

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA
ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARININ TESPİTİ

Yüksek Lisans Tezi

Alper Emre AYDİLEK

Ankara, 2024

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA
ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARININ TESPİTİ

Yüksek Lisans Tezi

Alper Emre AYDİLEK

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

Ankara, 2024

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA
ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU KURALLARININ TESPİTİ

Yüksek Lisans Tezi

Alper Emre AYDİLEK

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

2- Doç. Dr. Ali İbrahim AKKUTAY

3- Dr. Öğr. Üyesi Erkan AKDOĞAN

Tez Savunması Tarihi

13.03.2024

BEYAN SAYFASI

T.C. ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE danışmanlığında hazırladığım “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Tespiti (Ankara, 2024)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 13.03.2024

İmza

Alper Emre AYDİLEK

İÇİNDEKİLER

| | |
|--------------------------|----|
| BEYAN SAYFASI ----- | i |
| İÇİNDEKİLER----- | ii |
| KISALTMALAR LİSTESİ----- | iv |
| GİRİŞ----- | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA TEAMÜLÜN YERİ

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ortaya Çıkışı ve Gelişimi ----- | 5 |
| A. İnsan Hakları Kavramı ve Tarihsel Gelişimi----- | 5 |
| B. İnsan Hakları Hukukunun Uluslararasılaşması ----- | 11 |
| II. Uluslararası Hukukun Kaynağı Olarak Teamül ----- | 17 |
| A. Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Oluşumu ve Uluslararası Hukuktaki Yeri----- | 17 |
| B. Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Oluşumuna İlişkin Görüşler----- | 25 |
| 1. İradeci Görüş----- | 26 |
| 2. Sosyolojik Objektivizm ----- | 30 |
| 3. Oyun Teorisi Yaklaşımı ----- | 33 |
| 4. Görüşlerin Değerlendirilmesi----- | 34 |
| III. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Teamülün Rolü ----- | 36 |

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA TEAMÜL KURALLARININ

TESPİT YÖNTEMİ VE ARAÇLARI

| | |
|-------------------------------------------------------------------|----|
| I. Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Kurucu Unsurları ----- | 46 |
| A. Maddi Unsur ----- | 48 |
| B. Manevi Unsur (Opinio Juris)----- | 56 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Teamül Kurallarının Tespit Yöntemi ---- | 59 |
| A. Uluslararası Hukuk Komisyonunun Benimsediği Geleneksel Yöntem ----- | 59 |
| B. İtihat ve Doktrinde Yer Verilen Alternatif Yöntemler ----- | 64 |
| C. Yöntemlerin Değerlendirilmesi ----- | 70 |
| III. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Teamül Hukuku Kurallarını Tespit | |
| Araçları ----- | 74 |
| A. Evrensel İnsan Hakları Koruma Mekanizmalarından Kaynaklanan Araçlar ---- | 75 |
| 1. BM Evrensel Periyodik İnceleme Mekanizması (EPİM)----- | 75 |
| 2. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararları ----- | 78 |
| 3. Uzmanlık Kuruluşlarının Çalışmaları ----- | 82 |
| B. Evrensel İnsan Hakları Metinlerinden Kaynaklanan Araçlar ----- | 84 |
| 1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ----- | 84 |
| 2. Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ----- | 87 |
| C. Uluslararası Yargı Kararları ----- | 90 |
| SONUÇ----- | 93 |
| KAYNAKÇA----- | 98 |
| ÖZET ----- | 112 |
| ABSTRACT ----- | 113 |

KISALTMALAR LİSTESİ

| | |
|--------------|------------------------------------------------|
| ABD | Amerika Birleşik Devletleri |
| AİHM | Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| AİHS | Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| bkz. | Bakınız |
| BM | Birleşmiş Milletler |
| CEDAW | Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Komitesi |
| ed. | editör |
| eds. | editörler |
| EPİM | Evrensel Periyodik İnceleme Mekanizması |
| ESKHS | Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi |
| EYUCM | Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi |
| İHEB | İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi |
| MSHS | Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi |
| p. | paragraf |
| s. | sayfa |
| UAD | Uluslararası Adalet Divanı |
| UCM | Uluslararası Ceza Mahkemesi |
| UDAD | Uluslararası Daimî Adalet Divanı |
| UHD | Uluslararası Hukuk Derneği |
| UHK | Uluslararası Hukuk Komisyonu |
| UKK | Uluslararası Kızılhaç Komitesi |
| v. | versus |
| VAHS | Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi |
| Vol. | Volume |

GİRİŞ

İnsan hakları, bireylerin yalnızca insan olmaktan dolayı sahip oldukları hak ve özgürlükleri olup 17'nci yüzyıldan itibaren ulusal hukuk düzenlemelerinin konusunu oluşturmaya, ortaya çıkan anayasal bildiri ve belgelerde yer almaya başlamıştır. Gerçekleşmeleri nitelikleri gereği devletin varlığına bağlı olmayan insan hakları dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez hak ve özgürlüklerdir.

İkinci Dünya Savaşı'nın neden olduğu büyük çaplı tahribat ve ortaya çıkan baskıcı rejimlerin uygulamaları nedeniyle insan haklarının ulusal düzeyde korunmasının etkisiz kalması, insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası düzeyde tanınması ve korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. İnsan hakları ihlallerinin sorumlusunun genellikle devletler olması insan haklarının ulusal düzeyde korunmasını zorlaştırmıştır. Uluslararası insan hakları hukuku bireylere yargı yetki alanında bulunduğu devletten ayrı olarak uluslararası düzeyde bir koruma sağlarken devletlere de kendi egemenlik alanlarında bulunan insanların haklarına saygı göstermeleri için uluslararası bir yükümlülük getirmektedir.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla başta Birleşmiş Milletler sistemi içerisinde olmak üzere evrensel ve bölgesel sistemler oluşturulmuştur. Birleşmiş Milletler Şartı ve ardından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin kabulü ile başlayan insan haklarının uluslararası alanda kurumsallaşması süreci evrensel ve bölgesel düzeyde kabul edilen uluslararası sözleşmeler ve kurulan mekanizmalarla ilerlemiş ve bugünkü halini almıştır. Söz konusu süreç incelendiğinde insan hakları alanındaki bağlayıcı kuralların oluşturulmasında uluslararası sözleşmelerin önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Ancak uluslararası hukukun diğer alanlarında olduğu gibi uluslararası insan hakları hukukunun da tek kaynağı antlaşmalar değildir. Uluslararası antlaşmalar ve hukukun genel ilkeleri ile

uluslararası hukukun asli kaynaklarından birisi olan uluslararası teamül hukuku niteliği gereği insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için önemli imkanlar sunmaktadır.

Teamül yalnızca uluslararası hukukun değil genel olarak hukukun en eski ve özgün kaynağıdır. Tarihsel olarak parlamentoların ve mahkemelerin ortaya çıkmasıyla birlikte ulusal hukuk sistemlerinde yazılı hukuk ön plana çıkmış, teamül önemini yitirmiş gibi görünmektedir. Ancak uluslararası hukukta durum bunun tersidir. Bütün uluslararası hukuk sùjelerini bağlayacak kurallar koyabilen tek bir yasama organı ya da herkesi bağlayacak kararlar verebilen bir mahkeme bulunmamaktadır. Dolayısıyla teamül, uluslararası hukukun kadim kaynağı olarak yerini korumakta ve uluslararası hukukun birçok temel alanını düzenlemeye devam etmektedir. Uluslararası teamül hukuku, uluslararası antlaşmalarla düzenlenmiş alanlarda dahi antlaşmaların düzenlemediği konuları düzenlemekte, antlaşmalara taraf olmayan devletler arasındaki konularda uygulanmaktadır.

Devletlerin uluslararası alanda gelenek haline gelmiş davranışlarının yine devletler tarafından bağlayıcı hukuk kuralları olarak görülmesi sonucu ortaya çıkan kurallar bütünü olan uluslararası teamül hukuku, niteliği gereği yazılı değildir ve bu kuralların bir listesi de bulunmaz. Uluslararası antlaşmalarda olan netlik ve kesinlik uluslararası teamül hukukunda bulunmadığından öncelikle bu kuralların var olup olmadıklarının, ardından da kapsamlarının tespit edilmesi gerekir. Bir uluslararası teamül hukuku kuralının nasıl meydana geldiği ya da mevcut olduğu iddia edilen bir kuralın nasıl tespit edilebileceğine ilişkin sorulara çok uzun zamandır süren teorik tartışmalara rağmen henüz kesin ve yeknesak bir cevap verilebilmiş değildir.

Uluslararası teamül hukuku kuralları sistematik bir norm oluşturma sürecinin sonucu olmadığından bu kuralların tespit edilmesi kolay bir faaliyet değildir. İki unsurlu geleneksel yaklaşımın söz konusu iki unsurun birlikte aranması konusundaki katı

yaklaşımı uygulamada maddi ve manevi unsurların tespit edilmesinde zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla teorinin pratiğe tam anlamıyla yansımadağı görülebilmektedir. Uluslararası yargı organlarının da önlerine gelen uyuşmazlıklarda bir normun teamül hukuku niteliğini belirlerken teoride geleneksel yaklaşımı benimsedikleri ancak pratikte maddi ve manevi unsurlara dayanan ayrıntılı bir analiz yapmaksızın kararlar verdikleri görülmektedir.

Geleneksel görüş, özellikle uluslararası insan hakları hukuku alanındaki teamül hukuku normlarının oluşumunu ve tespitini açıklamakta yetersiz kalmakla eleştirilmektedir. Bölgesel ve evrensel düzeyde insan haklarının tanınması ve korunmasına ilişkin kurallar ile bunların gerçekleştirilmesine yönelik araçları belirleyen ve uluslararası hukukun bir alt dalını oluşturan uluslararası insan hakları hukukunun düzenlediğı alan ulusüstü düzeyde olsa da insan hakları hukuku doğası gereğı devletler arası bir mesele olmaktan ziyade genellikle bir devletin kendi vatandaşlarına yönelik davranışlarına ilişkindir. Dolayısıyla bu alandaki normların oluşumu, diğere uluslararası hukuk alanlarındaki devletlerin birbirleriyle rekabet halindeki çıkarları doğrultusunda, müzakere süreçleri içinde oluşan normlardan farklıdır. Uluslararası insan hakları hukuku devletlere insan haklarını ihlal etmeme ve söz konusu ihlallerin yaşanmaması için gerekli önlemleri alma konusunda uluslararası yükümlülükler getirir. Dolayısıyla birçok insan hakkı normu yasaklayıcı niteliktedir ve devletlerin belirli davranış biçimlerinden kaçınmasını gerektirir. Uluslararası insan hakları hukukunun bu ve buna benzer özellikleri bu alanda devletlerin uygulamalarının takip edilmesini ve bunun sonucu olarak teamül hukuku kurallarının tespit edilmesini fazlasıyla zorlaştırmaktadır. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukuku normlarının uluslararası teamül hukuku niteliklerinin tespit edilebilmesi için geleneksel görüşten farklı bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır.

Çalışmamızda söz konusu alanda uluslararası teamül hukuku kurallarının varlığının ve kapsamının tespit edilebilmesi için hangi yöntem ve araçların kullanılabileceğinin araştırılması amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda, iki bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde ilk olarak insan hakları kavramına ve tarihsel gelişimine kısaca değinildikten sonra uluslararası insan hakları hukukunun kapsamı ve gelişimi açıklanmıştır. Ardından uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunu açıklamak amacıyla teamülün uluslararası hukuktaki yeri ile uluslararası antlaşmalarla olan ilişkisine değinilmiş ve uluslararası teamül hukukunun oluşumuna ilişkin temel görüşlere yer verilmiştir. İlk bölümde son olarak daha önce verilen bilgiler ışığında uluslararası insan hakları hukukunda teamülün yeri ve önemi anlatılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise ilk olarak uluslararası teamül hukuku kurallarının taşınması gereken maddi ve manevi unsurlar ayrıntılı bir biçimde açıklandıktan sonra uluslararası teamül hukuku kurallarının belirlenmesine ilişkin olarak başta Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından benimsenen yöntem olmak üzere içtihat ve doktrinde dile getirilen alternatif yöntemler anlatılmıştır. Bölümün devamında ise bahsi geçen yöntemler kapsamında uluslararası insan hakları hukuku özelinde uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinde kullanılabilecek araçların neler olabileceği sorusuna cevap aranmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA TEAMÜLÜN YERİ

I. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

A. İnsan Hakları Kavramı ve Tarihsel Gelişimi

Tanımlanması kolay olmamakla birlikte insan hakları kavramının üzerine en çok uzlaşılan tanımı, “*insanların sırf insan olmaktan kaynaklanan hakları*” şeklindedir.¹ Söz konusu tanımdan anlaşılacağı üzere insan hakları kavramı insan unsuru ve hak unsuru olmak üzere iki unsuru içermektedir. İnsan unsuru insan haklarının öznesinin insan olduğu anlamına gelmektedir. Bunun sonucu olarak söz konusu haklar kişinin ait olduğu her türlü ulusal, etnik, dini, zümrevi veya mesleki topluluktan ayrı olarak sadece insan olduğu için sahip olduğu² ve doğuştan gelen haklar olup herhangi bir hukuk düzeni tarafından tanınması gerekmeyen haklardır.³ İnsan unsurunun diğer bir sonucu yalnızca insanların yani gerçek kişilerin insan haklarından söz edilebilmesidir.⁴ Dolayısıyla tüzel kişiler insan haklarına sahip olamazlar.

İnsan hakları kavramının ikinci unsuru hak unsurudur. Hak, kişilere hukuk düzenince tanınmış olan yetki olarak tanımlanmaktadır.⁵ Dolayısıyla bir haktan bahsedebilmek için söz konusu hakkın bir hukuk düzeni tarafından tanınması ve korunması gereklidir.⁶ Ancak insan hakları, kişinin insan olmasından kaynaklanan ve bir

¹ Dikran M. ZENGİNKUZUCU, İnsan Hakları Hukukunun Uluslararasılaşması: Egemenin İstilasası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 1.; Mustafa ERDOĞAN, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara, 2016, s. 28.; Halil KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 27.

² KALABALIK, s.27

³ Kemal GÖZLER, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022, s. 85.

⁴ Enver BOZKURT ve Selim KANAT, Sezercan BEKTAŞ, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 13.

⁵ Rona AYBAY, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 3.

⁶ BOZKURT, s. 15.

hukuk düzeninden değil doğuştan gelen hakları olduğundan bu bağlamda hak kavramından anlaşılması gereken kişi özgürlükleridir.⁷ Söz konusu haklar bir hukuk düzeni tarafından tanındığında bunlar temel hak ve özgürlükler haline dönüşürler ve bu hakların anayasalar veya uluslararası hukuk belgeleri tarafından tanınmaları insan haklarının korunması bakımından önemli güvenceler sağlamaktadır.⁸ Ancak hukuk düzenince tanınmamak insan haklarının varlığına hanel getirmez.⁹ Gerçekleşmesi devletin varlığına bağlı sosyal ve siyasal haklar insan haklarının tanımı gereği bu kapsamda değerlendirilemez.¹⁰

Tarihin çeşitli evrelerinde farklı coğrafyalarda insan hakları düşüncesine rastlamak mümkünse de bunların anlam ve kapsam bakımından günümüzde geçerli olan modern insan hakları anlayışından oldukça farklı olduklarını söylemek mümkündür.¹¹ Modern insan hakları kavramı “*evrensel bir ortak payda oluşturduğu savıyla ileri sürülen*”,¹² odağına bireyi alan ve insana insan olduğu için değer veren¹³ bir insan hakları anlayışını temsil etmektedir. Modern insan hakları düşüncesinin temelinde doğal hukuk anlayışının etkilerini taşıyan, John Locke tarafından 17’nci yüzyılda dile getirilen doğal haklar düşüncesi yer almaktadır. Söz konusu teoriye göre herkes varlığını sürdürebilmek ve kendisini geliştirebilmek amacıyla yaşama, özgürlük ve mülkiyet haklarına sahiptir.¹⁴

⁷ GÖZLER, s. 84.

⁸ ERDOĞAN, s. 26.

⁹ *ibid.*, GÖZLER, s. 85.

¹⁰ GÖZLER, s. 88.

¹¹ Şahin Eray KIRDIM ve Atahan DEMİRKOL, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25, 2021, s. 392.

¹² Mehmet Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayıncılık, Cilt 1, İstanbul, 2005, s. 260.

¹³ ERDOĞAN, s. 68.

¹⁴ *ibid.*, s. 127.

Bu haklar dokunulamaz ve devredilemez niteliktedir.¹⁵

İnsan hakları ve insan hakları hukuku kavramları zaman zaman birbirlerinin yerine kullanılsalar da aslında eşdeğer kavramlar değildir. İnsan hakları daha çok felsefi veya sosyolojik bir kavram iken insan hakları hukuku, konusu insan haklarını düzenleyen kurallar olan, hukuk biliminin bir alt dalıdır. İnsan hakları hukuku söz konusu kuralların normlar hiyerarşisindeki yerinden ya da düzenlendiği hukuk alanından bağımsız olarak bu kuralların neler olduklarına, içeriklerinin belirlenmesine, bahse konu kurallarla hangi eylemlerin yasaklandığına veya hangi eylemlere izin verildiğine odaklanır.¹⁶

İnsan haklarının kökeni, dünyanın tüm büyük dinlerinde ve ahlak felsefesinde ifade edildiği gibi insanın doğasında yatarken, insan hakları hukuku liberal demokratik devletin yükselişiyle yakından ilişkili olan daha yeni bir olgudur. Bu tür devletlerde çoğunlukçuluk yasamay ve yürütmenin giderek bürokratikleşen işleyişini meşrulaştırır. Ancak çoğunluklar bazen hüküm giymiş suçlular, dilsel veya dini gruplar, vatandaş olmayanlar, yerli halklar ve sosyal olarak damgalanmış kişiler gibi sayısal azınlıkları pek dikkate almayabilir. Bu nedenle, sayısal azınlıkların, savunmasız ve güçsüz olanların varlığını ve haklarını garanti altına almak gerekli hale gelir. Bu da herkes için temel insan haklarını içeren, anayasal güvence altına alınmış ve uygulanabilir bir haklar beyannamesi şeklinde toplumu yöneten kurallar üzerinde anlaşmaya varılarak yapılır. Bu haklar bildirgesi aracılığıyla “insan hakları hukuku” yaratılır, hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası haline gelir ve olağan hukuk ve yürütme faaliyetlerinden üstün olur.¹⁷

¹⁵ KIRDIM/DEMİRKOL, s. 394.

¹⁶ GÖZLER, s. 35-37.

¹⁷ Frans VILJOEN, “International Human Rights Law: A Short History”, UN Chronicle, Vol. 46, Issue 2, Nisan 2012, s. 8.

İnsan haklarına ilişkin ilk hukuki belgeler İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Fransa'da iç hukuk belgeleri olarak ortaya çıkmıştır. Bu yöndeki ilk gelişmeler bütüncül bir insan hakları anlayışını yansıtmaktan çok toplumsal mücadeleler sonucunda elde edilen çeşitli hakları kapsamaktadır.¹⁸

Bu kapsamdaki ilk önemli belgeler 17'nci yüzyılda İngiltere'de ortaya çıkan 1628 tarihli Haklar Dilekçesi (*Petition of Right*) ve 1689 yılında İngiltere Parlamentosu tarafından kabul edilmiş olan Haklar Bildirisi'dir (*Bill of Rights*).¹⁹ Parlamento'nun Kral'a sunmuş olduğu bir dilekçe olan Haklar Dilekçesi, Kral'dan Parlamento'nun rızası olmadan vergi salınmaması ve usulüne uygun yargı kararı olmaksızın kişilerin can ve mal güvenliğine dokunulmasının yasaklanması gibi günümüz insan hakları anlayışıyla ilişkilendirilebilecek talepleri içermektedir.²⁰ Bir yasa (*statute*) niteliğinde olan²¹ Haklar Bildirisi ise vatandaşların kral tarafından doğrudan dokunulamayacak bazı temel haklara sahip olduğunu belirtmektedir.²² Adil yargılanma hakkı ve zalimce ve olağan dışı cezalar verilmemesi gibi bazı hakları doğal haklar arasına ekleyen²³ Haklar Bildirisi, 1791 yılında ABD Anayasası'na eklenen temel haklar listesine (*Bill of Rights*) kaynaklık etmiş ve 1948 yılında BM çatısı altında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) üzerinde de etkili olmuştur.²⁴

İngiltere'deki söz konusu gelişmeleri 18'inci yüzyılda ABD ve Fransa'daki gelişmeler izlemiştir. Bu bağlamda ABD'de 1776 yılında kabul edilen Virginia Haklar Bildirgesi (*Virginia Declaration of Rights*) ve Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi (*United*

¹⁸ KALABALIK, s. 73.

¹⁹ ERDOĞAN, s. 128.

²⁰ AYBAY, s. 32.

²¹ *ibid.*, s. 33.

²² KIRDIM/DEMİRKOL, s. 395-396.

²³ KALABALIK, s. 74.

²⁴ AYBAY, s. 34.

States Declaration of Independence) ile 1791 yılında ABD Anayasası'na eklenen İlk On Ek (*First Ten Amendments*) insan haklarının gelişimine katkı sağlayan en önemli belgelerdendir. 1776 yılında Virginia Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilen Virginia Haklar Bildirgesi ile bireylerin siyasi otoriteye karşı haklarının olduğu açıkça kabul edilmiş, eşit özgürlük ilkesine ve vazgeçilmez haklara yer verilmiştir. Yaşam, özgürlük, mülkiyet ve mutluluğu arama hakkı gibi hakların vazgeçilmez haklar olarak ifade edildiği Bildirge'de din özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı gibi haklara da yer verilmiştir.²⁵ 4 Temmuz 1776 tarihinde kabul edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ile İngiliz Krallığı yönetimindeki 13 Koloni birleşerek bağımsız federal bir devlet kurmuşlardır. Bildirge, Krallıktan ayrılma ve uyrukluktan yurttaşlığa geçişin sonucu olarak insanların tanrı tarafından verilmiş dokunulmaz haklara sahip olduklarını vurgulamaktadır. Bildirge'de yer verilen haklar Virginia Haklar Bildirgesi'nde yer verilen haklarla benzerlik göstermektedir.²⁶ ABD'de bu konuda yaşanan son gelişme ABD Anayasası'na eklenen İlk On Ek'tir. Söz konusu değişiklikle ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, dini özgürlükler, kişi hürriyeti ve konut dokunulmazlığı gibi bazı temel hak ve özgürlükler anayasal niteliğe kavuşturulmuştur.²⁷

18'inci yüzyılın bir diğer önemli belgesi de aynı yıl gerçekleşen Fransız Devrimi'nin sonucu olan ve İngiltere ve ABD'de ortaya çıkan hareketlerden etkilenen 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'dir. Birinci maddesinde tüm insanların özgür ve eşit doğduklarına vurgu yapan Bildirge, bir özgürlük tanımına da yer vermiştir. Buna göre özgürlük, "başkalarının haklarını ihlal etmemek şartıyla istediğini yapmakta serbest olma durumu" olarak nitelenmiştir.²⁸ Söz konusu tanımla herkesin

²⁵ KALABALIK, s. 74.

²⁶ AYBAY, s. 35.

²⁷ ERDOĞAN, s. 129.

²⁸ KALABALIK, s. 74.

doğal hak ve özgürlüklerini kullanırken uyması gereken sınır tespit edilmektedir.²⁹ Bildirge kendisinden önceki belgelere ek olarak sistematik bir şekilde ceza hukuku ve ceza usul hukuku alanlarında temel kurallara yer vermiştir. Bunlar arasında ceza hükümlerinin geriye yürütülememesi, masumiyet karinesi, tutukluluğun istisna olması, kanunilik ilkesi gibi bazı temel ceza hukuku ilkeleri yer almaktadır.³⁰

İnsan haklarının anayasalarda sistematik bir biçimde düzenlenmesi için 20'nci yüzyılın ilk yarısını beklemek gerekmiştir. Bu bağlamda öne çıkan ilk anayasa metinleri 1917 tarihli Meksika Anayasası ve 1919 tarihli Weimer Anayasası'dır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da yapılan birçok anayasada hak ve özgürlüklere yer verilmiştir.³¹

İkinci Dünya Savaşı sonrasına kadar uluslararası insan hakları alanında yapılan düzenlemeler olanı değil, olması isteneni veya olması gerekeni ifade eden felsefi ya da insani düşünceler olarak kalmış, pozitif hukuk niteliği kazanamamıştır. Bu döneme kadar ortaya çıkan bazı uluslararası hukuk kuralları dikkatle incelendiğinde bu durum daha net anlaşılmaktadır. Örneğin 19'uncu yüzyılda ortaya çıkan köle ticaretinin yasaklanmasına ilişkin kurallar köleliğin değil, köle ticaretinin yasaklanmasını düzenlemekteydi. Benzer şekilde Birinci Dünya Savaşı sonrasında manda yönetimi altındaki ülkelerde yaşayan halklara yönelik olarak öngörülen azınlık hakları gibi haklar, hakkın öznesi olarak bireyi değil belirli grupları dikkate almaktadır. İnsan haklarının pozitif hukukun konusu olması İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan BM Statüsü ve sonrasında yaşanan bir dizi gelişmenin sonucu mümkün olmuştur.³² İnsan haklarının uluslararası hukukun konusu

²⁹ AYBAY, s. 40.

³⁰ ibid., s. 41-42.

³¹ KALABALIK, s. 76.

³² AYBAY, s. 67-68.

haline gelmesine ilişkin sürece bir sonraki başlık altında daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

B. İnsan Hakları Hukukunun Uluslararasılaşması

İnsan hakları hukukunu kendi içinde ulusal ve uluslararası insan hakları hukuku olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ulusal insan hakları hukuku bir devletin kendi iç hukuk düzeni içerisindeki insan haklarına ilişkin hukuk kurallarını düzenler.³³ Uluslararası insan hakları hukuku ise bölgesel ve evrensel düzeyde insan haklarının tanınması ve korunmasına ilişkin ilke ve kurallar ile bunların gerçekleştirilmesini sağlayacak organları ve usulleri düzenleyen uluslararası hukukun bir dalıdır.³⁴

Esasen uluslararası hukuk doğası gereği devletler arası ilişkileri düzenlemektedir. Genel kabul gören anlayışa göre uluslararası hukukun sükreleri devletler olup bireyler bu kapsamda değerlendirilmezler. Ancak uluslararası insan hakları hukuku bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. İnsan hakları hukukunun alanına giren, devletlerin bireyleri etkileyen tasarrufları, geleneksel olarak devletlerin iç hukukunun konusu olarak görölmekteyse de günümüzde insan haklarının korunmasına ilişkin hususlar devletlerin münhasıran egemenlik yetkisi içerisinde değerlendirilmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ilk kararlarından birinde insan hakları yükümlölüklerinin öznel ve karşılıklı haklar yaratmaktan ziyade bireylerin temel haklarını ihlallerden korumak için tasarlanmış nesnel bir karaktere sahip olduğunu ifade etmiştir.³⁵ Uluslararası insan hakları hukuku bireylere yargı yetki alanında bulunduğu devletten ayrı olarak uluslararası düzeyde bir

³³ GÖZLER, s. 474.

³⁴ Mehmet Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayıncılık, Cilt 2, İstanbul, 2012, s. 540.

³⁵ Austria v. Italy, no. 788/ 60, Commission decision of 11 January 1961, Yearbook 4, p. 116, s. 140.

koruma sağlamaktadır.³⁶ İnsan haklarının uluslararası düzeyde kurumsallaşmasının sonucu olarak devletlere kendi egemenlik alanlarında bulunan bireylerin insan haklarına saygı göstermeleri için uluslararası bir sorumluluk yüklenmektedir.³⁷

İnsan haklarının uluslararası hukukun konusu olması İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen yıllarda BM'nin kurulmasıyla mümkün olmuştur. 17'nci yüzyıldan itibaren ulusal mevzuat ve anayasalarda insan haklarına yer verilmiş olsa da bunların uluslararası alanda herhangi bir yansıması olmamış ve ele alınan hususlar özünde iç hukuk meselesi olarak görülmüştür.³⁸ Lassa Oppenheim uluslararası kamu hukuku üzerine 1905 yılında yayımladığı incelemesinde, kimi yazarlarca ister vatandaş ister yabancı olsun bütün insanların "insanlığın hakları" (*so-called rights of mankind*) olarak ifade edilen bazı haklarının milletler hukuku tarafından korunduğunun iddia edildiğini ancak milletler hukukunun devletler arası ilişkileri düzenlediği ve kişilerin bu hukukun süjesi olamayacağından yola çıkarak böyle bir korumanın mümkün olmadığını vurgulamıştır.³⁹ Birinci Dünya Savaşı sonrası kabul edilen azınlık antlaşmaları ve bildirgeleri de daha sonraki antlaşma ve bildirgelerin öncülleri olsalar da bireyleri değil grupları hedeflemeleri açısından modern insan hakları kapsamında değerlendirilmezler.⁴⁰

İkinci Dünya Savaşı'nın neden olduğu büyük çaplı tahribat ve baskıcı rejimler dolayısıyla insan haklarının ulusal düzeyde korunmasının etkisiz kalması, insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası düzeyde tanınması ve korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.⁴¹ Bu kapsamda bireylerin de uluslararası hukukun süjesi olması sonucunu

³⁶ GEMALMAZ, 2012, s. 539-540.

³⁷ GEMALMAZ, 2012, s. 549.

³⁸ William A. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2021, s. 2.

³⁹ Lassa OPPENHEIM, *International Law: A Treatise*, Vol. I, Peace, Longmans, Green and Co., London, 1905, s. 346.

⁴⁰ AYBAY, s. 68.

⁴¹ GEMALMAZ, 2012, s. 337.

doğuran çeşitli gelişmeler yaşanmıştır.⁴² İnsan haklarının uluslararası alanda kurumsallaşması, bazı somut hukuki belgelerin kabulü sonucu BM sistemi içerisinde tanınması ve korunması ile gerçekleşmiştir.⁴³ Bu kurumsallaşmanın ve insan haklarının uluslararası hukukun kapsamına girmesinin miladı BM Şartı'nın kabulü olarak değerlendirilmektedir.⁴⁴

1945 yılında kabul edilen ve aynı yıl içinde yürürlüğe giren BM'nin kurucu belgesi olan Şart'ın başlangıç kısmında temel amaçlarından birisinin “... *temel insan haklarına, insanoğlunun haysiyet ve değerine, [ve] erkeklerle kadınların eşit haklarına olan...*” inancı yeniden teyit etmek olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁵ Şart'ın 55'inci maddesiyle BM'ye; ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini kolaylaştırma görevi verilirken 56'ncı madde ile de BM üyelerine bu amaca ulaşmak için gerek birlikte gerekse ayrı ayrı Örgütle iş birliği içinde hareket etme sorumluluğu yüklenmiştir.⁴⁶

BM Şartı insan haklarının geliştirilmesi ve korunması amacıyla devletler arası iş birliğini teşvik etmek için çeşitli mekanizmalar oluşturmuştur. Bu kapsamda insan hakları konusunda tavsiyelerde bulunma ve insan haklarının geliştirilmesi için bir komisyon kurma yetkisine sahip bir Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuştur.⁴⁷ Ekonomik ve Sosyal Konsey bu kapsamda 1946 yılında İnsan Hakları Komisyonunu kurarak

⁴² GEMALMAZ, 2005, s. 263.

⁴³ GÖZLER, s. 475-476.

⁴⁴ KALABALIK, s. 89.

⁴⁵ BM Şartı, Başlangıç.

⁴⁶ BM Şartı, Madde 55, 56.

⁴⁷ BM Şartı, Madde 61, 62, 68.

Komisyonu bir uluslararası insan hakları yasası (*international bill of human rights*) taslağı hazırlama görevi vermiştir.⁴⁸

BM Şartı'nın içerdiği hükümler göz önünde bulundurulduğunda ayrıntılı bir insan hakları listesine ya da insan haklarının sınıflandırılmasına ilişkin bir tanımlamaya yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla Şart'ı insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasının temellerini atan bir belge olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır.⁴⁹ Şart'ın bu niteliğinden dolayı daha ayrıntılı düzenlemeler yapılması ihtiyacı duyulmuş ve bu görev İnsan Hakları Komisyonu tarafından yerine getirilmiştir.

İnsan Hakları Komisyonu çalışmalarına bir beyanname, bir uluslararası antlaşma ve bunlara ilişkin uygulama tedbirlerinden oluşan üç ayrı metin taslağı oluşturmak amacıyla başlamıştır. Komisyon ilk olarak İHEB'i hazırlayarak BM Genel Kuruluna sunmuş ve Beyanname 10 Aralık 1948 tarihinde Genel Kurulda kabul edilmiştir.⁵⁰ Başlangıç ve 30 maddeden oluşan Beyanname, BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen bir karar olduğundan bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğindedir.⁵¹ Ancak bu durum İHEB'in önemini azaltmamaktadır. Yol gösterici bir niteliğe sahip olan Beyanname ulaşılması gereken hedefleri belirleyen bir ideal haklar listesi olarak da değerlendirilmektedir. Buna ek olarak Beyanname, kendisinden sonra yapılan birçok anayasa ve insan hakları alanındaki uluslararası sözleşme için örnek oluşturmuş ve evrensel ölçekte kabul gören bir insan hakları standardı mertebesine erişmiştir.⁵² İHEB'de yer verilen birçok ilke, ulusal ve uluslararası mahkemeler ile çeşitli yazarlar tarafından uluslararası hukukun kaynaklarından olan uluslararası teamül veya hukukun genel ilkeleri

⁴⁸ Brian D. LEPARD, Customary International Law. A New Theory with Practical Applications, Cambridge University Press, 2010, s. 307.

⁴⁹ BOZKURT, s. 76.

⁵⁰ SCHABAS, s. 2.

⁵¹ LEPARD, s. 307.

⁵² GEMALMAZ, 2005, s. 355-356.

kapsamında değerlendirilerek söz konusu ilkelere bağlayıcılık kazandırılmak istenmiştir.⁵³

İnsan Hakları Komisyonu kuruluşunda kendisine verilen görevin devamı olarak taraflar üzerinde bağlayıcı olacak bir sözleşme taslağı üzerinde çalışmalarını sürdürmüştür. Devletler arasındaki uzun süreli uyuşmazlıklar sonucunda tek bir sözleşme yerine ikiz sözleşmeler olarak ifade edilen ve birbirini tamamlayan iki sözleşme 16 Aralık 1966 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilerek devletlerin imzasına açılmıştır.⁵⁴ Her iki sözleşme de yeterli sayıdaki devletin katılımının sağlanmasının ardından 1976 yılında yürürlüğe girmiştir.⁵⁵ Bu sözleşmelerden ilki olan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS), İHEB'in 3 ila 21'inci maddelerinde düzenlenen klasik hak ve özgürlükleri düzenlerken, ikinci sözleşme olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS), 22 ila 27'nci maddeler arasındaki ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ayrıntılı olarak düzenlemektedir.⁵⁶ MSHS'de düzenlenen hak ve özgürlükler genel olarak devletin karışmamakla yükümlü olduğu negatif hak ve özgürlükler kategorisinde yer alırken, ESKHS'de yer verilen hak ve özgürlükler gerçekleştirilmesi için devletlerin etkin çabasını gerektiren pozitif haklar grubuna girmektedir.⁵⁷ MSHS ayrıca kurmuş olduğu İnsan Hakları Komisyonu ile düzenlediğı hak ve özgürlüklere ilişkin bir denetim ve yaptırım mekanizması oluşturmuştur.⁵⁸

İkiz sözleşmelere ek olarak BM şartında yer alan “insan haklarını ve temel özgürlükleri teşvik etme ve yaygınlaştırma” hedefi doğrultusunda insan hakları alanında çeşitli tematik ve özel uluslararası sözleşmeler hazırlanmıştır. Bunlardan ikiz

⁵³ AYBAY, s. 52.

⁵⁴ LEPARD, s. 307.

⁵⁵ BOZKURT, s. 84.

⁵⁶ KALABALIK, s. 94.

⁵⁷ ZENGİNKUZUCU, s. 48, 51.

⁵⁸ KALABALIK, s. 95-96.

sözleşmelerle birlikte dokuz tanesi BM'nin çekirdek insan hakları sözleşmeleri⁵⁹ olarak bilinmekte olup her sözleşme kendi hükümlerinin uygulanmasını gözetmek üzere kendi içerisinde bir uzmanlar komitesi kurmuştur.⁶⁰

BM çatısı altında kurulmuş olan; uluslararası sözleşmeler, çeşitli organlar ve uzman kuruluşlar ile çeşitli mekanizmaları kapsayan söz konusu sistem evrensel insan hakları sistemi olarak adlandırılmaktadır.⁶¹ Söz konusu evrensel sistem dışında insan haklarının tanınması ve korunmasına yönelik belirli bölgesel sistemler de bulunmaktadır. Bu sistemlerin en bilineni ve en etkili koruma sunanı Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve bu bağlamda kurulan, yargısal yetki kullanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden (AİHM) oluşan Avrupa Sistemidir.⁶² Benzer bölgesel sistemler Amerika ve Afrika'da da inşa edilmeye çalışılsa da bu sistemler Avrupa Sistemi kadar kapsayıcı olmayıp etkin bir koruma sağlamakta yetersiz kalabilmektedirler.⁶³

Yukarıdaki bilgilerden de anlaşılacağı üzere insan haklarının uluslararası hukukun konusu olması ve evrensel ve bölgesel insan hakları hukuku sistemlerinin kurulması İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki yaklaşık 50-60 yıllık bir süreyi kapsamaktadır. Bu süre içinde insan hakları hukukunun özellikle uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan bağlayıcı kurallarında önemli bir artış görülmüştür. Genellikle BM kapsamında kabul edilen sözleşmelerle genişleyen uluslararası insan hakları hukukunun gelişiminde uluslararası sözleşmelerin önemli yer tuttuğu açıkça görülebilmektedir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında uluslararası hukukun asli kaynaklarından bir diğeri olan

⁵⁹ Çekirdek insan hakları enstrümanları listesi için bkz: <https://www.ohchr.org/en/core-international-human-rights-instruments-and-their-monitoring-bodies> (Erişim tarihi:09.10.2023)

⁶⁰ BOZKURT, s. 81-81.

⁶¹ GÖZLER, s. 475.

⁶² AYBAY, s. 54.

⁶³ KALABALIK, s. 260-261.

uluslararası teamül hukukunun uluslararası insan hakları hukuku bakımından önemi ve gelişimi anlatılacaktır.

II. Uluslararası Hukukun Kaynağı Olarak Teamül⁶⁴

A. Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Oluşumu ve Uluslararası

Hukuktaki Yeri

Ulusal hukuk sistemlerinde normlar genellikle bir hiyerarşiye tabidir ve bu hiyerarşinin en üst basamağında yer alan anayasalar o sistemde geçerli olan hukukun kaynaklarını ve bu kaynakların oluşturulma biçimlerini ortaya koyarlar. Bu nedenle bir ulusal hukuk sisteminde yer alan kaynakların belirlenmesi konusunda bir tartışma ortaya çıkmaz.⁶⁵

Uluslararası hukukta ise durum uluslararası sistemin doğası gereği bunun tam tersidir. Uluslararası hukukta bütün uluslararası hukuk sükelerini bağlayacak kurallar koyabilecek tek bir yasama organı ya da herkesi bağlayacak kararlar verebilecek bir mahkeme bulunmaz. Bu nedenle uluslararası hukuk kurallarının nasıl oluşacağı konusunda bir belirsizlik ortaya çıkar. Bununla birlikte, eşit egemen devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralların var olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır ve

⁶⁴ Çalışmada kullanılan ve uluslararası İngilizce literatürde “custom” olarak ifade edilen “teamül” kavramı için Türkçe literatürde “örf ve âdet” veya “yapılageliş kuralları” gibi kavramlar da kullanılabilir. Güncel çalışmalara bakıldığında “teamül” ve “örf ve âdet” kelimelerinin her ikisinin de yerleşmiş olduğu ve sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Bu çalışmada Türkçe literatürde en kapsamlı çalışma olarak değerlendirilebilecek Prof. Dr. Emre ÖKTEM tarafından yazılan “Uluslararası Teamül Hukuku” adlı eserdeki kullanıma paralel olarak “custom” terimi için “teamül”, “customary international law” terimi için de “uluslararası teamül hukuku” kavramları kullanılmıştır.

⁶⁵ Malcolm N. SHAW, Uluslararası Hukuk, Eighth Edition (Çev. İ. Kaya, Y. Acer, T. Demirtepe, E. Şimşek), TÜBA, Ankara, 2018. s. 49.

bu kurallar uluslararası hukuk sistemi içerisinde yer alan çeşitli kaynaklardan türetilmektedir.⁶⁶

Günümüzde bahse konu kaynakların neler olduğu konusunda genel bir uzlaşma olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün 38'inci maddesinin birinci fıkrasında Divan'ın kendisine sunulan devletler arasındaki uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekte kullanacağı kaynaklar sayılmıştır. Bu kaynaklar antlaşmalar, teamül, hukukun genel ilkeleri ile mahkeme kararları ve doktrindir.⁶⁷ İlk üç kaynak asli kaynaklar olarak ifade edilirken diğerleri yardımcı kaynaklar olarak tanımlanmaktadır. Teknik olarak burada sayılanlar sadece Divan'ı bağlayan kaynaklar gibi görünse de Birleşmiş Milletlere (BM) üye bütün devletler Statü'ye taraf olduklarından maddenin bu konudaki evrensel algıyı yansıttığını söylemek mümkündür.⁶⁸ Maddenin lafzından asli kaynaklar arasında herhangi bir hiyerarşi olduğuna dair bir çıkarım yapmak mümkün değildir.⁶⁹ Dolayısıyla uluslararası hukuk bakımından eşit seviyede oldukları değerlendirilmektedir.⁷⁰

Statü'nün 38'inci maddesinde sayılanlardan biri olan uluslararası teamül, uluslararası hukukun önde gelen asli kaynaklarından birisidir. Bahse konu maddede *“hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül”*⁷¹ şeklinde değinilen uluslararası teamülü, devletlerin uluslararası alanda gelenek haline

⁶⁶ ibid.

⁶⁷ UAD Statüsü Madde 38(1), Gündüz, Aslan / Günel, Reşat Volkan (Editör) Milletlerarası Hukuk, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s. 144.

⁶⁸ SHAW, s. 50.

⁶⁹ David J. BEDERMAN, Custom as a Source of Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 136.

⁷⁰ Emre ÖKTEM, Uluslararası Teamül Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 13.; BEDERMAN, s.155.

⁷¹ UAD Statüsü Madde 38(1).

gelmiş davranışlarının yine devletler tarafından bağlayıcı hukuk kuralları olarak görülmesi sonucu ortaya çıkan kurallar bütünü olarak tanımlamak mümkündür.⁷²

Teamül yalnızca uluslararası hukukun değil genel olarak hukukun en eski ve özgün kaynağıdır. Günümüzde bazı Afrika ve Pasifik ülkelerinde teamülün aile hukuku gibi belirli alanlarda hala kullanıldığı görülmektedir.⁷³ Ancak genel olarak bakıldığında çağdaş iç hukuk sistemlerinde yasama organları ve mahkemelerin ortaya çıkmasıyla birlikte yazılı hukuk ön plana çıkmış, teamül ikinci plana atılmış ve önemini yitirmiştir.⁷⁴ Uluslararası hukukta ise uluslararası sistemin merkezî olmayan niteliğinden dolayı durum farklıdır. Teamül uluslararası hukukun birçok temel alanını düzenlemeye devam etmektedir. Bu alanlar diplomatik ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklardan uluslararası ilişkilerde güç kullanımı ve uyuşmazlıkların barışçıl çözümüne, insan haklarının korunmasından savaş zamanı muharip olmayanların korunmasına ilişkin kurallara kadar birçok alanı kapsar.⁷⁵

Daha önemlisi teamül kendi başına bir uluslararası hukuk kaynağı olmakla kalmayıp, uluslararası hukukun meta normlarının oluşturulmasına ve bu normların uygulanmasına ilişkin kuralları da düzenler. Uluslararası antlaşmaların yapılması, yorumlanması ve sonra erdirilmesine ilişkin kurallar bu kapsamda verilebilecek en iyi örneklerdendir.⁷⁶ Hatta antlaşmalar hukukunun bağlayıcılığının temelinde yer alan “*pacta sunt servanda*”⁷⁷ ilkesi ile teamül hukukunun bağlayıcılığının temelinde yer alan “*consuetudo est servanda*”⁷⁸ ilkesi birer uluslararası teamül hukuku kuralıdır.

⁷² KIRDIM/DEMİRKOL, s. 383.

⁷³ BEDERMAN, s. 136.

⁷⁴ SHAW, s. 51.

⁷⁵ BEDERMAN, s. 136.

⁷⁶ BEDERMAN, s. 136.

⁷⁷ Carl WELLMANN, *The Moral Dimensions of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2011, s. 99, 204.

⁷⁸ *ibid.*, s. 99, 100, 208.

Uluslararası sistemin mimarisine işlemiş olduğu anlaşılan teamül, bu özelliğiyle de “*kaynakların kaynağı*” olarak nitelendirilebilir.⁷⁹

Bağlayıcı bir uluslararası teamül hukuku kuralının nasıl meydana geldiği sorusuna uzun zamandır sürmekte olan teorik tartışmalara rağmen kesin ve yeknesak bir cevap verilememektedir.⁸⁰ Doktrinde teamül hukuku kurallarının oluşumu boş bir arazideki yol oluşumuna benzetilmektedir. İnsanlar boş bir arazide bir noktadan diğerine gidecekleri zaman yön konusundaki ilk tereddütlerden sonra zamanla tek bir patikayı yol olarak kullanmaya başlarlar. Patikanın ne zaman ortaya çıktığı tam olarak belirlenemese de kullanılan yollar tek bir patika haline geldiğinde o hat tek normal yol olarak kabul edilmiş olur.⁸¹

İlkel toplumlarda teamül kuralları neye izin verilip neye izin verilmeyeceği konusundaki yegâne kaynaklardır. Bu tür kurallar toplumdaki bireyler ve gruplar arasındaki etkileşim sonucunda ortaya çıktıktan sonra söz konusu grup ve bireylerin açık veya örtülü onaylarıyla kalıcı hale gelir ve karşılıklı davranış beklentileri oluşturarak herkesçe uyulması beklenen kurallar biçimini alırlar.⁸²

Uluslararası teamül hukuku kuralları da benzer şekilde devletlerin zaman içerisinde uluslararası alanda ortaya koydukları davranışları ve diğer devletlerin bu davranışlara verdikleri tepkiler sonucunda ortaya çıkar. Dolayısıyla uluslararası teamül hukuku kuralları devletlerin uygulamaları sayesinde varlık bulur ve devletlerin işlemlerinden ayrı düşünülemez.⁸³ Bu süreç daha önce mevcut olmayan bir kuralın sıfırdan oluşumu şeklinde olabileceği gibi mevcut bir kuralın ihlali sonucu dönüşmesi

⁷⁹ ÖKTEM, s. 10.

⁸⁰ BEDERMAN, s.135.

⁸¹ SHAW, s.55-56, Charles DE VISSCHER ve P. E. CORBETT, *Theory and Reality in Public International Law*. Princeton University Press, 1957, s. 149.

⁸² SHAW, s.51, Roberto M. UNGER, *Law in Modern Society*, The Free Press, New York, 1976, s. 49.

⁸³ ÖKTEM, s.11.

şeklinde de gerçekleşebilir.⁸⁴ Uluslararası teamül hukuku kuralları dönüşebilir veya ortadan kalkabilirler.⁸⁵

Hali hazırda teamül hukuku haline gelmiş olan bir kural, bütün devletler için bağlayıcıdır. Bir devletin tek taraflı olarak bu kuralın dışında kalmasına izin verilmez.⁸⁶ UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararı'nda bu konuya ilişkin olarak "*uluslararası teamül hukuku kuralları ..., doğası gereği, uluslararası toplumun tüm üyeleri için eşit güce sahip olmalıdır ve bu nedenle herhangi birinin kendi lehine kullanabileceği tek taraflı bir hariç tutulma hakkına konu olamaz.*"⁸⁷ ifadesine yer vermiştir. Bir devletin halihazırda var olan bir kurala kendi çıkarlarına aykırı olduğu gerekçesiyle muhalefet etmesine izin vermek, uluslararası hukukta herhangi bir teamül kuralının varlığını tamamen inkâr etmek anlamına gelecektir.⁸⁸

Bir teamül hukuku kuralı kesin olarak ortaya çıktıktan sonra bir devletin söz konusu kurala ilişkin yükümlülüklerinden tek taraflı olarak kurtulması mümkün değildir. Ancak bir devlet kuralın oluşumunun ilk aşamasından itibaren sürekli ve tutarlı bir şekilde itiraz ederek söz konusu kuralın kendisi için bağlayıcı olmasını engelleyebilir.⁸⁹ Buna *ısrarlı itirazcı teorisi* denmektedir. Bu teorinin sonucu olarak bir teamül kuralının oluşumu esnasında söz konusu kuralın kendisi bakımından uygulanmasına açıkça itiraz etmeyen devletler bahse konu kuralla bağlı sayılacaklardır.⁹⁰ İsrarlı itiraz kapsamında

⁸⁴ KIRDIM/DEMİRKOL, s. 388.

⁸⁵ ÖKTEM, s.13.

⁸⁶ Michael AKEHURST, "Custom as a source of international law", British Yearbook of International Law, Vol. 41, No. 1, 1975, s. 24-26.

⁸⁷ North Sea Continental Shelf, Judgment (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands), I.C.J. Reports 1969, p. 63. (İlerleyen bölümlerde "Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararı" olarak anılacaktır.) (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafıma çevrilmiştir.)

⁸⁸ Oscar SCHACHTER, "International Law In Theory And Practice General Course in Public International Law", Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 178, s. 38.

⁸⁹ AKEHURST, s. 24.

⁹⁰ ÖKTEM, s. 30.

kurala yapılan itiraz kuralın teamül hukuku niteliğini kazanmasını engellemeyecek, yalnızca söz konusu kuralın itiraz eden devlet bakımından bağlayıcı olmaması sonucunu doğuracaktır.⁹¹

Uluslararası hukukta kendilerinden herhangi bir şekilde sapmaya izin verilmeyen bazı emredici kurallar bulunmaktadır. Bu kurallara *jus cogens* kurallar denmektedir.⁹² Söz konusu kuralların emredici nitelikte teamül hukuku normu oldukları öğretide genel kabul görmektedir.⁹³ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) *jus cogens* kuralları “*bir bütün olarak uluslararası devletler topluluğu tarafından, kendisinden sapmaya izin verilmeyen ve yalnızca aynı nitelikteki sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek bir norm olarak kabul edilen ve tanınan*”⁹⁴ kurallar olarak tanımlanmaktadır. *Jus cogens* kurallar ısrarlı itirazcı devletler de dahil olmak üzere bütün devletler bakımından bağlayıcıdır. Dolayısıyla bu kurallara karşı ısrarlı itirazcı yöntemini işleterek yükümlülükten kurtulmak mümkün değildir.⁹⁵

Benzer şekilde bazı teamül hukuku yükümlülükleri o kadar önemlidir ki uluslararası toplum yalnızca kuralın ihlalinden doğrudan etkilenen devletlerin değil, herhangi bir devletin söz konusu kuralın ihlal edildiğini öne sürmesine izin verir. Bunlara *erga omnes* yükümlülükler denmektedir. UAD Barcelona Traction Kararı’nda *erga omnes* yükümlülükleri “*bir devletin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükleri*” olarak tanımlamıştır. Divan, anılan Kararında bu tür yükümlülüklerin

⁹¹ Saadet KÖK DEĞERLİ, “Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Gelişiminde Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü”, Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE, 2020, s.77.

⁹² *Jus cogens* kurallara örnek olarak; bir devletin diğer bir devlete karşı savunma amaçlı olmayan güç kullanımının yasaklanması, soykırımın, insanlığa karşı suçların, kölelik ve köle ticaretinin, ırk ayrımcılığının, işkencenin ve korsanlığın yasaklanması gibi genel kabul gören kurallar verilebilir. LEPARD, s. 7.

⁹³ ÖKTEM, s. 333.

⁹⁴ VAHS, Madde 53.

⁹⁵ LEPARD, s. 251-252.

doğaları gereği bütün devletleri ilgilendirdiğini ve korudukları haklar göz önünde bulundurulduğunda tüm devletlerin bu hakların korunmasında hukuki menfaati olduğunun kabul edilebileceğini vurgulamıştır.⁹⁶ *Jus cogens* kurallar da *erga omnes* yükümlülüklerin bir alt kümesi olarak kabul edilmektedir. Yani bütün *jus cogens* kurallar aynı zamanda *erga omnes* yükümlülük iken tam tersi geçerli değildir. *Erga omnes* yükümlülükleri *jus cogens* kurallardan ayıran özellik ise bu kurallardan ısrarlı itirazcı yolu ile kaçınmanın mümkün olması ve bölgesel veya özel teamül gibi yöntemlerle değiştirilmelerinin daha kolay olmasıdır.⁹⁷

Uluslararası hukukun birçok alanı her geçen gün uluslararası antlaşmalar/sözleşmeler tarafından daha fazla düzenlense de bazı önemli alanlar hala büyük ölçüde uluslararası teamül hukuku tarafından düzenlenmektedir. Antlaşmayla düzenlenmiş olan birçok alanda teamül hukuku kuralları antlaşmaların düzenlemediği konuları düzenlemeye, antlaşmalara taraf olmayan taraflar arasındaki konulara uygulanmaya devam etmektedir. Ayrıca antlaşmaların yorumlanmasında da VAHS'ın 31'inci maddesi uyarınca teamül hukuku kurallarına başvurulabilmektedir.⁹⁸

Uluslararası hukukun en önemli iki kaynağı olan antlaşmalar ile teamül arasında oluşum süreçlerinden ve niteliklerinden kaynaklanan önemli bir fark bulunmaktadır. Bir uluslararası antlaşma, resmi bir süreç sonunda ortaya çıkan ve sadece taraflarını bağlayan yazılı normlardan oluşan bir belgedir. Bunun aksine teamül, niteliği gereği gayri resmi bir kural yapım sürecinin sonucudur. Bu nedenle antlaşmalarda olduğu gibi şekli kural yapım süreçlerinde bulunan kesinlik derecesi teamülden beklenemez.⁹⁹ Başka bir deyişle,

⁹⁶ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 33. (İlerleyen bölümlerde "Barcelona Traction Kararı" olarak anılacaktır.) (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafımca çevrilmiştir.)

⁹⁷ BEDERMAN, s. 159.

⁹⁸ VAHS, Madde 34.

⁹⁹ Maurice MENDELSON, "The Formation of Customary International Law", Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, Vol. 272, 1998, s. 172-176.

teamül kuralları zaman içerisinde gelişen, yazılı olmayan ve çoğu zaman içeriği muğlak olan kurallardır. Bu bakımdan teamül kuralları uluslararası antlaşmaların katılığına esneklik katan bir uluslararası hukuk kaynağı niteliğine sahiptir.¹⁰⁰ Bu bağlamda teamülün dönüşüm, değişim ve kendini uyarılma bakımından antlaşmaya göre üstünlük taşıdığı söylenebilir.¹⁰¹

Teamül hukuku kuralı kodifikasyon faaliyeti sonucunda bir uluslararası sözleşmenin kaynağını oluşturabileceği gibi bir uluslararası antlaşma hükmü de devlet uygulamaları sonucunda bir teamül hukuku kuralına dönüşebilir.¹⁰² Bir teamül hukuku kuralının bir antlaşma hükmü haline gelmesi o teamülün değerini kaybetmesine veya ortadan kalkmasına yol açmaz. Teamülün varlığı uluslararası antlaşmanın varlığından bağımsız olarak kendi kaynağı olan devlet uygulamalarının aynı yönde devam edip etmemesine bağlıdır.¹⁰³ Bir uluslararası hukuk kuralı hem antlaşmalarda hem de teamülde paralel olarak aynı anda gelişebilir. Bir devlet söz konusu kurala ilişkin antlaşmaya taraf olmasa bile devlet uygulamalarıyla gelişen teamül hukuku kuralına ısrarlı itirazcı olarak karşı çıkmayı ihmal ederse daha sonra bu kuralla bağlı olacaktır.¹⁰⁴

Uluslararası antlaşmalar ve teamül hukuku, uluslararası hukukun belirli bir alanında birbirlerine paralel düzenlemeler içerebilecekleri gibi birbirleriyle çelişen düzenlemeler de içerebilirler. Antlaşmalar ile teamül arasındaki çatışma durumunda antlaşmaların teamüle üstün geleceğine ilişkin bir ön kabul doğru olmayacaktır.¹⁰⁵ Antlaşmayla çatışan teamül hukuku kuralının *jus cogens* olması durumunda ise özel bir

¹⁰⁰ James Richard CRAWFORD, The Identification and Development of Customary International Law: Keynote Speech, (Speech delivered at Spring Conference of the ILA British Branch, London), 2014, s. 10.

¹⁰¹ ÖKTEM, s. 326.

¹⁰² ibid., s. 326.

¹⁰³ BEDERMAN, s.157.

¹⁰⁴ ibid., s. 155 – 157.

¹⁰⁵ ibid., s. 156.

durum ortaya çıkmaktadır. VAHS'ın 53'üncü maddesinde bir antlaşmanın yapılması sırasında *jus cogens* kurallarla çatışması durumunda batıl olacağı açıkça ifade edilmiştir.¹⁰⁶ Aynı şekilde söz konusu Antlaşma'nın 63'üncü maddesinde, mevcut bir antlaşmanın sonradan ortaya çıkan bir *jus cogens* kuralıyla çatışması durumunda söz konusu antlaşmanın batıl hale gelerek sona ereceği hükmüne yer verilmiştir.¹⁰⁷

B. Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Oluşumuna İlişkin Görüşler

Uluslararası hukukun asli kaynaklarından birisi olan teamül hukuku kuralları, yazılı olmadıkları için uluslararası antlaşmalardan farklı olarak yazının sağladığı belirginlik ve kesinliği sağlayamazlar.¹⁰⁸ Teamülün bu niteliğine rağmen devletlerin bu kuralları hukuk olarak kabul ederek bu kurallara uygun hareket etmelerinin nedeninin başka bir deyişle uluslararası teamül hukuku kurallarının bağlayıcılığının temelinde neyin yer aldığı tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Uluslararası teamül hukuku kurallarının kaynağını ve bağlayıcılık gücünü açıklamaya yönelik görüşleri iradeci ve objektivist görüşler olmak üzere iki ana gruba ayırmak mümkündür. İradeci görüşler teamülün kaynağının ve bağlayıcılığının egemen devletlerin iradesine dayandığını savunurken objektivist görüşler teamülün kaynağını irade dışındaki yerlerde aramaktadır.¹⁰⁹ Bu bölümde iradeci ve objektivist görüşler genel hatlarıyla anlatıldıktan sonra kısaca realist bir yaklaşım olan oyun teorisi yaklaşımı anlatılacaktır.

¹⁰⁶ VAHS, Madde 53.

¹⁰⁷ VAHS, Madde 63.

¹⁰⁸ ÖKTEM, s. 22.

¹⁰⁹ Vassilis TZEVELEKOS ve Antal BERKES, "Sociological Objectivism: Still Relevant?" Forthcoming, R Deplano, N Tsagourias (eds), Research Methods in International Law: A Handbook, Edward Elgar Publishing, 2020, s. 6.

1. İradeci Görüş

Uluslararası teamül hukuku, Avrupa'daki 30 yıl savaşlarından sonra imzalanan Vestfalya Antlaşmasının bir sonucu olarak ortaya çıkan egemen ulus devletler sistemiyle önemli bir değişime uğrayarak bugünkü bağlamına oturmuştur.¹¹⁰ Bu dönüşümden önce uluslararası hukuk alanına hâkim olan doğal hukuk teorileri, uluslararası hukuku devletlerin iradesinden bağımsız ve devletlerin üzerinde olan bir hukuk düzeni olarak tanımaktaydı.¹¹¹ Ancak ulus devletlerin ortaya çıkmasından sonra uluslararası hukuk alanına pozitivist bir anlayış hakim olmuştur. Bu anlayışa göre devlet egemenliği ile uluslararası hukukun kaynakları arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır ve uluslararası hukuk kuralları bir devlet bakımından ancak söz konusu devletin o kurala açık veya örtülü bir biçimde rıza göstermesi ile bağlayıcı olabilir. Dolayısıyla bir uluslararası hukuk kuralına geçerliliğini ve bağlayıcılığını devletlerin rızası verir.¹¹² Bu nedenle ortaya çıkan uluslararası teamül hukuku kuralları, ilgili kuralın oluşumuna katılan ya da sonradan söz konusu kuralın varlığını tanıyan devletlere uygulanabilir.¹¹³ Bu yaklaşımı savunanların genel görüşüne göre rıza açık olabileceği gibi zımni de olabileceğinden geniş kapsamlı hukuki yükümlülükler devletler bakımından bağlayıcı hale gelebilir.¹¹⁴ İradeci görüşe göre bir uluslararası hukuk normunun oluşabilmesi için aynı yöndeki devlet iradelerinin bir araya gelmesi gerekir.¹¹⁵

Doğal hukuk anlayışından farklı olarak pozitivist uluslararası hukuk anlayışına göre hukuk, bir egemen veya meşru bir yasama organı tarafından yaratılabilir. Bir hukuk

¹¹⁰ BEDERMAN, s. 138.

¹¹¹ Birgit SCHLÜTTER, *Developments in Customary International Law Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, s. 46.

¹¹² BEDERMAN, s. 140.

¹¹³ ÖKTEM, s.23.

¹¹⁴ BEDERMAN, s. 140.

¹¹⁵ KÖK DEĞERLİ, s.74.

kuralı tarihte gerçekleşmiş bir yaratma fiilinden çıkarılabiliyor ve nesnel olarak algılanabiliyorsa olumlu bir nitelik kazanabilir.¹¹⁶ Devlet egemenliğini ön plana çıkaran iradeci görüş de bu yönüyle pozitivist bir niteliğe sahiptir.¹¹⁷

Modern iradeci görüşler egemen devletlerin mutabakatını uluslararası hukukun bağlayıcılığının temeli olarak görmektedir.¹¹⁸ Uygulamaya bakıldığında bu anlayışın mevcut uluslararası hukuk düzenine hâkim olduğu görülebilmektedir.

UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinde uluslararası hukukun kaynakları sayılırken devletleri merkezine alan bir sistemin tercih edildiği görülmektedir. Söz konusu maddenin formüle edilmiş biçiminden devletlerin uluslararası düzeyde doğrudan veya dolaylı olarak uluslararası hukuk kurallarının oluşturulmasında ana aktörler varsayıldıkları anlaşılmaktadır.¹¹⁹

İradeci görüşün etkisi UDAD (Uluslararası Daimî Adalet Divanı) ve UAD içtihatlarında da önemli bir yere sahiptir. UDAD'ın Lotus Kararı'nda yer verilen *“Uluslararası hukuk, bağımsız devletler arasındaki ilişkileri yönetir. Dolayısıyla, devletleri bağlayan hukuk kuralları, sözleşmelerde ya da hukukun ilkelerini ifade ettiği genel olarak kabul edilen ve bu birlikte var olan bağımsız topluluklar arasındaki ilişkileri düzenlemek ya da ortak amaçlara ulaşmak için oluşturulan teamül kurallarında ifade edildiği şekliyle, kendi özgür iradelerinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle devletlerin bağımsızlığına yönelik kısıtlamaların olduğu varsayılmaz.”*¹²⁰ ifadesi iradeci görüş

¹¹⁶ SCHLÜTTER, s. 17.

¹¹⁷ SHAW, s. 53.

¹¹⁸ SCHLÜTTER, s. 18.

¹¹⁹ ibid., s. 18.; Gennadii Mikhailovich DANILENKO, Law- Making in the International Community, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1993, s. 193.

¹²⁰ S.S. “Lotus”, France v Turkey, Judgment, Judgment No 9, PCIJ Series A No 10, ICJ 248, PCIJ, 1927, s. 18. (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafıma çevrilmiştir.)

lehine güçlü bir içtihat olarak yorumlanmaktadır.¹²¹ Bu kararlar ortaya çıkan içtihadın sonucu olarak uluslararası teamül hukuku kurallarının bağlayıcılık kazanması ancak devletlerin açık veya örtülü rızası sonucu mümkündür.¹²²

UAD 1986 tarihli Nikaragua Kararı'nda benzer bir tutum sergilemiştir. Karar'da “... uluslararası hukukta, ilgili Devlet tarafından, antlaşma veya başka bir şekilde kabul edilebilecek kurallar dışında, egemen bir devletin silahlanma seviyesinin sınırlanabileceği hiçbir kural yoktur.”¹²³ ifadesine yer verilerek uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcılık gücünün temelinde Devlet iradesinin bulunduğunu vurgulanmıştır.

İradeci görüş, devlet egemenliğini yücelten düalist ekole ek olarak Sovyet ekolu ve bağımsızlığını yeni kazanan devletler tarafından da benimsenmiştir.¹²⁴ Özellikle sömürgeciliğin tasfiyesinden sonra çok sayıda bağımsızlığını yeni kazanan devlet ortaya çıkmıştır. Bu devletler bakımından bağımsızlıklarından önce mevcut olan uluslararası teamül hukuku kurallarından menfaatlerine uygun olanları tanıyarak yalnızca bunlarla bağlı olmak mantıklı olacağından iradeci görüşü benimsemenin lehlerine olacağı açıktır.¹²⁵

Sovyet uluslararası hukuk teorisi ise katı bir iradeci görüşü benimsemiştir. Uluslararası antlaşmalar ve çok taraflı sözleşmeler taraf devletlerin iradelerini doğrudan yansıttığından uluslararası hukukun temel kaynağı olarak görülmüştür.¹²⁶ Sovyet teorisi

¹²¹ ÖKTEM, s. 32,33.

¹²² Ian C. MACGİBBON, “Customary International Law and Acquiescence”, British Year Book of International Law, Vol. 33, 1957, s. 132.

¹²³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 269. (İlerleyen bölümlerde “Nikaragua Kararı” olarak anılacaktır.) (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafimca çevrilmiştir.)

¹²⁴ ÖKTEM, s. 24.

¹²⁵ KÖK DEĞERLİ, s. 78.

¹²⁶ SCHLÜTTER s. 20,

uluslararası teamül hukukunu bazı kapitalist güçlü devletler tarafından zayıf devletlerin egemenliği dikkate alınmadan oluşturulan kurallar olarak görmekte¹²⁷ ve bu kuralların rızaları olmayan devletler için bağlayıcı olamayacağını savunmaktadır.¹²⁸ İradeci görüş, uluslararası teamül hukukunun ulus devletler tarafından kabul edilebilir olmasını sağlamıştır.¹²⁹

İradeci görüş çeşitli yönlerden eleştirilere uğramıştır. Bunlardan ilki uluslararası teamül hukuku kurallarının geçerliliği ve bağlayıcılığı için devletlerin rızasını şart koşan iradeci görüşün; kuralın oluşumuna katılmayan, kuraldan etkilenmeyen veya kurala ilişkin rızasını beyan etmeyen ya da kuralın oluşumundan sonra ortaya çıkan devletlerin nasıl bu kurallarla bağlı olacağını açıklayamadığına yöneliktir.¹³⁰ Bazı yazarlar tarafından bu eleştiriye, konuşabileceği ve konuşmaya mecbur olduğu halde susan kimse kabul etmiş sayılır anlamına gelen “*qui tacet, consentire videtur, ubi loqui potuit et debuit*” ilkesi ile cevap verilmektedir.¹³¹ Bahse konu ilke, kuralın ortaya çıkmasından herhangi bir şekilde etkilenmeyecek devletlerin durumunu açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Söz konusu eleştiriye karşı öne sürülen argümanlardan bir diğeri ise kendisi de bir uluslararası teamül hukuku kuralı olan ısrarlı itirazcı kavramıdır. Uluslararası hukukta genel kabul gören bu kurala göre gelişmekte olan bir uluslararası teamül hukuku kuralına başından itibaren ısrarla karşı çıkan devletler söz konusu kuralla bağlı olmayacaklardır. Ancak bu itiraz kuralın oluşmasını engellemeyecek itiraz etmeyen diğer devletler bakımından kural geçerli olacaktır.¹³²

¹²⁷ ibid., s. 20.; UHK altında oluşturulan Uluslararası Teamül Hukuku Komisyonu'nun Rus Delegatesinin görüşleri için bkz: (ILC, Committee on Making the Means for the Evidence of Customary international law more readily available, 32nd meeting, UN Doc. A/CN.4/6, Yearbook of the ILC, 1949, s. 232)

¹²⁸ KÖK DEĞERLİ, s.79.

¹²⁹ ÖKTEM, s. 33.

¹³⁰ MENDELSON, s. 261.

¹³¹ ÖKTEM, s.30.

¹³² ibid., s.30, KÖK DEĞERLİ, s.77.

İradeci görüşe yönelik diğer bir eleştiri ise genel uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunu zora soktuğuna ilişkindir. Bütün devletlerin aynı konuya ilişkin olarak aynı uygulamayı benimsemeleri ve aynı yönde irade göstermeleri gerçekçi bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk tarafından üzerinde çok fazla tartışma olmayan uluslararası teamül hukuku kurallarına bakıldığında da genel bir uygulamanın arandığı ve oybirliği aranmadığı görülmektedir. Oybirliği antlaşmaların yapılmasında geçerli bir gereklilik olduğundan, iradeci görüş teamülün oluşum sürecini antlaşma süreciyle özdeşleştirmekle dolayısıyla zorlaştırmakla eleştirilmektedir.¹³³

İradeci teorinin açıklamakta zorlandığı diğer bir husus da *jus cogens* kurallardır. *Jus cogens* yani uluslararası hukukun emredici kuralları devlet iradesini kısıtlar ve bu kurallara aykırı diğer pozitif hukuk kurallarının hükümsüz sayılması sonucunu doğurur. Dolayısıyla bu tür kuralların ne temelleri ne de etkileri devlet iradesi ile bağdaşmaz. *Jus cogens* kurallar, devletlerin iradesi sonucu ortaya çıkan uluslararası hukuk kurallarını ahlaki yükümlülükler, sosyal gereklilikler ve hatta doğal hukukun zorunlu emirleriyle çeliştiği ölçüde hükümsüz hale getirir.¹³⁴

2. Sosyolojik Objektivizm

Sosyolojik objektivizm, iradeci görüşlerin aksine devletin egemenliğini reddetmekte ve hukukun kaynağını devletlerin iradeleri değil, sosyal gereklilikler olarak görmektedir.¹³⁵ Sosyolojik teori hukuku objektif hukuk ve pozitif hukuk olarak ikiye ayırmaktadır. Pozitif hukuk, teamül hukuku, yasama ve içtihat hukuku gibi hukukun şekli

¹³³ Mark Eugen VİLLİGER, Customary International Law and Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, s. 21, 27.

¹³⁴ TZEVELEKOS/BERKES, s. 22.

¹³⁵ ibid., s. 19.

kaynakları aracılığıyla oluşturulur.¹³⁶ Objektif hukuk ise sosyal gereksinimlerden doğan, toplumun her bir üyesinin faaliyetleri aracılığıyla yaratılan ve tespit edilen, toplumun kendine has, doğal ve dinamik hukukudur. Şekli kaynaklar aracılığıyla formal süreçlerden geçerek oluşturulan pozitif hukuk objektif hukuku yansıtmalıdır. Pozitif hukukun geçerliliği, altında yatan objektif normatif düzene uygunluğuna bağlıdır.¹³⁷ Dolayısıyla sosyolojik objektivizm, hukuku uluslararası toplumun ihtiyaçlarından ve dönüşümünden doğan sosyal dayanışmanın bir ürünü olarak görmektedir.¹³⁸

Sosyolojik objektivizm görüşünü savunanlara göre teamül hukuku kuralları belirli bir kişi tarafından oluşturulmaz, topluluk üyelerinin içgüdüsel davranışlarından ve sosyal gerekliliklerden ortaya çıkar. Dolayısıyla teamül hukuku objektif hukukun kendiliğinden, bilinçsizce ve isteksizce pozitif hukuka dönüşmüş halidir ve objektif hukuku yansıtmak bakımından daha uygun bir kaynaktır. Bu yapısı nedeniyle objektivistler teamülü uluslararası hukukun başlıca kaynağı olarak görmekte ve objektif hukuku yansıttığı ölçüde uluslararası antlaşmalara karşı üstün bir konuma yerleştirmektedirler.¹³⁹

Uluslararası teamül hukuku kurallarının geçerliliği sosyal gerçeklikten doğan ve onu yansıtan objektif hukuka uygunluklarına bağlıdır. Bahse konu kurallar sosyal gereklilikleri yansıtmayı bırakır ve objektif hukuktan uzaklaşırlarsa bağlayıcılıklarını kaybeder ve yürürlükten kalkarlar.¹⁴⁰

¹³⁶ ibid., s. 5.

¹³⁷ ibid., s. 6.

¹³⁸ ibid., s. 3-4.

¹³⁹ ibid., s. 18.

¹⁴⁰ ibid., s. 19.

Objektif hukukla uyumlu uluslararası teamül hukuku kuralları bütün devletler için bağlayıcıdır ve bu kurallar devletlerin iradelerinden kaynaklanmadıkları için devletler rıza göstermemiş olsalar dahi kural karşısındaki yükümlülüklerinden muaf olamazlar.¹⁴¹

Sosyolojik objektivist teori mevcut uluslararası hukuk düzenini yansıtamamakla ve gerçeklikten uzak olmakla eleştirilmektedir. Mevcut uluslararası hukuk sistemi incelendiğinde devlet egemenliğinin yalnızca bir gerçeklik değil aynı zamanda uluslararası hukukun en önemli ilkelerinden birisi olduğu görülmektedir. Devletlerin monist veya düalist bir sistem seçmeleri devletlerin anayasal düzenleriyle ilişkin olup yine devlet iradesiyle ilgilidir. Bireyler sosyolojik objektivistlerin savunduğunun aksine uluslararası hukukun pasif sùjeleri olup bu alanda kullandıkları yetkiler devlet egemenliğinden kaynaklanır.¹⁴² Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) da bireylerin davranışlarının uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumuna ya da tespit edilmesine doğrudan katkıda bulunmadığını ancak devletlerin ve uluslararası örgütlerin uygulamalarının değerlendirilmesiyle ilgili olabileceğini ifade ederek bireylerin uluslararası teamül hukuku kuralları oluşturabileceği fikrini kabul etmemektedir.¹⁴³

Uluslararası teamül hukukunun bağlayıcılığının istisnası olarak görülen ısrarlı itirazcı kavramı uluslararası hukukta genel kabul gören bir ilke olup devletlerin istemedikleri kurallarla bağlı olmamalarına imkân sağlar. Dolayısıyla devletler iradelerini ortaya koyarak bir kuralın getirdiği yükümlülükten kaçınabilirler.¹⁴⁴

Sosyolojik objektivist teorinin devlet iradesini yok sayarak gerçeklikten uzaklaştığı eleştirilerine karşın insan hakları, uluslararası ceza ve çevre hukuku gibi

¹⁴¹ ibid., s. 19.

¹⁴² ibid., s. 20-21.

¹⁴³ Report of the International Law Commission, Seventieth Session, (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018), A/73/10, p.122. (İlerleyen bölümlerde “UHK Raporu” olarak anılacaktır.), Sonuç 4(3). (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafımca çevrilmiştir.)

¹⁴⁴ ibid., Sonuç 15.

alanlarda devletler tarafından kabul edilen pozitif hukuk düzenlemelerinin sosyal gereklilik ve ahlaki yükümlülükleri dikkate aldığı da yadsınamaz bir olgudur.¹⁴⁵

3. Oyun Teorisi Yaklaşımı

Uluslararası teamül hukukunun oluşumuna yönelik güncel yaklaşımlardan birisi de realist bir yaklaşım olan oyun teorisi yaklaşımıdır. Realist yaklaşımları diğer uluslararası hukuk teorilerinden ayıran üç temel özellik vardır. Bunlardan ilki realist yaklaşımın hukuki düşüncenin ahlaki ve politik söylemden ayrı ve bağımsız olduğu görüşüne karşı çıkmasıdır. İkinci özellik ise soyutlamalara ve özellikle tümdengelimci yaklaşımlara sıcak bakmamasıdır. Realizmin son ayırt edici yönü ise sosyolojiden etiğe, iktisattan uluslararası ilişkilere, siyaset biliminden antropolojiye daha birçok disiplinden bakış açıları edinen disiplinler arası bir niteliğe sahip olmasıdır.¹⁴⁶

Genellikle iktisat biliminde uygulama alanı bulan oyun teorisi yaklaşımı bazı yazarlar¹⁴⁷ tarafından uluslararası hukuk alanına taşınarak uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunun açıklanması için bir yöntem geliştirilmeye çalışılmıştır. Oyun teorisi, en bilinen örneği olan mahkûm ikilemi örneği üzerinden insanların iş birliği yaptıkları veya yapmadıkları durumlarda elde edecekleri fayda ve zarar üzerinden bir sonuca ulaşmayı sağlayan teorik bir yaklaşımdır.¹⁴⁸ Oyun teorisinin uluslararası hukuk alanında uygulanması ise devletler arasında güç ve menfaat ilişkileri olduğu gerçeğinden yola çıkılarak insanların yerine devletlerin konulması suretiyle devletlerin belirli

¹⁴⁵ TZEVELEKOS/BERKES, s. 22.

¹⁴⁶ SCHLÜTTER, s. 50

¹⁴⁷ Jack L. GOLDSMITH ve Eric A. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2006.; George NORMAN ve Joel P. TRACHTMAN, “The Customary International Law Game”, *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 3, 2005, s. 541-580.; Edward T. SWAINE, “Rational Custom”, *Duke Law Journal*, Vol. 52, No. 3, 2002, s. 559-627.

¹⁴⁸ NORMAN/TRACHTMAN, s. 548.

kurallara uyup uymamak konusundaki tercihlerinin analiz edilmesi yoluyla yapılmaktadır. Devletler elde edecekleri menfaat veya uğrayacakları hukuki yaptırımları göz önünde bulundurarak bir kurala uymak veya uymamak konusunda karar vermektedirler.¹⁴⁹ Uluslararası teamül hukuku kuralları devletlerin iş birliği yapmak ya da yapmamak şeklinde katıldıkları bu davranışsal süreç sonucunda ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁰

Uluslararası insan hakları hukuku kurallarının uluslararası teamül hukuku niteliği Goldsmith ve Posner'a göre oyun teorisi çerçevesinde menfaatlerin çakışması olarak kolayca açıklanabilir.¹⁵¹ Buna ek olarak bazı uluslararası insan hakları kurallarının uluslararası teamül hukuku niteliği güçlü ve nüfuzlu devletlerin daha az nüfuzlu devletler üzerinde söz konusu kurallara uymalarını sağlayacak ölçüde yeterince baskı uygulamalarından kaynaklanır.¹⁵²

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Genel olarak uluslararası hukuk kurallarının, özel olarak da uluslararası teamül hukuku kurallarının temellerini açıklamaya yönelik görüşler elbette yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Ancak bu kısımda özet olarak ifade edilen görüşlerin doktrinde yer alan ve kabul gören temel görüşlerin ana unsurlarını kapsadığı düşünülmektedir.¹⁵³

Uluslararası teamül hukukunun temeline devlet iradesini koyan iradeci görüş ile sosyal gereksinimleri koyan sosyolojik objektivizm görüşleri çelişiyor gibi görünseler de

¹⁴⁹ ÖKTEM, s. 43.

¹⁵⁰ GOLDSMITH/POSNER, s. 39.; Timothy MEYER ve Andrew GUZMAN, "Customary International Law in the 21st Century", Progress in International Law (Rebecca Bratspies and Russell Miller eds), Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 204, 206, 207.

¹⁵¹ GOLDSMITH/POSNER, s.112.

¹⁵² ibid., s.124-125, 134.

¹⁵³ SCHLÜTTER, s. 65.

aslında birbirlerini tamamlayıcı niteliğe sahiplerdir.¹⁵⁴ Devletlerin herhangi bir sosyal ihtiyaç olmaksızın, uluslararası ilişkilerden ve konjonktürden bağımsız olarak uygulamalar geliştirerek aralarında ilişki kurmaları ve uluslararası teamül hukuku kuralları geliştirmeleri gerçekçi görünmemektedir. Diğer taraftan uluslararası alanda ortaya çıkan sosyal gerekliliklerin de devletlerin iradelerini ortaya koymadan bir uluslararası hukuk kuralına dönüştükleri görülmez. Dolayısıyla her iki görüşün birlikte değerlendirilmesi uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunu açıklamak bakımından daha gerçekçi bir yaklaşım olacaktır. Sonuç olarak uluslararası alanda siyasi, ekonomik, kültürel ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan ihtiyaçlar devletlerin iradelerini ortaya koymalarıyla bağlayıcı bir uluslararası hukuk kuralına dönüşebilecektir.¹⁵⁵

Uluslararası insan hakları hukuku ve insancıl hukuk kurallarının oluşumunun açıklanması söz konusu olduğunda UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinde de benimsenmiş olan iki unsurlu geleneksel yaklaşımın tam olarak ihtiyacı karşılamadığı görülmektedir. Bu alanlardaki teamül hukuku kurallarının temelini açıklamaya yönelik yaklaşımların temel ve evrensel bazı değerlere atıf yaparak manevi unsuru ön plana çıkarma ve aslında doğal hukuk görüşüne yaklaşma eğilimi gösterdiği anlaşılmaktadır.¹⁵⁶

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere uluslararası teamül hukukunun temellerini ve oluşumunu açıklayan tutarlı tek bir teorinin ortaya konması mümkün görünmemektedir. Uluslararası hukukun kapsadığı geniş alan ile sürekli değişen ve gelişen yapısı göz önünde bulundurulduğunda geleneksel yaklaşımların dışında farklı durumlarda farklı gerekliliklerin aranabileceği hususu göz ardı edilmemelidir.

¹⁵⁴ ÖKTEM, s. 44.

¹⁵⁵ *ibid.*, s. 45.

¹⁵⁶ SCHLÜTTER, s. 65-66.

III. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Teamülün Rolü

Uluslararası hukukun kaynakları UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinde sayılmış olup bunlar uluslararası antlaşmalar, uluslararası teamül, hukukun genel ilkeleri, yargı kararları ve doktrindir. Söz konusu liste üzerinde genel bir uzlaşma bulunmakta olup özellikle ilk üç kaynak uluslararası hukukun asli kaynakları olarak kabul edilmektedirler. Uluslararası insan hakları hukuku da uluslararası hukukun bir alt dalı olduğundan kaynakları bakımından farklı bir değerlendirme yapmak için bir gerekçe bulunmamaktadır.¹⁵⁷ Dolayısıyla insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına ilişkin bağlayıcı bir normun kaynağı antlaşma, teamül veya hukukun genel ilkelerinden birisi olması gerekmektedir.¹⁵⁸

Uluslararası teamül hukuku modern uluslararası hukukun asıl ve kadim kaynağı olarak kabul edilse de özellikle 20'nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren yerini yavaş yavaş uluslararası antlaşmalara bırakmaya başlamıştır. Antlaşma hukukunun kesin ve net hukuk kuralları belirleyebilmesi bahse konu tercihin en önemli nedenlerinden birisidir.¹⁵⁹ Özellikle insan hakları hukuku alanında bir hakkın tespit edilebilmesi ve korunması bakımından bu husus önem taşımaktadır.¹⁶⁰ Ancak önceki kısımda daha ayrıntılı olarak değinildiği üzere bir uluslararası teamül hukuku kuralı kodifiye edilmiş olsa da varlığını sürdürecektir ve bağlayıcı olmaya devam edecektir. Dolayısıyla uluslararası antlaşmaların yaygınlaşması uluslararası teamül hukukunun önemini kaybettiği anlamına gelmemektedir.

¹⁵⁷ GÖZLER, s. 480.

¹⁵⁸ Hugh THIRLWAY, "Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28, No.3, 2015, s. 496.

¹⁵⁹ David BOUCHER, "The Recognition Theory of Rights, Customary International Law and Human Rights", *Political Studies*, Vol. 59, Issue 3, s. 753.

¹⁶⁰ SCHABAS, s. 4-5.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukukun konusu olan insan hakları hukukunun gelişiminin, uluslararası antlaşmaların uluslararası hukuk alanına hâkim olduğu döneme denk geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Çalışmanın ilk kısmında anlatılan uluslararası insan hakları hukukunun gelişimine ilişkin süreç göz önünde bulundurulduğunda uluslararası teamül hukukuna atıf yapılmadığı, söz konusu alanın uluslararası sözleşmelerle geliştiği görülecektir. İnsan hakları hukuku söz konusu döneme kadar devletlerin egemenlik alanlarındaki bir iç hukuk meselesi olarak görüldüğünden söz konusu sözleşmeleri hazırlayanlar insan haklarının ancak devletlerin açık rızasıyla uluslararası hukukun konusunu oluşturabileceklerini değerlendirmişler, bilinçli bir tercih olarak bu alanı uluslararası sözleşmelerle düzenleme yoluna gitmişlerdir.¹⁶¹

Uluslararası insan hakları hukukuna benzer şekilde temel amacı insanları zarardan korumak olan uluslararası insancıl hukukta ise durum bunun tam tersi olup 19'uncu yüzyılın ortalarından itibaren gelişmekte olan uluslararası silahlı çatışma hukukuna ilişkin beyanname ve sözleşmelerde sıklıkla “*savaş hukuku ve teamülleri*” ibaresine yer verildiği görülmektedir.¹⁶² Her ikisinin temel amacı insanları zarardan korumak olsa da iki hukuk disiplini farklı bağlamlar için geliştirilmiştir. Uluslararası insancıl hukuk öncelikle devletler arasındaki silahlı çatışma durumları için ortaya çıkmışken uluslararası insan hakları hukuku bir devletin kendi vatandaşları ile olan ilişkilerine odaklanmaktadır.¹⁶³ Uluslararası insancıl hukukta, uluslararası insan hakları hukukunda nispeten bulunmayan bir mütekabiliyet boyutu bulunmakta olup yazılı olmayan insancıl hukuk kurallarına uymakta devletlerin karşılıklı çıkarları söz konusudur. Bu bakımdan uluslararası insancıl hukuk, uluslararası insan hakları hukukundan farklı olarak

¹⁶¹ ibid., s. 12-13.

¹⁶² ibid., s.13.

¹⁶³ Monica HAKIMI, “Custom's Method and Process: Lessons from Humanitarian Law” In Custom's Future: International Law in a Changing World, edited by C. A. Bradley, Cambridge University Press, New York, 2016, s. 155.

uluslararası teamül hukukunun antlaşma hukukundan önce geliştiği diğer uluslararası hukuk alanlarıyla benzerlik göstermektedir.¹⁶⁴

Uluslararası insan hakları hukukunun -uluslararası sözleşmelerle gelişmiş olmasına rağmen- tek kaynağının uluslararası sözleşmeler olduğunu söylemek insan haklarının temel niteliğine aykırı olacaktır. İnsan hakları, insanların sadece insan olmaktan kaynaklanan ve devletlerden bağımsız olarak sahip oldukları haklar olarak kabul edilirse tüm devletlerin bu haklara saygı göstermeleri beklenmelidir.¹⁶⁵ Mevcut durumda insan hakları hukuku alanında çok sayıda antlaşma ve sözleşme bulunmasına rağmen birçok devlet bu antlaşmalara ya taraf olmamış ya da çekincelerle taraf olmuştur. Söz konusu devletler bahse konu antlaşmalardan doğan yükümlülüklerle bağlı olmadıkları gibi bir hakkın ihlal edilmesi durumunda taraf olan devletlere karşı da bu antlaşmalara dayanma imkanları bulunmamaktadır. Bu nedenle devletlerin uluslararası insan hakları hukuku alanında uluslararası teamül hukuku kapsamındaki yükümlülüklerinin belirlenmesi önem arz etmektedir.¹⁶⁶ Uluslararası teamül hukuku kurallarının ortaya çıkması bütün devletlerin rızasını gerektirmemektedir. Ancak oluşumundan sonra ısrarlı itirazcılar hariç olmak üzere bütün devletleri bağlayıcı nitelik kazanan bu normlar insan haklarının evrensel anlamda korunması için etkili bir yol olabilecektir.¹⁶⁷ Bir devletin uluslararası insan haklarına ilişkin bir sözleşmeden çekilmesi durumunda dahi teamül hukuku niteliği kazanmış olan bir sözleşme hükmü, bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak ilgili devlet bakımından bağlayıcı olmaya devam edecektir.¹⁶⁸

¹⁶⁴ SCHABAS, s. 13.

¹⁶⁵ KIRDIM/DEMİRKOL, s. 410.

¹⁶⁶ BOUCHER, s. 766.

¹⁶⁷ Theodor MERON, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Clarendon Press, Oxford, 1989, s. 3.

¹⁶⁸ MERON, 1989, s. 7.

İnsan haklarının evrensel düzeyde korunması için uluslararası teamül hukukunun kendine has bazı özellikleri önemli fırsatlar sunmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere uluslararası insan hakları hukuku bir iç hukuk meselesi olarak görülen insan haklarını uluslararası düzeye taşımıştır. Bunun doğal sonucu bir devletin kendi vatandaşlarına karşı bir insan hakları ihlali gerçekleştirmesi durumunda diğer devletlerin ihlali gerçekleştiren devlete karşı uluslararası sorumluluğunu öne sürebilmesidir. Antlaşma hukuku bunun sadece taraflar arasında yapılmasını mümkün kılarken uluslararası teamül hukuku normlarının bir alt kümesini oluşturan *erga omnes* yükümlülükler bütün devletlerin diğer bütün devletlere karşı sorumluluklarını öne sürme imkânı tanımaktadır. Birinci bölümde daha ayrıntılı olarak değinildiği üzere *erga omnes* yükümlülükler, iç hukuk tabiriyle uluslararası hukuk düzeninden sayılan, tüm devletler tarafından öne sürülebilen, bir devletin uluslararası topluma karşı yükümlülükleri olarak tanımlanmaktadır. Evrensel nitelikte olan *erga omnes* yükümlülüklerle karşı devletlerin çekince koymaları mümkün kabul edildiğinden, *erga omnes* kuralların bir alt kümesi olarak görülen *jus cogens* kurallar evrensel, kendilerinden hiçbir şekilde sapmaya izin verilmeyen, emredici ve kendileriyle çelişen antlaşma hükümlerini dahi geçersiz kılan normlar olduklarından daha kesin bir koruma sağlamaktadır. Bu nitelikleri dolayısıyla bu normlar uluslararası toplumun özel önem atfettiği değerlerin korunması için değerli araçlardır.¹⁶⁹ Dolayısıyla bir uluslararası insan hakları hukuku normunun *erga omnes* veya *jus cogens* niteliği taşıyıp taşımayacağı uluslararası toplum tarafından söz konusu normun koruduğu değere verilen önemle doğru orantılı olacaktır.

UAD çeşitli kararlarında uluslararası insan hakları hukuku kurallarının bahse konu niteliğine atıfta bulunmuştur. Divan Barcelona Traction Kararı'nda, önce *erga*

¹⁶⁹ John TASIOLAS, "Custom's Method and Process: Lessons from Humanitarian Law" In Custom's Future: International Law in a Changing World, edited by C. A. Bradley, Cambridge University Press, New York, 2016, s. 108.

omnes yükümlülükleri önemleri göz önünde bulundurulduğunda tüm devletlerin korunmasında menfaati olan haklar olarak tanımlamış, ardından bu tür yükümlülüklerin modern uluslararası hukukta saldırı eylemleri veya soykırımın yasaklanması veya kölelik ve ırk ayrımcılığından korunma gibi kişinin temel haklarına ilişkin ilke ve kurallardan kaynaklandığını belirtmiştir.¹⁷⁰ UAD Diallo Kararı'nda ise *“insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının, herhangi bir antlaşma yükümlülüğünden bağımsız olarak, her koşulda Devletler için bağlayıcı olan genel uluslararası hukuk kuralları arasında yer aldığına şüphe yoktur.”* ifadesine yer vermiştir.¹⁷¹

Günümüzde hangi insan haklarının uluslararası teamül hukuku kuralı niteliğine sahip olduğuna ilişkin kesin bir liste bulunmamaktadır. Hakların ortaya çıkışı ve gelişim süreci incelendiğinde İHEB'in ve arkasından gelen BM nezdinde kabul edilen sözleşmelerin hiçbirinin yapım sürecinde uluslararası teamül hukukuna atıf yapılmadığı görülmektedir. Ancak bu alanda yaşanan antlaşma hukukuna ilişkin gelişmelerin sonucunda ortaya çıkan devlet uygulamaları ve içtihatların etkisiyle 1960'lı yılların ortalarından itibaren başta ABD'de olmak üzere hukukçular tarafından uluslararası teamül hukukundan bahsedilmeye başlanmıştır. Uluslararası teamül hukukunun bu tarihlerde gündeme gelmeye başlamasının nedeni bazı yazarlarca İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan ikiz sözleşmelerin yürürlüğe girişindeki gecikme sonucu uluslararası insan hakları alanında yaşanan kaynak arayışı olarak açıklanmaktadır.¹⁷²

İHEB 1948 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmişken ikiz sözleşmeler olarak bilinen MSHS ve ESKHS'nin Genel Kurul tarafından kabulü 1966'yı

¹⁷⁰ Barcelona Traction Kararı, p. 33-34.

¹⁷¹ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 87. (İlerleyen bölümlerde “Diallo Kararı” olarak anılacaktır.) (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafımca çevrilmiştir.)

¹⁷² SCHABAS, s. 18.

bulmuş ve bu iki sözleşme yeterli katılımın sağlanmasıyla ancak 1976 yılında yürürlüğe girebilmiştir. İkiz sözleşmelerin ardından gelen diğer çekirdek insan hakları sözleşmelerinin yürürlüğe girmesi ise çok daha uzun bir süre almıştır. Çeşitli yazarlara göre uluslararası insan hakları hukukunun asli kaynağı olarak öngörülen antlaşmalarda yaşanan bu gecikme antlaşmalar için öngörülen işlevin İHEB tarafından devralınmasına yol açmıştır.¹⁷³ Bu kapsamda bazı yazarlar ve kuruluşlar tarafından İHEB'in bir bütün olarak ya da içerdiği bazı haklar bakımından uluslararası teamül hukuku statüsüne eriştiğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.¹⁷⁴ Benzer şekilde BM tarafından İnsan Hakları Yılı olarak ilan edilen 1968 yılında BM desteğiyle gerçekleştirilen Uluslararası İnsan Hakları Konferansı tarafından kabul edilen Tahran Bildirisi'nde, İHEB'in uluslararası toplumun üyeleri için bir yükümlülük teşkil ettiği ifade edilmiştir.¹⁷⁵ Söz konusu görüşler ve açıklamalar İHEB'i hukuki olarak bağlayıcı hale getirmeseler bile Beyanname'nin uluslararası teamül hukukunu yansıttığına dair uluslararası bir mutabakatın gelişmekte olduğuna dair önemli göstergeler olmuşlardır.¹⁷⁶

İHEB'de yer alan bazı hakların uluslararası teamül hukuku niteliğine ilişkin benzer gelişmeler aynı dönemde bazı uluslararası ve ulusal yargı kararlarında da görülmüştür. Bunlardan ilki UAD önünde görülmüş olan Rehineler Davası'na ilişkindir.¹⁷⁷ ABD söz konusu Dava'ya ilişkin olarak Divan'a sunduğu görüşünde İran'ın, rehinelerin BM Şartı, İHEB ve MSHS'nin ilgili bölümlerinde yer alan bazı temel insan

¹⁷³ Egon SCHWELB, *Human Rights and the International Community: The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights*, Quadrangle Books, Chicago, 1964, s.37.

¹⁷⁴ Richard B. LILLICH, "The Growing Importance of Customary International Human Rights Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25, No. 1, 1996, s. 2.

¹⁷⁵ Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3, 1968, UN Doc. A/CONF. 32/41, 1968, s. 4, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf, Erişim tarihi: 15.03.2024.

¹⁷⁶ LILLICH, s. 2.

¹⁷⁷ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3. (İlerleyen bölümlerde "Rehineler Kararı" olarak anılacaktır.) (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafımca çevrilmiştir.)

haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.¹⁷⁸ Divan da Kararında aynı yönde olmak üzere şu ifadelere yer vermiştir:

*“İnsanları haksız yere özgürlüklerinden mahrum bırakmak ve onları zor koşullar altında fiziksel kısıtlamaya tabi tutmak, Birleşmiş Milletler Şartı'nın ilkelerine ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde sayılan temel ilkelere açıkça aykırıdır.”*¹⁷⁹

Benzer bir gelişme ABD Temyiz Mahkemesi önünde görülmekte olan 1980 tarihli *Filartiga v. Pena-Irala* davasında yaşanmıştır. Söz konusu dava ABD vatandaşı olmayan taraflar arasında yine ABD dışında işlenmiş olan işkence ve öldürme suçlarına ilişkin olup konunun ABD mahkemelerinin yetkisinde olup olmaması gündeme gelmiştir. ABD anılan tarihte işkence yasağının da düzenlendiği MSHS'ye taraf olmadığı için söz konusu eylemin uluslararası teamül hukuku normu olan işkence yasağını ihlal ettiği ispatlanmaya çalışılmıştır. ABD Hükümetinin İHEB hükümlerine dayanarak işkence yasağının bir uluslararası hukuk normu olduğuna ilişkin iddialarına paralel şekilde Temyiz Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda hükümetin görüşlerini benimseyerek işkence yasağının İHEB'e atıfla bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu sonucuna varmıştır.¹⁸⁰ Temyiz Mahkemesinin bahse konu kararının ardından ABD'de çeşitli ulusal mahkeme kararlarında işkence yasağına ek olarak, keyfi tutuklama yasağı, yargısız infaz yasağı, kişilerin kaybedilmesi yasağı, zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ve soykırım yasağı gibi kuralların da uluslararası teamül hukuku kuralı oldukları kabul edilmiştir.¹⁸¹ Söz konusu kararlar hem hükümetin görüşlerini yansıtması hem de ulusal

¹⁷⁸ Memorial of The Unites States (US. v. Iran), 1980 ICJ Pleadings, s. 182, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/64/9551.pdf>, Erişim tarihi: 15.03.2024.

¹⁷⁹ Rehineler Kararı, s. 42.

¹⁸⁰ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 884, 884 n. 15 (2d Cir. 1980), s. 882.

¹⁸¹ LILLICH, s. 6.

yargı kararları olmaları nedeniyle ilgili devlet bakımından teamülün maddi unsuru olan devlet uygulamaları olarak da önem arz etmektedir.

Uluslararası teamül hukuku niteliğine sahip insan hakları normlarının neler olduğuna ilişkin ilk kapsamlı çalışma 1987 yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından yapılmıştır. Tecrübeli avukatlar ve hakimlerden oluşan prestijli bir kurum olan Enstitü, insan haklarına ilişkin uluslararası teamül hukukunu dış ilişkiler hukukuna ilişkin yayınlamış olduğu “*Restatement*”ta¹⁸² ele almıştır.¹⁸³ Bahse konu çalışmaya göre “*bir devlet, devlet politikası olarak (a) soykırım, (b) kölelik veya köle ticareti, (c) bireylerin öldürülmesi veya kaybolmasına neden olunması, (d) işkence veya diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya ceza, (e) uzun süreli keyfi gözaltı, (f) sistematik ırk ayrımcılığı veya (g) uluslararası kabul görmüş insan haklarının tutarlı bir şekilde ihlalini uygular, teşvik eder ya da bunlara göz yumarsa uluslararası hukuku ihlal etmiş olacaktır.*”¹⁸⁴ Metne ekli olan Raportör yorumlarında metinde yer verilen insan haklarının 1987 yılı itibarıyla uluslararası teamül hukuku statüsü genel olarak kabul edilen, kapsamı ve içeriği üzerinde genel olarak mutabık kalınan haklar oldukları vurgulanmış, listede yer almayan bazı insan haklarının da hali hazırda uluslararası teamül hukuku statüsüne sahip olabileceği ya da gelecekte bu statüye kavuşabileceği belirtilmiştir.¹⁸⁵ Yorumlarda (g) bendinde belirtilen dışındaki bütün normların *jus cogens*

¹⁸² Amerikan Hukuk Enstitüsü’nün “*Restatement*” adı altındaki çalışmaları Amerika Birleşik Devletleri içerisindeki hukukun durumuna ilişkin uzmanların görüş birliğini yansıtan bağlayıcı olmayan derleyici eserlerdir. *ibid.*, s.22

¹⁸³ *ibid.*

¹⁸⁴ *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, 1987, p. 702. (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafımca çevrilmiştir.)

¹⁸⁵ *ibid.*, Reporter’s Notes, p. 1.

statüsünde oldukları, ayrıca normların ihlali durumunda bütün devletlerin olağan hukuk yollarına başvurabileceği ifade edilmiştir.¹⁸⁶

Amerikan Hukuk Enstitüsünün bu çalışması çeşitli yazarlar tarafından hakların tespitine ilişkin bir yöntem sunmaması ve yer verilen hakların kapsamına ilişkin olarak eleştirilmiştir.¹⁸⁷ Simma ve Alston çalışmayı, yer verilen normların ABD iç hukukunda önemli görülen hakları kapsamaması, ABD dış politikasıyla uyumlu olmasının gözetilmesi ve ABD tarafından tanınmayan hakların hiçbirine yer verilmemesi nedeniyle eleştirmişler çalışmayı “ABD insan hakları teamül hukuku okulu”nun bir ürünü olarak nitelemişlerdir.¹⁸⁸

Uluslararası teamül hukuku niteliğini haiz insan haklarının neler olduğuna ilişkin diğer bir listeye, MSHS'nin uygulanmasını gözetmek üzere kurulmuş olan İnsan Hakları Komisyonu tarafından Sözleşme'ye çekince konulup konulamayacağına ilişkin olarak kabul edilmiş olan Genel Yorum'da¹⁸⁹ yer verilmiştir. Komisyon, Sözleşme'de yer verilen hükümler olan “*kölelik, işkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya tabi tutma, keyfi olarak kişileri yaşamlarından yoksun bırakma, keyfi olarak kişileri tutuklama ve alıkoyma, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü reddetme, suçluluğu ispat edilene kadar bir kişiyi suçlu sayma, hamile kadınların veya çocukların idam edilmesi, ulusal, ırksal veya dini nefretin savunulmasına izin verilmesi, evlenme çağına gelmiş kişilerin evlenme hakkından mahrum bırakılması veya azınlıkların kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerine inanma veya kendi dillerini kullanma hakkından mahrum bırakma*” yasaklarının uluslararası teamül hukuku niteliğine sahip

¹⁸⁶ ibid., p. n, o.

¹⁸⁷ SCHABAS, s. 27-29.

¹⁸⁸ Bruno SIMMA ve Philip ALSTON, “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles”, Australian Yearbook of International Law, Vol. 12, 1998, s.95, 106.

¹⁸⁹ General Comment 24, Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under art. 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, <https://digitallibrary.un.org/record/200963> Erişim tarihi: 25.11.2023.

olduklarını ve tarafların bu nedenle Sözleşme'ye çekince koyamayacaklarını ifade etmiştir.¹⁹⁰

Başlıca insan hakları sözleşmelerinin evrensel kabulü gerçekleşmediği, gerçekleşse bile söz konusu sözleşmeler çekincelere ve sapmalara izin verdikleri sürece insan haklarının etkin bir şekilde korunmasını sağlayacak kapsamlı bir insan hakları hukuku çerçevesinin oluşturulması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle hem ulusal hem de uluslararası düzeyde uluslararası insan hakları teamül hukukuna ihtiyaç olacaktır.

Uluslararası insan hakları hukuku normlarının teamül hukuku niteliğine ilişkin 1960'lı yılların ortalarında başlayan tartışmalar 1990'lı yılların ortalarına doğru azalmıştır. Tartışmalar daha çok hangi hakların bahse konu statüye sahip olduklarından çok bu statüye sahip olup olmadıklarına ilişkin tespit yönteminin ne olması gerektiğine doğru evrilmiştir.¹⁹¹ Bu bağlamda çalışmanın ikinci bölümünde uluslararası insan hakları hukukunda uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitine ilişkin önerilen yöntemler tartışılacaktır.

¹⁹⁰ *ibid.*, p. 8.

¹⁹¹ SCHABAS, s.39.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA TEAMÜL KURALLARININ TESPİT YÖNTEMİ VE ARAÇLARI

I. Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Kurucu Unsurları

Uluslararası teamül hukuku kurallarının incelenmesine ilişkin bir çalışmanın olası hareket noktası genellikle UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinde yer verilen tanım olacaktır. Söz konusu madde uluslararası teamülü “*hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı*” olarak tanımlamaktadır.¹⁹² Bu tanım iki temel unsuru içermektedir. Bunlardan ilki “*genel bir uygulama*” olarak belirtilen aynı zamanda teamülün maddi unsuru olarak da bilinen devlet uygulamalarıdır. İkinci unsur ise “*hukuk olarak kabul edilmiş*” ifadesiyle yer verilen manevi veya psikolojik unsur olarak da bilinen *opinio juris sive necessitatis*dir. İki unsur teorisi olarak da ifade edilebilecek bu görüş doktrinde az sayıda alternatifleri olsa da¹⁹³ genel olarak kabul görmekte ve bu alandaki hâkim görüşü yansıtmaktadır.¹⁹⁴ Bu görüşe göre bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşması ya da var olan bir kuralın tespit edilebilmesi için devlet uygulamalarından oluşan maddi unsur ile söz konusu uygulamanın bir hukuk kuralı uyarınca -kuralın niteliğine göre- zorunlu, yasak veya caiz olduğu yönünde devletlerin kanaatinin (*opinio juris sive necessitatis*) varlığı anlamına gelen manevi unsurun¹⁹⁵ birlikte aranması gerekir.¹⁹⁶

¹⁹² UAD Statüsü, Madde 38(1)(b).

¹⁹³ ÖKTEM, s. 54.

¹⁹⁴ Fernando Lusa BORDIN, “A Glass Half Full?: The Character, Function and Value of the Two-Element Approach to Identifying Customary International Law”, *International Community Law Review*, Vol. 21, Issue. 3-4, 2019, s. 285.

¹⁹⁵ Jean-Marie HENCKAERTS ve Louise DOSWALD-BECK, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf- Adet) Hukuku*, Cilt 1: Kurallar, (Çev. E. Öktem, M. B. Yamaner, D. Özbek, B. R. Kurtdarcan, M. C. Uzun, A. Kaya), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. XXXIX.

¹⁹⁶ ÖKTEM, s.53.

UAD'nin de Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı ve devamındaki birçok kararında¹⁹⁷ iki unsur yaklaşımını benimsediği görülmektedir. Divan Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı kararında şu ifadeye yer vererek bu yaklaşımı benimsediğini göstermiştir:

*“Bahse konu eylemler yalnızca yerleşik bir uygulama teşkil etmekle kalmamalı, aynı zamanda bu uygulamanın bunu gerektiren bir hukuk kuralının varlığıyla zorunlu hale getirildiğine dair bir inancın kanıtı olacak şekilde olmalı ya da bu şekilde gerçekleştirilmelidir. Böyle bir inanca duyulan ihtiyaç, yani sübjektif bir unsurun varlığı, opinio juris sive necessitatis kavramında zımni olarak söz konusudur. Dolayısıyla ilgili Devletler, hukuki bir yükümlülüğe uydıklarını hissetmelidirler. Eylemlerin sıklığı, hatta alışkanlık haline gelmiş olması tek başına yeterli değildir.”*¹⁹⁸

UHK de aynı yaklaşımı benimsemektedir. Komisyonun Uluslararası Teamül Hukukunun Tanımlanmasına İlişkin Taslak Kararlarında “İki kurucu unsur” başlığı altında ele aldığı bu hususa ilişkin şu ifade kullanılmıştır:

*Bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını ve içeriğini belirlemek için, hukuk olarak kabul edilen (opinio juris) genel bir uygulamanın var olup olmadığını tespit etmek gereklidir.”*¹⁹⁹

UHK taslak kararlara ilişkin yorumunda seçilen yöntemin devletlerin, uluslararası mahkemelerin, uluslararası örgütlerin ve çoğu yazarın benimsediği yaklaşımı yansıttığını vurgulamıştır.²⁰⁰ Komisyona göre bir kuralın uluslararası teamül hukuku niteliğini tespit

¹⁹⁷ Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, s. 27. (İlerleyen bölümlerde “Libya/Malta Kıta Sahanlığı Kararı” olarak anılacaktır.); Nikaragua Kararı, p. 184.; Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 55. (İlerleyen bölümlerde “Devletlerin Yargı Bağımsızlıkları Kararı” olarak anılacaktır.); Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 131-132. (İlerleyen bölümlerde “Chagos Takımadaları Tavsiye Görüşü” olarak anılacaktır.)

¹⁹⁸ Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Kararı, p. 77.

¹⁹⁹ UHK Raporu, s. 119.

²⁰⁰ ibid., s. 123.

edebilmek için devletlerin gerçekte ne yaptıklarına bakılmalı ve bu şekilde hareket etmelerinin bir yükümlülük veya haktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı belirlenmelidir. Fiilen var olan kuralların tespit edilmesinin yalnızca bu yöntemle sağlanabileceğini belirtmiştir.²⁰¹

Bazı yazarlara göre özellikle uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası çevre hukuku gibi yeni uluslararası hukuk alanlarının ortaya çıkmasına bağlı olarak daha modern bir uluslararası teamül hukuku yaklaşımı ortaya çıkmıştır. Söz konusu görüşe göre UAD'nin Nikaragua Kararı'nda ifade edilen *opinio juris*'in güçlü bir şekilde gösterilmesinin devlet uygulamalarındaki azlığın yerine geçebileceği ya da bunun tam tersinin geçerli olduğuna ilişkin görüş bu durumun göstergesidir.²⁰²

Uygulamaya bakıldığında, UAD'nin önüne gelen davalarda uygulayacağı uluslararası teamül hukuku kurallarını belirlemeye ilişkin tespitleri dışında en önemli çalışma Uluslararası Kızıllaç Komitesi (UKK) tarafından hazırlanan “*Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku*” adlı çalışmadır. UKK söz konusu çalışmasında uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin uluslararası teamül hukuku niteliğini tespit ederken iki unsurlu yaklaşımı kullanmayı tercih etmiştir.²⁰³

A. Maddi Unsur

Uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşması veya var olduğu iddia edilen bir kuralın tespit edilebilmesi için gereken iki unsurdan birisi maddi unsur veya objektif

²⁰¹ ibid., s. 125.

²⁰² Tamás HOFFMANN, “Dr. Opinio Juris and Mr. State Practice: The Strange Case of Customary International Humanitarian Law”, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae Sectio Iuridica*, Vol. 46, 2006, s. 376, 377.

²⁰³ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, s. XXXIX.

unsur olarak da ifade edilen devlet uygulamalarıdır. Aslında UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinde teamülün maddi unsurundan “*genel bir uygulama*” olarak bahsedilmektedir. UHK'ye göre genel uygulamadan öncelikli olarak uluslararası hukuk sisteminin birincil süjesi olan devletlerin uygulamalarının anlaşılması gerekmektedir.²⁰⁴ UAD de çeşitli kararlarında teamülün maddi unsurunun devletlerin uygulamalarında aranması gerektiğini vurgulamıştır.²⁰⁵

Ancak bazı durumlarda uluslararası örgütlerin uygulamaları da “genel uygulama” kapsamında değerlendirilebilir. Uluslararası örgütler genellikle devletler tarafından kurulmakta ve organlarının çoğu devlet temsilcilerinden oluşmaktadır. Bu durumlarda uluslararası örgütlerin uygulamaları üye devletlerin uygulamaları olarak görülebilecektir.²⁰⁶ Devletler tarafından belirli alanlarda faaliyet göstermek üzere kurulan uluslararası örgütler, devletlerden bağımsız olarak uluslararası hukuk tüzel kişiliğine ve uluslararası hukuk bağlamında çeşitli hak ve yükümlülüklerle sahiplerdir. Söz konusu örgütlerin uzmanlık alanlarındaki konularda ortaya koydukları uygulamaların genel uygulama kapsamında görülebileceği değerlendirilmektedir.²⁰⁷ Buna ek olarak Avrupa Birliği gibi uluslararası örgütlerde üyeler bazı yetkilerini örgüte devretmiş olabilirler. Yetki devri yapılan alanlarda örgütlerin eylemleri üye devletleri de bağlayacağından teamül hukuku kapsamında genel uygulama olarak kabul edilebilecektir.²⁰⁸

Devletler ve uluslararası örgütler dışındaki özel kişiler ve sivil toplum örgütleri gibi diğer uluslararası hukuk süjelerinin davranışlarının doğrudan teamül kuralları oluşturmayacağı genel kabul görmektedir. Ancak bunların eylemlerine karşı devletlerin

²⁰⁴ UHK Raporu, s. 130.

²⁰⁵ Nikaragua Kararı, p. 183.; Libya/Malta Kıta Sahaneliği Kararı, p. 27.; Devletlerin Yargı Bağımsızlığı Kararı, p. 101.

²⁰⁶ AKEHURST, s.11

²⁰⁷ UHK Raporu, s.130-131.

²⁰⁸ ibid., s.131.

ve bazı durumlarda uluslararası örgütlerin verecekleri tepkilerin devlet uygulaması olarak teamül hukuku kurallarının oluşumunda etkili olabileceği değerlendirilmektedir.²⁰⁹

Devletler uluslararası düzlemde sergiledikleri davranışların yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralı doğurabileceğini veya mevcut olan bir kuralı değiştirebileceğini öngörebilirler ancak çoğu zaman bu gerekçeyle hareket etmezler. Devletlerin davranışlarının gerekçesi genellikle bir hukuk kuralı oluşumunu gözetmekten çok uluslararası alandaki çıkarlarına ilişkin olup siyasidir.²¹⁰

Devlet uygulamalarının uluslararası teamül hukuku bağlamında ne olduğuna ilişkin öğretide çeşitli görüşlere rastlamak mümkündür. Sinclair'e göre devlet uygulamaları; bir devlet tarafından veya bir devlet adına yapılan, devletin bir uluslararası hukuk kuralının varlığı veya kuralın içeriği hakkındaki görüşünün çıkarılabileceği her türlü eylem ve beyanı kapsar.²¹¹ Akehurst'e göre ise devlet uygulamaları bir devletin uluslararası hukuka ilişkin görüşlerinin çıkarılabileceği her türlü eylem ve beyanı ile bazı durumlarda tepkisiz kalmasını da kapsamaktadır.²¹²

Bazı yazarlara göre uluslararası teamül hukuku bağlamında maddi unsurun tespit edilebilmesi için devletlerin ne söylediklerine değil ne yaptıklarına bakmak gerekir. D'Amato'ya göre devlet organları tarafından yapılan açıklama ve ortaya konulan iddiaların birbirleriyle çelişme olasılığı yüksek olduğundan devletlerin fiziksel eylemleri dışındaki iddia ve beyanlarında tutarlılık elde etmek dolayısıyla bunları devlet

²⁰⁹ AKEHURST, s. 11.; UHK Raporu, s. 132.

²¹⁰ ÖKTEM, s. 56.; Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th 1950, I.C.J. Reports 1950, s.277. (İlerleyen bölümlerde "Sığınma Kararı" olarak anılacaktır.)

²¹¹ Sir Ian M. SINCLAIR, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester University Press, 2nd ed., Manchester, 1984, s. 254.

²¹² AKEHURST, s. 10.

uygulaması olarak kabul etmek mümkün değildir.²¹³ Ancak bu görüş azınlıktadır.²¹⁴ Thirlway'e göre yalnızca somut durumlarda ortaya konan iddia ve beyanlar devlet uygulaması olarak kabul edilebilecektir ve bir eylemin devlet uygulaması sayılabilmesi için olası ya da mevcut bir uyuşmazlık kapsamında ortaya konmuş olması gerekir.²¹⁵ Akehurst ise devletlerin eylem ve söylemlerinin birbirinden ayrılmasının zor olduğunu, devletlerin tanınması ve diplomatik protestolar gibi uluslararası hukukta önemli bir yere sahip uygulamaların sadece sözlü olarak gerçekleştirildiğini ve dolayısıyla devletlerin sözlü eylemlerinin de devlet uygulaması olarak sayılması gerektiğini ifade etmiştir.²¹⁶

UHK de taslak kararlarında devlet uygulamalarının fiziksel ve sözlü eylemler ile bazı durumlarda eylemsizliği de kapsayacağını belirtmiştir. Komisyon devletlerin eylemsizliğinin bilinçli olarak kaçınma veya sessiz kalma durumlarında devlet uygulaması olarak sayılabileceğini özellikle vurgulamıştır.²¹⁷ UHK taslak kararlarında, sayılanlarla sınırlı olmamak üzere şu uygulamaların devlet uygulaması olacağını belirtmiştir:

*“...diplomatik eylemler ve yazışmalar; uluslararası bir örgüt tarafından veya hükümetler arası bir konferansta kabul edilen kararlarla bağlantılı davranışlar; antlaşmalarla bağlantılı davranışlar; ‘sahadaki’ operasyonel davranışlar da dahil olmak üzere yürütme davranışları; yasama eylemleri, idari eylemler ve ulusal mahkemelerin kararları...”*²¹⁸

²¹³ Anthony A. D’AMATO, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, First Edition, 1971, s. 88.; AKEHURST, s. 2-3.

²¹⁴ AKEHURST, s. 2.

²¹⁵ Hugh W. A. THIRLWAY, International Customary Law and Codification, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972, s. 58.

²¹⁶ AKEHURST, s.3.

²¹⁷ UHK Raporu, s. 133.

²¹⁸ UHK Raporu, s. 120, 133.

Devlet uygulamaları devletlerin yalnızca diğer devletlere veya diğer uluslararası hukuk sjelerine karşı davranışlarıyla sınırlı değildir. Kendi vatandaşlarına karşı davranışları da uluslararası hukukun alanına girebilir ve dolayısıyla uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunda rol oynayabilir.²¹⁹

Hangi uygulamaların devlet uygulaması kapsamında görüleceği konusu devletin hangi organlarının uygulamalarının bu bağlamda değerlendirileceğiyle doğrudan ilgilidir. Günümüzde çok fazla geçerliliği olmayan geleneksel görüşe göre sadece devlet adına uluslararası antlaşma akdetmeye yetkili organların uygulamaları devlet uygulaması olarak değerlendirilebilecektir.²²⁰ Devlet faaliyetleri farklı görev alanlarında çok sayıda kurum ve görevli tarafından yerine getirilir. Söz konusu kurumlar ve görevliler kendi görev alanlarına ilişkin olarak uluslararası hukuku da ilgilendirebilecek çok sayıda faaliyette bulunurlar. Bu nedenle devletin bir konudaki eylemlerinin ortaya konulabilmesi için çok sayıda maddi kaynağın birlikte incelenmesi gerekir.²²¹ UHK taslak kararlarında devlet uygulamalarının devletin yasama, yürütme, yargı ve diğer işlevlerini yerine getirirken sergilediği davranışlardan oluşacağını belirtirken, devletin bütünlüğü ilkesine atıf yapmış ve devlet organlarının ilgili devletin kanunları tarafından yetkilendirilmiş ve devlet adına yetki kullanan kişi ve kuruluşlardan oluştuğunu vurgulamıştır.²²² Bu kapsamda yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar, yürütme organı tarafından yapılan işlemler ve mahkemeler tarafından verilen kararlar da belirli bir konudaki devlet uygulamasına kanıt oluşturabilecektir.²²³

²¹⁹ ibid., s. 133.

²²⁰ AKEHURST, s. 8.

²²¹ SHAW, s. 58.

²²² UHK Raporu, s. 132.

²²³ AKEHURST, s. 9.

Bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını iddia eden taraftan bu kurala ilişkin maddi ve manevi unsurların oluştuğuna ilişkin kanıtları ortaya koyması beklenecektir. Maddi unsur bağlamında söz konusu kurala ilişkin devlet uygulamaları yoluyla genel bir uygulamanın varlığının ispatlanması gerekecektir. Bu kapsamda genel uygulamadan ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinde evrensel değil genel bir uygulamaya atıf yapılmaktadır. Bazı yazarlara göre bu durum bilinçli bir tercihtir ve evrensellik aranması birçok uluslararası teamül hukuku kuralının oluşumunu engelleyecektir.²²⁴ Bir kuralın ortaya çıkabilmesi için uygulamaya katılması gereken devletlerin asgari sayısı konusunda kesin bir kriter bulunmamaktadır. Bu sayı kuralla çelişen uygulamaların miktarına göre değişecektir. Çok az sayıda devlet tarafından gerçekleştirilen bir uygulama bu kuralla çelişen herhangi bir uygulama yoksa daha kolay teamül hukuku kuralı haline gelebilecektir. Birbiriyle çelişen farklı uygulamaların olduğu durumlarda ise daha fazla sayıda devletin uygulamaya katılması beklenebilecektir.²²⁵

UAD Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararı'nda genel uygulamanın, menfaati özellikle etkilenen devletlerin uygulamalarını da içermek şartıyla yaygın ve neredeyse yeknesak olması gerektiğini ifade etmiştir.²²⁶ Divanın da kararında vurguladığı "menfaati özellikle etkilenen" devletler ifadesi bazı devletlerin uygulamalarının diğerlerinden daha mı önemli olduğu sorusunu ortaya çıkarmıştır. Kimi yazarlara göre bazı devletlerin sahip oldukları ekonomik ve siyasi güç nedeniyle uluslararası alandaki etkilerinin daha fazla olması kaçınılmazdır. Bu nedenle bu devletlerin görüşleri uluslararası teamül hukuku oluşumunda daha fazla ağırlık taşıyacaktır.²²⁷ Aksi yönde düşünen yazarlara göre ise

²²⁴ ÖKTEM, s. 62.

²²⁵ AKEHURST, s. 17-18.

²²⁶ Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararı, p. 74.

²²⁷ SHAW, s.56.

“menfaati özellikle etkilenen devletler” ifadesi söz konusu uyuşmazlıkla yakından ilgili oldukları için bu konuda daha sık ve kamuoyuna açık uygulama ortaya koyabilmiş devletler için kullanılmaktadır.²²⁸ Söz konusu devletlerin uygulamaları teamülün oluşması için önemli olmakla birlikte aksi yönde başka devlet uygulamaları varken bu devletlerin uygulamalarının kendi başına teamül oluşturabileceği sonucuna varılmamalıdır.²²⁹

UHK, uygulamanın genelliğinden yeterince yaygın ve temsili olmasının yanı sıra tutarlı olması gerektiğinin de anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.²³⁰ Komisyona göre genel uygulamada aranacak yaygınlık ve temsiliyet her durumun özelliklerine göre farklılık arz etmektedir. Örneğin diplomatik ilişkiler gibi bütün devletlerin düzenli olarak katıldığı uygulamalarda daha geniş bir katılım ve temsil aranacakken daha spesifik alanlarda daha az katılımın bulunması yeterli olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken katılımcı devletlerin söz konusu kuralı uygulama imkânı veya fırsatı olan devletleri de kapsamaması gerektiğidir.²³¹

Maddi unsurun taşınması gereken diğer bir özellik devlet uygulamalarının yeknesaklığıdır. UAD Balıkçılık Kararı’nda bir uluslararası teamül kuralının oluşabilmesi için devlet uygulamaları arasında belirli ölçüde bir yeknesaklık bulunması gerektiğini vurgulamıştır.²³² Yeknesaklıktan kastedilen mutlak bir türdeşlik olmayıp uygulamaların benzer nitelikte ve tutarlı olmalarıdır.²³³ UAD devlet uygulamalarındaki yeknesaklığın mükemmel olması gerekmediğini ve küçük tutarsızlıkların kabul edilebilir

²²⁸ VILLIGER, s. 32-33.; BEDERMAN, s. 146.

²²⁹ AKEHURST, s. 22-23.

²³⁰ UHK Raporu, s. 135.

²³¹ ibid., s. 136.

²³² Fisheries case (United Kingdom v. Norway), Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, s. 138. (İlerleyen bölümlerde “Balıkçılık Kararı” olarak anılacaktır.)

²³³ ÖKTEM, s. 86.

olduğunu belirtmiştir. Divan'a göre bir uluslararası teamül hukuku kuralının var olduğu sonucunu çıkarmak için devletlerin uygulamalarının genel olarak söz konusu kuralla uyumlu olması yeterlidir ve mevcut bir kuralla uyumlu olmayan uygulamalar yeni bir kuralın ortaya çıkışının göstergesi olarak değil mevcut kuralın ihlali olarak değerlendirilmelidir. Eğer bir devlet tanınmış bir kuralla bağdaşmayacak şekilde hareket ediyor ve ancak davranışını kuralın kendisinden kaynaklanan istisnalara veya haklı nedenlere dayandırıyor ise söz konusu tutum kuralı zayıflatmaktan çok teyit etmek anlamına gelecektir.²³⁴

Maddi unsura ilişkin diğer bir husus ise süre sorunudur. Teamül hukuku kurallarının oluşması için hatırlanamayacak kadar eski devlet uygulamalarına dayanması gerektiği görüşü günümüzde terkedilmiştir.²³⁵ Kısa bir sürenin geçmesi günümüz uluslararası hukuk anlayışında devlet uygulamasının oluşması için engel teşkil eden bir unsur olarak görülmemektedir. Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Kararı'nda UAD, sadece kısa bir sürenin geçmiş olmasının yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşmasına engel olmayacağını ifade etmiştir.²³⁶ Teamülün oluşması için asıl aranan süreden çok uygulamanın genelliği ve yeknesaklığıdır.²³⁷

Süre sorunu tekrar gereksinimiyle birbirine bağlıdır. Eğer bir kuralın oluşması için çok sayıda eylemin gerçekleşmesi gerekiyorsa doğal olarak belirli bir süre de gerekecektir.²³⁸ Gerekli süre ise söz konusu teamül hukuku kuralının niteliğine ve vakanın şartlarına bağlı olacaktır.²³⁹ Mevcut bir kuralı değiştiren yeni bir kuralın oluşumu

²³⁴ Nikaragua Kararı, p. 184.; Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 111. (İlerleyen bölümlerde "Maine Körfezi Kararı" olarak anılacaktır.)

²³⁵ AKEHURST, s. 15.

²³⁶ Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Kararı, p. 43.

²³⁷ BEDERMAN, s.147

²³⁸ AKEHURST, s.15.

²³⁹ SHAW, s.54

ya da devlet uygulamalarında yeknesaklık bulunmayan uygulamaların teamül hukuku kuralı haline gelmesi, aranacak uygulama miktarı göz önünde bulundurulduğunda daha uzun bir süreye yayılacaktır.²⁴⁰

Günümüzde iletişim imkânlarındaki ve hızındaki artış devletlerin birbirlerinin uygulamalarından çok kısa sürede haberdar olmalarına ve kısa sürede tepki verebilmelerine olanak sağlamaktadır.²⁴¹ Bu durumun bir sonucu olarak bir kuralın gelişimine ilişkin devlet uygulamaları çok kısa sürede ortaya çıkabilmektedir. Örneğin kıta sahanlığına ilişkin kurallar on beş yıldan kısa sürede uluslararası teamül hukuku niteliği kazanmıştır.²⁴² Aynı şekilde hava ve uzay hukuku gibi alanlarda da teamül hukuku kuralları hızla gelişmiş ve bağlayıcı hale gelmiştir.²⁴³

B. Manevi Unsur (Opinio Juris)

Belirli bir uygulamanın yaygın ve temsili olacak şekilde yeterli sayıda devlet tarafından tutarlı bir şekilde takip edildiğini tespit etmek, bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığının ispatı için tek başına yeterli değildir. UAD Statüsü'nün 38'inci maddesi genel uygulamanın yanında söz konusu uygulamanın hukuk olarak kabul edilmiş olması şartını da öngörmektedir.²⁴⁴ Söz konusu gereksinim uluslararası teamül hukukunun manevi (subjektif/özel) unsuru olan *opinio juris*'e işaret etmektedir. UHK taslak kararlarında *opinio juris*'in “...uygulamanın yasal bir hak veya yükümlülük duygusuyla üstlenilmesi gerektiği ...” anlamına geldiğini belirtmektedir.²⁴⁵ Komisyon'a

²⁴⁰ ÖKTEM, s.92

²⁴¹ ibid., s. 97.

²⁴² BEDERMAN, s. 147.

²⁴³ SHAW, s. 54.

²⁴⁴ UAD Statüsü, Madde 38 (1)(b).

²⁴⁵ UHK Raporu, s. 120.

göre devletler uygulamalarını gerçekleştirirken söz konusu uygulamanın uluslararası teamül hukuku tarafından izin verilen, gerekli kılınan veya yasaklanan bir eylem olduğuna dair bir kanaatle hareket etmelidirler.²⁴⁶

UAD Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararı'nda *opinio juris*'e ilişkin olarak: “Bahse konu eylemler yalnızca yerleşik bir uygulama teşkil etmekle kalmamalı, aynı zamanda bu uygulamanın bunu gerektiren bir hukuk kuralının varlığıyla zorunlu hale getirildiğine dair bir inancın kanıtı olacak şekilde olmalı ya da bu şekilde gerçekleştirilmelidir. Böyle bir inanca duyulan ihtiyaç, yani sübjektif bir unsurun varlığı, *opinio juris sive necessitatis* kavramında zımni olarak söz konusudur. Dolayısıyla ilgili Devletler, hukuki bir yükümlülüğe uyduklarını hissetmelidirler. Eylemlerin sıklığı, hatta alışkanlık haline gelmiş olması tek başına yeterli değildir. Örneğin, tören ve protokol alanında, neredeyse değişmez bir şekilde gerçekleştirilen pek çok uluslararası eylem vardır ancak bunlar yasal bir görev duygusuyla değil yalnızca nezaket, elverişlilik veya gelenek düşüncesiyle ifa edilirler.”²⁴⁷

Divan kararında bir devlet uygulamasının hukuki olarak zorunlu olduğuna ilişkin inanç veya kanaatin söz konusu uygulamanın bir uluslararası teamül hukuku kuralına dönüşmesini sağlayan faktör olduğunu vurgularken²⁴⁸, manevi unsurun asıl işlevine de vurgu yapmıştır. Manevi unsur hukuki olan sorumluluklar ile hukuki olmayan sorumluluklar arasında ayırım yapmayı sağlamaktadır.²⁴⁹ Devletlerin bazı işlemleri uluslararası teamül hukukunun maddi unsurunun gerektirdiği kriterleri karşılarsalar da teamül haline gelemesler ve hukuki sorumluluk doğurmazlar. *Opinio juris*, uluslararası teamüle dönüşen devlet uygulamalarını dostluk, uluslararası nezaket veya gelenekler gibi

²⁴⁶ *ibid.*, s. 138.

²⁴⁷ Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararı, p. 77.

²⁴⁸ SHAW, s. 59.

²⁴⁹ AKEHURST, s. 33.

çeşitli nedenlerle yapılan ve hukuki bağlayıcılığı olmayan devlet işlemlerinden ayırır.²⁵⁰ Ancak nezaket kuralları gibi söz konusu işlemler, kendilerine zamanla *opinio juris* unsurunun eklenmesiyle uluslararası teamül hukuku kuralına dönüşebilirler.²⁵¹

UHK'ye göre bir uluslararası teamül hukuku kuralının var olabilmesi için *opinio juris*'in söz konusu kuralın bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğuna ilişkin inanca dair olması gerekir. Bu bağlamda, her ne kadar tespit etmesi zor olsa da yalnızca taraf olunan bir uluslararası antlaşmanın hükümleri veya bir iç hukuk düzenlemesinden kaynaklanan yükümlülüklerle uygun hareket etmek amacıyla yapılan işlemler bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığına ilişkin bir çıkarım yapmak için tek başına yeterli değildir. Ancak diğer taraftan bir devlet tarafı olmadığı bir uluslararası antlaşma hükümlerine uygun hareket ediyorsa, bu durum aksi yönde bir açıklama olmadığı durumlarda manevi unsurun varlığına kanıt oluşturabilir.²⁵²

Manevi unsurun varlığını tespit etmek her zaman çok kolay değildir. UHK, Taslak Kararlarında sayılanlarla sınırlı olmamak üzere; “... *devletler adına yapılan basın açıklamaları, resmi yayınlar, hükümetlerin hukuki görüşleri, diplomatik yazışmalar, ulusal mahkemelerin kararları, uluslararası antlaşma hükümleri, bir uluslararası örgüt veya bir hükümetler arası konferansta kabul edilen kararlara ilişkin davranışlar ...*” *opinio juris*'in varlığı ya da yokluğu için kanıt oluşturabileceğini ifade etmiştir. Komisyon, tepki gösterebilecek konumda olup da koşullar tepki göstermeyi gerektirmesine rağmen bir uygulamaya tepki göstermeyen devletin davranışının da *opinio juris*'in kanıtı olarak değerlendirilebileceğini vurgulamıştır.²⁵³

²⁵⁰ ÖKTEM, s. 111.

²⁵¹ KÖK DEĞERLİ, s. 93.

²⁵² UHK Raporu, s. 139.

²⁵³ *ibid.*, s. 120, 140-141.

II. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Teamül Kurallarının Tespit Yöntemi

A. Uluslararası Hukuk Komisyonunun Benimsediği Geleneksel Yöntem

Uluslararası teamül hukuku normlarının tespitine ilişkin en kapsamlı çalışma, raportörlüğü Micheal Wood tarafından yapılan UHK'nin raporudur. Wood tarafından bu kapsamda hazırlanan beş ayrı rapor sonucunda Komisyon, uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinde iki kurucu unsura dayanan geleneksel yaklaşımı benimsemiştir.²⁵⁴ UHK taslak kararlara ilişkin yorumunda söz konusu yöntemin devletler, uluslararası mahkemeler ve çoğu yazar tarafından kabul edilen genelgeçer görüşü yansıttığını ifade etmiştir.²⁵⁵ Birinci bölümde ayrıntılı olarak ele alındığı üzere geleneksel ve genel kabul gören bu görüşe göre bir uluslararası hukuk normunun uluslararası teamül hukuku niteliğine sahip olabilmesi için iki unsuru birlikte taşıması gerekmektedir. Bunlardan birincisi yaygın ve tutarlı devlet uygulaması iken ikincisi devlet uygulamasının hukuki bir zorunluluk inancıyla yapılması yani “*opinio juris sive necessitatis*”tir. Birinci gereksinim yani devlet uygulaması teamülün objektif ya da maddi unsuru olarak adlandırılırken ikinci unsur ise sübjektif ya da manevi unsur olarak adlandırılmaktadır.

Komisyonun da benimsemiş olduğu geleneksel görüş bir normun uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilebilmesi için iki unsurun birlikte aranması konusunda katı bir yaklaşıma sahiptir. Geleneksel görüş devletlerin ne söylediklerinden çok ne yaptıklarına odaklanılırsa devletler arasındaki somut iletişim sonucu ortaya çıkan davranışların gelecekteki devlet davranışlarına ilişkin daha güvenilir tahminlere izin vereceğini savunmaktadır.²⁵⁶ Yine bu görüşe göre iki unsurlu yaklaşımın tam olarak

²⁵⁴ Yudan TAN, “The Identification of Customary Rules in International Criminal Law”, Utrecht Journal of International and European Law, Vol. 34, Issue 2, 2018, s. 98.

²⁵⁵ UHK Raporu, s. 119.

²⁵⁶ SIMMA/ALSTON, s. 89.

uygulanması, olan hukuk (*de lege lata*) ile olması gereken ya da olması istenen hukuk (*de lege ferenda*) arasında ayırım yapabilmeyi sağlar. Zira bir normun *de lege ferenda* olması *de lege lata* ve uluslararası teamül hukuku olmadığına karine teşkil edecektir.²⁵⁷

Komisyonun, taslak kararlara ilişkin yorumları incelendiğinde iki unsurlu yaklaşım konusundaki katı tutumu görülebilmektedir. Komisyona göre yalnızca bir kurucu unsurun varlığı, bir uluslararası teamül hukuku kuralının tespit edilebilmesi için yeterli değildir. Hukuk olarak kabul edilmeyen (*opinio juris* bulunmayan) uygulama yaygın ve tutarlı olsa bile bağlayıcı olmayan bir adetten daha fazlası olamayacağı gibi uygulama tarafından desteklenmeyen bir şeyin hukuk olduğuna veya olması gerektiğine ilişkin inanç sadece bir niyetten ibarettir. Bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını tesis eden ikisinin birlikte var olmasıdır. Komisyona göre öğretilerde bazı yazarlarca savunulan bir kurucu unsurun diğerinden daha önemli olduğuna ya da bir kurucu unsurun yeterli olduğuna ilişkin görüşler²⁵⁸ devletler tarafından veya mahkeme içtihatlarında kabul görmemektedir.²⁵⁹

Komisyon üç numaralı taslak kararında uluslararası teamül hukukunun iki kurucu unsuruna ilişkin kanıtların nasıl değerlendirilmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Komisyona göre *opinio jürisin* eşlik ettiği genel bir uygulamanın olup olmadığı ilgili koşullar göz önünde bulundurularak her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Kanıtlar değerlendirilirken mevcut bağlam göz önünde bulundurulmalı ve hangi durumlarda hangi tür kanıtlara başvurulacağına durumun özelliklerine göre karar verilmelidir. Komisyona göre bu tür bir analiz, elde edilecek sonucun güvenilirliğini artırmakla birlikte iki unsurlu

²⁵⁷ Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Kararı, p. 62.

²⁵⁸ HOFFMANN, s. 376.

²⁵⁹ UHK Raporu, s. 125.

yaklaşımın uluslararası hukukun tüm alanlarında gerekli esneklikle uygulanmasına da olanak tanıyacaktır.²⁶⁰

Araştırmaya konu olan kuralın niteliği de bu anlamda önemlidir. Özellikle yasaklayıcı kurallar söz konusu olduğunda devletlerin fiziksel uygulamalarını bulmak bazen zor olabilecektir. Bu gibi durumlarda eylemsizliğin devlet uygulaması olarak kabul edilip edilmeyeceği önem arz edecektir.²⁶¹

Maddi ve manevi unsurlara ilişkin kanıtlar sadece var olup olmadıkları bakımından değil içinde buldukları bağlamda değerlendirilmelidir. Ancak bu şekilde söz kanıtlara verilecek ağırlık tespit edilebilecektir. Örneğin yürürlükte bulunan bir mevzuat değerlendirilirken nasıl yorumlandığı ve uygulandığı mevzuatın lafzından daha önemli olabilecektir. Benzer şekilde gelişigüzel veya olayın sıcaklığıyla yapılan açıklamalar genellikle dikkatli düşünülmüş ve devlet politikalarını yansıtan açıklamalara oranla daha az ağırlık taşıyacaktır. Yine alt düzey bir kamu görevlisi tarafından yapılan açıklamalar kıdemli üyeler tarafından aynı konuda yapılan açıklamalar karşısında daha az önemli olabilecektir.²⁶²

Komisyon 3 numaralı taslak kararın ikinci paragrafında her iki kurucu unsur bakımından ayrı bir kanıt değerlendirmesi yapılarak iki unsurun da ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.²⁶³ Komisyona göre bir unsurun varlığı sadece diğerinin varlığından çıkarılamaz. Yani genel bir uygulamanın varlığı nedeniyle *opinio juris*in de var olduğu çıkarımı doğrudan yapılamaz. Bunun için ayrı bir inceleme yapmak gerekecektir. Ancak bu ifade aynı kanıttan yola çıkarak hem maddi hem de manevi unsurun tespit edilemeyeceği anlamına gelmemektedir.²⁶⁴

²⁶⁰ ibid., s. 127.

²⁶¹ ibid., s. 128.

²⁶² ibid.

²⁶³ ibid.

²⁶⁴ ibid., s. 129.

Komisyon dört numaralı taslak kararında hangi uluslararası aktörlerin davranışlarının teamülün maddi unsuru olan genel uygulama kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ele almıştır. Komisyona göre uluslararası teamül hukuku kurallarının varlığının ve içeriğinin tespit edilmesinde öncelikli olarak uluslararası hukuk sisteminin esas aktörleri olan ve uluslararası teamül hukukunun oluşumunda öncelikli bir rol oynayan devletlerin uygulamalarına bakılması gerekmektedir. Maddi unsurun genellikle “devlet uygulaması” olarak anılması devletlerin uygulamalarının söz konusu alandaki ağırlığını ve önemini ortaya koymaktadır.²⁶⁵

Devletlerin uygulamalarına özel önem atfetmekle birlikte Komisyon, başta uluslararası örgütler olmak üzere diğer aktörlerin uygulamalarını tamamen reddetmemektedir. Komisyona göre bazı durumlarda uluslararası örgütlerin uygulamaları da uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumuna katkıda bulunabilmektedirler. Taslak kararda ifade edilen uluslararası örgütlerin uygulamaları bütün uluslararası örgütleri kapsamayıp sadece belirli örgütlerin belirli durumlardaki uygulamaları genel uygulama olarak değerlendirilmektedir. Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi üye devletlerin bazı münhasır yetkilerini uluslararası örgüte devrettiği ve böylece örgütün üye devletlerin bazı kamusal yetkilerini kullandığı durumlar Komisyon tarafından bu kapsam dahilinde görülmektedir. Diğer bir olasılık ise üye devletlerin münhasır yetkilerini devretmemekle birlikte örgüte kendileri tarafından kullanılan yetkilere işlevsel olarak eşdeğer yetkiler vermeleri durumudur. Bu duruma örnek olarak uluslararası örgütlerin antlaşmalar akdetmeleri, uluslararası antlaşmaların depoziteri olarak hizmet vermeleri, barışı korumak için askeri güç konuşlandırmaları, belirli toprakların yönetimini yürütmeleri ve benzeri faaliyetleri gösterilebilir.²⁶⁶

²⁶⁵ ibid., s. 130.

²⁶⁶ ibid., s. 131.

Komisyon, devletler ve yukarıda bahsedilen bazı uluslararası örgütlerin davranışları dışında kalan sivil toplum kuruluşları, şahıslar, ulusötesi şirketler, devlet dışı silahlı gruplar ve benzeri aktörlerin davranışlarının uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumuna etki etmeyeceğini vurgulamıştır. Söz konusu aktörlerin davranışları uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumuna etki etmedikleri için bu kuralların varlığına veya kapsamlarına ilişkin doğrudan kanıt olarak değerlendirilemezler. Ancak söz konusu aktörlerin, devletleri ve uluslararası örgütleri belirli bir yönde hareket etmek konusunda teşvik etmek suretiyle uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumuna dolaylı olarak katkıda bulunabilecekleri Komisyon tarafından kabul edilmektedir.²⁶⁷

UHK'ye göre uluslararası antlaşmalar, uluslararası örgütler nezdinde ve hükümetler arası konferanslarda alınan kararlar, uluslararası yargı organlarının kararları ile öğreti uluslararası teamül hukuku kurallarının varlıklarının ve kapsamlarının tespit edilmelerinde dikkate alınabilir.²⁶⁸ Komisyon'a göre uluslararası örgütler tarafından ya da hükümetler arası konferanslarda alınan kararlar kendiliğinden bir uluslararası teamül hukuku kuralı yaratamazlar ancak bir kuralın varlığının ya da kapsamının belirlenmesi bakımından kanıt olarak değerlendirilebilirler.²⁶⁹ Komisyon mahkeme kararları ve öğretiyi ise yardımcı araçlar olarak tanımlamaktadır.²⁷⁰

Raportör Wood, Komisyona sunmuş olduğu ilk raporunda uluslararası insan hakları hukuku gibi uluslararası hukukun farklı alanlarında uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitine ilişkin farklı yaklaşımların gerekli olup olmadığını değerlendirmiş ve aynı temel yaklaşımın uluslararası hukukun bütün alanlarına uygulanması gerektiği

²⁶⁷ ibid., s. 131.

²⁶⁸ ibid., s. 142.

²⁶⁹ ibid., s. 147.

²⁷⁰ ibid., s. 149, 150.

sonucuna ulaşmıştır.²⁷¹ Wood değerlendirmesinde uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ceza hukuku ve uluslararası insancıl hukuk gibi gelişimi için güçlü ahlaki ve ideolojik gereksinimlere ihtiyaç duyulan alanlarda maddi ve manevi unsurların manevi unsur altında birleşerek gerçekte tek bir unsurun aranıp aranmayacağı konusunu da incelemiş, ancak uluslararası kamu hukukunun bütün alt dallarında iki unsurlu yaklaşımın uygulanmasının en uygun yöntem olacağı kanaatine varmıştır.²⁷²

B. İctihat ve Doktrinde Yer Verilen Alternatif Yöntemler

UHK'nin benimsemiş olduğu geleneksel yaklaşım, özellikle uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk alanlarında uygulanması bakımından çeşitli yazarlarca pratikte uygulanmasının zor olduğu ve modern duyarlılıklara cevap vermediği gerekçesiyle eleştirilmektedir.²⁷³ Geleneksel yaklaşım uluslararası ilişkilerin temelinde yer alan devletlerarası ilişkilere ve bunun sonucu olarak uluslararası hukukun devletler arası ilişkileri düzenlediği varsayımına dayanmaktadır. Uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunda ya da tespitinde de benzer şekilde genellikle devletlerin kendi eylemleri ile diğer devletlerin eylemlerine verdikleri tepkiler ya da eylemsizlikleri dikkate alınmaktadır.²⁷⁴ Ancak konu uluslararası insan hakları hukuku normları olduğunda doktrinde bu konuda bir uzlaşma olmadığı görülmektedir. Uluslararası insan hakları hukukunun bazı özelliklerinden dolayı iki unsurlu yöntemin katı bir şekilde

²⁷¹ Formation and evidence of customary international law, Note by Micheal Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/653, p. 22.

²⁷² Second report on formation and evindence of customary international law by Micheal Wood, Special Rapporteur, A/CN/.4/672, p. 28.

²⁷³ Robert Y. JENNINGS, "The Identification of International Law", in Bin Cheng (ed.), International Law: Teaching and Practice, Stevens, London, 1982, s. 3, 4-6.

²⁷⁴ Maurice MENDELSON, 'State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims', in International Law Association, Report of the Sixty- Fifth Conference, International Law Association, 1993, s. 370– 379.

uygulanmasının bu alanda uluslararası teamül hukuku normlarının oluşmasında veya tespitinde kısıtlayıcı bir etkisi olacağı ifade edilmektedir.

Bir kısım yazara göre iki unsura dayanan teamül hukuku yaklaşımı geçerli olsa bile ahlaki içerikli kuralların varlığının tespiti için devlet uygulamasına daha az önem verilmeli²⁷⁵, *opinio juris* kanıtına daha fazla ağırlık verilmelidir.²⁷⁶ Örneğin Leopard'a göre özellikle insan hakları alanında insan haklarını gözetme biçimindeki tutarlı devlet uygulamalarına *opinio juris*'in kanıtı olarak daha fazla ağırlık verilmelidir. Bazı yazarlar ise *opinio juris* temelli tek unsurlu bir yaklaşımı savunmaktadırlar. Bu kapsamda uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk alanlarında teamül hukuku kurallarının tespiti için temel haklar yaklaşımının uygulanmasını savunan Meron, teamül hukuku kurallarının uluslararası toplumun temel değerlerinden çıkarılması gerektiğini savunmaktadır. Meron uluslararası insan hakları hukukunda teamül hukuku kurallarının oluşumu ve ispatı için yalnızca gözleme dayanan yaklaşımları reddetmektedir. Bu hukuk dalı doğrudan insan onuru ve insanlığın evrensel olarak kabul edilmiş değerlerini korumaya yönelik olduğu için teamül hukuku kuralları yalnızca devlet uygulamalarına atıfla tanımlanamazlar. Bu nedenle yeni uluslararası teamül hukuku kurallarının tespit edilmesi için uygulanacak yöntem gözlemden tündengeline kaymıştır. Meron'a göre mahkemeler de içtihatlarında Cenevre, Lahey veya diğer insan haklarına ilişkin sözleşmelerden türetilen *opinio juris* veya insancıl hukukun genel prensiplerine dayanmışlardır. Değer yüklü karakterinden dolayı normlar hiyerarşisinde insan hakları normları diğer uluslararası hukuk normlarının üzerinde yer alır.²⁷⁷

²⁷⁵ Anthea Elizabeth ROBERTS, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", American Journal of International Law, Vol. 95, No. 4, October 2001, s. 764.

²⁷⁶ Frederic L. KIRGIS, "Custom on a Sliding Scale", American Journal of International Law, Vol.81, Issue 1, January 1987, s. 146.

²⁷⁷ SCHLÜTTER, s. 42-44.

Meron'un bulgularına göre bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşması için gereken kanıtın miktarı genellikle kuralın ihlalinin uluslararası toplum tarafından yaygın olarak kınanmasını tetikleyip tetiklememesine bağlıdır. Eğer durum buysa, kuralın oluşumu için daha az miktarda teyit edici kanıtın gerekli olduğunu gözlemlemiştir.²⁷⁸ Sonuç olarak Meron'a göre bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşumu için gerekli kanıt yalnızca *opinio juris* vasıtasıyla elde edilebilir.

Uluslararası insan hakları hukuku ve insancıl hukuk alanlarında uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşum biçimini açıklamak üzere geliştirilen yaklaşımlardan bir diğeri ise tümdengelim yaklaşımıdır. Bu yaklaşımı ilk dile getiren yazarlardan birisi Tomuschat olmuştur.²⁷⁹ Tomuschat, hiyerarşik olarak en üstte kendilerinden bireysel normların tümdengelim yoluyla türetilebileceği bazı temel ilkelerin olduğu bir uluslararası hukuk düzeni olduğunu savunmaktadır. Evrensel olarak kabul edilen bu ilkeler örneğin kuvvet kullanma yasağının üretildiği devletlerin egemen eşitliği ilkesi, çevre hukuku ilkeleri veya benzer ilke ve kuralları içermektedir. Aynı şekilde bu ilkeler çeşitli insancıl hukuk kurallarının çıkarılabileceği insanlığın temel değerlerini de kapsamaktadır.²⁸⁰

Tomuschat'a göre tümdengelim yaklaşımı uluslararası teamül hukuku alanında kullanılacak yöntemlerden sadece bir tanesidir. Bu yöntem maddi ve manevi unsurların varlığının birlikte arandığı geleneksel yöntemi dışlamamakta ancak bu yöntemin yetersiz kaldığı durumlarda kullanılacak bir çözüm ortaya koymaktadır. Tomuschat, yeni

²⁷⁸ Theodor MERON, "The Humanization of Humanitarian Law", American Journal of International Law, Vol. 94, No. 2, Apr 2000, s. 239.

²⁷⁹ SCHLÜTTER, s.40,

²⁸⁰ ibid.

gelişen uluslararası hukuku tamamen eski teamül kavramlarıyla açıklamaya çalışmanın modern dünyanın sorunlarına doğru cevapları sağlamayacağını ifade etmektedir.²⁸¹

Birçok ulusal mahkeme kararında insan hakları normlarının teamül hukuku niteliğine ilişkin değerlendirme yapılırken devlet uygulaması olarak devletlerin hak ihlallerinin ihmal edildiği görülmektedir. Örneğin ABD Temyiz Mahkemesi *Filartiga v. Pena-Irala* kararında “işkence yasağının sıklıkla ihlal ediliyor olması kuralın bir uluslararası hukuk normu olarak bağlayıcılığını azaltmaz ...” sonucuna varırken gerekçe olarak da hiçbir hükümetin kendi vatandaşlarına işkence yapma hakkı olduğunu iddia etmemesini göstermiştir.²⁸² Benzer şekilde diğer bazı ulusal mahkemeler de farklı tarihlerde işkence yasağının uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğu hatta *jus cogens* mertebesine eriştiği sonucuna varmışlardır.²⁸³ Söz konusu mahkemeler dünya üzerindeki yaygın işkence uygulamalarına rağmen bu yönde kararlar vererek temel bir insan hakkının uluslararası teamül hukuku niteliğine ilişkin yaptıkları değerlendirmede kurala aykırı devlet uygulamalarını ihmal etmişlerdir.²⁸⁴

UAD de Nikaragua Kararı’nda²⁸⁵ benzer bir yöntemi uygulamıştır. Divan, Kararı’nda öncelikle sözlü eylemleri devlet uygulaması olarak kabul etmiştir.²⁸⁶ Dolayısıyla bir normu destekleyen sözlü eylemler normu ihlal eden fiziksel eylemleri

²⁸¹ *ibid.*, s. 41,

²⁸² *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 884, 884 n. 15 (2d Cir. 1980). (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafımca çevrilmiştir.)

²⁸³ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1 (11 January 2002), p. 61–64.; *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, [2006] UKHL 26 (14 June 2006), p. 43.

²⁸⁴ *LEPARD*, s. 332-333.

²⁸⁵ *Nikaragua Kararı*, p. 183-207.

²⁸⁶ *ibid.*

dengeleme imkanına kavuşmuştur. İkinci olarak ise devletlerin üstlenmedikleri kendi fiziksel eylemlerini göz ardı etme yoluna gitmiştir.²⁸⁷

Benzer bir yöntem uluslararası insancıl hukuk kurallarının teamül hukuku niteliğine ilişkin çalışmada UKK tarafından kullanılmıştır. Komite 2005 yılında yayımlanmış olduğu çalışmada uluslararası teamül hukuku niteliğini haiz olduğunu tespit ettiği uluslararası insancıl hukuk kurallarına yer vermiştir.²⁸⁸ Devlet uygulamasının bir normun teamül hukuku statüsünün belirlenmesinde önemli olduğunu kabul eden Komite, yine de fiziksel uygulamalara oldukça az yer verirken iddiasını desteklemek için çoğunlukla sözel formdaki verilere dayanmıştır.²⁸⁹

Jean D'aspermont UHK'nin çalışmasını özellikle uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası çevre hukuku gibi alanlar için fazla kısıtlayıcı bulurken, yelpazenin diğer ucundaki görüşleri de fazla özgürleştirici bularak bahse konu tartışmanın yaşandığı akademik alanı neredeyse her şeyin serbest olduğu bir dans pistine benzetmektedir.²⁹⁰ D'aspermont'a göre özellikle yasaklayıcı nitelikteki hukuk kurallarına ilişkin devlet uygulamalarının tespit edilemediği durumlarda tümevarım yoluyla *opinio juris*'in varlığını tespit etmeye çalışmak zorunda kalınabilir. Bu kapsamda kullanılacak yöntemlerden en yaygın olanı bildirimsel bir işlemi kurucu bir işleme dönüştürmek, yani belirli bir davranış hakkında söylenenlerin o davranışın kendisi olduğunu kabul etmektir. Söz konusu durumun en basit örneği devletlerin yaptıkları ya da yapmadıkları eylemlere ilişkin beyanlarının bizzat uygulamanın kurucu

²⁸⁷ *ibid.*, p. 186.

²⁸⁸ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK.

²⁸⁹ Elizabeth WILMSHURST, "Conclusions" in Wilmshurst E. and Breau S. (Eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2007, s. 401, 402-403.

²⁹⁰ Jean D'ASPERMONT, "Customary International Law as a Dance Floor, Part I", *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, April 2014, <https://www.ejiltalk.org/customary-international-law-as-a-dance-floor-part-i/> (Erişim tarihi: 15.09.2023).

unsuru olduğunun kabulüdür.²⁹¹ Uygulamayı keşfetmeyi kolaylaştıracak yöntemlerden bir diğeri ise teamül hukuku kurallarının sadece kuralları uygulayacak olan aktörlerin davranışları ve inançlarıyla ortaya çıktığı kabulünün dışına çıkararak uluslararası örgütlerin ve devlet dışı aktörlerin uygulamalarının da devletler arası kuralların kristalleşmesinde etkili olacağını kabul etmektir.²⁹²

Devlet dışı aktörlerin uygulamalarının devletler arası kuralların kristalleşmesinde etkili olduğuna ilişkin iki önemli örnek uluslararası insancıl hukuk alanına ilişkin olarak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) ve UKK'nin uygulamalarıdır. Söz konusu uygulamalar incelendiğinde geleneksel uluslararası teamül hukuku teorisinden uzaklaşıldığına ve teorinin parçalanmaya doğru gittiğine ilişkin emarelere rastlanmaktadır.²⁹³ Bu anlamda EYUCM'nin *Tadic* Kararı önemli bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Geleneksel anlayışa göre uluslararası teamül hukuku normlarının oluşturulmasında etkin olması beklenmeyen Mahkeme, *Tadic* Kararı'nda genişletici bir yorum yaparak bu alandaki mevcut uluslararası teamül hukuku kurallarının değişmesinde ve gelişmesinde öncü bir rol oynamıştır. Mahkeme, uluslararası sözleşmelerde sadece uluslararası silahlı çatışmalar kapsamında yasaklanan bazı eylemlerin uluslararası teamül hukuku tarafından iç silahlı çatışmalarda da yasaklandığı sonucuna varmıştır. Devletlerin zamanla Mahkemenin kararına yakınlaşması ile söz konusu eylemlerin uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da yasaklanması güçlü bir uluslararası teamül hukuku kuralı haline gelmiştir.²⁹⁴

²⁹¹ Jean D'ASPERMONT, "Customary International Law as a Dance Floor, Part II", EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, April 2014, <https://www.ejiltalk.org/customary-international-law-as-a-dance-floor-part-ii/> (Erişim tarihi: 15.09.2023).

²⁹² ibid.

²⁹³ D'ASPERMONT, Part II.

²⁹⁴ Christopher GREENWOOD, "International Humanitarian Law and the Tadic Case", European Journal of International Law, Vol. 7, Issue 2, 1996, s. 256, 278.

UKK'nin çalışması ise mevcut uluslararası teamül hukuku kurallarını ne kadar yansıttığından bağımsız olarak uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşum sürecine bir girdi oluşturmuştur. Çalışmada yer verilen bazı kurallar birçok devlet tarafından genel kabul görürken bazı kurallara ise çeşitli devletler itiraz etmişlerdir. Söz konusu kurallar destek gördükleri ölçüde güçlü teamül hukuku kuralları haline gelmişlerdir. Buna ek olarak bazı devletler söz konusu kurallardan bir kısmını iç hukuklarına aktarıırken çeşitli ulusal ve uluslararası mahkemeler kararlarında bazı kurallara uluslararası teamül hukuku olarak atıf yapmışlardır.²⁹⁵

C. Yöntemlerin Değerlendirilmesi

İnsan hakları hukuku normları devletler arası bir mesele olmaktan çok genellikle bir devletin kendi vatandaşlarına karşı davranışlarına ilişkindir ve devletlerin birbirleriyle rekabet halindeki çıkarları doğrultusunda müzakere süreçlerinde oluşan normlardan farklıdır. İkinci olarak birçok insan hakkı normu temelde yasaklayıcı niteliktedir ve devletlerin belirli davranış biçimlerinden kaçınmasını gerektirir. Bu nedenle bir uluslararası teamül hukuku normunun varlığına ilişkin kanıt olarak sunulabilecek somut devlet uygulamalarının toplanmasına ilişkin kısıtlayıcı bir durum ortaya çıkmaktadır.²⁹⁶ Dolayısıyla uluslararası insan hakları hukuku normlarının teamül hukuku niteliğini belirlemek oldukça zordur.²⁹⁷

Uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumu dinamik bir süreçtir. Bir normun teamül hukuku statüsü belirlenirken sadece mevcut beklentilere değil aynı zamanda söz konusu normun gelecekte nasıl kabul göreceğine ilişkin beklentiler de dikkate

²⁹⁵ HAKIMI, s. 160.

²⁹⁶ TASIOLAS, s. 110.

²⁹⁷ BOUCHER, s. 763.

alınmalıdır. Geleneksel anlayış sadece mevcut olanla ilgilendiği için teamülün dinamik yapısına ayak uydurmak konusunda yetersiz kalmakla eleştirilmektedir. Bir normun uluslararası teamül hukuku kuralı olduğuna ilişkin iddiada bulunan bir taraf ya da bu konuda bir karar verecek ilgili otorite, mevcut verilere ek olarak iddiasına ya da kararına yönelik olarak diğer aktörlerin ileride nasıl tepki vereceklerini de göz önünde bulundurmalıdır. Diğer aktörler bir kararı ya da iddiayı benimsediği ve bağlayıcı bulduğu ölçüde iddia güçlenecek ve bir uluslararası teamül hukuku normu olarak sağlamlaşacaktır. Diğer aktörlerin iddiayı reddettikleri ya da tartışmaya devam ettikleri durumda iddia istikrar kazanamayacak ve güçlü bir teamül hukuku normu oluşmayacaktır. Aslında bu durum her uluslararası teamül hukuku normunun aynı kabul ve bağlayıcılık gücüne sahip olmadığını göstermektedir. Bazı normların evrensel kabul gören güçlü normlar oldukları, daha az destek gören bazı normların ise sadece sınırlı sayıda aktör tarafından belirli alanlarda ya da belirli açılardan bağlayıcı olarak kabul edildikleri sonucu ortaya çıkmaktadır.²⁹⁸

Bir uluslararası insan hakları hukuku normunun teamül hukuku niteliğinin tespitinde iki unsurun rahatça tespit edilebildiği bir durumda kuşkusuz geleneksel yöntemin uygulanmasına kimsenin itirazı olmayacaktır. Ancak genellikle söz konusu unsurların tespiti ifade edildiği kadar kolay olmamaktadır. Uluslararası teamül hukuku normlarının tespiti süreci, niteliği gereği düzensizdir. Sürece katılan aktörleri belirli şekilde davranmak için zorlayacak kurallar ve mekanizmalar bulunmamaktadır. Bu bakımdan süreçte etkili olan aktörler kendi siyasi çıkarlarının gerektirdiği şekilde hareket ederek sürece ilişkin girdileri oluştururlar. Sonuç olarak ortaya birbirinden bağımsız çok sayıda iddia ve karşı iddiadan oluşan bir veri seti ortaya çıkar.

²⁹⁸ HAKIMI, s. 158.

Bu durumda cevaplanması gereken ilk soru hangi aktörlerin davranışlarının bu veri setinin bir parçası olarak değerlendirileceğidir. Uluslararası hukukun esas aktörleri olan devletlerin davranışlarının bu kapsamda değerlendirileceği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır. Uluslararası mahkemelerin, uluslararası örgütlerin ve uluslararası sivil toplum kuruluşlarının davranışlarının bu süreçte değerlendirilip değerlendirilmeyeceği özellikle uluslararası insan hakları hukuku alanında önem arz etmektedir. Uluslararası mahkemeler ve hakemler yetkilerini temelde taraf devletlerden alsalar da geleneksel görüşe göre bunların uygulamalarının uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunda doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Benzer şekilde uluslararası örgütlerin devlet temsilcilerinden oluşan organları da devletlerin iradelerini yansıttıkları ölçüde bu süreçte dikkate alınırlar. Geleneksel görüşe göre doğrudan devletlerin temsil edilmediği uluslararası uzmanlık kuruluşlarının uygulamaları ve görüşleri teamül hukuku kurallarının oluşumunda doğrudan dikkate alınmazlar.²⁹⁹

Süreçte yer alan belirsizlikler, bir uluslararası insan hakları hukuku normunun uluslararası teamül hukuku niteliğini belirleyecek karar verici için benimseyeceği yöntem bakımından geniş bir alan bırakmaktadır. Bir normun uluslararası teamül hukuku kuralı olduğunu iddia eden taraf doğal olarak kendi tezini destekleyecek kanıtları öne sürecek, aksi yöndeki kanıtların dikkate alınmamasını sağlamaya çalışacaktır. Karar verici durumda olan otoritenin önündeki ham veriyi nasıl değerlendireceği, hangi aktörlerin davranışlarını dikkate alacağı, devletlerin uygulamalarına mı odaklanacağı yoksa *opinio juris* kanıtı mı arayacağı gibi hususlar ortaya bir belirsizlik çıkarmaktadır. Bu belirsizliğin temelinde sürecin herkes tarafından kabul edilmiş nesnel kurullarla yönetilmemesi yatmaktadır.³⁰⁰ Kuralın tespitine yönelik kurulların kendilerinin muğlak olması ortaya

²⁹⁹ HAKIMI, s. 149-150.

³⁰⁰ HAKIMI, s. 151-152.

çıkan kuralın öngörülemez ve zayıf olmasına sebep olacaktır.³⁰¹ Bu bağlamda UHK'nin, benimsemiş olduğu yöntemin uluslararası hukukun tüm alanlarında uygulanması konusundaki ısrarcı tutumunun en önemli sebeplerinden birisinin uluslararası teamül hukuku kurallarının bağlayıcı gücünün zayıflamasının önüne geçmek olduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak söylenebilir ki uluslararası teamül hukuku normlarının tespitinde kullanılacak, her duruma uyan tek bir yöntem yoktur. Özellikle insan onuruna ve güvenliğine ilişkin normların statülerinin tespitinde geleneksel iki unsurlu yöntemin katı bir şekilde uygulanması mümkün görünmemektedir. Devletler söz konusu kurallara söylemsel düzlemde katılırken uygulamada sıklıkla bu kuralları ihlal etmektedirler. Ortaya çıkan bu tutarsızlık devlet uygulamasının hangi yönde olduğu konusunda bir belirsizlik oluşturmaktadır. Bu gibi durumlarda kuralla çelişen, kuralı ihlal eden uygulamalar genellikle ihmal edilirken kuralı olumlayan sözlü açıklamalar ön plana çıkarılmaktadır.

Bir diğer önemli sonuç ise devlet dışı aktörlerin de süreçte devletler kadar etkin olduklarıdır. Uluslararası mahkemeler, uluslararası organların yöneticileri, uluslararası uzmanlık kuruluşları bazı durumlarda uluslararası sivil toplum kuruluşları çalıştıkları alanlarda uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşmasına katkıda bulunurlar. Bahse konu aktörler belirli bir alandaki beklentilerin oluşmasında ve şekil değiştirmesinde oldukça etkili olabilirler.

³⁰¹ D'AMATO, s. 6.

III. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Teamül Hukuku Kurallarını

Tespit Araçları

Bir uluslararası teamül hukuku kuralının tespitinden anlaşılması gereken söz konusu normun varlığına veya içeriğine ilişkin yapılacak araştırma ve değerlendirme faaliyetidir. Bu faaliyet genellikle devletler arasında yaşanan bir ihtilaf kapsamında ve çoğunlukla uluslararası bir mahkeme önünde görülecek davalarda gündeme gelir. Taraflar bir uluslararası teamül hukuku kuralının varlığına veya yokluğuna ya da söz konusu kuralın kapsamına ilişkin görüşlerini ve buna ilişkin kanıtlarını ortaya koyarak iddialarının doğruluğunu ispat etmeye çalışırlar. İşte bu kapsamda ortaya konacak kanıtlar uluslararası teamül hukuku kurallarının tespit araçları olarak değerlendirilir.

Uluslararası teamül hukuku kurallarının tespiti amacıyla kullanılan araçlar aslında teamülün maddi unsurunun şekli tezahürleri olarak kabul edilmektedir. Ancak söz konusu araçlar aynı zamanda teamülün manevi unsurunun tespitinde de kullanılmaktadır.³⁰² Bu nedenle teamülün maddi ve manevi unsurları arasındaki ayrım, bir tespit faaliyeti bakımından teorik düzeyde kalmakta ve önemini yitirmektedir.³⁰³

Genel anlamda uluslararası teamül hukuku kurallarının maddi ve manevi unsurlarının tespitinde kullanılacak araçların neler olabilecekleri uluslararası teamül hukuku kurallarının kurucu unsurları başlığı altında kısaca ifade edilmişti. Bu bölümde ise bir üst başlıkta ifade edilen yöneme ilişkin teorik çerçeve kapsamında uluslararası insan hakları hukuku bağlamında uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinde kullanılacak araçların neler olabileceğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Elbette söz konusu araçlar bu bölümde sayılanlarla sınırlı değildir. Ancak bir uluslararası insan hakları hukuku normunun teamül hukuku statüsünü değerlendirecek bir araştırmacı

³⁰² UHK Raporu, s. 129.

³⁰³ ÖKTEM, s. 215-216.

ya da otoritenin elindeki veri setine bu kısımda yer verilen araçları da eklemesi faydalı olacaktır.

A. Evrensel İnsan Hakları Koruma Mekanizmalarından Kaynaklanan Araçlar

1. BM Evrensel Periyodik İnceleme Mekanizması (EPİM)

BM Genel Kurulu 15 Mart 2006 tarihinde aldığı bir kararla İnsan Hakları Komisyonunun yerine İnsan Hakları Konseyini kurmuş ve diğer görevlerinin yanında Konseye BM'ye üye tüm devletlerin insan hakları uygulamalarını periyodik olarak denetlemesi için "evrensel periyodik inceleme" görevini vermiştir. Genel Kurul, Kararı'nda evrensel periyodik incelemenin "*... her bir devletin insan hakları yükümlülüklerini ve taahhütlerini yerine getirip getirmediğine dair objektif ve güvenilir bilgilere dayanarak, kapsamın evrenselliğini ve tüm devletlere eşit muamele yapılmasını sağlayacak şekilde...*"³⁰⁴ yapılacağını ve incelemenin "*... ilgili ülkenin tam katılımıyla ve kapasite geliştirme ihtiyaçları göz önünde bulundurularak, interaktif diyaloga ve iş birliğine dayalı bir mekanizma ...*"³⁰⁵ ile yürütüleceğini hüküm altına almıştır.

EPİM kapsamında devletlerin sorumluluk alanı; BM Şartı, İHEB, ilgili Devletin taraf olduğu insan hakları belgeleri ve ilgili Devlet tarafından verilen gönüllü teminatlar ve taahhütlerden kaynaklanan yükümlülüklerden oluşmaktadır.³⁰⁶ Her üye ülke için her turda üç temel belge hazırlanmaktadır. Bunlardan en önemlisi ilgili Devlet tarafından

³⁰⁴ General Assembly Resolution, Human Rights Council, A/Res/60/251, OP 5(e), s. 3. (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafımca çevrilmiştir.)

³⁰⁵ ibid.

³⁰⁶ Human Rights Council Resolution, Institution-building of the United Nations Human Rights Council, A/HRC/RES/5/1, Annex, p. 1.

hazırlanan ve Devlet'in kendi insan hakları yükümlülüklerine ilişkin görüşünü de yansıtan Ulusal Rapordur. Ulusal Rapora ek olarak İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından iki belge hazırlanmaktadır. Bunlardan ilki BM insan hakları kurumları ve mekanizmalarından alınan ilgili ülkeye ilişkin bilgilerden oluşurken, ikincisi çoğunlukla ulusal sivil toplum kuruluşları ve ulusal insan hakları kuruluşları gibi paydaşlardan derlenen bilgilerden meydana gelmektedir.³⁰⁷ Uluslararası teamül hukuku kurallarının tespiti açısından bu belgeler arasından öne çıkan, söz konusu devletin uluslararası insan hakları yükümlülükleri kapsamında kendi bakış açısını yansıtmaya bakımından önemli olan Ulusal Rapordur.

Söz konusu inceleme dört yıllık periyotlarda gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda 2008 yılında başlayan ilk dört yıllık turda her yıl 48 devletin insan hakları uygulamalarının incelenmesi hedeflenmiştir. Bu kapsamda her yıl İnsan Hakları Konseyinin 47 üyesinden oluşan Çalışma Grubu, her oturumunda 16 devlet olmak üzere yıl içerisinde üç oturum yaparak ilgili devletlerin uygulamalarını incelemektedir. Böylece her dört yılda bir BM'ye üye tüm devletlerin uygulamalarının denetlenmesi amaçlanmaktadır.³⁰⁸

Çalışma Grubu oturumunda incelemeye tabi devletin sunumunun ardından diğer devletler söz konusu devletin uygulamalarına ilişkin yorumlarını ve eleştirilerini yaparak ilgili devletin insan hakları alanındaki uygulamalarına onay verme ya da vermeme şeklinde tutumlarını ortaya koymuş olmaktadır. Bu şekilde hem ilgili devletin hem de incelemeye katılan diğer devletlerin belirli temel insan hakları normları hakkındaki tutumlarına ulaşılabilir.³⁰⁹

³⁰⁷ ibid., p. 15.

³⁰⁸ Pınar ÇAĞLI, "Evrensel Periyodik Gözden Geçirme Usulü ve Türkiye İncelemesi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Vol. 31, No. 1, 2011, s. 162.

³⁰⁹ SCHABAS, s. 77.

Birçok BM üyesi devlet ikiz sözleşmelerin ikisine de taraftır. Dolayısıyla bu devletlerin EPİM kapsamındaki yükümlülüklerinin antlaşma hukukundan kaynaklandığı sonucuna varılabilir. Uluslararası teamül hukuku açısından EPİM'in önemi ikiz sözleşmelerden yalnızca birisine ya da ikisine birden taraf olmayan, ya da herhangi bir uluslararası sözleşme hükmüyle sorumluluk altında olmamasına rağmen kendilerini uluslararası insan hakları hukuku açısından yükümlülük altında görerek Ulusal Rapor hazırlayan ve bunu İnsan Hakları Konseyine sunan devletler açısından öne çıkmaktadır. Antlaşma hukukundan kaynaklanmayan herhangi bir uluslararası yükümlülüğe uygun davranma amacıyla hareket eden bir devletin yükümlülüğünün kaynağının uluslararası teamül hukuku olduğu konusunda şüphe yoktur.³¹⁰ Bu bağlamda EPİM kapsamında devletler tarafından hazırlanan ulusal raporlar, raporlarda yer verilen haklar bakımından devletlerin uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uygun davranma motivasyonu ile hareket ettiklerini ortaya koymakta ve uluslararası teamül hukukunun *opinio juris* ögesinin varlığına ilişkin bir veri teşkil etmektedir.³¹¹ Hem ulusal raporlarda yer verilen bilgiler, hem de devletler tarafından oturumlarda dile getirilen hususlar hem devlet uygulaması hem de *opinio juris* bakımından bilgi kaynağı olarak değerlendirilebilecektir.

EPİM'in uluslararası teamül hukuku kurallarının tespiti bakımından yararlı bir diğer özelliği ise ulusal mevzuat ve anayasalara yapılan atıflardır. Bir devlet ulusal raporunda ya da Çalışma Grubu oturumunda yapmış olduğu sunumunda uluslararası yükümlülükleri gereğince ulusal mevzuatında yapmış olduğu ya da anayasasında yer vermiş olduğu düzenlemelere atıf yaptığında söz konusu düzenlemelerin de incelenen hak bağlamında devlet uygulaması oluşturacağı söylenebilir.³¹² Devletlerin ulusal mevzuatlarında belirli bir insan hakkına ilişkin olarak yapmış olduğu her düzenleme

³¹⁰ ibid., s. 78, 79.

³¹¹ SCHABAS, s. 79.

³¹² ibid., s. 79.

devlet uygulaması olarak değerlendirilmeyebilir. Uluslararası teamül hukukunun manevi unsurunun var olduğunun iddia edilebilmesi için bunun bir uluslararası hukuk yükümlülüğüne uygun davranma amacıyla yapıldığının bilinmesi gerekir. İç hukuk düzenlemelerine veya anayasada yer verilen haklara EPİM sürecinde atıf yapılması bunların diğer olası gerekçelere ek olarak bir uluslararası yükümlülük gerekçesiyle yapıldığını gösterecektir.

Ulusal raporlar kadar güçlü bir kanıt olmasa da Çalışma Grubu oturumlarına katılan diğer devletlerin yorum ve katkıları da bu devletlerin belirli insan hakları hukuku konuları üzerinde kendi görüşlerini yansıtmaları bakımından devlet uygulaması olarak değerlendirilebilecektir.

2. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararları

BM Genel Kurulu BM'nin altı temel organından³¹³ biri olup BM'ye üye tüm devletler Genel Kurulda temsil edilmektedir.³¹⁴ Genel Kurul, BM Şartı'nın 10'uncu maddesi uyarınca *“Şart kapsamına giren her türlü sorun veya konuyu görüşebilir ... ve ... BM üyelerine veya Güvenlik Konseyi'ne ya da her ikisine bu tür sorular veya konular hakkında tavsiyelerde bulunabilir.”*³¹⁵ Ayrıca Şart'ın 13'üncü maddesi ile Genel Kurula *“siyasi alanda uluslararası işbirliğini teşvik etmek ve uluslararası hukukun ilerici gelişimini ve kodifikasyonunu teşvik etmek”* ve *“ekonomik, sosyal, kültürel, eğitim ve sağlık alanlarında uluslararası işbirliğini teşvik etmek ve ırk, cinsiyet, dil veya din ayrımı gözetmeksizin herkes için insan hakları ve temel özgürlüklerin gerçekleştirilmesine yardımcı olmak.”* amacıyla çalışmalar yapmak ve tavsiyelerde bulunmak görevi

³¹³ BM Şartı, Madde 7(1).

³¹⁴ ibid., Madde 9(1).

³¹⁵ ibid., Madde 10.

verilmiştir.³¹⁶ Görüleceği üzere BM Şartı'nda diğer konular yanında insan hakları alanında da çalışmalar yapmak üzere Genel Kurula geniş yetki ve görevler tanımlanmıştır. Ancak Genel Kurul kararlarının tavsiye niteliğinde oldukları ve devletleri bağlamadıkları konusunda da herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.³¹⁷

BM Genel Kurulu kararlarının bağlayıcı hukuk kuralları oluşturamaması uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşmasına katkı yapmalarına engel teşkil etmemektedir. UAD Güney Batı Afrika Kararı'nda Genel Kurul kararlarının bağlayıcı olmadıkları ve tavsiye niteliğinde oldukları tespitini yaptıktan sonra bu kararların siyasi alanda önemli bir etki oluşturduklarını ve ikna edici bir ağırlığa sahip olduklarını vurgulamıştır.³¹⁸ Her ne kadar Genel Kurul kararları hukuken bağlayıcı olmasalar da üye Devletlerin BM organlarının kararlarına saygı duymalarının ve iyi niyetle hareket ederek uygun davranmalarının beklenmesi olağandır.³¹⁹ Bu hususa ilişkin olarak UAD, 1971 tarihli Namibya Tavsiye Görüşü'nde "*Genel Kurulun ilke olarak tavsiye niteliğinde yetkilere sahip olması nedeniyle, yetkisi çerçevesinde belirli durumlarda tespitler yapan veya eylemsel tasarıma sahip kararlar almaktan men edildiğini varsaymak doğru olmayacaktır.*"³²⁰ ifadesine yer vermiştir.

BM Genel Kurulu kararlarının uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinde nasıl kullanılabileceğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Genel olarak Genel Kurul kararlarının üye devletlerin görüşlerini yansıttığı ve devlet uygulamasının veya *opinio*

³¹⁶ ibid., Madde 13(1).

³¹⁷ LEPARD, s. 209.

³¹⁸ South West Africa, Second Phase (Ethopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 98. (İlerleyen bölümlerde "Güney Batı Afrika Kararı" olarak anılacaktır.)

³¹⁹ LEPARD, s. 210.

³²⁰ Legal Consequences for States of the Contituted Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Adrisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 4. (İlerleyen bölümlerde "Namibya Tavsiye Görüşü" olarak anılacaktır.) (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafımca çevrilmiştir.)

juris'in kanıtı olarak kullanılabilmesi yönünde görüşler bulunmaktadır.³²¹ UAD 1996 tarihli Nükleer Silahlar Danışma Görüşü'nde bu konuya ilişkin olarak şu ifadeler yer vermiştir: “Genel Kurul kararları, bağlayıcı olmasalar bile, bazen normatif değere sahip olabilirler. Belirli durumlarda, bir kuralın varlığını veya bir *opinio juris*'in ortaya çıkışını tespit etmek için önemli kanıtlar sağlayabilirler. Bunun belirli bir Genel Kurul kararı için doğru olup olmadığını belirlemek için, içeriğine ve kabul edilme koşullarına bakmak gerekir; ayrıca normatif karakterine ilişkin bir *opinio juris*'in var olup olmadığını görmek gerekir. Ya da bir dizi karar, yeni bir kuralın oluşturulması için gerekli olan *opinio juris*'in kademeli gelişimini gösterebilir.”³²²

UAD'nin Karar'ında içeriğe ve kabul edilme koşullarına atıf yaptığı görülmektedir. Genel Kurul kararının içeriğine bakılması ile anlatılmak istenen kararda ifade edilen hususların devletler tarafından ne ölçüde bir hukuk kuralı olarak arzu edilebilir olduğunun anlaşılması için karar metninin hukuki ve siyasi bağlamı dikkate alınarak incelenmesidir. Bazı kararlar sadece uzun vadeli ahlaki idealleri ifade edecek şekilde kaleme alınabileceği gibi sadece belirli bir siyasi çatışma veya duruma yönelik bir çözüm önerisi de ortaya koyabilmektedir. Bu tür kararlar evrenselleştirilebilir hukuk kurallarına ilişkin olmadıkları için Devletlerin görüşlerine ilişkin güçlü kanıtlar oluşturmaları beklenmez. Bazı kararlarda ise alınan karardaki hususlara ilişkin uygulama tedbirleri ve takip mekanizmaları öngörülebilmektedir. Bağlayıcı olarak görülebilecek bu tür yükümlülükler getiren kararlar Devletlerin *opinio juris*'i hakkında daha güçlü kanıtlar sunarlar.³²³ Örneğin UAD Nikaragua Kararı'nda, “Devletler tarafından kabul edilen bazı Genel Kurul deklarasyonlarının ifade biçimleri, kuvvet kullanma yasağı ilkesini kesinlikle

³²¹ LEPARD, s. 208.

³²² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 70. (İlerleyen bölümlerde “Nükleer Silahlar Danışma Görüşü” olarak anılacaktır.) (Bu kaynaktan yapılan doğrudan alıntılar İngilizce aslından tarafımca çevrilmiştir.)

³²³ LEPARD, s. 212.

*bir teamül hukuku meselesi olarak kabul ettiklerini göstermektedir.*³²⁴ ifadesine yer vererek Genel Kurul kararlarının ifade edilmiş biçimlerinin *opinio juris* kanıtı olarak kullanılabilmesi için önemli bir etmen olduğunu kabul etmiştir.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise kabul edilme koşullarıdır. Bu bağlamda devletlerin oylarını hangi saikle verdikleri önem taşımaktadır. Zira genellikle bağlayıcı olmadıkları düşünülerek devletler tarafından Genel Kurul kararlarına olumlu yönde oy kullanılabilir. Ancak her zaman bu oy ilgili devletin gerçek görüşünü yansıtmayabilir. Bu gibi durumlarda devletlerin fiili davranışlarına ve açıklamalarına bakılarak bir sonuca ulaşmak daha doğru olacaktır.³²⁵

Bir Genel Kurul kararının oy birliği ile alınmış olması, bütün üye devletlerin olumlu yöndeki iradesini yansıtmaması bakımından kararın *opinio juris* kanıtı oluşturması için önemli bir gösterge olarak değerlendirilmektedir. Ancak bir önceki paragrafta belirtildiği gibi kararın içeriği ve kabul edilme koşulları göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu kararın oy birliği sağlanması veya konsensüs oluşması için “sulandırılmış” olma ihtimali bulunmaktadır.³²⁶ Karar içerikten yoksun hale gelmiş ya da farklı anlamlara gelecek şekilde muğlaklaştırılmış olduğunda kanıt olarak değerini kaybetmiş olacaktır.³²⁷ Çok sayıda çekimser ve olumsuz oyun bulunduğu durumda ise kararın kabul edilmesi için çoğunluk bulunsa bile bu durumun kararın etkisini azalttığı değerlendirilmektedir.³²⁸ UAD, Nükleer Silahlar Danışma Görüşü’nde, “*Mevcut durumda söz konusu olan kararların birçoğu önemli sayıda olumsuz oy ve çekimser oyla kabul edilmiştir; dolayısıyla, bu kararlar nükleer silahlar sorununa ilişkin derin endişenin açık bir işareti*

³²⁴ Nikaragua Kararı, p. 193.

³²⁵ Karol WOLFKE, Custom in Present International Law, Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Wrocław, Wrocław, 1964, s. 84.

³²⁶ UHD Raporu, s. 61.

³²⁷ ibid, s. 62.

³²⁸ LEPARD, s. 214.

olmakla birlikte, bu tür silahların kullanımının hukuka aykırılığına ilişkin bir opinio juris'in varlığını ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır."³²⁹ ifadesine yer vererek Genel Kurul kararlarındaki önemli sayıdaki çekimser ve olumsuz etkisine ilişkin görüşünü belirtmiştir.

Gerekli bir şart olmamakla birlikte aynı konuda birden fazla Genel Kurul kararının olması, karar yönünde devletler arasında daha geniş ve sürekli bir konsensüs olduğunun göstergesi olacağından bu durum kararların kanıt niteliğini artıran bir faktör olarak değerlendirilmektedir. Hâkim Tanaka, 1966 tarihli Güney Batı Afrika Davası'nda karara eklediği karşı oy yazısında bu konuya değinerek uluslararası teamül hukukunda aynı uygulamanın tekrarının gerekliliğine vurgu yapmış ve aynı konudaki karar, bildiri veya başka araçların aynı ya da farklı örgütler bünyesinde tekrarlanmasının uluslararası toplumun iradesinin daha hızlı ve doğru olarak ortaya çıkaracağını belirtmiştir.³³⁰

3. Uzmanlık Kuruluşlarının Çalışmaları

BM çatısı altında insan hakları alanında faaliyet göstermek üzere kurulmuş olan ve kendilerini kuran uluslararası sözleşmelerin uygulanmasını denetleyen ve ilgili alandaki gelişmeleri takip eden çeşitli uluslararası uzmanlık kuruluşları bulunmaktadır. BM'nin çekirdek insan hakları sözleşmeleri olarak bilinen sözleşmelerin uygulanması amacıyla kurulan bu kuruluşlar (BM Antlaşma Organları)³³¹ arasında en bilineni MSHS'nin uygulanmasını denetlemek üzere kurulan İnsan Hakları Konseyidir. Söz konusu kuruluşların katkılarına genellikle hukuki bağlayıcılık atfedilmemektedir. Ancak

³²⁹ Nükleer Silahlar Danışma Görüşü, p. 71.

³³⁰ Güney Batı Afrika Kararı, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, s. 292.

³³¹ Bahse konu kuruluşların listesi için bkz: <https://www.ohchr.org/en/core-international-human-rights-instruments-and-their-monitoring-bodies> (Erişim tarihi:22.11.2023)

UAD'nin kararlarının sadece tarafları bağlamasına rağmen uluslararası teamül hukukuna önemli etkileri olmasına benzer şekilde bahse konu uzmanlık kuruluşlarının çalışmaları da kendi alanlarında önemli çıktılar olarak değerlendirilmektedir. Örneğin UAD, İnsan Hakları Konseyine atıfla *“uluslararası hukukta gerekli açıklık ve tutarlılığın yanı sıra hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla, özellikle Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin uygulanmasını denetlemek üzere kurulmuş olan bu bağımsız organ tarafından benimsenen yoruma büyük önem atfedilmesi gerektiğini”* belirtmiştir.³³²

BM'nin antlaşma organları tarafından uluslararası teamül hukukuna ilişkin olarak yapılan en önemli ve kapsamlı değerlendirme BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından 1994 yılında kabul edilen çekinceler konusundaki Genel Yorum'da saymak suretiyle yer verilen insan haklarına ilişkin teamül hukuku normlarıdır.³³³ Antlaşma organlarından bir diğeri olan Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Komitesi (CEDAW) 2017 yılında *“kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet yasağının uluslararası teamül hukukunun bir ilkesine dönüştüğünü”* ilan etmiştir. Komite'ye göre taraf devletler yıllar içerisinde Komite'nin tutumunu benimsemişler ve ortaya çıkan devlet uygulamaları ve *opinio juris* neticesinde toplumsal cinsiyete dayalı şiddet yasağı uluslararası teamül hukukunun bir ilkesine dönüşmüştür.³³⁴

³³² Diallo Kararı, p. 66.

³³³ Kullanılan yöntemin ne olduğu belirtilmese de Komisyon Genel Yorum'da; *“kölelik, işkence, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya tabi tutma, keyfi olarak kişileri yaşamlarından yoksun bırakma, keyfi olarak kişileri tutuklama ve alıkoyma, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü reddetme, suçluluğu ispat edilene kadar bir kişiyi suçlu sayma, hamile kadınların veya çocukların idam edilmesi, ulusal, ırksal veya dini nefretin savunulmasına izin verilmesi, evlenme çağına gelmiş kişilerin evlenme hakkından mahrum bırakılması veya azınlıkların kendi kültürlerinden yararlanma, kendi dinlerine inanma veya kendi dillerini kullanma hakkından mahrum bırakma”* konularında bu yasakları düzenleyen kurallar uluslararası teamül hukuku kuralı oldukları için devletlerin çekince koyamayacakları belirtilmektedir. General Comment 24, Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under art. 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, p. 8. <https://digitallibrary.un.org/record/200963> Erişim tarihi: 25.11.2023.

³³⁴ General Recommendation 35 on gender-based violence against women, updating General Recommendation 19, CEDAW/C/GC/35, p. 2. <https://digitallibrary.un.org/record/1305057> Erişim tarihi: 25.11.2023.

Uluslararası uzmanlık kuruluşlarının değerlendirme ve çalışmaları UKK'nin insancıl hukuk alanındaki uluslararası teamül hukuku kurallarının belirlenmesine ilişkin çalışmasına³³⁵ benzer bir etki oluşturmaktadır. Kendilerini kuran sözleşmelerde yer alan hakların uygulanmasını denetleyen bahse konu kuruluşlar bu hakların geliştirilmesi ve bu haklara bütün devletler tarafından saygı gösterilmesi yönünde çalışmalar yapmaktadırlar. Dolayısıyla ilgili hakların uluslararası teamül hukuku niteliği kazanması bunların bütün devletler bakımından bağlayıcı olmasını sağlayacağından insan haklarının teamül hukuku niteliğinin ilgili kuruluşlar tarafından öne çıkarıldığı görülmektedir.

B. Evrensel İnsan Hakları Metinlerinden Kaynaklanan Araçlar

1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

1948 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen İHEB, bir Genel Kurul kararı olduğundan uluslararası sözleşme niteliği taşımamakta, dolayısıyla antlaşmalar hukuku bağlamında bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadır. İHEB kabul edildiği dönemde BM tarafından “*öncelikle ahlaki otoriteye sahip bir manifesto*” olarak tanımlanmıştır.³³⁶ Beyanname'nin bu niteliği dolayısıyla hukuken bağlayıcı uluslararası sözleşmeler olan, ikiz sözleşmeler olarak da adlandırılan MSHS ve ESKHS 1966 yılında kabul edilerek üye devletlerin katılımına açılmıştır. Her iki sözleşme yeterli sayıdaki devletin katılımının sağlanmasının ardından 1976 yılında yürürlüğe girmiştir.³³⁷ İHEB'in kabul edilmesinden ikiz sözleşmelerin yürürlüğe girmesine kadar geçen uzun sürede insan hakları hukuku

³³⁵ HENCKAERTS/DOSWALD-BECK.

³³⁶ Hurst HANNUM, “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law” Georgia Journal of International and Comperative Law, Vol. 25, 1995, s. 318.

³³⁷ BOZKURT, s. 84.

alanında yaşanan kaynak arayışı İHEB'in uluslararası teamül hukuku niteliğini gündeme getirmiştir.³³⁸

Günümüzde İHEB'de yer verilen hakların uluslararası insan hakları hukukunun bir parçası olduğuna dair bir şüphe bulunmamaktadır. Tartışma İHEB'in bir bütün olarak mı yoksa yalnızca düzenlediği bazı hakların mı uluslararası teamül hukuku niteliği taşıdığı üzerine odaklanmaktadır.³³⁹ Görüşlerden ilkinde göre devlet dışı aktörlerin de uluslararası teamül hukuku oluşumunda etkin olduklarından hareketle İHEB bir bütün olarak uluslararası teamül hukuku niteliği taşımaktadır.³⁴⁰ Diğer görüşe göre İHEB'de yer alan haklardan yalnızca bazı çekirdek haklar bu statüye sahiptir.³⁴¹ Schachter'e göre; birçok ulusal yasa ve anayasada İHEB'de yer alan insan hakları hükümlerine yer verilmesi, BM kararlarında devletlerin İHEB'e saygı gösterme görevine atıfta bulunulması, uluslararası organlar tarafından İHEB'de yer alan belirli insan hakları ihlallerinin uluslararası hukukun ihlali olarak kınanması, devletler tarafından diğer devletleri insan hakları ihlalleri nedeniyle eleştiren resmi açıklamalar yapılması, ulusal mahkemelerin kararları için İHEB'i bir standart kaynağı olarak kullanması gibi kanıtlar nedeniyle İHEB bir bütün olarak uluslararası teamül hukuku statüsüne erişmiştir.³⁴² Hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın günümüzde birçok yazar tarafından İHEB'in bir bütün olarak uluslararası teamül hukuku niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir. Aynı zamanda birçok uluslararası kuruluşun ve devletin çeşitli vesilelerle İHEB'in bu niteliğine ilişkin yapmış oldukları beyanları bulunmaktadır.³⁴³

³³⁸ SCHABAS, s. 18.

³³⁹ Shea ESTERLING, "Looking Forward Looking Back: Customary International Law, Human Rights and Indigenous Peoples", *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 28, 2021, s. 287-288.

³⁴⁰ SIMMA/ALSTON, s. 84.

³⁴¹ SIMMA/ALSTON, s. 85.

³⁴² SCHACHTER, s. 336.

³⁴³ Bu konudaki ayrıntılı görüşler ve kanıtlar için bkz: HANNUM, s. 322-334.

Devletlerin EPİM kapsamında İnsan Hakları Konseyine sunmuş oldukları raporlar İHEB'e yönelik yaklaşımları hakkında da önemli veriler sunmaktadır. Günümüzde ikiz sözleşmelerden birisine ya da ikisine birden taraf olmayan az sayıda devleti insan hakları hukuku alanında bağlayacak kapsamlı uluslararası antlaşma hükümleri bulunmamaktadır. Bu devletlerin birçoğu İnsan Hakları Konseyine sunmuş oldukları ulusal raporlarında İHEB'i uluslararası insan hakları yükümlülüklerinin kaynağı olarak göstermişlerdir.³⁴⁴ Devletler söz konusu raporlarda İHEB'in bazı hükümlerinin anayasalarına ya da ulusal mevzuatına aktarıldığını, İHEB'den kaynaklanan uluslararası yükümlülükleri kapsamında insan haklarını koruyacak ya da geliştirecek adımlar atıldığını veya İHEB'de öngörüldüğü şekilde insan haklarının garanti altına alındığını ifade ederek İHEB'in kendilerine uluslararası insan hakları bağlamında bir yükümlülük getirdiğini kabul etmiş olmaktadır.³⁴⁵

Günümüzde İHEB'in kapsamı tartışmalı olmakla birlikte uluslararası teamül hukuku statüsü kabul edilmektedir. Bu konuda yeterince devlet uygulaması ve *opinio juris* kanıtı bulmak mümkün görünmektedir. Ancak Beyanname'de yer alan bütün hakların aynı bağlayıcılık seviyesine sahip olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Hannum'a göre birçok durumda İHEB'e bir bütün olarak atıf yapılıyor olsa da uygulamada bazı haklar diğerleri kadar genel kabul görmemektedir. Bu haklara örnek olarak belirli devrelerde ücretli tatil hakkı, evliliğin sona ermesi halinde tam hak eşitliği ve işsizlikten korunma hakkı gibi hakları göstermiştir.³⁴⁶

Sonuç olarak söylenebilir ki İHEB'de yer verilen hakların uluslararası teamül hukuku statüsü belirlenirken söz konusu haklara İHEB'de yer verilmiş olması önemli bir veri teşkil etmektedir. Devletlerin İHEB'ten kaynaklanan uluslararası yükümlülükleri

³⁴⁴ SCHABAS, s. 80.

³⁴⁵ *ibid.*, s. 81.

³⁴⁶ HANNUM, s. 340.

kapsamında söz konusu haklara ilişkin olarak gerçekleştirdikleri eylemler için *opinio juris* kanıtına ulaşmak, dolayısıyla bu hakların birer uluslararası teamül hukuku normu olduğu sonucuna varmak mümkün olacaktır.

2. Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri

Uluslararası hukukun birçok alanında uluslararası teamül hukuku kuralları kodifikasyon çalışmaları sonucunda uluslararası sözleşmelere dönüşmüştür. Günümüzde teamül ve antlaşma arasındaki ilişkinin iki yönlü olduğu genel kabul görmektedir. UAD'nin Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararı'nda ifade ettiği gibi kayda değer bir süre geçmemiş olsa bile bir uluslararası sözleşmeye çok yaygın ve temsili bir katılım, teamülün varlığına işaret etmek için tek başına yeterli olabilecektir.³⁴⁷ Uluslararası Hukuk Derneği (UHD) de uluslararası teamül hukuku üzerine yapmış olduğu çalışmasında çok taraflı uluslararası sözleşmelerin mevcut teamül hukuku kurallarının varlığına ilişkin kanıt oluşturabileceğini belirtmiştir. Dernek'e göre çok taraflı bir sözleşme ortaya çıkmakta olan bir teamül hukuku kuralının kristalleşmesine yardımcı olabileceği gibi, söz konusu kural temelde norm yaratıcı nitelikteyse ve yeni bir yükümlülük yaratma amacıyla devletler tarafından yaygın olarak benimsenmişse ortada gelişmekte olan bir teamül hukuku kuralı olmasa bile yeni bir teamül hukuku kuralının ortaya çıkmasına yol açabilir.³⁴⁸

UHK de Taslak Sonuçlarında, bir antlaşmada yer alan bir kural eğer; antlaşmanın akdedildiği tarihte mevcut olan bir uluslararası teamül hukuku kuralını kodifiye ediyorsa

³⁴⁷ Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararı, p. 73.

³⁴⁸ International Law Association, Final Report to the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Report of the Sixty-Ninth Conference, London, 2000, s. 43-44, 49-50. (İlerleyen bölümlerde "UHD Raporu" olarak anılacaktır.)

veya antlaşmanın tamamlanmasından önce ortaya çıkmaya başlamış olan bir uluslararası teamül hukuku kuralının kristalleşmesine yol açmışsa ya da hukuk olarak kabul edilen (*opinio juris*) genel bir uygulamaya yol açmak suretiyle yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralı yaratmışsa söz konusu antlaşma hükmünün uluslararası teamül hukuku kuralını yansıtabileceğini kabul etmektedir.³⁴⁹

Günümüzde insan hakları hukuku alanındaki uluslararası sözleşmelerin birçoğu neredeyse evrensel katılıma sahiptir. Bazı yazarlara göre bu durum söz konusu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin uluslararası teamül hukuku niteliğine yönelik önemli bir delil teşkil etmektedir.³⁵⁰ Bu kapsamdaki uluslararası sözleşme listesinin başında 196 tarafla Çocuk Haklarına Dair Sözleşme yer almaktadır.³⁵¹ Bu Sözleşmeyi 189 katılımı Kadınlar Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi³⁵², 188 katılımı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme³⁵³ ve 182 katılımı Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme³⁵⁴ izlemektedir. İkiz Sözleşmelerden MSHS'nin 173 tarafı bulunmaktayken³⁵⁵ ESKHS'ye 171 devlet taraftır³⁵⁶. Sözleşmenin niteliğine göre taraf sayısı değişmekle birlikte en kapsamlı sözleşmelere BM'ye üye devletlerinin birçoğunun üye olduğu görülebilmektedir.

³⁴⁹ UHK Raporu, s. 143- 146.

³⁵⁰ SCHABAS, s. 84.

³⁵¹ UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4, Erişim tarihi: 24.11.2023.

³⁵² UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

³⁵³ UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

³⁵⁴ UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

³⁵⁵ UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

³⁵⁶ UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

Uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitinde evrensel katılıma sahip uluslararası insan hakları sözleşmelerine kanıt olarak başvurulurken devletler tarafından konulan çekincelere dikkat edilmelidir. VAHS’de çekince “*nasıl kaleme alınırsa alınsın veya nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın, Devletin bir antlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, uygun bulurken ya da antlaşmaya katılırken bazı antlaşma hükümlerinin hukuki etkisini kendisi bakımından dışarda bırakmak veya değiştirmek amacıyla yaptığı tek taraflı beyan*”³⁵⁷ olarak tanımlanmaktadır. Çekinceler ilgili devletin *opino juris*’ini yansıtmaması bakımından teamül hukuku kurallarının tespiti için önemlidir. Uluslararası insan hakları hukuku alanındaki birçok temel sözleşmeye bakıldığında aslında bu sözleşmelere çok az çekince konulduğu görülebilmektedir. Az sayıda çekince bulunması, neredeyse evrensel düzeyde katılımın olması ve taraf olmayan ülkeler tarafından İnsan Hakları Konseyine sunulan ulusal raporlarda yer alan söz konusu normların tanınmasına ilişkin beyanlar bahse konu uluslararası sözleşmelerin içeriğindeki kuralların uluslararası teamül hukuku niteliği taşıdığı konusunda güçlü bir kanıt oluşturmaktadır.³⁵⁸ Ancak diğer taraftan bir sözleşme hükmü üzerinde çok sayıda çekince bulunması durumunda ilgili normun teamül hukuku statüsüne ilişkin iddia zayıflayacaktır.³⁵⁹

Bazı devletlerin sözleşmelere taraf olurken genel çekinceler koydukları görülmektedir. Bu çekinceler örneğin “*İslam hukuku ve Şeriata aykırı olan hükümleri uygulanmaz*” şeklinde olabilmektedir.³⁶⁰ Bu gibi durumlarda ilgili sözleşmenin tümü için genel bir sonuca varmaktansa sözleşme hükümlerini ayrı ayrı değerlendirmeye tutmak uygun olacaktır. Eğer bir sözleşme hükmü ilgili devlet tarafından konulan genel çekince ile çelişmiyorsa çekincenin söz konusu hükmün uygulanması üzerinde herhangi bir etkisi

³⁵⁷ VAHS, Madde 2(1)(d).

³⁵⁸ SCHABAS, s. 86.

³⁵⁹ *ibid.*, s. 86.

³⁶⁰ *ibid.*, s. 87.

olmayacaktır. Dolayısıyla çekince koymak suretiyle sözleşmeye katılan devlet bakımından çekinceyle çelişmeyen hükümler bir yükümlülük doğuracaktır.

C. Uluslararası Yargı Kararları

Uluslararası hukukun kaynakları daha önce de belirtildiği gibi UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinde sayılmıştır. Mahkeme kararları asli kaynaklar arasında sayılmayıp “*hukuk kurallarının belirlenmesi için tali araçlar*” arasında gösterilmiştir.³⁶¹ Dolayısıyla uluslararası yargı makamlarının asıl görev ve yetkilerinin hukuk yapmak değil mevcut hukuk kurallarının varlığının ya da içeriğinin tespit edilmesinden ibaret olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.³⁶² Bu kapsamda uluslararası yargı kararları uluslararası teamül hukuku kurallarının belirlenmesinde kullanılabilecek önemli kanıtlar sunabilmektedir.

UAD Statüsü'nün 59'uncu maddesinde Divan'ın kararlarının ancak söz konusu dava için ve yalnızca uyuşmazlığın tarafları bakımından bağlayıcı olacağı hüküm altına alınmıştır.³⁶³ Ancak başta UAD olmak üzere uluslararası yargı organlarının birbirlerinin içtihatlarını takip ettikleri ve önemli bir gerekçe olmadıkça önceki içtihatlarını sürdürdükleri görülmektedir. Bu bağlamda Divan, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Karar'ında özel sebepler olmadıkça yerleşik içtihatlarından ayrılmayacağını ifade etmiştir.³⁶⁴ Uluslararası yargı kararlarının bu içtihadi niteliği, devletlerin beklentilerinde değişikliğe yol açarak söz konusu kararların mevcut hukuk olarak görülmesini ve dolayısıyla devlet

³⁶¹ UAD Statüsü, Madde 38(1)(d).

³⁶² Nükleer Silahlar Danışma Görüşü, p. 18.

³⁶³ UAD Statüsü, Madde 59.

³⁶⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 53. (İlerleyen bölümlerde “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Karar” olarak anılacaktır.)

uygulamalarının kararlar doğrultusunda evrilmesini sağlamaktadır.³⁶⁵ Dolayısıyla uluslararası yargı organlarının normların uluslararası teamül hukuku olduklarına ilişkin tespitleri önem arz etmektedir.

UAD'nin uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası insan hakları hukuku alanında teamül hukukuna ilişkin tespitlerinin oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Divan ilk defa 2012 yılında bir uluslararası insan hakları normunu uluslararası teamül hukuku olarak ilan etmiştir. *Belçika v. Senegal* Davasında 2012 yılında vermiş olduğu kararda Divan, işkence yasağının uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğunu belirterek yasağın yaygın bir uluslararası uygulamaya ve devletlerin *opinio juris*'ine dayandığını ifade etmiştir. Başta İHEB'in 5'inci maddesi olmak üzere çeşitli beyannamelere ve ilgili antlaşmalara atıf yapan Divan, işkence yasağının neredeyse bütün devletlerin ulusal mevzuatına girmiş olmasına değinerek işkence eylemlerinin sürekli olarak ulusal ve uluslararası düzlemde kınanmasına vurgu yapmıştır.³⁶⁶ Benzer şekilde AİHM de işkence yasağının uluslararası hukukta bir emredici kural haline geldiğini teyit etmiştir.³⁶⁷

Yargı organlarının tespitleri bir uluslararası teamül hukuku normunun varlığına ilişkin olabileceği gibi yokluğuna ilişkin de olabilir. Örneğin AİHM, *Perinçek v. İsviçre* Kararında soykırımın inkarının suç sayılmasını gerektiren bir uluslararası teamül hukuku kuralı olmadığı yönünde tespitte bulunmuştur.³⁶⁸

³⁶⁵ Alberto ALVAREZ-JIMENEZ, "Methods for The Identification of Customary International Law in The International Court of Justice's Jurisprudence: 2000-2009", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, No. 3, July 2011, s. 683.

³⁶⁶ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (*Belgium v. Senegal*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99. (İlerleyen bölümlerde "Belçika v. Senegal Kararı" olarak anılacaktır.)

³⁶⁷ *Al- Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35753/ 97, § 61, ECHR 2001- XI.

³⁶⁸ *Perinçek v. Switzerland* [GC], no. 27510/ 08, §§ 266, 268, 15 October 2015.

Uluslararası ceza mahkemeleri de çeşitli kararlarında bazı uluslararası insan hakları kurallarına ilişkin tespitlerde bulunmuşlardır. EYUCM çeşitli kararlarında işkencenin³⁶⁹, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamelenin³⁷⁰ uluslararası teamül hukuku tarafından yasaklandığı sonucuna varmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) de kararlarında köleliğin yasaklanmasının³⁷¹ ve geri gönderme yasağının³⁷² birer uluslararası teamül hukuku kuralı olduğunu ifade etmiştir.

Ulusal mahkemeler de zaman zaman kararlarında uluslararası teamül hukukuna atıfta bulunabilmektedirler. Bu durum zaman zaman uluslararası hukukun doğrudan ulusal mahkemelerde uygulanması gibi ortaya çıkabilirken bazen de iç hukuk normlarının yorumlanmasında uluslararası teamül hukuku normlarına atıf yapılması şeklinde de olabilmektedir.³⁷³ Ya da AİHM durumunda olduğu gibi uluslararası mahkemelerin uluslararası teamül hukukuna dayanan içtihatları ulusal mahkemelerin kararlarını etkileyebilmektedir.

³⁶⁹ Prosecutor v. Furundžija (IT- 95- 17/ 1), Judgment, 10 December 1998, para. 147; Prosecutor v. Kunarac et al. (IT- 96- 23- T and IT- 96- 23/ 1- T), Judgment, 22 February 2001, para. 466; Prosecutor v. Simić (IT- 95- 9/2- S), Sentencing judgment, 17 October 2002, p. 34.

³⁷⁰ Prosecutor v. Blaškić (IT- 94/ 14- A), Judgment, 29 July 2004, para. 143; Prosecutor v. Kordić and Čerkez (IT- 95- 14/ 2- A), Judgment, 17 December 2004, p. 106.

³⁷¹ Prosecutor v. Ntaganda (ICC- 01/ 04- 02/ 06), Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, 4 January 2017, p. 51.

³⁷² Prosecutor v. Katanga et al. (ICC-01/ 04-01/ 07), Decision on an Amicus Curiae application and on the 'Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile' (arts. 68 and 93(7) of the Statute), 9 June 2011. p. 67, 68.

³⁷³ SCHABAS, s. 52.

SONUÇ

İnsan hakları, insanların insan olmaktan kaynaklanan ve doğuştan gelen hakları olduklarından herhangi bir hukuk düzeni tarafından tanınmaları gerekmez. Ancak söz konusu haklar bir hukuk düzeni tarafından tanınırlarsa temel hak ve özgürlükler haline dönüşürler ve bu durum insan haklarının korunması bakımından önemli güvenceler sağlar.

17'nci yüzyıldan itibaren ulusal hukuk düzenleri tarafından tanınmaya başlanan insan haklarının uluslararası hukuka konu olması İkinci Dünya Savaşı sonrasında BM'nin kurulması ve ardından yaşanan bir dizi gelişmenin sonucu mümkün olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'nın neden olduğu büyük çaplı tahribat ve ortaya çıkan baskıcı rejimler dolayısıyla insan haklarının ulusal düzeyde korunmasının etkisiz kalması, insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası düzeyde tanınması ve korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

Uluslararası insan hakları hukuku, bireylere vatandaş oldukları ya da yetki alanında buldukları devletten ayrı olarak uluslararası düzeyde bir koruma sağlamayı amaçlamakta ve bu kapsamda devletlere de kendi egemenlik alanlarında bulunduran bireylerin insan haklarına saygı gösterme ve bu hakları koruma konusunda uluslararası topluma karşı bir sorumluluk yüklemektedir.

1945 yılında BM Şartı'nın, ardından 1948 yılında İHEB'in kabulü ile hızlanan insan haklarının uluslararasılaşması süreci, takip eden yıllarda BM sistemi içerisinde başta uluslararası antlaşmalar olmak üzere çeşitli somut hukuki belgelerin kabulü ve bölgesel insan hakları sistemlerinin ortaya çıkması ile devam etmiştir. Özellikle bir BM Genel Kurulu kararı olan İHEB'in kabul edilmesinden ikiz sözleşmelerin yürürlüğe girmesine kadar geçen yaklaşık otuz yıllık süreçte yaşanan kaynak arayışının sonucu olarak uluslararası teamül hukuku bu alanda gündeme gelmiştir.

Uluslararası teamül hukuku insan hakları hukuku alanında evrensel ve etkili bir koruma mekanizması kurulabilmesi için uygun özelliklere sahiptir. İnsan hakları alanında çok sayıda ve geniş kapsamlı uluslararası sözleşme bulunmasına rağmen birçok devlet söz konusu sözleşmelere taraf olmamış ya da çekincelerle taraf olmuştur. Antlaşma hukukunun yalnızca taraflarını bağlayan niteliğinden farklı olarak uluslararası teamül hukuku normları, bu normlara ısrarlı olarak itiraz etmeyen bütün devletler için kural olarak bağlayıcıdır. Ayrıca uluslararası teamül hukuku normlarının ortaya çıkması için bütün devletlerin açık rızasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Bir devletin uluslararası insan haklarına ilişkin bir sözleşmeden çekilmesi durumunda dahi teamül hukuku niteliği kazanmış olan bir sözleşme hükmü, bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak ilgili devlet bakımından bağlayıcı olmaya devam edecektir.

Uluslararası insan hakları hukuku normlarının hangilerinin uluslararası teamül hukuku statüsüne sahip olduğunun veya teamül hukuku olduğu konusunda tartışma olmayan bir kuralın kapsamının nasıl belirleneceği konusunda literatürde farklı görüşler bulunmaktadır. Genel olarak kabul gören ve iki unsur teorisi olarak da adlandırabileceğimiz geleneksel görüşe göre, bir uluslararası teamül hukuku kuralından bahsedebilmek için maddi unsur olarak adlandırılan ve yaygın ve tutarlı devlet uygulamaları ile manevi unsur olarak adlandırılan devlet uygulamalarının hukuki bir zorunluk gereği yapıldığına ilişkin inanç birlikte var olmalıdır.

Geleneksel yaklaşıma göre yalnızca uluslararası hukukun asıl aktörleri olan devletlerin ve devletlerin iradelerini yansıttığı ölçüde uluslararası örgütlerin davranışları maddi unsur kapsamında değerlendirilebilecektir. Ayrıca devletlerin ne söylediklerinden çok ne yaptıkları devlet uygulaması olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu şekilde devletlerin ileriki zamanlardaki davranışlarına ilişkin güvenilir tahminler yapmak mümkün olabilecektir. Geleneksel görüş söz konusu iki unsurun birlikte aranması

konusunda katı bir yaklaşıma sahip olup uluslararası hukukun bütün alanlarında iki unsurlu bu yaklaşımın uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Uluslararası insan hakları hukukunun doğası gereği iki unsurlu yöntemin bu alanda katı bir şekilde uygulanması çeşitli yazarlarca gerçekçi ve uygulanabilir bulunmamaktadır. İnsan hakları hukuku kuralları genellikle bir devletin kendi vatandaşları ile ilişkilerine dair olup devletlerin birbirleriyle rekabet halindeki çıkarları doğrultusunda müzakere süreçleri sonucunda oluşan normlardan farklıdır. Dolayısıyla devletlerin bu normlara ilişkin fiziki uygulamalarının uluslararası alanda bir görünümü genellikle ortaya çıkmaz. Buna ek olarak birçok insan hakkı normu yasaklayıcı nitelikte olup devletlerin belirli davranış biçimlerinden kaçınmalarını gerektirmektedir. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukukunda katı bir şekilde aranacak devlet uygulamasına ilişkin verileri toplamak karar vericiler bakımından kolay bir faaliyet olmayacaktır.

Geleneksel görüşün uluslararası insan hakları hukuku alanındaki bu kısıtlayıcı etkisinin aşılabilmesi için bazı varsayımlarının gevşetilmesi yoluna gitmek gerekmektedir. Bu kapsamda ele alınması gereken ilk konu kimlerin davranışlarının devlet uygulaması oluşturacağı olup, devletlere ek olarak uluslararası mahkemelerin, uluslararası örgütlerin, uluslararası uzmanlık kuruluşları ile bazı durumlarda uluslararası sivil toplum kuruluşlarının eylemlerinin de bu süreçte dikkate alınması uygun olacaktır. Söz konusu aktörlerin davranışlarının doğrudan devlet uygulaması oluşturacağı kabul edilmese dahi belirli bir alandaki beklentilerin oluşmasında veya şekil değiştirmesinde oldukça etkili olabilecekleri kabul edilmelidir. Devletler bahse konu aktörlerin eylemlerine karşı tepkileriyle devlet uygulamaları oluşturabilecekleri gibi bunların eylemlerinin uluslararası hukuk olduğu kabulüyle davranışlarını bu yönde biçimlendirebileceklerdir.

İkinci ele alınması gereken husus ise devletlerin hangi eylemlerinin devlet uygulaması kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkindir. Özellikle yasaklayıcı nitelikteki hukuk kurallarına ilişkin devlet uygulamalarının devletlerin fiziksel eylemlerinden tespit edilemediği durumlarda bildirimsel bir işlemi kurucu bir işleme dönüştürmek, yani belirli bir davranış hakkında söylenenlerin o davranışın kendisi olduğunu kabul etmek yoluna gidilebilir. Devletler zaman zaman bir kurala söylemsel düzeyde katılırken uygulamada söz konusu kuralı ihlal edebilmektedir. Bu gibi durumlarda devletlerin yaptıkları ya da yapmadıkları eylemlere ilişkin beyanlarının bizzat uygulamanın kurucu unsuru olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Kuralı ihlal eden uygulamaların ihmal edilmesi ve kurala uymaya ilişkin beyanlara ağırlık verilmesi değerlendirilmelidir. Uygulamada da ulusal ve uluslararası yargı organlarının devletlerin bazı hak ihlallerini ihmal etmek suretiyle sonuca vardıkları görülmektedir.

Uluslararası teamül hukuku kurallarının tespitine ilişkin yaklaşım değişikliği beraberinde tespit sürecinde maddi ve manevi unsurların belirlenebilmesi için başvuru tespit araçlarının kapsamını da genişletmektedir. Bu kapsamda özellikle BM İnsan Hakları Konseyi kapsamında yürütülen Evrensel Periyodik İnceleme Mekanizması devletlerin uygulamaları hakkında bizzat birinci elden değerli bilgiler sunmaktadır. Devletlerin ulusal raporlarında ve Komisyon sunumlarında ifade ettikleri eylemleri ve bu eylemleri hangi uluslararası yükümlülükler kapsamında gerçekleştirdiklerine ilişkin beyanları hem devlet uygulaması hem de *opinio juris* konusunda çok önemli veriler sunmaktadır. Bu mekanizmaya ek olarak İnsan Hakları Evrensel Beyanname, neredeyse evrensel düzeyde kabul edilen uluslararası insan hakları sözleşmeleri, uluslararası yargı kararları, BM Genel Kurul kararları ile uluslararası uzmanlık kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarının çalışmaları da teamül hukuku kurallarının unsurlarının tespitinde dikkate değer ve mutlaka değerlendirilmesi gereken bilgiler sunmaktadır.

Sonuç olarak uluslararası teamül hukuku normlarının tespitine ilişkin uluslararası hukukun bütün alanlarında uygulanabilecek tek bir yöntem yoktur. Özellikle uluslararası insan hakları hukuku alanında geleneksel iki unsurlu yöntemin katı bir şekilde uygulanması mümkün görünmemektedir. Uluslararası insan hakları hukuku alanında yapılacak bir tespit faaliyetinde mutlaka bu alanın kendine has özellikleri dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR, MAKALELER, TEZLER

AKEHURST, Michael, “Custom as a source of international law”, **British Yearbook of International Law**, Vol. 41, No. 1, 1975, s. 1-53.

ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto, “Methods for The Identification of Customary International Law in The International Court of Justice’s Jurisprudence: 2000-2009”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 60, No. 3, July 2011, s. 681 – 712.

AYBAY, Rona, **İnsan Hakları Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.

BEDERMAN, David J., **Custom as a Source of Law**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

BORDIN, Fernando Lusa. “A Glass Half Full?: The Character, Function and Value of the Two-Element Approach to Identifying Customary International Law”, **International Community Law Review**, Vol. 21, Issue. 3-4, 2019, 283-306.

BOUCHER, David, “The Recognition Theory of Rights, Customary International Law and Human Rights”, **Political Studies**, Vol. 59, Issue 3, s.753 – 771.

BOZKURT, Enver, ve KANAT, Selim, BEKTAŞ, Sezercan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

CRAWFORD, James Richard, **The Identification and Development of Customary International Law: Keynote Speech**, (Speech delivered at Spring Conference of the ILA British Branch, London), 2014.

ÇAĞLI, Pınar, “Evrensel Periyodik Gözden Geçirme Usulü ve Türkiye İncelemesi”,
Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Vol. 31, No. 1,
2011, s. 153-189.

D’AMATO, Anthony A., **The Concept of Custom in International Law**, Cornell
University Press, First Edition, 1971.

D’ASPERMONT, Jean, “Customary International Law as a Dance Floor, Part I”,
EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, April 2014,
<https://www.ejiltalk.org/customary-international-law-as-a-dance-floor-part-i/>
(Erişim tarihi: 15.09.2023).

D’ASPERMONT, Jean, “Customary International Law as a Dance Floor, Part II”,
EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law, April 2014,
<https://www.ejiltalk.org/customary-international-law-as-a-dance-floor-part-ii/>
(Erişim tarihi: 15.09.2023).

DANILENKO, Gennadii Mikhailovich, **Law- Making in the International
Community**, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1993.

DE VISSCHER, Charles, ve CORBETT, P. E., **Theory and Reality in Public
International Law**. Princeton University Press, 1957.

ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara,
2016.

ESTERLING, Shea, “Looking Forward Looking Back: Customary International Law,
Human Rights and Indigenous Peoples”, **International Journal on Minority and
Group Rights**, Vol. 28, 2021, s. 280 – 305.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yayıncılık, Cilt 1, İstanbul, 2005.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yayıncılık, Cilt 2, İstanbul, 2012.

GOLDSMITH, Jack L., ve POSNER, Eric A., **The Limits of International Law**, Oxford University Press, New York, 2006.

GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022.

GREENWOOD, Christopher, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, **European Journal of International Law**, Vol.7, Issue 2, 1996, s. 265–283.

GÜNDÜZ, Aslan ve GÜNEL, Reşat Volkan (Editör) **Milletlerarası Hukuk**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

HAKIMI, Monica, “Custom's Method and Process: Lessons from Humanitarian Law” In **Custom's Future: International Law in a Changing World**, edited by C. A. Bradley, Cambridge University Press, New York, 2016, s. 148 – 171.

HANNUM, Hurst, “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law” **Georgia Journal of International and Comperative Law**, Vol. 25, 1995, s. 287 – 397.

HENCKAERTS, Jean-Marie, ve DOSWALD-BECK, Louise, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf- Adet) Hukuku**, Cilt 1: Kurallar, (Çev. E. Öktem, M. B. Yamaner, D. Özbek, B. R. Kurtarcan, M. C. Uzun, A. Kaya), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2005.

HOFFMANN, Tamás, “Dr. Opinio Juris and Mr. State Practice: The Strange Case of Customary International Humanitarian Law”, **Annales Universitatis**

Scientiarium Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae Sectio Iuridica,
Vol. 46, 2006, s. 373-394.

JENNINGS, Robert Y., “The Identification of International Law”, in Bin Cheng (ed.),
International Law: Teaching and Practice, Stevens, London, 1982, s. 3 – 9.

KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

KIRDIM, Şahin Eray, ve DEMİRKOL, Atahan, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun
Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku”, **Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 25, 2021, s. 379-434.

KIRGIS, Frederic L., “Custom on a Sliding Scale”, **American Journal of International
Law**, Vol.81, No. 1, January 1987, s. 146 – 151.

KÖK DEĞERLİ, Saadet, “Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Gelişiminde
Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara
Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE, 2020.

LEPARD, Brian D., **Customary International Law. A New Theory with Practical
Applications**, Cambridge University Press, 2010.

LILLICH, Richard B., “The Growing Importance of Customary International Human
Rights Law”, **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol.
25, No. 1, 1996, s. 1-30.

MACGIBBON, Ian C., “Customary International Law and Acquiescence”, **British Year
Book of International Law**, Vol. 33, 1957, s. 115-145.

MENDELSON, Maurice, ‘State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims’, in
International Law Association, Report of the Sixty- Fifth Conference,
International Law Association, 1993, s. 370 – 379.

- MENDELSON, Maurice, “The Formation of Customary International Law”, **Recueil des Cours de l’Académie de Droit international**, Vol. 272, 1998, s. 155-410.
- MERON, Theodor, “The Humanization of Humanitarian Law”, **American Journal of International Law**, Vol. 94, No. 2, Apr 2000, s. 239 – 278.
- MERON, Theodor, **Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law**, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- MEYER, Timothy, ve GUZMAN, Andrew, “Customary International Law in the 21st Century”, **Progress in International Law (Rebecca Bratspies and Russell Miller eds)**, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 197–217.
- NORMAN, George, ve TRACHTMAN, Joel P., “The Customary International Law Game”, **American Journal of International Law**, Vol. 99, No. 3, 2005, s. 541-580.
- OPPENHEIM, Lassa, **International Law: A Treatise, Vol. I, Peace**, Longmans, Green and Co., London, 1905.
- ÖKTEM, Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States, St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, 1987.
- ROBERTS, Anthea Elizabeth, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, **American Journal of International Law**, Vol. 95, No. 4, October 2001, s. 757 – 791.
- SCHABAS, William A., **The Customary International Law of Human Rights**, Oxford University Press, 2021.

SCHACHTER, Oscar, “International Law In Theory and Practice General Course in Public International Law”, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Vol. 178, 1982.

SCHLÜTTER, Birgit, **Developments in Customary International Law Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.

SCHWELB, Egon, **Human Rights and the International Community: The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights**, Quadrangle Books, Chicago, 1964.

SHAW, Malcolm N., **Uluslararası Hukuk, Eighth Edition** (Çev. İ. Kaya, Y. Acer, T. Demirtepe, E. Şimşek), TÜBA, Ankara, 2018.

SIMMA, Bruno, ve ALSTON, Philip, “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles”, **Australian Yearbook of International Law**, Vol. 12, 1998, s. 82 – 108.

SINCLAIR, Sir Ian M., **The Vienna Convention on the Law of Treaties**, Manchester University Press, 2nd ed., Manchester, 1984.

SWAINE, Edward T., “Rational Custom”, **Duke Law Journal**, Vol. 52, No. 3, 2002, s. 559–627.

TAN, Yudan,” The Identification of Customary Rules in International Criminal Law”, **Utrecht Journal of International and European Law**, Vol. 34, Issue 2, 2018, s. 92–110.

- TASIOULAS, John, “Custom's Method and Process: Lessons from Humanitarian Law”
In **Custom's Future: International Law in a Changing World**, edited by C. A. Bradley, Cambridge University Press, New York, 2016, s. 95 – 116.
- THIRLWAY, Hugh W. A, **International Customary Law and Codification**, A.W. Sijthoff, Leiden, 1972.
- THIRLWAY, Hugh, “Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues”, **Leiden Journal of International Law**, Vol. 28, No.3, 2015, s. 495-506.
- TZEVELEKOS, Vassilis ve BERKES, Antal, “Sociological Objectivism: Still Relevant?” Forthcoming, R Deplano, N Tsagourias (eds), **Research Methods in International Law: A Handbook**, Edward Elgar Publishing, 2020.
- UNGER, Roberto M., **Law in Modern Society**, The Free Press, New York, 1976.
- VILJOEN, Frans, “International Human Rights Law: A Short History”, **UN Chronicle**, Vol. 46, Issue 2, Nisan 2012, s. 8 – 13.
- VILLIGER, Mark Eugen, **Customary International Law and Treaties**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985.
- WELLMANN, Carl, **The Moral Dimensions of Human Rights**, Oxford University Press, New York, 2011.
- WILMSHURST, Elizabeth, “Conclusions” in Wilmshurst E. and Breau S. (Eds.), **Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law**, Cambridge University Press, 2007, s. 401 – 414.
- WOLFKE, Karol, **Custom in Present International Law**, Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Wroclaw, Wroclaw, 1964.

ZENGİNKUZUCU, Dikran M., **İnsan Hakları Hukukunun Uluslararasılaşması: Egemenin İstilas**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022.

YARGI KARARLARI

UAD/UDAD Kararları

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p.639.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 412

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 266.

Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246.

Fisheries case (United Kingdom v. Norway), Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Adrisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 95

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14

North Sea Continental Shelf, Judgment (Federal Republic of Germany v. Denmark / Federal Republic of Germany v. Netherlands), I.C.J. Reports 1969, p. 3.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

S.S. 'Lotus', France v Turkey, Judgment, Judgment No 9, PCIJ Series A No 10, ICGJ 248, PCIJ, 1927.

South West Africa, Second Phase (Ethopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6

South West Africa, Second Phase, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, 1966 I.C.J. Rep. p. 250.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3.

EYUCM Kararları

Prosecutor v. Furundžija (IT- 95- 17/ 1), Judgment, 10 December 1998.

Prosecutor v. Blaškić (IT- 94/ 14- A), Judgment, 29 July 2004.

Prosecutor v. Kunarac et al. (IT- 96- 23- T and IT- 96- 23/ 1- T), Judgment, 22 February 2001.

Prosecutor v. Kordić and Čerkez (IT- 95- 14/ 2- A), Judgment, 17 December 2004.

Prosecutor v. Simić (IT- 95- 9/2- S), Sentencing judgment, 17 October 2002.

UCM Kararları

Prosecutor v. Ntaganda (ICC- 01/ 04- 02/ 06), Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, 4 January 2017.

Prosecutor v. Katanga et al. (ICC-01/ 04-01/ 07), Decision on an Amicus Curiae application and on the 'Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile' (arts. 68 and 93(7) of the Statute), 9 June 2011.

AİHM Kararları

Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], no. 35753/ 97, § 61, ECHR 2001- XI.

Austria v. Italy, no. 788/ 60, Commission decision of 11 January 1961, Yearbook 4, p. 116.

Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/ 08, §§ 266, 268, 15 October 2015.

Ulusal Mahkeme Kararları

Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876, 884, 884 n. 15 (2d Cir. 1980).

Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia), [2006] UKHL26 (14 June 2006).

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1 (11 January 2002), para. 61–64.

RAPORLAR

Formation and evidence of customary international law, Note by Micheal Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/653, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_653.pdf, Erişim tarihi: 25.11.2023.

General Comment 24, Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, <https://digitallibrary.un.org/record/200963>, Erişim tarihi: 25.11.2023.

General Recommendation 35 on gender-based violence against women, updating General Recommendation 19, CEDAW/C/GC/35, <https://digitallibrary.un.org/record/1305057>, Erişim tarihi: 25.11.2023.

ILC, Committee on Making the Means for the Evidence of Customary international law more readily available, 32nd meeting, UN Doc. A/CN.4/6, Yearbook of the ILC, 1949. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_6.pdf, Erişim tarihi: 25.11.2023.

International Law Association, Final Report to the Committee on the Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Report of the Sixty-Ninth Conference, London, 2000, https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-resolution-london-2000-2, Erişim tarihi: 25.11.2023.

Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3, 1968, UN Doc. A/CONF. 32/41, 1968,

https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf, Erişim tarihi: 15.03.2024.

Report of the International Law Commission, Seventieth Session, (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018), A/73/10.

https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf, Erişim tarihi: 23.11.2023

Second Report on Formation and Evidence of Customary International Law by Micheal Wood, Special Rapporteur, A/CN.4/672.
<https://digitallibrary.un.org/record/774305>, Erişim tarihi: 25.11.2023.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER KARARLARI

General Assembly Resolution, Human Rights Council, A/Res/60/251, 15 March 2006,
https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/a.res.60.251_en.pdf,
Erişim tarihi: 25.11.2023.

Human Rights Council Resolution, Institution-building of the United Nations Human Rights Council, A/HRC/RES/5/1, 18 June 2007,
https://ap.ohchr.org/documents/e/hrc/resolutions/a_hrc_res_5_1.doc, Erişim tarihi: 25.11.2023.

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

Birleşmiş Milletler Şartı, 1945, XV UNCIO 355,
https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf,
Erişim Tarihi: 10.10.2023

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, UN Treaty Collection,
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4, Erişim tarihi: 24.11.2023.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, UN Treaty Collection,

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, UN Treaty Collection,

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, UN Treaty Collection,

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, UN Treaty Collection,

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, UN Treaty Collection,

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en, Erişim tarihi, 24.11.2023.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 1946, 33 UNTS 993, <https://www.icj-cij.org/en/statute>, Erişim Tarihi: 10.10.2023

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi,

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf,
Erişim Tarihi: 10.10.2023

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.ohchr.org/en/core-international-human-rights-instruments-and-their-monitoring-bodies>, Erişim tarihi:09.10.2023.

ÖZET

Uluslararası teamül hukuku uluslararası hukukun asli kaynaklarından birisi olup söz konusu kurala ısrarlı olarak itiraz etmeyen bütün devletleri bağlayan normlardan oluşur. Uluslararası teamül hukukunun bu niteliği evrensel ve etkili bir uluslararası insan hakları koruma mekanizması oluşturulabilmesi için önemli bir imkân sunmaktadır. Bu durumda uluslararası insan hakları hukuku alanında teamül hukuku kurallarının nasıl tespit edileceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Geleneksel iki unsurlu yaklaşıma göre bir uluslararası teamül hukuku normundan bahsedebilmek için yaygın ve tutarlı devlet uygulaması ile uygulamanın uluslararası hukuki bir yükümlülükten kaynaklandığına ilişkin inancın birlikte var olması gerekir. Ancak uluslararası insan hakları hukukunun kendine has özelliklerinden dolayı bahse konu yaklaşımın doğrudan bu alanda uygulanması kısıtlayıcı olabilecektir. Uluslararası insan hakları hukuku uluslararası hukukun diğer alanlarının aksine devletler arası ilişkilerden çok devlet ve vatandaşları arasındaki ilişkiye odaklanmaktadır. Aynı zamanda insan hakları normları genellikle yasaklayıcı nitelikte olduklarından devletlerin belirli davranış biçimlerinden kaçınmalarını gerektirirler. Dolayısıyla devletlerin bu alandaki uygulamalarına ulaşabilmek için geleneksel görüşün dayandığı bazı varsayımların yumuşatılması gerekmektedir. Bu kapsamda devletler dışındaki uluslararası aktörlerin de teamül yapım sürecine katılımlarının kabul edilmesi, devletlerin fiziki eylemleri dışında beyanlarına da ağırlık verilmesi ve beyanlarla çelişen devlet uygulamalarına daha az ağırlık verilmesi gibi yöntemlere başvurulması teamül hukuku kurallarının tespitinde faydalı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası teamül hukuku, teamül, örf ve âdet, insan hakları, uluslararası insan hakları hukuku.

ABSTRACT

Customary international law is one of the primary sources of international law and consists of norms binding on all states that do not persistently object to the rule in question. This characteristic of customary international law provides an important opportunity to establish a universal and effective international human rights protection mechanism. This raises the question of how to identify customary law rules in the field of international human rights law. According to the traditional two-element approach, in order to speak of a customary international law norm, widespread and consistent state practice and the belief that the practice arises from an international legal obligation must coexist. However, due to the unique characteristics of international human rights law, it is not realistic to directly apply this approach in this field. Unlike other areas of international law, international human rights law focuses on the relationship between the state and its citizens rather than on relations between states. At the same time, human rights norms are generally prohibitive in nature, requiring states to refrain from certain forms of behavior. Therefore, in order to access the practices of states in this field, some of the assumptions underlying the traditional view need to be softened. In this context, methods such as acknowledging the participation of international actors other than states in the custom-making process, giving weight to the declarations of states in addition to their physical actions, and giving less weight to state practices that contradict declarations will be useful in determining the rules of customary law.

Keywords: Customary international law, custom, human rights, international human rights law.