlerde bulunmuştur<sup>172</sup>.

Güney Afrika Cumhuriyeti, 1970'li ve 80'li yıllarda, Angola, Mozambik, Zambiya, Lesotho ve Botswana Devletlerinin, kendisine tekrar eden saldırılar gerçekleştirmekte olan terörist unsurları barındırdığı gerekçesiyle, bahsi geçen Devletlere karşı meşrû müdâfaa hakkına dayanarak askerî harekâtlar düzenlemiştir<sup>173</sup>. Aynı dönemde, Fas, Batı Sahra çatışmasında<sup>174</sup>, İsrail ise silahlı Filistinli grupların kararghlarının bulunduğunu ileri sürdüğü Ürdün ve L bna'na düzenlediği askerî operasyonlarda meşrû müdâfaa hakkına dayanmıştır<sup>175</sup>.

1980'li ve 90'lı yıllarda, Irak'ın kampları bulunan PKK'nin tekrar eden şekilde kendi topraklarına saldırması üzerinde Türkiye meşrû müdâfaa hakkına başvurmuştur. Türkiye'nin meşrû müdâfaa hakkına başvurmasına karşı, uluslararası toplulukta önemli bir tepki oluşmamıştır<sup>176</sup>. 90'lı yıllarda İran, Halkın Mücahitleri  rg t 'nün Irak'ta kararghları bulunduğu gerekçesiyle, bunlara karşı askerî eylemlerde bulunmuştur. Uluslararası toplum İran'ın bu eylemini saldırı olarak nitelendirmesine rağmen, söz konusu saldırı kınanmamıştır<sup>177</sup>. 1998 yılında El Kaide  rg t 'nün ABD'nin Kenya ve Tanzanya'daki büyükelçilik binalarına gerçekleştirdiği saldırıların akabinde, ABD, Afganistan ve Sudan'da bulunan El Kaide unsurlarına meşrû müdâfaa zemininde saldırılar düzenlemiştir<sup>178</sup>.

169 Michael N. Schmitt, 'Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law' (2002) 79International Law Studies, US Naval War College 7, 44.

170 Mary Ellen O'Connell, Christian J. Tams, Dire Tladi, 'Self-Defence against Non-state Actors', Max Planck Trialogues on the Law of Peace and War, vol 1, (Cambridge University Press 2019) 137 [Aktaran: Erkiner (n. 165) 355.]

171 Schmitt (n 170) 41.

172 Terry D. Gill, Kinga Tibori-Szabó. 'Twelve Key Questions on Self-Defense against Non-State Actors' (2020) 95(1) International Law Studies 467, 476.

173 Gill & Tibori-Szabo (n 173) 476.

174 O'Connell / Tams / Tladi, s. 138 [Aktaran: Erkiner (n 165) 355.]

175 Gill & Tibori-Szabo (n 173) 476.

176 Erkiner (n 165) 356.

177 Christian J. Tams, 'The Use of Force against Terrorists' (2009) 20(2) European Journal of International Law 359, 380.

178 Gill & Tibori-Szabo (n 173) 479.

2000'li yıllara gelindiğinde, devlet dışı aktörlerden gelen silâhlı saldırıların arttığı ve ciddileştiği görülmektedir. ABD 11 Eylül 2001'de Dünya Ticaret Merkezine ve Pentagon'a gerçekleştirilen saldırılardan El Kaide'yi sorumlu tutmuş ve Afganistan'dan kendi topraklarında bulunan Örgüt lideri Usame bin Ladin'i iade etmesini, Örgüt'ün tüm üyelerinin teslim olmasını veya dışarı atılmasını ısrarla istemesine rağmen, Taliban rejimi bu talepleri yerine getirmemiştir<sup>179</sup>. Bunun üzerine, BM Güvenlik Konseyi'nde 1368 ve 1373 sayılı kararlar alınmıştır ve Konsey her türlü terörizmle mücadele etmek için gerekli tüm tedbirleri almaya hazır olduğunu beyan etmiş ve terörizmin neden olduğu uluslararası barış ve güvenlik tehditleriyle her türlü araçla mücadele etmeye karar vermiştir<sup>180</sup>.

11 Eylül saldırılarından günümüze kadar da bu hususta birçok devlet uygulaması örneği bulunmaktadır. 2006 yılında İsrail'in Lübnan'a karşı gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonlar, 2011 yılında Kenya tarafından gerçekleştirilen askerî harekâtlar, 2014 yılında ABD önderliğinde kurulan IŞİD karşıtı Koalisyonun askerî eylemleri<sup>181</sup> ve Birleşik Krallık, Kanada, Fransa, Avustralya, Almanya, Hollanda, Yeni Zelanda, Polonya, Norveç, Danimarka, Belçika, İsrail, Türkiye gibi çok sayıda devletin Suriye'deki terör örgütleri ile mücadele etmek için giriştikleri operasyonlar<sup>182</sup> bunlara örnek verilebilir.

Görülmektedir ki, devletlerin başka devletlerin toprakları üzerinde konuşlanan devlet dışı silâhlı grupların terör faaliyetlerine karşı meşrû müdâfaa hakkına başvurdukları pek çok devlet uygulaması bulunmaktadır. Bu uygulamaların farklı kıtalardaki ve farklı hukuk sistemlerine dâhil olan devletleri içermesi nedeniyle yeterince temsil edici olduğu görülmektedir. Öte yandan, maddî unsurun oluşması için bir diğer kıstas olan yeterince yaygın ve yeknesak devlet uygulamalarının varlığı da gözlemlenmektedir. Devletler, devlet dışı silâhlı aktörlerden gelen ve konak devletlere isnat edilemeyen saldırılara karşı neredeyse her hâlde, konak devletin toprakları üzerinde meşrû müdâfaa hakkını kullanmıştır. BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi kararları incelendiğinde, uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye atabilecek terör eylemlerinin meşrû müdâfaa hakkını doğuran silâhlı saldırı eylemleri olduğunun uluslararası toplumda kabul edildiği, dolayısıyla *opinio juris*'in olduğu görülmektedir. Bu değerlendirmenin ışığında, devletlerce, devlet dışı silâhlı aktörlerin silâhlı saldırılarına karşı meşrû müdâfaa hakkının kullanılmasının teamüli bir nitelik kazandığı sonucuna varılmaktadır.

## SONUÇ

Uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşması için maddî ve manevî unsurların varlığı gereklidir. Maddî unsur genel, sabit ve yeterince yeknesak devlet uygulamalarını ifâde ederken manevî unsur, diğer bir ifâdeyle *opinio juris* uygulamaya hukuken cevaz verildiği veya uygulamanın zorunlu olduğuna ilişkin inanç olarak tanımlanmaktadır. UTH kurallarının kurucu unsurları olan

179 Serdar Örneç, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı: 1991 ve 2003 Irak Harekatları*, (Seçkin 2013) 174.

180 ibid.

181 Bkz. Gill & Tibori-Szabo (n 173) 483-486.

182 Bkz. Erkiner (n 165) 363-365.

bu unsurların varlığı, uluslararası mahkemelerin kararlarında, çeşitli araç ve yöntemler ile tespit edilmektedir.

UTH kurallarının tespitinde kullanılan araçlardan ilki devletlerin uluslararası nitelikteki eylem ve işlemeleridir. Uluslararası nitelikteki uygulamaların UTK kurallarını oluşturmaya muktedir olduğu ve dolayısıyla bu kuralların tespitinde dikkate alınabileceği konusunda hiçbir şüphe bulunmamakla beraber, bazı yazarlar devletlerin beyanları ya da sözlü eylemleri devletlerin uluslararası nitelikteki uygulamalarının problemlili kısmını teşkil etmektedir. Zira devletler siyasi ve sair sebeplerle de beyanda bulunabilecekleri için beyanlar devletlerin *opinio juris*'ini yansıtmayabilir. Bununla birlikte, devletlerin iç hukuklarındaki uygulamaları, yâni yasama, yürütme ve yargı organlarının eylemleri de, farklı organların uygulamaları arasında tutarsızlık bulunmadığı müddetçe, UTH kurallarının tespitinde önemli bir rol oynamaktadır.

Neredeyse oybirliği ile alınan uluslararası rg tlerin kararları da UTH kurallarının tespitinde kullanılabilir araçlardan biridir. UAD kararlarında, özellikle BM Genel Kurul kararlarına başvurulduğu görülmektedir. Bu tür kararlar *opinio juris*'in en önemli kanıtlarından biri olmasına rağmen, tek bir kararın *opinio juris*'i yansıtığını söylemek oldukça güçtür. Zira, devletler oy kullanırken farklı saiklerle hareket edebilirler. Dolayısıyla, aynı hususa ilişkin birden çok kararın bulunması veya kararla aynı doğrultuda birçok başka uygulamanın olması hâlinde bir UTH kuralının oluştuğundan bahsetmek daha doğru bir çıkarım yapılmasını sağlar. Benzer Şekilde, neredeyse evrensel katılımın olduğu uluslararası antlaşmalar da UTH kurallarının tespit vasıtalarından birisidir. Ancak bir uluslararası antlaşmanın hükümlerinin UTH kurallarını ihtiva ettiği sonucuna varılabilmesi için, bu kuralların antlaşma yükümlülüğü dışında, UTH kuralları olarak da var olduğuna dair inancın olması gerekmektedir. Son olarak, uluslararası mahkeme kararları da UTH kurallarının tespitine önemli bir katkı sunmasına rağmen, bu kararlar yalnızca davanın görüldüğü sırada mevcut kuralları tespit eder. Davadan sonra kuralda değişiklikler meydana gelmesi mümkündür.

UTH kurallarının, UAD divanı kararlarında, tümdengelim ve tümevarım yöntemleri ile tespit edildiği görülmektedir. Divan tümevarım yöntemini kullanırken ya davaya uygulanabilecek somut bir kuralı bulamadığı zaman, mevcut bir prensipten bir yükümlülük çıkartmakta ya da neredeyse oybirliği ile alınan BM Genel Kurul kararlarının *opinio juris*'i yansıtığı kabulüyle hareket etmektedir. Bu yöntemleri hangi kıstaslara dayanarak benimsediği açık olmasa da sonuca en kolay ulaşabileceği yöntemi seiyr olması kuvvetli bir ihtimaldir.

Son olarak, genel uygulamada ve *opinio juris*'te meydana gelen değişimler neticesinde, mevcut bir UTH kuralı değişebilir. Özellikle evrensel düzeyde katılıma ve dolayısıyla yüksek temsil edicilik gücüne sahip olan BM Genel Kurulu kararları ile bu değişimler daha kolay bir Şekilde tespit edilebilmektedir. Bu savı kanıtlamak amacıyla örnek vaka olarak devlet dışı sil hl  aktörlere karşı meşrû müdâfaa hakkı konusu incelenmiştir. Bu incelemede görülmüştür ki, daha önce yalnızca devletler arasında meşrû m d faaya izin verilmesine rağmen 11 Eylül saldırıları sonrasında verilen BM kararları neticesinde bu yöndeki *opinio juris* değişmiştir. Bununla birlikte, farklı hukuk sistemlerinden ve kıtalardan pek çok devlet uygulaması da *opinio juris*'teki değişime eşlik etmektedir.

Dolayısıyla, yalnızca devletlerden gelen saldırılara karşı meşrû müdâfaa hakkına başvurulabileceğine ilişkin UTH kuralı, devlet dışı silâhlî aktörlerden gelen saldırılara karşı da başvurulabilecek şekilde genişlemiştir.

## KAYNAKÇA

### **Kitaplar, Kitap Bölümleri ve Makaleler:**

- Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – 1* (5. Bası, Seçkin 2019).
- Acer Y / Kaya İ, *Uluslararası Hukuk* (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Byers M, *Custom, Power and the Power of Rules, International Relations and Customary International Law* (Cambridge University Press 2003).
- D'Amato A A, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press 1971).
- Erkiner H H, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu* (1. Baskı, On İki Levha 2008).
- Erkiner H H, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Henckaerts J M & Doswald-Beck L, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt 1: Kurallar*, (çev.) Emre Öktem ve diğerleri, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 66).
- Koskeniemi M, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument Reissue with a new Epilogue* (Cambridge University Press 2006).
- Kök Değerli S, 'Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Gelişiminde Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü' (Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2020).
- Lepard B D, *Customary international law: a new theory with practical applications* (Cambridge University Press 2010).
- Meray S L, *Devletler Hukukuna Giriş 1. Cilt* (3. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1968)
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (13. Bası, Turhan 2014).
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap* (15. Bası, Turhan 2021).
- Tanyeri A E, 'Uluslararası Hukukta Özel Hassas Deniz Alanları ve Türk Sularına Uygulanması' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2018).
- Sarıbeyoğlu Skalar M, *Uluslararası Hukukta Antlaşmaların Geçici Uygulanması* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Öktem E, *Uluslararası Teamül Hukuku* (Beta 2013).
- Örnek S, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı: 1991 ve 2003 Irak Harekâtları*, (Seçkin 2013).
- Villiger M E, *Customary International Law and Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers 1985).
- Wolfke K, *Custom in Present International Law*, (Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Wrocław 1964).
- ### **Makaleler:**
- Akehurst M, 'Custom as a source of international law' (1975) 41(1) British Yearbook of International Law 1-53.
- Alvarez-Jiménez A, 'Methods for The Identification of Customary International Law in The International Court of Justice's Jurisprudence: 2000—2009' (2011) 60(3) The International and Comparative Law Quarterly 681-712.
- Banteka N, 'Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification' (2018) 39(3) Michigan Journal of International Law 301-342.
- Bektaş S ve Özdemir A, 'Uluslararası Teamül Hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yargılama Hukukuna Etkisi' (2022) 161 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 309-346.

- Blokker N, 'International Organizations and Customary International Law' (2017) 14(1) *International Organizations Law Review* 1-12.
- Chan L, 'The Dominance of The International Court of Justice in The Creation of Customary International Law' (2016) 6(1) *Southampton Student Law Review* 44-71.
- Charney J I, 'Universal international law' (1993) 87(4) *American Journal of International Law* 529-551.
- Cheng B, 'United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' Customary Law?' (1965) 5 *The Indian Journal of International Law* 23-48.
- Danilenko G M, 'The Theory of International Customary Law' (1988) 31 *German Yearbook of International Law* 9-47.
- Daugirdas K, 'International Organizations and the Creation of Customary International Law' (2020) 31(1) *European Journal of International Law* 201-233.
- D'Aspremont J, 'The Four Lives of Customary International Law' (2019) *Forthcoming in International Community Law Review* 1-31. < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3345589](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3345589) > (Erişim tarihi: 01.06.2022).
- Erkiner H H, 'Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştuğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klásik Dönemdeki Öđreti' (2012) 18(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 51-146.
- Erkiner H H, 'Uluslararası Topluluk Kavramı' 16(1-2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 39-75.
- Erkiner H H, 'Uluslararası Hukukta Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri' (2010) 16(1-2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 77-133.
- Erkiner, H H, 'Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klásik Öğretinin Kuruluđu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme' (2012) 18(3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 3-142.
- Gill T D, Tibori-Szabó K, 'Twelve Key Questions on Self-Defense against Non-State Actors' (2020) 95(1) *International Law Studies* 467-505.
- Guzman A T 'Saving customary international law' *Michigan Journal of International Law* (2005) 27(1) 115-176.
- Higgins R, 'The United Nations and Lawmaking: The Political Organs' (1970) 64(First Session) *American Society of International Law Proceedings* 37-48.
- Kammerhofer J, 'Between Pragmatism and Disenchantment: The Theory of Customary International Law after the ILC Project' in Merkouris, P./Kammerhofer J./Arararvi, N. (Ed.), *The Theory, Practice and Interpretation of Customary International Law* (3-28) (Cambridge University Press 2022).
- Kelly J P, 'The Twilight of Customary International Law' (2000) 40(2) *Virginia Journal of International Law* 449-544.
- Kirgis F L, 'Custom on a Sliding Scale' (1987) 81(1) *The American Journal of International Law* 146-151.
- Kopelmanas L, 'Custom as Means of the Creation of International Law' (1937) 18 *British Year Book of International Law* 127.
- Kunz J L, 'The Nature of Customary International Law' (1953) 47(4) *American Journal of International Law* 662-669.
- MacGibbon I C, 'The Scope of Acquiescence in International Law' (1954) 31 *British Year Book of International Law* 143-186.
- Mendelson M, 'The Formation of Customary International Law' (1998) 272 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* 155-410.

- Merkouris P, 'Interpreting the Customary Rules on Interpretation' (2017) 19 International Community Law Review 126-155.
- Moremen P M, 'National court decisions as state practice: a transnational judicial dialogue' (2006) 32 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 259-309.
- Müllerson R, 'On the Nature and Scope of Customary International Law' (1997) 2(3) Austrian Review of International and European Law 341-360.
- Müllerson R, 'The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary International Law' K. Wellens (eds) *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy* (Kluwer Law International Law (1998).
- Paust J J, 'Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law of The United States' (1990) 12(1) Michigan Journal of International Law 59-91.
- Pirim C Z, 'Devletlere Atfedilemeyen Silâhlı Saldırlara Karşı Meşru Müdafaa: Uluslararası Hukukta Sınır Ötesi Operasyonun Hukukî Zemini' (2019) 40 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 245-303.
- Raman V K, 'The Role of the International Court of Justice in the Development of International Customary Law' (1965) 59(4) American Society of International Law Proceedings 169-177.
- Roberts A E, 'Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation' (2001) 95(4) American Journal of international law 757-791.
- Schmitt M N, 'Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law' (2002) 79 International Law Studies, US Naval War College 7-73.
- Talmon S, 'Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion' (2015) 26(2) The European Journal of International Law 417-443.
- Tams C J, 'The Use of Force against Terrorists' (2009) 20(2) European Journal of International Law 359-397.
- Van der Wilt, 'State Practice as Element of Customary International Law: A White Knight in International Criminal Law?' (2019) 20 International Criminal Law Review 784-804.
- Weisburd A M, 'Customary international law: The Problem of Treaties' (1998) 21(1) Vanderbilt Journal of Transnational Law 1.
- Worster W T, 'The inductive and deductive methods in customary international law analysis: Traditional and modern approaches' (2014) 45(2) Georgetown Journal of International Law 445-522.

#### **Uluslararası Mahkeme Kararları:**

- SS "Lotus", Judgment (Serie A – No. 10, PCIJ Reports 1927).
- Asylum Case (Colombia/Peru), Judgment (ICJ Reports 1950).
- Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion (ICJ Reports 1951).
- North Sea Continental Shelf Cases, Judgment (ICJ Reports 1969).
- Nuclear Tests Case (Australia v. France), Judgment (ICJ Reports 1974).
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment (ICJ Reports 1984).
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (ICJ Reports 1996).
- The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment (ICJ Reports 2002).
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment (ICJ Reports 2012).
- Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Judgment (ICJ Reports 2019).
- Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, (Case No: IT-94-1-T, ICTY 1995).

**Raporlar:**

International Law Commission, 'Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries' (2018) II Yearbook of the International Law Commission 122.

International Law Association, 'Committee on Formation of Customary (General) International Law, Final Report of the Committee, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000) London Conference.

Michael Wood (Special Rapporteur), 'Third Report on Identification of Customary International Law', (UN Doc. A/CN.4/682, 2015).

**BirleŒmiŒ Milletler Kararları:**

UN Doc. A/RES/49/60 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/768/19/PDF/N9576819.pdf?OpenElement>> (EriŒim tarihi 14.08.2022).

UN Doc. A/RES/51/210 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/761/65/PDF/N9776165.pdf?OpenElement>> (EriŒim tarihi: 14. 08.2022).

UN Doc. A/RES/53/108 <<https://digitallibrary.un.org/record/265702>> (EriŒim tarihi: 14.08.2022).

UN Doc. A/RES/3314(XXIX) <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>> (EriŒim tarihi : 14.08.2022).

**İnternet Kaynakları:**

<<http://lugatim.com/s/team%C3%BCI>> (EriŒim 16.07.2022).

<[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/231.202.0093827bm\\_11.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/231.202.0093827bm_11.pdf)> (EriŒim tarihi: 03.06.2021).