

BÖLÜM X

Uluslararası Teamül Hukukunun Tanımlanması*

Arş. Gör. Saadet KÖK DEĞERLİ**

A. GİRİŞ

133. Altmış-dördüncü oturumunda (2012) Komisyon, “uluslararası teamül hukukunun oluşumu ve kanıtı” konusunu çalışma programına dahil etmeye karar vermiş ve Özel Raportör olarak Bay Michael Wood’u atamıştır.⁸²⁰ Aynı oturumda, Özel Raportör tarafından Komisyon önüne bir not sunulmuştur (A/CN.4/653).⁸²¹ Aynı oturumda ayrıca Komisyon, Sekreteryadan Komisyonun önceki çalışmalarında özellikle bu konuyla ilgili olabilecek unsurları belirten bir bildiri hazırlamasını talep etmiştir.⁸²²

134. Altmış-beşinci oturumunda (2013) Komisyon, Sekreteryanın konu hakkındaki bildirisi ile birlikte (A/CN.4/659), Özel Raportörün ilk raporunu (A/CN.4/663) değerlendirmiştir.⁸²³ Aynı oturumda, Komisyon konunun başlığının “uluslararası teamül hukukunun tanımlanması” şeklinde değiştirilmesine karar vermiştir.

* Bu metin, Birleşmiş Milletler Genel Kurul’u tarafından uluslararası hukukun tedrici gelişimi ve kodifikasyonu amaçlarıyla oluşturduğu Uluslararası Hukuk Komisyonunun, 2014 yılı 66. Oturumu sonucu ortaya çıkan yıllık raporun, “Uluslararası Teamül Hukukunun Tanımlanması” başlıklı X. bölümünün İngilizce orijinalinin çevirisidir. İngilizce orijinal metin için bkz.: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2014/english/chp10.pdf&lang=EFSSAC>, s.e.t.17.01.2018.

Not: Söz konusu raporun çevirisi başlangıç olarak düşünülmüştür. İmkanlar dahilinde güncel ve gelecek raporların da çevrilmesi planlanmaktadır.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, saadet0@fmail.com, (Geliş Tarihi: 25.01.2018 – Kabul Tarihi: 22.05.2018)

⁸²⁰ 3132. Toplantısında, 22 Mayıs 2012’de (Genel Kurulun Resmi Kayıtları, Altmış-yedinci Oturum, Ek 10 (A/ 67/10), para. 157). Genel Kurul, 14 Aralık 2012 tarihli 67/92 sayılı kararının 7. paragrafında, Komisyonun konuyu çalışma programına dahil etme kararını takdir ettiğini belirtti. Konu, Komisyonun altmış-üçüncü oturumu sırasında onun uzun dönem çalışma programına dahil edilmişti (2011) Komisyonun raporuna ek A’da yer alan öneri temelinde (Genel Kurul Resmi Kayıtları, Altmış-Altıncı Oturum, Ek 10 (A/66/10), ss.305-314).

⁸²¹ Genel Kurul Resmi Kayıtları, Altmış-yedinci Oturum, No. 10 (A/67/10), ss.157–202.

⁸²² *Ibid.*, 159.

⁸²³ Genel Kurul Resmi Kayıtları, Altmış-sekizinci Oturum, No. 10 (A/68/10), 64.

B. MEVCUT OTURUMDA KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

135. Bu oturumda, Komisyonun önünde Özel Raportörün ikinci raporu bulunmaktaydı (A/CN.4/672). Komisyon söz konusu raporu 11-18 Temmuz 2014 tarihleri arasındaki 3222.'den 3227.'ye kadar olan toplantılarında değerlendirmiştir.

136. Komisyon, 18 Temmuz 2014'te gerçekleştirilen 3227. toplantısında, Özel Raportörün ikinci raporunun ihtiva ettiği şekliyle, 1'den 11'e kadar olan taslak maddelerini Taslak Hazırlık Komitesi'ne havale etmiştir. Komisyonun 7 Ağustos 2014'te gerçekleştirilen 3242. toplantısında, Taslak Hazırlama Komitesi Başkanı, altmış-altıncı oturumda Taslak Hazırlama Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilmiş olan sekiz taslak hükmünü de içeren “uluslararası teamül hukukunun tanımlanması” konusundaki geçici raporunu sunmuştur. Taslak maddeleriyle birlikte rapor, bu aşamada sadece bilgi için sunulmuş olup Komisyonun internet sitesinde bulunmaktadır.⁸²⁴

1. Özel Raportör Tarafından Hazırlanan İkinci Rapora Giriş

137. İkinci rapor, uluslararası teamül hukuku kurallarının iki kurucu unsuruna odaklanmaktadır: “genel bir uygulama” ve “hukuk olarak kabul edilme”. Rapor, 4 bölüme ayrılmış (“giriş”; “iki kurucu unsur”; “genel bir uygulama”; “hukuk olarak kabul edilme”) olup, 11 taslak madde önermiştir.

138. Raporun ilk bölümü, konunun tarihçesine değindikten sonra, konunun kapsamı ve planlanan sonucunu ortaya koymuştur. Taslak maddelerin kapsamının boyutu ve sınırları, taslak madde 1'in konusuydu,⁸²⁵ ve çalışmanın amaçlarını belirlemek için faydalı olabilecek terimlerden bazıları taslak madde 2'de belirtilmişti.⁸²⁶ Rapor daha sonra ikinci bölümde, uluslararası teamül

⁸²⁴ www.un.org/law/ilc adresinde yer almaktadır.

⁸²⁵ Taslak madde 1 aşağıdaki gibidir:

Kapsam

1. İş bu taslak maddeleri, uluslararası teamül hukuku kurallarının varlığını ve içeriğini belirleme metodolojisi ile ilgilidir.

2. İş bu taslak maddeleri, uluslararası hukukun diğer kaynaklarıyla ilgili metodolojiye ve uluslararası hukukun buyruk kurallarıyla (jus cogens) ilgili konulara hanel getirmez.

⁸²⁶ Taslak madde 2 aşağıdaki gibidir:

Kavramların kullanımı

İş bu taslak maddelerinin amaçları:

hukukunun tanımlanmasında temel yaklaşım olan konunun ana kısmına geçmiştir. Taslak madde 3, iki unsur yaklaşımının açık bir ifadesini ortaya koymuş,⁸²⁷ ve taslak madde 4 bu amaç için kanıt değerlendirmesi üzerine genel bir hüküm oluşturmuştur.⁸²⁸ İki unsur, takip eden iki bölümde sırayla, daha ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Üçüncü bölüm, “genel bir uygulamanın” niteliği ve kanıtı, yani uygulamanın rolü ile ilgili beş taslak hükmü içermektedir; şöyle ki uygulamanın rolü (taslak madde 5), davranışın atfı (taslak madde 6), uygulamanın şekilleri (taslak madde 7), uygulamanın delillerinin değerlendirilmesi (taslak madde 8), ve uygulamanın genelliği ve istikrarlı olması (taslak madde 9).⁸²⁹ Sonrasında, dördüncü bölümde, iki unsurdan ikincisi olan

- (a) “Uluslararası teamül hukuku” hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamadan kaynaklanan ve bunları yansıtan uluslararası hukuk kuralları anlamına gelir;
 (b) “Uluslararası örgüt” hükümetler arası bir örgüt anlamına gelir;
 (c) ...

⁸²⁷ Taslak madde 3 aşağıdaki gibidir:

Temel yaklaşım

Uluslararası bir teamül hukuku kuralının varlığını ve içeriğini belirlemek için, hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın olup olmadığını tespit etmek gerekir.

⁸²⁸ Taslak madde 4 aşağıdaki gibidir:

Kanıt değerlendirme

Hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın kanıtını değerlendirmede, bağlam kendisini kuşatan koşulları da içerecek şekilde göz önünde bulundurulmalıdır.

⁸²⁹ Bölüm 3 (5'ten 9'a taslak maddeleri) aşağıdaki gibidir:

Genel bir uygulama

Taslak madde 5

Ugulamanın rolü

Uluslararası teamül hukukunun bir unsuru olarak genel bir uygulama koşulu, esasen uluslararası teamül kurallarının oluşumuna ve ifade edilmesine katkıda bulunan devletlerin uygulaması anlamına gelir.

Taslak madde 6

Davranışın atfı

Devlet uygulaması, yürütme, yasama, yargı ya da herhangi başka bir fonksiyon sırasında olsun, bir devlete atfedilebilir davranıştan oluşur.

Taslak madde 7

Ugulama şekilleri

1.Ugulama çok çeşitli şekillerde olabilir. O, hem fiziki hem sözlü eylemleri içerir.

2.Ugulamanın görünümüleri, diğerleri arasında, diplomatik eylemler ve diplomatik yazışma, yasama eylemleri, ulusal mahkemelerin kararları, uluslararası hukuk alanındaki resmi yayınlar, uluslararası örgütlerin organlarının devletler adına, kodifikasyon girişimleriyle ilgili ifadeleri, bu organların kararlarıyla ilgili antlaşma ve eylemleri bağlamındaki uygulamaları ve konferanslar zeminindeki devlet davranışını içerir.

3.Eylemsizlik de uygulama olarak işlev görebilir.

“hukuk olarak kabul edilme” konusuna, hukuk olarak kabul edilmenin oynadığı rol ve kanıtlanması konusundaki iki taslak maddede değinilmiştir (sırasıyla taslak madde 10 ve 11).⁸³⁰

139. Girizgâhında Özel Raportör, konunun kapsamı ve sonucuna ilişkin Komisyonun 2013 oturumundaki tartışmaların boyutlarını hatırlatmıştır. Raportör, özellikle Komisyonda ve Altıncı Komitede geniş bir destek bulan konunun sonucunun, şu anda yorumlu maddeler şeklinde olmasının istendi-

4.Uluslararası örgütlerin eylemleri (eylemsizlik dahil) de uygulama olarak işlev görür.
Taslak madde 8

Uygulamanın Varlığının Delillerinin Takdiri

- 1.Çeşitli uygulama şekilleri arasında önceden belirlenmiş bir hiyerarşi yoktur.
- 2.Belli bir devletin mevcut tüm uygulamaları göz önünde bulundurulacaktır. Devlet organları aynı fikirde olmadıklarında, onların uygulamalarına daha az ağırlık verilmelidir.

Taslak madde 9

Uygulama genel ve istikrarlı olmalı

- 1.Uluslararası bir teamül kuralının oluşumu için, ilgili uygulama genel olmalıdır, yani yeterince yaygın ve temsili olmalıdır. Uygulamanın evrensel olması gerekmez.
- 2.Uygulama genel olarak istikrarlı olmalıdır.
- 3.Uygulamanın yeterli derecede genel ve istikrarlı olmasının sağlanması için, belli bir süre gerekli değildir.
- 4.Uygulama değerlendirmesinde, çıkarları özellikle etkilenen devletlerin uygulamalarına gereken önem verilmelidir.

⁸³⁰ Bölüm dört (taslak madde 10 ve 11) aşağıdaki gibidir:

Hukuk olarak kabul edilme

Taslak madde 10

Hukuk olarak kabul edilmenin rolü

- 1.Uluslararası teamül hukukunun bir unsuru olan, hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulama koşulundaki, söz konusu uygulama hukuki yükümlülük bilinciyle birlikte olmalıdır.
- 2.Hukuk olarak kabul edilme, bir uluslararası teamül hukuku kuralını, salt alışkanlık veya âdetten ayıran şeydir.

Taslak madde 11

Hukuk olarak kabulün kanıtı

1. Hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın kanıtı, çok çeşitli şekillerde olabilir. Bunlar, kuralın niteliğine ve kuralın uygulanacağı koşullara göre değişebilir.
- 2.Kanıt şekilleri, bunlarla sınırlı olmaksızın, diplomatik yazışma, ulusal mahkeme kararları, hükümetlerin hukuk danışmanlarının görüşleri, uluslararası hukuk alanlarındaki resmi yayınlar, uluslararası örgüt ve konferansların organlarının kararlarıyla bağlantılı antlaşma uygulaması ve eyleminin uluslararası teamül hukuku kuralı olup olmadığını gösteren devlet ifadeleridir.
- 3.Eylemsizlik de hukuk olarak kabul edilmenin kanıtı olarak işlev görebilir.
- 4.Bir devletin bir eyleminin (eylemsizlik de dahil), uluslararası bir teamül hukuku kuralını belirleme amacıyla uygulamaya konması gerçeği, aynı eylemin, söz konusu uygulamanın hukuk olarak kabul edildiğine dair kanıt olmasını engellemez.

ğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, konu hakkındaki çalışma ilerledikçe, nihai şekil incelenmeye devam edebilir. Özel Raportör ayrıca, bu konunun bir parçası olarak, genel hukuk ilkeleri veya jus cogens ile ilgilenme niyeti olmadığını ifade etmiştir.

140. Özel Raportör, raporun ilk bölümünde de ifade edildiği gibi, konunun amacının uluslararası teamül hukuku kurallarının içeriğini belirlemek olmadığını, aksine uluslararası teamül hukuku kurallarının varlık ve içeriğinin tanımlanmasına ilişkin metodoloji sorununa değinmek olduğunu ifade etmiştir.

141. İkinci raporun özü, uluslararası teamül hukuku kurallarının tanımlanmasına yönelik iki-unsurlu yaklaşımdı. Özel Raportör bu yaklaşımın, devlet uygulamalarında ve Uluslararası Adalet Divanı da dahil, uluslararası mahkeme kararlarında yaygın olarak takip edildiğini ve Altıncı Komite'de benimsenmiş olduğunu ifade etmiştir. Bu, genel olarak literatürde de desteklenmektedir. Raportör, ayrıca uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası insanlık hukuk gibi uluslararası hukukun belli alanlarıyla ilgili tek unsur görüşünü, yani *opinio juris* devlet uygulamasıyla ya da Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarıyla desteklenmeksizin, bir uluslararası teamül hukuku kuralının oluşumunda yeterli olabileceğinin vurgulandığı görüşünü hatırlatmıştır. Ancak Özel Raportör, iki-unsur yaklaşımının, farklı alanlarda veya farklı kural tipleri bakımından, farklı uygulamaları olabileceğini ifade etmiştir.

142. Rapor, iki-unsur yaklaşımının temel yönlerine değindikten sonra, iki unsurun her birinin daha detaylı bir incelemesine geçmiştir. Özel Raportör ilk unsur olan “genel bir uygulamayla” başlayarak, bu kavramın Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.38/1-b'nin metninden yansıdığı gibi, “devlet uygulamasına” tercih edildiğini ve uluslararası örgütlerin uygulamalarının da kavramla ilgili olabileceği gerçeğine yer verildiğine işaret etmiştir. Ayrıca not edilmiştir ki, uygulamanın rolü üzerine taslak hüküm -ki bu hüküm "esasen" uluslararası teamül kurallarının oluşumuna ve ifade edilmesine katkıda bulunan devletlerin uygulamasıdır önerisini getirmektedir- kısmen Uluslararası Adalet Divanı içtihat dilinden ödünç alınmıştır. Raporda önerilen atıf meselesiyle ilgili taslak maddeleri, büyük ölçüde uluslararası haksız fiillerden dolayı devletlerin sorumluluğu hakkındaki maddelere dayandırılmıştır.

143. Rapor ayrıca, “uygulamanın tezahürleri” olarak adlandırılabilen, yani “genel bir uygulamanın” tespit edilmesiyle ilgili olabilecek eylemler ve ihmalleri ayrıntılarıyla ele almıştır. Özel Raportör, raporun bu bölümüyle ilgili altı noktaya dikkat çekmiştir. İlk olarak, uygulama fiziksel eylemlerin yanı sıra sözlü eylemlerden de oluşabilir. İkinci olarak, uygulama biçimlerini gösteren bir liste -özellikle konunun genel amacı göz önüne alındığında- yararlı olacaktır, fakat bu tür bir listenin tahdidi olmaması gerekir. Üçüncü olarak, listelenmiş uygulama türlerinin çoğu, hukuk olarak kabul edilmenin kanıtı olarak da işlev görebilir. Dördüncü olarak, antlaşmalarda ve uluslararası örgütlerin kararlarında somutlaşan uygulama, uygulamanın iki önemli şeklini oluşturur ve sonraki raporda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Beşinci olarak, eylemsizliğin veya sessizliğin pratik önemi göz ardı edilmemelidir. Son olarak, uluslararası örgütlerin belli uygulamaları, her ne kadar dikkatli değerlendirilmesi gerekse de gittikçe önem kazanabilir.

144. Özel Raportör, çeşitli uygulama şekilleri arasında önceden belirlenmiş bir hiyerarşi olmadığını ve belli bir devletin mevcut tüm uygulamalarının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Buna ek olarak, uygulama genel ve istikrarlı olmalıdır. Uygulamanın genel olması için, yeterli derecede yaygın ve temsili olması gerekmektedir, evrensel olmasına gerek yoktur. Bu koşulların karşılanması halinde, özel minimum bir süreye gerek olmayacaktır. Ayrıca, çıkarları özellikle etkilenen devletlerin uygulamalarına gereken önem verilecektir.

145. Özel Raportör, iki unsurdan ikincisi olan “hukuk olarak kabul” e geçerek, bu unsurla ilgili zorlukların çoğunun genellikle, pratikten ziyade teorik olduğunu vurgulamıştır. Genel bir uygulamanın hukuk olarak kabul edilmesi için, söz konusu uygulamaya hukuki bir yükümlülük bilinci eşlik etmelidir. Bu, uluslararası bir teamül hukuku kuralını salt alışkanlık veya âdetten ayıran şeydir. Ayrıca, uygulamadaki şeyleri ortak kullanımdaki diğer ifadelerden daha iyi tanımladığı için, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü metninden alınan “hukuk olarak kabul edilme” teriminin kullanımının, *opinio juris* kavramına ya da içtihatlarda kullanılan diğer kavramlara tercih edilebileceği ifade edilmiştir. “Hukuk olarak kabul edilmenin” kullanımı, hala tartışmalı olan Latince “*opinio juris sive necessitatis*” ifadesinin yorumlanması ihtiyacını da ortadan kaldırır.

146. Rapor daha sonra, hukukun kabulünün (ya da tam tersinin) nasıl kanıtlanabileceği kritik sorunu üzerine açıklamaya girişmiştir. Böyle bir kabulün, her durumda ayrı ayrı tanımlaması gereken sübjektif unsurun, genel uygulamadan ayrı bir koşul olduğu vurgulansa da, uygulamayla gösterilebileceği ya da uygulamadan çıkarılarak yapılabileceği sonucuna varmıştır. Özel Raportör, bu noktayı daha da netleştirmek için başka bir taslak hükmünün gerekebileceğini belirtmiştir. “Uygulama” da olduğu gibi, “hukuk olarak kabulün” kanıtının çeşitli şekillerde olabileceği ve raporun bu tür şekilleri gösteren, tahdidi olmayan bu türden bir liste sağladığı belirtilmiştir.

147. Özel Raportör, ikinci raporunu hazırlamak üzere birçok hükümetten konu hakkında aldığı yazılı önerilerin yanı sıra, aldığı veri ve destek için derin minnetini ifade etmiştir. Özel Raportör, konunun belli ek yönlerinin gelecek yıl üçüncü raporunda daha detaylı ele alınabileceğini, bu bağlamda, konu hakkındaki çalışma ilerledikçe görüşler ve tavsiyelerle ilgilenmeye devam edebileceğine dikkat çekmiştir. İki unsurun etkileşimi meselesine ek olarak Özel Raportör, devlet dışı aktörlerin uygulamasının rolü, uluslararası örgütlerin kararlarının ve konferansların rolü, antlaşmaların rolü (ve ilişkisi), uygulamanın ve hukuk olarak kabul edilmenin kanıtlarını değerlendirme görevi, devlet uygulamaları ve bunların kanıtlarını değerlendirmenin zorluklarına değinmenin yolları hakkında görüş talep etmiştir.

148. Özel Raportör ayrıca, 2013’te Altıncı Komitede gündeme getirilen bu raporun 2015’te üçüncü raporunda ele alınacağı üzere, iki taraflı teamüller de dahil, özel veya bölgesel uluslararası teamül konularına işaret etmiştir.

2. Tartışmanın Özeti

(a) Genel Yorumlar

149. Özel Raportörün genel gidişatına ve yaklaşımına dönük geniş bir destek vardı. İki unsurlu yaklaşım herkesçe kabul görmüştür. Çalışmanın sonucunun, uluslararası hukukta uzman olmayan uygulamacılar için özel değeri olan pratik bir araç olması gerektiği geniş ölçüde kabul edilmiştir. Bu bağlamda, taslak maddelerinin net olması ve gerekli fark ve nitelikleri yansıtması önerilmiştir. Ayrıca taslak maddelerinin, aşırı düzenlemeci olmaması ve uluslararası teamül hukukunun esnek doğasını yansıtması gerektiği konusunda genel bir kabul söz konusudur.

150. Bununla birlikte, konunun kapsamıyla ilgili sorular ortaya atılmıştır. Komisyonun bazı üyeleri, uluslararası teamül hukukunun kanıtlarının değerlendirilmesine ek olarak, uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşum sürecine doğrudan atıf yapılması çağrısında bulunmuşlardır. Bazı üye ülkeler, aynı zamanda, uluslararası teamül hukuku ve diğer uluslararası hukuk kaynakları arasında, özellikle de genel hukuk ilkelerine ilişkin ayrıntılı bir incelemenin yapılmamasıyla ilgili endişelerini dile getirmiştir. Âdetler ve nezaket kuralları ile ilgili değerlendirmenin de faydalı olabileceği önerilmiştir.

151. Birkaç üye bu alanda devletlerin uygulamalarını tespit etme zorluğunu vurgulamış olsa da, Özel Raportörün dünyanın farklı yerlerinden uygulamalara dikkat çekme çabaları övülmüştür. Uygulamayı daha erişilebilir ve kullanılabilir hale getirmenin esas önemi ışığında, devletlerden, ilgili devlet uygulamasını içeren derlemeler ve yayınların yanı sıra, uluslararası hukukun tanımlanmasıyla ilgili devlet uygulamaları hakkında tekrar bilgi vermelerini istemek yararlı görülmüştür. Devlet uygulamasını tespit etme zorluğuna rağmen bazı üyeler, diğer daha uzmanlaşmış uluslararası mahkemelere nazaran, Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarına olan münhasır bağlılığa karşı uyarıda bulunmuştur.

152. Uluslararası bir teamül hukuku kuralının varlığını kanıtlamakla yükümlü kişiler tarafından konuyla ilgili görüş alışverişinde de bulunulmuştur. Komisyon'un bazı üyeleri, belli bir kuralın varlığı hakkındaki tartışmada, ispat külfetinin yerine getirilmesinin, iddia eden veya kuralı inkâr eden tarafta olup olmadığı ve hâkimin kanıt tespitinde doğrulayıcı adımlar atması gerekip gerekmediği sorunu üzerine tartışmışlardır.

153. Özel Raportör tarafından önerilen sonraki çalışma programı genel olarak desteklenmiştir. Birçok üye, uluslararası teamül hukukun iki unsuru arasındaki etkileşimi incelemek için verilen öneriyi, özellikle etkileşimin zamansal yönlerinin değerlendirilmesi gerektiği yönündeki çağrılar ile birlikte memnuniyetle karşılamıştır. Bundan başka, bölgesel ve iki taraflı teamül, “ısrarlı itirazcı” kavramının yanı sıra, uluslararası örgütlerin rolünün değerlendirilmesi de destek bulmuştur. Bununla birlikte bazı üyeler söz konusu konunun, ihtiyatlı ve dikkatli değerlendirme gerektiren çok sayıda zor sorun ihtiva ettiğini kaydederek, Özel Raportör tarafından önerilen iddialı çalışma temposu hakkında çekinmelerini dile getirmişlerdir.

(b) Kavramların Kullanımı

154. “Kavramların kullanımı” hakkındaki taslak maddelerinde önerildiği gibi, “uluslararası teamül hukuku” ve “uluslararası örgütler” tanımlarının dahil edilme isteği hakkında fikir alışverişinde bulunulmuştur. Bazı üyeler tanımların yararlı olduğunu düşünüp, uluslararası teamül hukukunun iki unsurunu içeren diğer tanımların da yapılabileceğini önerirken, diğer bazı üyeler tanımların gerekli veya uygun olup olmadığından şüphe etmişlerdir.

155. Özel Raportör tarafından önerilen taslak madde 2’deki uluslararası teamül hukukunun tanımıyla ilgili iki hususta kapsamlı bir tartışma vardır. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.38/1-b’nin lafzının tanım temelli olup olmadığı ve “*opinio juris*” ifadesinin kullanılıp kullanılmayacağı üzerine farklı fikirler söz konusudur. Bazı üyeler bu tanımın doktrinde çokça eleştirildiğini ifade etse de, birçok üye, Statü metnindeki tanım temellendirmesini desteklemiştir. “*Opinio juris*”in, içtihatlarda ve doktrinde en yaygın kullanılan ifade olduğunu kaydeden bazı üyeler, “*opinio juris*” ile “hukuk olarak kabul edilme” terimlerinin yer değiştirmesini istemiş ve diğer bazı üyeler her iki kavramı içeren referanslar önermiştir. Komisyonun bazı üyeleri teamülün subjektif unsurunun (“*opinio juris*”), devletlerin “rızası” ya da isteği ile eş anlamlı olmadığı görüşündeydiler, zira bu unsur daha ziyade belli bir uygulamanın takip edildiği inancı anlamına gelmekteydi, çünkü bir hakkın kullanılması veya bir yükümlülüğün yerine getirilmesi uluslararası hukukla uyumlu olmalıdır.

(c) Temel Yaklaşım

156. Uluslararası bir teamül hukuku kuralının iki-unsurlu yaklaşım temelinde tanımlanması konusunda yaygın bir kabul söz konusuydu. Özellikle, temel yaklaşımın uluslararası hukuk alanlarına göre değişmediği görüşü, Komisyonun pek çok üyesi tarafından desteklenmiştir. Bununla birlikte, bazı üyeler, farklı alanlarda farklı tanımlama yaklaşımları bulunduğunu belirtmişler, ancak çeşitliliğin ayrı bir yaklaşımdan ziyade, iki-unsur yaklaşımının uygulamasındaki bir farklılık olabileceği kabul edilmiştir.

157. Birçok üye, Özel Raportörün sonraki raporunda, iki unsur arasındaki etkileşimi dikkate alarak, iki-unsurlu yaklaşımın zamansal yönleri hakkında yorum yapmıştır. Taslak madde 3’ten çıkan yaklaşımın, “genel bir uygulama”nın her zaman “hukuk olarak kabul edilme” den önce gelmesi gerektiği şeklinde anlamlandırılabilirliği endişesi söz konusuydu. Birçok üye, kritik

olanın, zamansal sıralanmadan ziyade, her iki unsurun varlığı olduğuna işaret etmişti.

158. Hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın kanıtının değerlendirilmesiyle ilgili olarak, taslak madde 4'te "çevre koşullarını da içeren bağlamı dikkate alan" metnin önerildiği farklı görüşler vardı. Bazı üyeler daha açık ve ayrı kriterler isterken, diğer üyeler sürecin doğal olarak esnek olduğuna işaret eden bağlamdan bahsedilmesini desteklemişlerdir. Önerilen tanımlama yaklaşımının uluslararası uygulamaların gerçeklerini yansıtıp yansıtmadığı konusunda bir soru da gündeme gelmiştir. Uluslararası Adalet Divanı kararlarında, Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmasında veya Genel Kurul kararlarında ve antlaşmalarda bir kuralın kanıtının araştırılan ilk husus olması hasebiyle devlet uygulamalarının ve *opinio juris*in kapsamlı incelemesinin istisnai olduğuna işaret edilmiştir.

(d) "Genel Bir Uygulama"

159. Taslak madde 5'in, "genel bir uygulama esasen uluslararası teamül hukuku kurallarının...oluşumuna katkı sunan devletlerin uygulamaları anlamına gelir" önerisini sunan ilgili bölümü hakkında bir dizi görüş vardı. Önerilen açıklama değişse de, uygulamanın, "genel bir uygulamanın varlığını" belirlemekle ilgili olduğunu kesin olarak göstermek için, metnin açıklanması gerektiği ileri sürülmüştür. Komisyonun bazı üyeleri, ilgili devlet dışındaki varlıkların uygulamasını önerdiği için, "esasen" kelimesinin anlamının saptırıldığı görüşündeydi. O üyeler, uluslararası örgütlerin uygulamasının, uluslararası teamül hukuku kurallarının tanımlanma sürecinde dikkate alınmadığı görüşündeydi. Diğer üyeler, uluslararası örgütlerin uygulamasının, sadece devlet uygulamalarıyla ilgili olduğu ölçüde geçerli olduğunu düşünmekteydiler. Bununla birlikte diğer bazı üyeler, uluslararası örgütlerin uygulamasının, özellikle de bu örgütlerin yetkileri dahilindeki belirli faaliyet alanlarına istinaden teamül kuralı oluşumuyla ilgili olabileceği konusunda Özel Raportörle hemfikirlerdi. Bu üyeler, uluslararası örgütlerin uygulamalarının özel bir öneminin olduğu; uluslararası örgütlerin ayrıcalıkları, dokunulmazlıkları, sorumluluğu ve antlaşmalar için depozitör fonksiyonu gibi alanlara dikkat çekmişlerdir.

160. Üyeler, Özel Raportörün üçüncü raporunda, uluslararası örgütlerin, uluslararası bir teamül hukuku kuralının belirlenmesindeki rolünü daha ayrıntılı ifade etme önerisini desteklemişlerdir. Bazı üyeler uluslararası örgüt

uygulamaları ile alâkalı olabildiği ölçüde, bu tür uygulamaların hangi şekillerde olabileceğini tam olarak düşünmeye çağırmıştır. Bazı üyeler de, eğer varsa, devlet dışı aktörlerin rolünün araştırılmasının faydalı olacağını düşünmüşlerdi.

161. Davranışın atfı konusunda bazı üyeler, uluslararası haksız fiiller nedeniyle büyük ölçüde devletlerin sorumluluğuna ilişkin maddelere dayanan taslak madde 6 metnini gözden geçirme önerisinde bulunmuşlardır. Bu üyeler göre atıf, uluslararası teamül hukukunun amaçlarını gerçekleştirmek için ilgili uygulamanın devlet tarafından onaylanmış olması bağlamında farklı tasarlanmış olmalıdır. Bir organ yetkisini aşan (ultra vires) bir eylemde bulunduğu, böyle bir davranışın devlet davranışı olarak düşünülüp düşünülmemeyeceği sorgulanmıştır. Devlet adına hareket eden devlet dışı aktörlerin davranışlarının ilgili uygulamayı oluşturup oluşturmadığı sorusu da bu açıdan ortaya çıkmıştır.

162. “Genel bir uygulama” oluşturabilen, devlet davranışının önerilen şekilleri için geniş destek söz konusuydu. Bazı üyeler hangi sözlü eylemlerin ilgili olduğu konusunda açıklama isteseler de, özellikle, birçok üye sözlü eylemlerin fiziksel eylemlerle birlikte yer almasını desteklemiştir. Sözlü eylemlerin uyarlanıp uyarlanmayacağı ya da tekrar edilip edilmeyeceğinin yanı sıra, onların “genel bir uygulamaya” neden olup olmayacağı konusunda belirsizlikler vardı. Taslak maddelerinin, diplomatik tanıma ve protesto eylemi gibi, sözlü eylemlerin diğer şekillerine özellikle değinilmesi önerisinde bulunulmuştur. İdari eylemlerin de açıkça bahsedilmesi önerisinde bulunulmuştur. Son olarak, uluslararası mahkemeler önündeki savunmaların, devlet uygulaması olarak uygunluğuna ilişkin tartışmalar vuku bulmuştur.

163. Bir uygulama şekli olarak “eylemsizliğin” dahil edilmesine ilişkin olarak, konunun daha ayrıntılı olarak araştırılması ve netleştirilmesi gerektiği hususunda genel bir kabul vardır. Birçok üye, eylemsizliğin ilgi alanına giren belirli koşulların araştırılması gerektiğini düşünmüş, sessizliğin veya eylemsizliğin, yalnızca koşullar bazı tepkiler gerektirdiğinde ilgili olabileceğine işaret etmiştir. Bu görüş ayrıca, eylemsizliğin ya da sessizliğin, devletin kendisinin içinde olmadığı kısıtlayıcı bir kural veya diğerlerinin uygulamalarıyla ilgili bir eylemsizlik olup olmadığına göre anlamının değişebileceğini ifade etmiştir.

164. Uygulamanın kanıtının önemiyle ilgili olarak, taslak madde 8'deki "çeşitli uygulama şekilleri arasında önceden belirlenmiş hiyerarşinin olmadığı" cümlesinin kesin anlamıyla ilgili sorular gündeme gelmiştir. Birçok üye bir devletin belli organlarının uygulamalarının diğerlerinden daha önemli olduğuna işaret etmiş; bazı üyeler, farklı organların, devletin uluslararası konumunu yansıtmak için yetkilendirildiğini belirtmişlerdir. Bir organın uygulamasının değerlendirilmesinde, uluslararası düzeyde devlet adına hareket edip etmediğinin yanı sıra, onun yetkisinin söz konusu kuralın içeriğiyle doğrudan ilgili olup olmadığı düşünülmesi gerektiği önerilmiştir. Bu görüş ayrıca, ulusal mahkemelerin uygulamasının bu kapsamda dikkatli bir şekilde ele alınması gerektiğini ifade etmiştir.

165. Devlet içerisindeki istikrarsız bir uygulamanın, devlet uygulaması olarak öneminin azalıp azalmadığı konusuyla ilgili olarak, bazı üyeler, alt düzey organlar tarafından ya da onlar arasında çatışan uygulamaların bir bütün olarak devlet uygulamasının kanıt niteliğindeki değerini etkilememesi gerektiği görüşünderken, bazı üyeler bu istikrarsızlığın maddi olduğunu düşünmüşlerdir. Taslak madde 8'de iç istikrarsızlıkla ilgili önerilen dilin, çok emredici olduğu ve tanımlama sürecinin esnekliğini engelleyebileceği endişesi de gündeme gelmiştir.

166. Uygulama tezahürlerinin uluslararası teamül hukuku kurallarının tanımlanması amaçları için geçerli olup olmayacağını belirlemede başka kriterlerin dikkate alınması gerektiği önerisinde de bulunulmuştur. Örneğin, geçerli bir uygulamanın kamuya açık olması, ulusal hukuka uygun olması ve söz konusu kuralın içeriği ile belirli bir bağlantıya sahip olması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.

167. Bazı üyeler önerilen taslak madde 9'da kullanılan belirli kavramlarla ilgili endişelerini dile getirirse de, uygulamanın uluslararası bir teamül hukuku kuralını oluşturması için genel ve istikrarlı olması gerektiği görüşü, genel olarak desteklenmiştir. Bazı üyelere göre, "temsili" ve "yeterli derecede yaygın" sözleri daha fazla ayrıntı ve açıklama gerektirmekteydi. Ayrıca bazı üyeler, uygulamanın sıklığı ya da tekrarı ile birlikte, "yeknesak" veya "fiilen yeknesak" kavramlarının maddeye dahil edilmesi gerektiği görüşündelerdi. Son olarak, normalden sapan uygulamanın var olan bir kuralın konu dışı ihlali veya olu-

şum sürecinin bir istisnası olarak kalması konusunda daha çok ayrıntı gerekebileceği belirtilmiştir.

168. Taslak madde 9/4'te yansıtıldığı gibi, “özel olarak etkilenen devletler” kavramı, önemli tartışma konusuydu. Birçok üye, kavramın devletlerin egemen eşitliğiyle bağdaştırılamaz olduğu ve taslak hükümlerde yer almaması gerektiği görüşündeydi. Üyeler, bütün devletlerin, genel uluslararası hukukun tüm alanlarının içeriği ve kapsamıyla, oluşumu ve gelişimiyle ilgili olduklarını, ve eylem veya eylemsizliğin her ikisiyle birlikte tüm devletlerin uygulamalarının eşit şekilde ilgili olduğunu belirtmişlerdir. Bu konuda bazı üyelerin, Uluslararası Adalet Divanı'nın kavramı genel uygulamalardan biri haline getirmedini ve yalnızca özel olarak etkilenen devletlerin uygulamasının belirli bir davanın özel bağlamında incelenmesi gerektiği kararını belirtmesiyle birlikte, Mahkeme'nin sınırlı içtihatlarına dikkat çekilmiştir. Kavramın taslak maddelerine dahil edilmesine karşı çıkmayan diğer üyeler, bunun güçlü devletlere daha fazla ağırlık vermek ya da uygulamanın yeterince yaygın olup olmadığını belirlemek için bir araç olmadığını vurgulamışlardır. Sonuç olarak, özel olarak etkilenen devletlerin, eğer varsa, bölgesel veya ikili kurallar bağlamında sahip olabileceği herhangi bir rol de dahil olmak üzere, rolünün açıklığa kavuşturulması gerektiği önerilmiştir.

(e) “Hukuk Olarak Kabul Edilme” (“*opinio juris*”)

169. Komisyonun üyeleri arasında, uluslararası bir teamül hukuku kuralının varlığının belirlenmesinde “hukuk olarak kabul edilme”nin rolü ile ilgili olarak, genel bir kabul vardı. Bununla birlikte, bazı üyeler “hukuki yükümlülük bilinci”ne yapılan atfın sübjektif unsurun işleyişini yeterince açıklığa kavuşturmadığından endişeliydi. Bir devletin mevcut bir kuralı değiştirmeye çalıştığı normalden sapan uygulamasının rolünün bu açıdan ele alınması önerilmiştir.

170. Hukuk olarak kabul edilmenin kanıtı hususunda, bir eylemin (eylemsizlik de dahil) hem uygulamayı hem hukuk olarak kabul edilmeyi oluşturabileceği düşüncesi tartışılmıştır. Bazı üyeler genel bir mesele olarak, hukuk tarafından mecbur edilen genel bir uygulamanın kabulünün, sadece uygulamanın kendisinin kanıtına atıfta bulunarak kanıtlanamayacağı görüşündeydi. Diğer yandan bazı üyeler, iki unsurun kanıtının aynı davranışın incelenmesi temelinde tanımlanabileceğini belirterek, “çifte hesaplama” şeklinde nitelen-

dirmede bir problem görmemişlerdir. Bu konunun, iki unsur arasındaki etki-leşimin incelenmesinde, daha fazla araştırılabileceği ileri sürülmüştür.

171. Hukuk olarak kabul edilmenin kanıtlanması konusunda ek bazı yorumlar yapılmıştır. Bazı üyelere göre, fakat diğer üyelere göre değil, bir kuralın oluşumundaki böyle bir kabulün hemen hemen evrensel olması gerekmektedir. Diğer üyeler, uluslararası örgütlerin kararlarının *opinio juris* potansiyel kanıtı olarak rolünün araştırılmasını önermişlerdir. Bazı hususlarda açıklama da talep edilmiştir. Örneğin, taslak madde 11’de verilen kanıt şekillerine ek olarak, *opinio juris* tanımlanmasında kullanılan metodlar hakkında detay gerektiği düşünülmüştür. Çalışmanın pratik amacı dikkate alındığında, hukuk olarak kabulü ortaya koyan uygulama ile diğer davranış arasında nasıl ayırım yapılacağına dair ayrıntılı açıklama yararlı olacaktır. Son olarak, önerilmiştir ki meslek kuruluşları ve hukukçuların yanı sıra, Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından yapılan sübjektif unsur değerlendirmelerinin rolü belli bir dikkat gerektirmektedir.

3. Özel Raportörün Son Yorumları

172. Özel Raportör, iki unsur arasındaki ilişkinin yanı sıra, onların zamansal yönlerinin daha fazla incelemeyi hak ettiğini kaydederek, Komisyonun üyeleri arasında “iki-unsur yaklaşımı” için geniş desteğin devam ettiğini gözlemlemiştir. Ayrıca Raportör Komisyon içinde, uluslararası mahkeme kararlarının konuyla ilgili rehber arayışı için başlıca materyaller arasında yer aldığı hususundaki genel kabule işaret etmiştir. Konunun sonucunda, Komisyon üyeleri, konuyla ilgili çalışmaların uygulayıcılara rehberlik ve esneklik arasında bir denge oluşturacak uluslararası teamül hukukunun belirlenmesi görevinde yardımcı olmak için pratik bir rehber hazırlanmasına neden olacağı görüşünü paylaşmaya devam etmişlerdir. Raportörün zihninde, uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşum yönünü açıkça kapsama ihtiyacı konusunda hala belirsizlik vardı.

173. Özel Raportör bu pratik rehberin, yorumlarla birlikte okunması gereken kesin ve kapsamlı taslak maddeleri bütününe kısa bir formunu alması gerektiğini belirtmiştir. Taslak maddelerine zorunlu bir ek oluşturacak olan yorumlar, sadece kilit uygulamaya, davalara, literatüre, uluslararası haksız fiiller için devletlerin sorumluluğu konusuna veya uluslararası örgütlerin ulus-

lararası sorumluluğu konusundaki maddelere benzer atıfta bulunarak nispeten kısa olmalıdır.

174. Ulusal derlemeler ve ilgili yayınlar üzerine bilginin yanı sıra, devletlerin, uluslararası teamül hukukuna ilişkin uygulamaları üzerine yaptıkları önerilerinin önemi tekrar vurgulanmış ve Özel Raportör, bu yönden devletlere bir talep iletmenin Komisyon için faydalı olduğuna işaret etmiştir.

175. Kimin uygulamasının hesaba katılacağı genel meselesi ile ilgili olarak, Özel Raportör, taslak maddelerinin öncelikle devlet uygulamasına değinmesinin daha açık bir şekilde ifade edilebileceğini beyan etmiştir. Diğer yandan Raportör, en azından belli uluslararası örgütlerin; antlaşmalar, ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar veya uluslararası örgütlerin iç hukuku konusunda olduğu gibi belli alanlardaki uygulamalarının göz ardı edilemeyeceğini vurgulamıştır.

176. Taslak madde 1’de kullanılan terminolojiyle ilgili olarak, Özel Raportör “metodoloji” sözcüğünün zorluklar çıkardığını kabul etmekle birlikte, bu zorlukların tartışma boyunca yapılan diğer önerilerle tam olarak aşılamadığına işaret etmiştir. Raportör vurgulamaktadır ki, taslak hükümde kullanılan dil hükmün amacını ortaya koymalıdır ki bu amaç, taslak hükümlerin uluslararası teamül hukukunun maddi kurallarını tanımlamaktan ziyade bunların tespitine yönelik yaklaşımı belirlemeyi hedeflediklerini açıklığa kavuşturmaktır. Özel Raportör ayrıca, önerilen tanımların yorum kısmında değil de taslak madde 2’de tutma gerekliliği hakkındaki şüphelerini tekrarlamıştır.

177. Özel Raportör, taslak madde 3’te düzenlenen temel yaklaşımın esas önemini ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün lafzının korunmasına yönelik tercihini vurgulamıştır. Raportör bu dilin muhtemelen diğer yaygın ifadelerden daha uygun olduğunu belirtmiştir. Çünkü bu ifade, uygulama için devlet uygulaması ve geniş bir sübjektif unsur kavramının dışında bir alan bırakmaktadır. Bununla birlikte, “hukuk olarak kabul edilmiş” ifadesi üzerine yapılan tartışmalar ışığında, Özel Raportör ifadeyi, genel “*opinio juris*” terimiyle desteklemeyi önermiştir. O, temel yaklaşımın farklı kural tipleri konusunda hala farklı şekilde uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte, uluslararası hukukun farklı alanlarında farklı tanımlama yaklaşımlarının olmadığı genel görüşüne işaret etmiştir.

178. Taslak madde 5'teki "esasen" kelimesinin kullanımına ilişkin olarak, Özel Raportör uluslararası örgütlerin uygulamalarının değerlendirilmesi için yer bırakırken, bu terimin devletlerin uygulamasının belirgin rolünü vurgulamak için kullanıldığını açıklamıştır.

179. Özel Raportör, devletlerin sorumluluğu için benimsenen atıf kurallarının bu bağlamda uygulanabilir olup olmadığı konusunda daha fazla çalışmaya ihtiyaç duyulduğunu kabul etmiştir. Ayrıca, bir uygulamanın meşruluğuyla ilgili sorunlar hakkında daha fazla düşünmek gerektiğine işaret etmiştir.

180. Taslak madde 7'nin 1. ve 2. paragrafı tarafından takdir edilen geniş destek, özellikle sözlü ve fiziki eylemlerin her ikisini de içermesi bakımından olumlu karşılanmıştır. Bununla birlikte Özel Raportör, 3. ve 4. paragrafta ortaya atılan eylemsizlik konusundaki sorunların, sonraki raporunda ele alınması gerektiğini beyan etmiştir.

181. Özel Raportör, tek bir devlet içindeki uygulama şekilleri arasındaki olası bir hiyerarşi ve çatışan uygulama sorunu ile ilgili olarak, vurgulananın "önceden belirlenmiş" bir hiyerarşinin mevcut olmadığı konusunu ve alt-düzen organlarının eylemlerinin, daha üst-düzen organların uygulaması ile aynı ağırlığa sahip olmasını kesinlikle önermediği konusunu açıklığa kavuşturmuştur.

182. Özel Raportör, "özel olarak etkilenen devletler" e atıf konusuyla ilgili ortaya çıkan tartışmayı kabul etmesine rağmen, taslak madde 9 için verilen geniş desteği olumlu karşılamıştır. Raportör, paragrafın dilinin özenli olduğunu ve kendi amacının uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumu için, belli güçlü devletlerin uygulamasının esas alınmasını önermek olmadığını açıklamıştır. Söz konusu devletler, kuraldan kurala farklılık gösterebilir ve ifade herhangi belli bir devlete atıf yapmamaktadır.

183. "Hukuk olarak kabul edilme" konusundaki iki taslak maddesiyle ilgili olarak Özel Raportör, bu taslakların "genel bir uygulama" konusundaki taslak maddeleri ile daha uyumlu hale getirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Raportör ayrıca, Komisyonun üyeleri arasında farklı görüşler ifade edildiği için, uygulamanın ve *opinio juris*in kanıtı olarak aynı eylemin sözde "çifte hesaplama" konusunun daha ayrıntılı ele alındığını belirtmiştir.

184. Konuyla ilgili gelecek çalışma programıyla ilgili olarak, Özel Raportör, üçüncü raporun, uluslararası örgütlerin kararlarının yanı sıra, özellikle

uluslararası örgütlerle ilgili çeşitli yönlerde, uluslararası teamül hukuku ve anlaşmalar arasındaki ilişkiye değineceğine işaret etmiştir. Üçüncü rapor ayrıca, "ısrarlı itirazcı"ya ilişkin sorunlar ve bölgesel, yerel ve iki taraflı teamül konularını kapsayacaktır. Özel Raportör tarafından ayrıca, kanıtla ilişkin sorunun ve ispat yüküyle ilgili meselenin daha fazla dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.

185. Özel Raportör revize edilmiş taslak maddeler ve yorumlarla birlikte, 2016'da son bir rapor sunma planının iddialı gelebileceğini, fakat bir şeyleri kalite pahasına ilerletmeyeceği konusunda Komisyon üyelerine güvence verdiğini bildirmiştir. Raportör ayrıca, taslak maddelerinin mevcut oturumda Kurula bilgi vermek amacıyla, Taslak Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen kadarıyla sunulmuş olduğunu ve resmi olarak 2015'teki Kurul tarafından değerlendirileceğini belirtmiştir.