

KÜRESEL İKTİDARI KURAN VE KORUYAN ŞİDDETİN İDARECİSİ OLARAK BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ

Doç. Dr. Zeynep Kıvılcım*

Giriş:

Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması “bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunamaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumak” istek ve kararının ifadesi ile başlar¹. Bununla birlikte yeni bir savaşın çıkmasının engellenmesini temel amaçlarından biri olarak ilan eden bu yeni örgütün ve Kurucu Antlaşma’nın temelleri, savaş sonrası eşitsizlikler üzerine kuruludur.

Foucault’ya göre, kurumların ve düzenin motoru savaştır ve siyaset, savaşın başka araçlarla sürdürülmesidir. Siyasal iktidarın rolü, savaşın son anında ortaya çıkan güç ilişkisini, güç dengesizliğini sürekli olarak, bir tür sessiz savaş yoluyla kurumlar içerisine yeniden yerleştirmek olacaktır; siyaset, savaşta beliren güçler dengesizliğinin onayı ve sürdürülmesidir². Bu dizge içinde hukuk önemli rol oynar. Hukuk, kaynağını savaş ve mücadelelerde bulur. Foucault’nun ifadesiyle “yasa doğadan, ilk çobanların vardıkları pınarların çevresinden çıkmaz; yasa, korkunç tarihleri ve kahramanları belli olan gerçek muharebelerden, zaferlerden, katliamlardan doğar”³. Diğer yandan hukuk, savaş sonunda ortaya çıkan güç dengesizliğini sürdürmek ve pekiştirmek yönünde işlev görür. “Söz konusu olan, simetrik olmayan ve düzeni sürdürmeye ya da yeniden kurmaya yarayan bir ayrıcalık gibi işleyen bir hukuk ortaya koymak ve bir silah gibi işleyen bir gerçekliği geçerli kılmaktır”⁴.

Walter Benjamin, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine” başlıklı yazısında, şiddetin hukukla ilişkisini ortaya koymak üzere “hukuku kuran şiddet” ve “hukuku

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Devletler Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

¹ Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması 26 Haziran 1945 tarihinde imzalanmış ve 24 Ekim 1945’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Antlaşmayı 15 Ağustos 1945’te onaylamıştır. 4801 Sayılı Onay Kanunu 24 Ağustos 1945 gün ve 6902 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

² Michel Foucault, **Toplumu Savunmak Gerekir**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011, s.31-32.

³ **Ibid.**, s.62.

⁴ **Ibid.** Foucault’nun eserlerinde hukuka atfedilen rol ve değer ile ilgili ayrıntılı analiz için bkz. Pierre Guibentif, **Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu: Une génération repense le droit**, LGDJ, Collection Droit et Société, 2010, s.29-79; Alan Hunt – Gery Wickman, **Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance**, Pluto Press, 1994; Ben Golder – Peter Fitzpatrick, **Foucault’s Law**, Routledge, 2009.

koruyan şiddet” ayrımı yapar. Hukuk esasen yasanın kökeninde yer alan şiddeti ya amaca uygun ya da amaçları düzenleyen uygun bir araç açısından işlevselleştirir. “Şiddetin her türlü bir araç olarak ya hukuk kurar ya da hukuku korur”, “hukuksal bir kurumda şiddetin gizil mevcudiyetine dair bilinç yok olduğunda, kurum da çöker”⁵.

Birleşmiş Milletler Örgütü’nün İkinci Dünya Savaşı’nın galip devletlerince dizaynını ve savaş sonunda ortaya çıkan güç dengesizliğini sürdürmeye yarayacak hukuki mekanizmaların bu devletlerce Dumbarton Oaks Konferansı’ndan itibaren Kurucu Antlaşma içine yerleştirilmesini savaş, siyaset ve hukuk arasındaki bu ilişkiler çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Örgütün farklı organlarının görev ve yetkileri, özellikle de Güvenlik Konseyi’nin yapısı ve daimi üyelerin ayrıcalıkları, Kurucu Antlaşma’nın savaş sonrası oluşan güç asimetrisinin devamı ve yeniden üretimi güvenceye alan özelliğini gösterir. Savaş zamanındaki müttefiklerin barış zamanında da birlikte durması ve Kurucu Antlaşma’daki mekanizmalarla “barışsever büyük devletlere” ayrıcalıklı yetkiler verilmesi, yeni örgütün Milletler Cemiyeti gibi başarısızlığa mahkum olmaması için bir zorunluluk olarak diğer devletlere de kabul ettirilmiştir⁶.

Uluslararası hukukta kuvvet kullanımına ilişkin olarak BM Kurucu Antlaşması, Milletler Cemiyeti Misakı’ndan belirgin şekilde ayrılmış, bu konudaki yeni çerçeve ve terminolojiyi bildiği üzere, Antlaşma’nın 2 (4) ve 51. maddelerinde ortaya koymuştur. Buna göre, “tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar”. Bu yasağın istisnası, yani uluslararası “meşru” kuvvet kullanımı açısından Güvenlik Konseyi’nin kilit rolü ve yetkisi söz konusudur. Kurucu Antlaşma, md. 2 (4) ile tek taraflı kuvvet kullanımını yasaklarken, VII. Bölüm altında kollektif kuvvet kullanımının idaresini merkezileştirmiş ve Güvenlik Konseyi’nin tekel yetkisi altında kurumsal bir düzeneğe bağlamıştır. Buna göre uluslararası barış ve güvenliğe tehdit edildiği veya bozulduğu yönünde tespit yapmak ve bundan hareketle kuvvet kullanımını da dahil olmak üzere gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik karar vermek yetkisi Güvenlik Konseyi’nindir. Konsey’in alacağı bu kararlar tüm devletler açısından bağlayıcıdır.

Meşru kuvvet kullanımının diğer imkanını sağlayan ve Kurucu Antlaşma’nın 51. maddesinde düzenlenen “meşru müdafaa hakkı” açısından da Güvenlik Konseyi’nin rolü belirleyicidir. 51. maddeye göre meşru müdafaa hakkı, “Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek” söz konusudur. Ayrıca “üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi’ne bildirilir ve Konsey’in (Kurucu) Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez”.

Böylece uluslararası alanda şiddet kullanımının hangi noktada devreye sokulacağı, hangi amaçlara ulaşmak üzere, hangi süreyle uygulanmasının “meşru” kabul edileceği konusunda tekel karar yetkisi Kurucu Antlaşma ile

⁵ Walter Benjamin, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine”, **Şiddetin Eleştirisi Üzerine**, Metis Defterleri, Hazırlayan ve Sunuş: Aykut Çelebi, Metis 2010, s.29-30.

⁶ Mark Mazower, **No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations**, Princeton University Press, 2009.

Güvenlik Konseyi'ne verilmiştir. Martti Koskenniemi, Kurucu Antlaşma'da dizayn edildiği haliyle Güvenlik Konseyi'nin bir güvenlik teknisyeni ve "polis" niteliği taşıdığını hatırlatır⁷. Konsey'in uluslararası barış ve güvenliği sağlayan ve koruyan bir kolluk gücü fonksiyonu sözkonusudur.

Walter Benjamin'in şiddet ve hukuk ilişkisini açıklamak üzere ortaya koyduğu "hukuk kuran şiddet" ve "hukuku koruyan şiddet" ayrımından yukarıda söz edilmişti. Benjamin'e göre kolluk gücünde her iki tür şiddet de "tüyler ürpertici, hayaletimsi bir karışımla" mevcuttur. "Gerçi bu şiddet hukuksal amaçlara yönelik bir şiddettir (tasarruf hakkını da içerir), ama amaçları geniş ölçüde belirleme yetkisi de eşzamanlı olarak tanınmıştır (düzenleyici işlem yapma yetkisi)"⁸. Benjamin'in ifadesiyle, "kolluk gücü hukuk yaratır – çünkü karakteristik özelliği, yasaların ilanı değil, hak talebiyle yaptığı her türden düzenleyici işlemdir – ve hukuku korur, çünkü kendisini bu amaçların hizmetine vakfeder"⁹.

Benjamin'e göre hukunun şiddet tekelinin ele geçirmekteki menfaati, "hukuksal amaçların korunması saikiyle değil, hukukun salt kendisini koruma saikiyle açıklanabilir", zira şiddet büyük ve somut bir şekilde "yeni hukuk yaratma" tehdidiyle hukukun karşısına çıkar¹⁰. Güvenlik Konseyi tarafından olumlanan, yani pozitif uluslararası hukuka göre "meşru" olduğu Konsey tarafından tescil edilen haller dışında şiddetin kesin olarak yasaklanması durumu, Walter Benjamin'in bu analizini takip ederek değerlendirmek yerinde olacaktır. Makalede böylesi bir değerlendirmeden hareket edilerek, önce Soğuk Savaş sonrası dönemde Güvenlik Konseyi'nin faaliyetleri incelenecek, ardından Konsey'in norm koyucu ve yargısal faaliyetlerinin meşruiyeti tartışılacaktır.

I. Soğuk Savaş Sonrası Dönemde Güvenlik Konseyi

Soğuk Savaş sonrası dönemde uluslararası hukukta dikkat çeken en önemli dönüşümlerden biri uluslararası örgütlere sonuç-merkezli yaklaşımdır. Soğuk Savaşın sona ermesi ve veto yetkisinin kullanılmasının son derece azalmasıyla birlikte Güvenlik Konseyi hızlı ve efektif bir işleyiş sergilemeye başlamıştır. Güvenlik Konseyi'nin esnekliği ve etkinliği, uluslararası sistem içinde kendisine verilen önemi artırırken, faaliyetlerinin meşruiyeti daha ziyade karar almadaki hızı ve bu kararların sonuç doğurucu etkinliği üzerinden tartışılmaktadır.

Bu süreç içinde Güvenlik Konseyi, Kurucu Antlaşma altındaki yetkilerini oldukça geniş yorumlayarak hareket etmekte, uluslararası hukuk normlarını askıya alma, değiştirme veya yeni normlar koyma yönündeki kararlarını arttırmaktadır. Konsey aynı dönemde, yargı yetkisinin çerçevesini özenle belirlediği, istediğinde değiştirdiği mahkemeler kurmakta, diğer bazı uluslararası mahkemelerin faaliyetlerine de müdahil olarak yargısal etkinlik alanını da arttırmaktadır.

⁷ Martti Koskenniemi, "The Police in the Temple Order, Justice and the UN: A Dialectical View", **European Journal of International Law**, No: 6, 1995, s. 344.

⁸ Walter Benjamin, "Şiddetin Eleştirisi Üzerine", **op.cit**, s.28.

⁹ **Ibid**, s.28-29.

¹⁰ **Ibid**, s.23-25.

a) Güvenlik Konseyi'nin Norm Koyucu Kararları

Güvenlik Konseyi'nin son 15-20 yıllık süreçte birçok kararında, söz konusu karar belirli bir olay, uyuşmazlık veya çatışma ile bağlantılı olmasına rağmen, devletlere yönelik getirilen yükümlülüklerin son derece geniş ve zaman açısından sınırlanmaksızın çok sayıda başka olay ve duruma da uygulanacak şekilde formüle edildiği görülmektedir. Bu kararlarda Güvenlik Konseyi, belirli durumlarda hatta bazen genel olarak, varolan uluslararası hukuku yeniden yazmak veya askıya almak yetkisini kendinde görmektedir, ki bu ancak bir norm yapma yetkisiyle açıklanabilir. Hatta esasen burada söz konusu olan norm yapma yetkisinden bile daha üstün bir yetkidir. Zira devletler açısından antlaşmalar ile bağlandıkları yükümlülüklerin aksine, Güvenlik Konseyi'nin kararlarında getirilen yükümlülüklerden kendilerini istisna tutmak veya bunlara çarınca koymak mümkün değildir.

Konsey'in norm koyucu kararlarının en önemli örneklerinden ikisi 11 Eylül saldırılarından sonra alınmış olan 1368¹¹ ve 1373 sayılı kararlardır¹². 1368 sayılı karar uluslararası terörizmin uluslararası barış ve güvenlik için yarattığı tehlikeye karşı mücadele etmeye yönelik yükümlülükler içermekte, kararın bir kısmı Terörizmin Finansmanının Engellenmesine Dair Uluslararası Sözleşme¹³ ile önemli ölçüde benzerlikler içermektedir. Karar ile, o tarihte yürürlükte olmayan bu sözleşmenin hükümlerine uyulması devletler için zorunlu hale getirilmektedir.

1373 sayılı kararda ise Güvenlik Konseyi, "terörizm" in, dolayısıyla kararda konu edilen eylemlerin net bir tanımını yapmaksızın, tüm devletlerin uluslararası terörizmle mücadele etmeye, ulusal mevzuatlarında "terörist" eylemleri suç olarak tanımlaması, terörizmin finansmanı için kullanılan kaynakların dondurulması, "teröristlerin" sığınma ve iltica korumasından yararlanmasının engellenmesi gibi son derece geniş yükümlülükler getirmektedir¹⁴.

Güvenlik Konseyi tarafından 2004 yılında alınan 1566 sayılı kararda, ilk defa terörizm tanımı yapılırken, Konsey terörizmle mücadele için genel bazı önlemler öngörmekte ve devletlerin bu konuda yapılmış bir kısım uluslararası sözleşmelere taraf olmalarını istemektedir¹⁵. Yine 2004 yılında alınan 1540 sayılı kararlar ise nükleer, kimyasal ve biyolojik silahların yayılması ve hükümet dışı aktörler tarafından elde edilmesinin engellenmesine yönelik yükümlülükler öngörülmektedir¹⁶.

1540 sayılı karar ile getirilen yükümlülüklerin bir kısmı son derece geniş ve üye devletlerin ulusal mevzuatlarında değişiklik yapmaya zorlar şeklindedir. Aynen 1373 sayılı kararda olduğu gibi, 1540 sayılı kararlarla getirilen yükümlülükler de zamansal olarak sınırlı olmayıp, süresizdir ve esasen devletlerin

¹¹ BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1368, 12 Eylül 2001.

¹² BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1373, 28 Eylül 2001.

¹³ Birleşmiş Milletler tarafından 10 Ocak 2000 tarihinde imzaya açılan Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'ye Türkiye taraftır. (Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun No. 4738, Kabul Tarihi: 10.1.2002). Anılan Güvenlik Konseyi kararının alındığı tarihte yürürlükte olmayan Sözleşme 10 Nisan 2002'de yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ Bkz: Kararın 1 (b), 1 (c) ve 3 (f) paragrafları.

¹⁵ BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1566, 8 Ekim 2004.

¹⁶ BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1540, 28 Nisan 2004.

sadece antlaşma ile ve rıza gösterdikleri takdirde bağlanacakları niteliktedir. Ayrıca kararın muhatabı spesifik olarak bir veya birkaç devlet olmadığı gibi, getirilen yükümlülükler de soyut olarak ifade edilmektedir. Doktrinde pek çok yazar tarafından 1373 ve 1540 sayılı kararların acil durumlara verilen *ad hoc* cevap niteliği taşınmadığının, bundan öte bu kararlarla açıkça evrensel bir uygulanırlık hedeflendiğinin altı çizilmektedir¹⁷.

Güvenlik Konseyi'nin 2006 ve 2009 yıllarında İran ve Kuzey Kore'ye karşı aldığı bazı kararlar da normatif yönleriyle özellikle dikkat çekmektedir. 2006 yılında aldığı 1737 sayılı karar ile Konsey, İran'ın, Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması (NPT) çerçevesinde yaptığı uranyum zenginleştirme faaliyetlerine son vermesini istemektedir¹⁸. Oysa Antlaşma'nın IV. maddesi'ne göre barışçıl nükleer faaliyetlere devam etme hakkı devletlerin egemenliğinin bir sonucu olan dokunulamaz ve vazgeçilemez bir haktır.

2010 yılında yine İran'a karşı aldığı 1929 sayılı karar da ise Güvenlik Konseyi normatif nitelikte bir yorum yapmaktadır. Konsey, İran'ın Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IAEA) ile yaptığı Güvenlik Denetimi Antlaşması altındaki yükümlülüklerini konu etmekte ve bunların yeni bir nükleer tesisi bildirme yükümlülüğünü içerip içermediğini değerlendirmektedir¹⁹.

2009 yılında Kuzey Kore'ye karşı aldığı 1874 sayılı karar ile Güvenlik Konseyi bu kez Kuzey Kore'nin NPT antlaşmasından çekilme beyanını geri almasını, en kısa sürede NPT üyeliğine geri dönmesini ve Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IAEA) ile anlaşmasını muhafaza etmesini istemektedir²⁰. Kararın 8.paragrafı, antlaşmadan çekilmiş olmasına rağmen Kuzey Kore'yi NPT'nin merkez yükümlülüğü ile bağlı tutmakta, Kuzey Kore için nükleer programını bırakma ve IAEA tarafından yönetilen Güvenlik Denetimi Antlaşması'na uygun davranma yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıca aynı paragrafta bu devletin hiçbir zaman yeniden nükleer silah teknoloji geliştirme izninin olmadığını da karara bağlanmaktadır.

Oysa NPT madde X'a göre, taraf devletlerin bu antlaşmadan çekilme hakkı vardır. Güvenlik Konseyi 1874 sayılı karar ile sözleşmenin verdiği bu hakkın Kuzey Kore için geçerli olmadığına hükmetmektedir. Kararın bir başka dikkat çekici özelliği, Joyner'in altını çizdiği üzere, Güvenlik Konseyi'nin bir devlete, o devletin rızası hilafına, kendi askeri imkanlarına ilişkin zorlayıcı ve sürekli yükümlülükler getirme yönünde bir yetkiyi kendisinde görmüş olmasıdır²¹.

b) Güvenlik Konseyi'nin Yargısal Faaliyetleri

Güvenlik Konseyi son yirmi yıllık dönemde yetkilerini, yargısal faaliyetlerde bulunarak ve uluslararası mahkemelerin yargı faaliyetlerine müdahil ola-

¹⁷ Bkz. örneğin Alan Boyle – Christine Chinkin, **The Making of International Law**, Oxford University Press, 2007; Roberto Lavalle, "A Novel, if Axkward, Exercice in International Law-Making: Security Council Resolution 1540 (2004)", **Netherlands International Law Review**, 2004, s. 418, 426-427, Jose E. Alvarez, **International Organizations as Law-Makers**, Oxford University Press, 2006, s. 196-197.

¹⁸ BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1737, 23 Aralık 2006.

¹⁹ BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1929, 9 Haziran 2010.

²⁰ BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1874, 12 Haziran 2009.

²¹ Daniel H. Joyner, "The Security Council as a Legal Hegemon", **Georgetown Journal of International Law**, Vol. 43, 2012, s. 250.

rak da arttırmıştır. Konsey'in 1991 yılında aldığı ve hukuki konularda normal şartlarda mahkemelerin yapacağı türden hukuken bağlayıcı tespitlerde bulunduğu, ayrıca Irak-Kuveyt sınırını belirlediği 987 sayılı karar²² bu anlamdaki öncüllerden biridir. Söz konusu karar ile Konsey, Irak'ın Kuveyt'in işgalinden kaynaklanan bazı zararlardan dolayı hukuki sorumluluğuna ve kitle imha silahı bulunduğu ispat edilememiş olmasına rağmen, Irak'ın silahsızlanmaya ilişkin uluslararası hukuk yükümlülüklerini esaslı şekilde ihlal ettiğine hükmetmektedir.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) Güvenlik Konseyi'nin 1993 yılında aldığı 827 sayılı kararıyla²³ ve Kurucu Antlaşma'nın VII. Bölümüne dayanarak kurulmuştur. Söz konusu kararda kabul edilen EYUCM Statüsü daha sonra, yine Güvenlik Konseyi kararlarıyla dokuz kez değişikliğe uğramıştır²⁴. Güvenlik Konseyi 8 Kasım 1994 tarihinde aldığı bir kararla²⁵ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kurmuştur. Bu kararda kabul edilen Mahkeme Statüsü daha sonra, Güvenlik Konseyi kararlarıyla yedi kez değişikliğe uğramıştır²⁶. Güvenlik Konseyi'nin bu mahkemelerin hakimlerin seçimi, savcının atanması ve süreç içinde Mahkeme'nin çalışmalarının takibi açısından da yetkisi sözkonusudur.

Kurucu Antlaşma'nın VII. Bölümünde Güvenlik Konseyi'ne bir mahkeme kurma yetkisi veren herhangi bir hüküm yoktur. EYUCM Temyiz Dairesi, önüne gelen ilk dava olan *Tadic* vakasında, sanığın mahkemenin BM Kurucu Antlaşması'na aykırı olarak kurulduğu yönündeki itirazını reddetmiş, EYUCM'nin kuruluşunu BM Kurucu Antlaşması'nın 41. maddesine dayandırmıştır. Buna göre, Güvenlik Konseyi'nin adli yetkileri yoktur, ancak md. 41'de öngörülen "kuvvet kullanmayı gerektirmeyen bir önlem" alma yetkisinden hareketle, adli yetkileri olan tali bir organı Kurucu Antlaşma md. 7/2 ve md. 29'a dayanarak kurabilir²⁷.

Güvenlik Konseyi tarafından kurulan bu iki *ad hoc* mahkemenin kuruluş ve işleyişleri açısından, bağımsızlıklarına ilişkin olarak haklı eleştiriler söz konusu olmuştur. Bu eleştirilerin ışığında, evrensel yetkiye sahip, sürekli ve bağımsız bir ceza mahkemesini hayata geçirmek için hazırlanan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün ilk taslak metninde, Güvenlik Konseyi'ne kovuşturmanın başlatılması veya veto edilerek durdurulması yönünde önemli yetkiler verilmesi öngörülmüştür²⁸. Müzakereler sürecinde, diğer devletlerin geliştirdiği muhalefet sonucu bu yöndeki hükümler nihai metinde ilk önerildiği haliyle yer

²² BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/987, 19 Nisan 1995.

²³ BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/827, 25 Mayıs 1993.

²⁴ Bkz. Mahkeme'nin resmi web sitesi (çevrimiçi) <http://www.icty.org/sid/135> (E.T. 13.04.2013)

²⁵ BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/955, 8 Kasım 1994.

²⁶ Bkz. Mahkeme'nin resmi web sitesi (çevrimiçi) <http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf> (E.T. 13.04.2013)

²⁷ Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "DULE", Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 02.10. 1995. (çevrimiçi) <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. (E.T. 13.04.2013)

²⁸ Bkz. William A. Schabas, **Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş**, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi Yayını, 2. Basım, 2007, s.106-107.

bulamamıştır. Bununla birlikte UCM Statüsü²⁹, nihai halinde Güvenlik Konseyi'ne iki önemli yetki vermektedir. Statü'nün 13. maddesine göre, Mahkeme Kurucu Antlaşma VII. Bölüme uygun olarak Güvenlik Konseyi tarafından harekete geçirilebilir ve bu durumda Mahkeme'nin yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin ön koşulların gerçekleşmesi, yani suçun Statü'ye taraf bir devlet vatandaşı tarafından veya Statü'ye taraf bir devletin ülkesinde işlenmiş olması, gerekli değildir. Güvenlik Konseyi'ne verilen bir başka çok önemli yetki, açılmış bir soruşturmanın veya davanın ertelenmesi yetkisidir. Statü'nün 16. maddesine göre, Güvenlik Konseyi VII. Bölüme dayanarak soruşturmanın veya davanın 12 ay süreyle ertelenmesini isteyebilir.

Güvenlik Konseyi UCM Statüsü'nün yürürlüğe girmesinden hemen bir kaç gün sonra, mahkeme henüz fiilen çalışmaya başlamadan önce bu maddeye dayanarak ilk kararını almıştır. Karar ABD'nin, Güvenlik Konseyi BM'nin yetkilendirdiği görevlileri UCM'nin kovuşturmasından korumak üzere md. 16'ya başvuramaz ise, Konsey'in gelecekteki tüm barış koruma görevleri için ABD'nin veto yetkisini kullanacağını duyurmasının ardından alınmıştır. 12 Temmuz 2002'de alınan bu Güvenlik Konseyi kararında BM tarafından oluşturulan veya izin verilen operasyonlarda yer alan ve UCM Tüzüğü'ne taraf olmayan ülkelerin vatandaşı olan kişileri 12 ay süreyle UCM'nin yargı yetkisi dışında bırakılması öngörülmektedir³⁰.

Karar yoğun bir eleştiri ile karşılanmış³¹, Konsey'in sadece spesifik vakalarla ilgili olarak soruşturmayı erteyelebileceği, genel bir erteleme, askıya alma kararının ise uluslararası antlaşmayı değiştirme sayılacağı ileri sürülmüştür. Ancak tüm bu eleştirilere rağmen, kararda söz konusu edilen bir yıllık sürenin bitmesine kısa süre kala 12 Haziran 2003 tarihinde, Güvenlik Konseyi 12 aylık

²⁹ UCM Statüsü, 17 Temmuz 1998 tarihinde Roma'da kabul edilmiş, 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 07.04.2013 tarihi itibarıyla 122 devlet UCM Statüsü'ne taraftır.

³⁰ BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1422, 12 Temmuz 2002.

³¹ Dönemin BM Genel Sekreteri olan Kofi Annan'ın karar taslağının Güvenlik Konseyi önüne gelmesiyle ilgili endişe ve tepkisi için bkz. **Letter by UN Secretary General Kofi Annan to US Secretary of State Colin Powell**, July 3, 2002, http://www.amicc.org/docs/SG_to_SS.pdf (E.T. 13.04.2013). Farklı ülke delegasyonlarının kararla ilgili resmi açıklamaları için bkz. Coalition for the International Criminal Court, **Controversial resolutions proposed by the United States seeking immunity from the International Criminal Court Compilation of Documents on UN Security Council Resolutions 1422 / 1487**, May 2004, <http://www.iccnw.org/documents/1422 DocumentCompilation.pdf>. (E.T. 13.04.2013). Hükümetler dışı örgütlerin kararla ilgili değerlendirmeleri ve eleştirileri için bkz. örneğin Amnesty International, **International Criminal Court: The unlawful attempt by the Security Council to give US citizens permanent impunity from international justice**, May 2003, AI Index: IOR 40/006/2003; Human Rights Watch, **The ICC and the Security Council: Resolution 1422: Legal and Policy Analysis**, <http://www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/docs/1422legal.htm>. (E.T. 13.04.2013). Doktrinden eleştirel yaklaşımlar için bkz. örneğin Mohamed El Zeidy, "The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 35, 2002, s. 1503-1544; Carsten Stahn, "The Ambiguities of the Security Council Resolution 1422 (2002)", **EJIL**, Vol. 14, No: 1, 2003, s. 85-104.

yeni bir ertelemeye karar vermiştir³². ABD, aynı yönde bir kararı 2004 yılında yeniden Güvenlik Konseyi gündemine getirmiş, ancak diğer üyelerle uzlaşma sağlanamadığı için öneri oylamaya sunulmamıştır³³.

Güvenlik Konseyi'nin uluslararası mahkemeler kurma veya mahkemelerin yargısal faaliyetlerine müdahil olma özelliği taşıyan bu kararları dışında, yargısal alandaki bir diğer faaliyeti, gerçek kişilerin hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasına yönelik kararlar alma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu tür kararlar "uluslararası terörle mücadele" çerçevesinde alınmaktadır³⁴.

Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulan terörle mücadele rejimi tüm devletler için bağlayıcı yükümlülükler getirme ve ayrıca gerçek kişilere yönelik olarak spesifik müeyyidelere karar verme gibi hem norm koyucu hem de yargısal faaliyetleri içermektedir. Güvenlik Konseyi'nce devletler için getirilen yükümlülükler, ulusal ceza yasalarında değişiklik yapmak, bazı antlaşmalara taraf olmak, Konsey tarafından oluşturulan komitelere düzenli raporlar sunmak gibi geniş kapsamlı ve zaman açısından sınırlaması olmayan özellik taşımaktadır.

Söz konusu kararlar, ayrıca spesifik olarak listelenen bir grup gerçek kişinin çeşitli hak ve hürriyetlerine ciddi sınırlama getirilmesini öngörmektedir. Bunun yanında devletler için öngörülen yükümlülüklerin, herhangi bir çatışma halinde taraf oldukları diğer tüm anlaşmalara üstünlüğü söz konusudur³⁵. Ayrıca Güvenlik Konseyi tarafından, kararlarının takibi için komiteler kurulmuş ve bu komiteler de son derece önemli yetkilerle donatılmıştır.

II. Güvenlik Konseyi'nin Norm Koyucu ve Yargısal Faaliyetlerinin Meşruiyeti

Soğuk Savaş sonrası dönemde Güvenlik Konseyi'nin hızlı ve efektif işleyişi ile norm koymak, var olan normları yorumlamak, askıya almak, değiştirmek veya kendi koyduğu çerçevede işleyecek yargı organları oluşturmak yönündeki faaliyet ve kararlarının hukuki dayanağını belirlemek çok da kolay değildir. Söz konusu kararların meşruiyeti öncelikle BM Kurucu Antlaşması veya uluslararası hukukun başka kaynaklarında aranabilir? Diğer taraftan Konsey'in bu yeni faaliyetlerinin, uluslararası düzendeki değişikliklere bağlı

³² BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1487, 12 Haziran 2003. Kararla ilgili olarak Kofi Annan'ın eleştirel değerlendirmesi için Bkz. **In Statement to Security Council, Secretary-General Voices Concerns Over Extending UN Peacekeepers' Immunity from ICC Action**, UN Press Release SG/SM/8749 SC/7790, 12.06.2003.

³³ Dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan, aynı içerikte bir kararın Güvenlik Konseyi'nden geçmesi riskine karşı açıkça tavır almıştır. Annan, kısa süre önce ortaya çıkan Irak'taki Abu Ghraib Hapishanesindeki kötü muamele ve işkence görüntülerini de hatırlatarak Güvenlik Konseyi üyelerine karar taslağı aleyhinde oy kullanmaları çağrısında bulunmuştur. <http://www.lewrockwell.com/ips/lobe101.html> (E.T. 13.04.2013). Çin'in kararı veto edeceğini açıklamasının ardından ABD taslağı geri çekmiştir. **New York Times**, 06.05.2004.

³⁴ Bkz: Örneğin BM Güvenlik Konseyi Kararı S/Res/1267, 15 Ekim 1999, BM Güvenlik Konseyi Kararı S/Res/1518, 24 Kasım 2003, BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1521, 22 Aralık 2003 tarihli kararı; BM Güvenlik Konseyi Kararı S/Res/1572, 15 Kasım 2004, BM Güvenlik Konseyi Kararı S/Res/1591, 29 Mart 2005.

³⁵ Bkz. Ör: BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1267, par. 7.

olarak hukuk ve şiddetin yeni idaresine dair yeni işlevler olarak değerlendirilmesi de düşünülebilir.

a) Güvenlik Konseyi'nin Yetkilerinin Dayanağı ve Sınırları

BM Kurucu Antlaşması'nın Güvenlik Konseyi'nin yetkilerine dair hükümlerinde, Antlaşma'ya taraf devletlerin rıza ve iradelerinin asıl çerçeveyi oluşturacağı öngörülmüştür. Kurucu Antlaşma md. 38, Konsey'in VI. Bölüm altında, uyumsuzlukların barışçı çözümü konusundaki yetkilerini sadece bu uyumsuzluğa taraf tüm devletlerin istemesi halinde ve ancak tavsiyede bulunmak şeklinde kullanabileceğini öngörmektedir. Güvenlik Konseyi'nin silahlı savaşlara ilişkin görev ve yetkisi de Kurucu Antlaşma'nın 26. maddesinde düzenlendiği üzere, BM üyelerine planlar sunmak ile sınırlıdır. Dolayısıyla bu sunulan planlar ancak devletler tarafından kabul edilirse onlar için bağlayıcı hale gelir. Planları kabul edip etmeme yönünde karar verme serbestisi, dolayısıyla uluslararası silahların kontrolü konusunda karar yetkisi egemen devletlere aittir.

Konsey'in norm koyucu kararlar alma yetkisinin kaynağı Kurucu Antlaşma VII. Bölüm altında, 39 ve 41. maddelerde bulunabilir mi? 41. madde, Güvenlik Konseyi'nin kuvvet kullanımını içermeyen önlemler alma konusundaki yetkisine ilişkindir. Böylesi önlemlerin alınabilmesi için, md. 39'a göre Güvenlik Konseyi'nin barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptaması gereklidir. Uluslararası barış ve güvenliğin "tehdit edilmesi" veya "bozulması" kavramlarının nasıl yorumlanacağı konusu bu açıdan kilit önem taşımaktadır.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi³⁶ md. 31 (1) e göre, bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır. Aynı maddenin (3) b fıkrasına göre ise, tarafların antlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden antlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması da antlaşmanın yorumu sırasında dikkate alınacaktır.

"Daha sonraki herhangi bir uygulama" *Tadic* vakasında EYUCM Temyiz Dairesi tarafından "uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi" kavramının yorumlanması sırasında dikkate alınmıştır. Temyiz Dairesi ayrıca "uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi" kavramının daha ziyade "siyasi" bir kavram olduğunun altını çizmiştir³⁷.

Güvenlik Konseyi'nin kararları incelendiğinde, "uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi"nin sürekli evrilerle gelişen bir kavram olduğu ortaya çıkmaktadır. Konsey'in süreç içindeki uygulamasında, Kurucu Antlaşma'nın kabul edildiği dönemde esasen bir devletin iç işi sayılacak, "demokratik olarak seçilmiş bir hükümete sahip olmamak", "insan haklarının ağır ihlali" veya devam

³⁶ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 23 Mayıs 1969'da imzaya açılmış, 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 7 Nisan 2013 itibarıyla 113 Devlet Sözleşme'ye taraftır.

³⁷ Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "DULE", Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 02.10. 1995, para. 29.

eden iç çatışmalar uluslararası barış ve güvenliğin ihlali olarak değerlendirilmiştir³⁸.

Uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi kavramının, içeriği bu şekilde sürekli değişen, genişleyen ve politik bir kavram olduğu kabul edilse ve böylesi geniş bir yoruma müsaade edilse dahi, buna dayanarak Konsey tarafından alınan kararların md. 41 çerçevesi içinde kalması gereklidir. 41. maddeye göre, Konsey'in kararlaştıracığı kuvvet kullanımını içermeyen önlemler, "ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir".

EYUCM, yukarıda bahsi geçen *Tadic* kararında, hükümdeki "içerebilir" kelimesinin maddenin geniş yorumlanmasına ve Konsey'in adli organlar kurmasına imkan verdiğine hükmetmiştir³⁹. Bu yorum doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmiş ve md. 39 ve md. 41'in Güvenlik Konseyi'ne genel norm koyucu kararlar alma değil ancak bir kerelik, belli olay ve konu ile sınırlı kural koyma yetkisi verdiğinin altı çizilmiştir⁴⁰.

Diğer yandan Konsey'in aldığı kararlar ve genel olarak faaliyetleri Kurucu Antlaşma ile konulan genel ilkeler çerçevesinde kalmak durumundadır, Güvenlik Konseyi Kurucu Antlaşma ile bağlıdır. Kurucu Antlaşma md. 24/2'ye göre, Güvenlik Konseyi, görevlerini yerine getirirken Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine uygun ve kendisine Kurucu Antlaşma'da verilmiş yetkiler çerçevesinde hareket eder. Kurucu Antlaşma'nın 25. maddesine göre Birleşmiş Milletler üyeleri, Kurucu Antlaşma'ya uygun olarak, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır. Bu maddeyi, tüm üyelerin Kurucu Antlaşma gereği tüm eylemlerde örgüte her türlü yardımcı yapacaklarını öngören md. 2/5 ile birlikte değerlendirdiğimizde devletlerin ancak Kurucu Antlaşma'ya uygun olarak alınmış Güvenlik Konseyi kararlarına uymakla yükümlü oldukları sonucuna varmak gerekir⁴¹.

Güvenlik Konseyi'nin, kendi aldığı kararların yerine getirilmesinin takibi için komiteler kurması ve bu komiteleri bazı geniş yetkiler ile donatmasının Kurucu Antlaşma'ya uygunluğu da tartışmalıdır. Doktrinde birçok yazarın da altını çizdiği üzere⁴², uluslararası barış ve güvenliğin bozulduğu veya tehdit altında olduğuna dair tespiti yapmak ve gerekli önlemleri alma yetkisi Kurucu Antlaşma ile devletlerce münhasıran Güvenlik Konseyi'ne verilmiştir. Bu ne-

³⁸ Daha ayrıntılı bilgi için Bkz: Helen Duffy, **The War on Terror and the Framework of International Law**, Cambridge University Press, 2005, s.170-171.

³⁹ Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "DULE", Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 02.10. 1995, para. 34-38.

⁴⁰ Stefan Talmon, "The Security Council as World Legislature", **American Journal of International Law**, Vol.99, No.1, 2005, pp.175-193; Eric Rosand, "The Security Council As "Global Legislator":

Ultra Vires or Ultra Innovative?", **Fordham International Law Journal**, Vol.28, Issue: 3, 2004, s.542-590.

⁴¹ Aynı yönde Bkz. A. Hudson, "Not a Great Asset: The UN Security Council's Counter-Terrorism Regime: Violating Human Rights", **Berkeley Journal of International Law**, Vol.25, Issue: 2, 2012, s.109. Uluslararası mahkeme kararları da bu yöndedir. Tadic kararında EYUCM Temyiz Dairesi de Konsey'in Kurucu Antlaşma ile bağlı ve yetkilerinin de bu Antlaşma hükümleri ile sınırlı olduğunu ifade etmiştir. (Bkz. Tadic kararı, **op.cit.**, par.28).

⁴² Bkz. örneğin Andrew Hudson, **op.cit.**, s.209-210.

denle Güvenlik Konseyi'nin yetkilerini kurduğu bir tali organa devretmesi, bu organın kararlarına antlaşmaya dayalı ve teamüli tüm yükümlülüklerle göre üstünlük tanınması ve devletlerce uyulmasının zorunlu tutulması yönündeki uygulamanın meşruiyetini açıklamak zordur.

Doktrinde çeşitli yazarlarca ve uluslararası yargı organlarının da ifade edildiği üzere, Güvenlik Konseyi'nin yetkilerinin bir diğer kesin sınırını ise uluslararası hukukun emredici normları oluşturur. Konsey kararlarının *jus cogens* normlara uygun olması gerekir⁴³. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre uluslararası hukukun emredici normları ile çatışan antlaşmalar batıldır⁴⁴. Güvenlik Konseyi yetkilerini bir uluslararası antlaşma olan BM Kurucu Antlaşması'ndan aldığına göre, bu antlaşmaya taraf devletlerin, sözkonusu antlaşma ile kurdukları bir organa emredici normlara aykırı hareket etme yetkisi vermeleri mümkün değildir. Kurucu Antlaşma'nın böyleleri bir yetkiyi veren herhangi bir hükmü Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre batıl olacaktır.

Güvenlik Konseyi'nin yetkilerinin Kurucu Antlaşma ve *jus cogens* ile sınırlı olarak anlaşılması gerektiğinden, Konsey'in kararlarının *jus cogens* normlara uygun olacak şekilde yorumlanması önemli ve gereklidir⁴⁵. Konsey'in bir kararı ile *jus cogens* norm arasında bir çatışma mevcut ve bu çatışma yorum yoluyla giderilemiyor ise, söz konusu Güvenlik Konseyi kararının batıl olduğunu kabul etmek gerekir. Orakhelashvili, *jus cogens* normlara aykırılığın Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre, mutlak butlan sebebi olduğunu hatırlatarak, Konsey kararlarının genel olarak hukuka ve özelde emredici normlara uygunluğunu denetleyen bir usul veya organın bulunmuyor olmasının *jus cogens* normlarla çatışan Konsey kararlarının batıl olacağı sonucunu değiştirmeyeceğinin altını çizmektedir. Konsey kararının muhatabı olan devletler *jus cogens* normlarla bağlı olmaya devam ettiklerinden, bu normlara aykırı olarak alınmış Güvenlik Konseyi kararının mutlak butlanla batıl olmasının hukuki ve pratik sonucu, devletlerin söz konusu kararı bir bütün olarak veya *jus cogens* normlara aykırı kısımlarını dikkate almamaları ve uygulamamaları olacaktır⁴⁶.

⁴³ Bkz. örneğin Antonio Cassese, **International Law**, Oxford University Press, 2002, s. 111; Jordan J. Paust, "The UN is Bound by Human Rights: Understanding the Full Reach of Human Rights, Remedies and Nonimmunity", **Harvard International Law Journal**, Vol.51, 2010, s.5; Case T-315/01 Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, Decision by the European Court of Justice on 3 September 2008 (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) ; Court of First Instance of 21 September 2005 (T-306/01 and T-315/01), International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Order of 13 September 1993 Separate Opinion of Judge Lauterpacht, par. 99 ve 102.

⁴⁴ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, md.53 ve md.64.

⁴⁵ Güvenlik Konseyi kararlarının *jus cogens* normlarla normatif çatışması ve bunun sonuçları ile ilgili ayrıntılı bir tartışma için Bkz: Alexander Orakhelashvili, **Peremptory Norms in International Law**, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2007, s. 423-485.

⁴⁶ A. Orakhelashvili, **op.cit.**, s.465-485.

b) *Necessitas legem non habet*

BM Kurucu Antlaşması'nın temel çerçevesinde Güvenlik Konseyi, müdahale gerekliliğini ve alınacak tedbirleri "istisnai" şekilde belirleme yetkisi ile, yani istisnai durumlara hükmetme amaçlı tüzeli bir güç ile donatılmıştır. "İstisna" halinin hukuk açısından işlevselliğini görmek, tartışmak için Giorgio Agamben'in kavrama ilişkin analizi ufuk açıcı olabilir. Agamben'e göre, bir yönetim tekniği olarak "istisna hali" hukuki düzenin ne dışında, ne de içindedir. Normun askıya alınması, ortadan kaldırılması anlamına gelmez ve askıya alınmanın kurduğu yasadışı bölge, hukuk düzeniyle bağlantısız değildir⁴⁷. Agamben istisna halinin temelinde yatan "zorunluluk" fikrini hatırlatır, bilinen Latince deyişe göre, "zorunluluğun yasası yoktur" (*necessitas legem non habet*). Ama zorunluluğun yasası yok ise de, zorunluluk yasa yapar; bu da, onun gerçek bir hukuk kaynağı oluşturduğu anlamına gelir⁴⁸.

Foucault'nun savaş, siyaset ve hukuk ilişkisine dair analizi üzerinden, savaş halini uluslararası düzlemde hukukun askıya alındığı olağanüstü bir hal değil, hukukun yapılma sürecinin içinde geliştiği ve hukuk yapma yetkisini veren, sürekli bir durum olarak değerlendirdiğimizde, savaşın mevcut iktidar yapısına yönelik bir tehdit değil, aksine mevcut küresel düzeni pekiştiren aktif bir mekanizma olduğu gerçeği ortaya çıkar. Savaş hem prosedürel bir faaliyet, hem kural koyucu bir faaliyettir, savaş düzenleyicidir, yasa ve yargıyı içinden yaratır⁴⁹.

Soğuk Savaş sonrası tek kutuplu dünyada, "süper güç" olarak nitelenmekle birlikte ABD'nin tamamen tek başına gündem belirleme, karar alma ve norm yapma güç ve imkanına sahip olmadığı, uluslararası karar alma yapısında stratejik pozisyonu sahibi diğer güçlü devletlerle konsensüs oluşturma ve kendi eylemlerini onların eylemleri ile koordine etme ihtiyacı olduğu konusuna siyasi ve hukuki analizlerde vurgu yapılmaktadır⁵⁰. Güvenlik Konseyi, bu konsensüs oluşumu ve eylem koordinasyonunun sağlanması açısından birincil önemde bir müzakere ve karar platformu durumundadır. Güvenlik Konseyi'nde başat devletler kendi çıkarları doğrultusunda ve eşitliğin olmadığı bir usul sonucu ve bazen de kendileri bağlanmaksızın diğer devletler için geçerli olacak şekilde norm yapma imkanına sahiptir⁵¹.

⁴⁷ Giorgio Agamben, **İstisna Hali**, Otonom Yayıncılık, 2006, s.33.

⁴⁸ Ibid. s. 37.

⁴⁹ M. Hardt – A. Negri, **İmparatorluk**, Ayrıntı, 6. Basım, 2008, s.50-51, M. Hardt – A. Negri, **Çokluk: İmparatorluk Çağında Savaş ve Demokrasi**, Ayrıntı, 2. Basım, 2011, s.29, 39-40.

⁵⁰ Bkz: Örneğin Michael Hardt – Antonio Negri, **Çokluk: İmparatorluk Çağında Savaş ve Demokrasi**, Ayrıntı, 2004, s. 332-334; Achilles Skordas, "Hegemonik Yapılaşma Hukuku", **ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri**, Ed. by Michael Byers ve Georg Nolte, Phoenix, Ankara, 2007, s. 383-385.

⁵¹ Örneğin Eski Yugoslavya ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulması yönünde inisiyatif ve karar alan ABD, kendi vatandaşlarını da yargılama ihtimali olabilecek bir Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasını engellemek yönünde ciddi bir çaba göstermiştir. Ancak ABD'nin muhalefeti UCM Roma Statüsü'nün yürürlüğe girmesini ve Mahkeme'nin çalışmaya başlamasını engelleyememiştir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 1.maddesine göre Mahkeme 1991'den sonra Eski Yugoslavya ülkesinde vuku bulan ağır insancıl hukuk ihlallerinin kovuşturulması ile yetkili kılınmıştır. Bu kapsamda pek çok davaya bakan ve cezaya hükmeden Mahkeme, Eski Yugoslavya topraklarının NATO tarafından 1999'da bombalanmasıyla ilgili

Soğuk Savaş sonrası dönemde Güvenlik Konseyi'nin kararlarının kaynak olarak uluslararası hukuka normatif etkisinin, yalnızca birer uluslararası örgüt kararı olarak gerçekleşmediği açıktır. Konsey'in kararlarının, uluslararası hukukun hemen tüm şekli kaynaklarına müdahale eden, değiştiren veya askıya alan içerik ve etkiye sahip olduğu görülmektedir.

Konsey kararları ile, yukarıda örnekleri verildiği üzere, yeterli onay koşulunu sağlamadığından henüz yürürlüğe girmemiş olan uluslararası sözleşmelerin sadece belirli kısımlarını seçerek karar altına almakta, böylece seçilmiş bu hükümlere tüm devletlerin uymasını zorunlu hale getirmekte, uluslararası sözleşmeleri yorumlamakta veya bir sözleşmeden çekilen devletin, yine de sözleşme ile bağlı sayılacağına hükmetmektedir.

Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası teamül oluşumuna etkisi de ayrıca değerlendirilmelidir. Genel anlamda eylemleri ile uygulamaya katkı kapasitelerinin daha fazla olması sebebiyle, güçlü devletler teamül hukukunun oluşumuna daha esaslı etki yapma eğilimindedirler. Bu kapsamda Güvenlik Konseyi kararlarının yeni teamüli kuralların oluşumu olarak ele alınması imkanı var mıdır?

Güvenlik Konseyi'nin etkin biçimde norm yapıcı ve yargısal faaliyetlerde bulunmaya başladığı süre esasen son onbeş-yirmi yılı kapsamaktadır. Söz konusu dönemde alınan kararların her biri açısından ayrı değerlendirme yapmak gerekmele birlikte, teamül oluşumu için gerekli olan yeterli sürenin geçmediği ileri sürülebilir. Bu durumda ise “ani teamül” ihtimali tartışılabilir. Doktrinde “ani teamül” konusundaki tartışmaların yanı sıra⁵², Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası teamül oluşturması fikrine karşı başka önemli eleştiriler de sözkonusudur. Lavalleye göre uluslararası devletler topluluğunun sadece son derece sınırlı bir bölümünün üye olduğu bir organın kararlarının teamül oluş-

olarak NATO yetkililerinin sorumluluklarını değerlendirmekten ise kaçınmıştır. (Prosecutor v. Milan Milutinovic, Judgment of 26.02.2009, (çevrimiçi) <http://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/en/jud090226-e1of4.pdf> (E.T. 13.04.2013).

⁵² “Ani teamül” (*Instant custom*) olarak ifade edilen olgu doktrinde halen son derece tartışmalı olmakla birlikte Uluslararası Adalet Divanı Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Kararında antlaşmaların hükümlerinin, geniş ve temsil edici katılım sağlanmış olması kaydıyla, aradan uzun bir zaman geçme şartı aranmaksızın teamül kuralı niteliği kazanmış sayılacağını kabul etmiştir (North Sea Continental Shelf Cases, Federal Republic of Germany/Denmark, Federal Republic of Germany/Netherlands, Judgment of 20.02.1969, parag.73 ve 74). Doktrinde ise “ani teamül” bazı yazarlar tarafından kabul edilmekte (Örneğin Bin Cheng, “UN resolutions on outer space: Instant international customary law?”, **Indian Journal of International Law**, 1965, s.23), ayrıca uluslararası hukukun oluşum ve norm yaratma sürecinin dönüştürme sonucunda, teamül kurallarının günümüzde daha hızla ve kısa sürede ortaya çıktığının altı çizilmektedir. Ancak doktrinin bir diğer kısmı, hem maddi öge yani devlet pratiğini göz ardı eden, hem de teamülün tanımı gereği zorunlu olan “zaman” sürecini son derece kısaltan, “tropikal bir bitki gibi hızla gelişen” bu çeşit “vahşi teamül” olgusuna kuşkuyla yaklaşmakta ve karşı çıkmaktadır (Klasik “uysal teamül” e karşı “vahşi teamül” adlandırması ilk kez Fransız uluslararası hukukçu R. J. Dupuy tarafından kullanılmış (Bkz. R.J. Dupuy, “Coutume sage et coutume sauvage”, **La communauté internationale; Mélanges offerts à Charles Rousseau**, s.75-87) ve daha sonra Fransız doktrini içerisinde “ani teamül” a referans yapmak için başvurulan bir terim olmuştur. “Ani teamül” ile ilgili eleştirel yaklaşımlar için ayrıca Bkz. Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law”, **American Journal of International Law**, Vol. 77, 1983, ss. 434-435 ve Peter Malanczuk, **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, 7. Baskı, Routledge, 2009, s. 45-46.)

turması mümkün değildir⁵³. Gerçekten de temsiliyetteki bu eksiklik nedeniyle Konsey'in kararları *opinio juris*'i göstermez. Ancak alındıktan sonra, bu kararların yaygın ve tutarlı biçimde tüm devletlerce uygulanması sonucu teamülün maddi ögesinin oluştuğu düşünülebilir.

Bununla birlikte böylesi bir analizin uluslararası hukukta teamül kurulumunun oluşumu sürecine ilişkin güncel yönelimin tam tersi bir istikameti takip ettiğini de not etmek gerekir. Zira güncel uluslararası hukukta teamül kurallarının ortaya çıkışı açısından, öğeler açısından sıranın değiştiği, *opinio juris*'in maddi öge yani devlet pratiğini önceleyebildiği ve hatta maddi ögenin bazı durumlarda önemini tamamen yitirdiği hem doktrinde hem de uluslararası içtihatla giderek yer bulan bir görüştür⁵⁴. Klasik anlamda, bir uluslararası teamül kuralının oluşumunda, öncelikle tekrarlayan bir devlet pratiği aranırken, artık birçok örnekte sürecin bir anlamda tersine döndüğü, henüz yeterli veya hiçbir devlet pratiği bulunmaksızın, teamül kuralı oluşumunun bir alandaki "hukuki düzenleme ihtiyacının" devletlerce dile getirilmesi, yani "*opinio juris*" ile başladığı görülmektedir⁵⁵. *Opinio juris* ortaya koymak bakımından temsiliyet sorunu açık olan Güvenlik Konseyi kararlarının gereğinin devletler tarafından yerine getirilmesi, dolayısıyla tutarlı ve genel bir uygulama özelliği kazanarak teamül kuralı oluşumuna yol açmasının kabulü, güncel eğilimin aksine, neredeyse münhasıran maddi ögeye vurgu yapan bir anlayışa denk düşecektir.

Sonuç:

Birleşmiş Milletler döneminde uluslararası alanda kuvvet kullanımının hem meşruiyet sınırlarını herbir durum özelinde yeniden belirleyen, ayrıca kurulan hukuki ve kurumsal sistemi istihkam etmek üzere meşru şiddet uygulanması bakımından tekel yetkiye sahip Güvenlik Konseyi, Soğuk Savaş erteğinde etkin bir hukuk yapıcı merci haline dönüşmüştür. Bu dönemde söz konusu olan, istisnai durumlarda şiddet kullanarak hükmetmek üzere güçle donatılmış Güvenlik Konseyi'nin "istisna" durumunda hareket etme yetkisinin, genele yönelik, sürekli geçerli, tüm devletleri onların rızası hilafına bağlayan normlar vazetmek ve yargısal faaliyetlerde bulunmak imkanı veren dolayimsiz bir önkoşula dönüştüğünün ilanı ve kabulüdür. Böylece istisnai durumlara hükmetme amaçlı kurumsal güç, "sürekli istisnai durum" veya "sürekli olağüstü hal" referansıya, yasa koyma ve yargılama yapma yetkisini açıklamakta ve fiilen kullanılmaktadır. Uluslararası şiddet kullanımının kurumsal yetkilisi olan Güvenlik Konseyi, yeni küresel iktidarın norm üretiminin ve bu normlara uyulmasının sağlanmasına yönelik yargısal faaliyetler de dahil olmak üzere, yasal baskı aygıtlarının idaresinin önemli merkezlerinden biri haline gelmiş durumdadır.

⁵³ Roberto Lavalle, "A Novel, if Awkward Exercise in International Law-Making: Security Council Resolution 1540 (2007)", **Netherlands International Law Review**, 2004, s. 418.

⁵⁴ Bkz: Örneğin Stephen Toope, "Güçlü Ama İkna Edici Değil mi? Yapılageliş Hukukunun Gelişiminde Amerika Birleşik Devletleri'nin Rolü", **ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri**, Ed. by Michael Byers ve Georg Nolte, Phoenix, Ankara, 2007, s.340-341.

⁵⁵ Güncel uluslararası hukukta teamül oluşum süreci açısından uluslararası örgüt organlarının kararlarının önemine ilişkin bir tartışma için Bkz: Zeynep Kuvılcım, **Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 119-123.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

Andrew Hudson, "Not a Great Asset: The UN Security Council's Counter-Terrorism Regime: Violating Human Rights", **Berkeley Journal of International Law**, Vol.25, Issue: 2, 2007, s.203-227.

Achilles Skordas, "Hegemonik Yapılageliş Hukuku", **ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri**, Ed. Michael Byers ve Georg Nolte, Phoenix, Ankara, 2007.

Alan Boyle – Christine Chinkin, **The Making of International Law**, Oxford University Press, 2007.

Alan Hunt – Gery Wickman, **Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance**, Pluto Press, 1994.

Alexander Orakhelashvili, **Peremptory Norms in International Law**, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2007, s. 423-485.

Antonio Cassese, **International Law**, Oxford University Press, 2002.

Ben Golder – Peter Fitzpatrick, **Foucault's Law**, Routledge, 2009.

Bin Cheng, "UN resolutions on outer space: Instant international customary law?", **Indian Journal of International Law**, 1965, s.23-48.

Carsten Stahn, "The Ambiguities of the Security Council Resolution 1422 (2002)", **European Journal of International Law**, Vol. 14, No: 1, 2003, s. 85-104.

Daniel H. Joyner, "The Security Council as a Legal Hegemon", **Georgetown Journal of International Law**, Vol. 43, 2012, s. 225-257.

Eric Rosand, "The Security Council As "Global Legislator": Ultra Vires or Ultra Innovative?", **Fordham International Law Journal**, Vol.28, Issue: 3, 2004, s.542-590.

Giorgio Agamben, **İstisna Hali**, Otonom Yayıncılık, 2006.

Helen Duffy, **The War on Terror and the Framework of International Law**, Cambridge University Press, 2005.

Jordan J. Paust, "The UN is Bound by Human Rights: Understanding the Full Reach of Human Rights, Remedies and Nonimmunity", **Harvard International Law Journal**, Vol.51, 2010, s.1-12.

Jose E. Alvarez, **International Organizations as Law-Makers**, Oxford University Press, 2006.

Mark Mazower, **No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations**, Princeton University Press, 2009.

Martti Koskeniemi, "The Police in the Temple Order, Justice and the UN: A Dialectical View", **European Journal of International Law**, No: 6, 1995, s.325-348.

Michael Hardt – Antonio Negri, **İmparatorluk**, Ayrıntı, 6. Basım, 2008, s.50-51, M. Hardt – A. Negri, **Çokluk**, Ayrıntı, 2. Basım, 2011.

Michael Hardt – Antonio Negri, **Çokluk: İmparatorluk Çağında Savaş ve Demokrasi**, Ayrıntı, 2004.

Michel Foucault, **Toplumunu Savunmak Gerekir**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011.

Mohamed El Zeidy, "The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 35, 2002, s. 1503-1544

Peter Malanczuk, **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, 7. Baskı, Routledge, 2009.

Pierre Guibentif, **Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu: Une génération repense le droit**, LGDJ, Collection Droit et Société, 2010.

Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law", **American Journal of International Law**, Vol. 77, 1983, s.413-442.

R.J. Dupuy, "Coutume sage et coutume sauvage", **La communauté internationale; Mélanges offerts à Charles Rousseau**, Pedone, 1974.

Roberto Lavalle, "A Novel, if Awkward Exercise in International Law-Making: Security Council Resolution 1540 (2007)", **Netherlands International Law Review**, 2004, s. 411-437.

Stefan Talmon, "The Security Council as World Legislature", **American Journal of International Law**, Vol.99, No.1, 2005, pp.175-193;

Stephen Toope, "Güçlü Ama İkna Edici Değil mi? Yapılageliş Hukukunun Gelişiminde Amerika Birleşik Devletleri'nin Rolü", **ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri**, Ed. by Michael Byers ve Georg Nolte, Phoenix, Ankara, 2007, s.340-352.

Walter Benjamin, "Şiddetin Eleştirisi Üzerine", **Şiddetin Eleştirisi Üzerine**, Metis Defterleri, Hazırlayan ve Sunuş: Aykut Çelebi, Metis 2010.

William A. Schabas, **Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş**, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi Yayını, 2. Basım, 2007.

Zeynep Kıvılcım, **Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

BM Güvenlik Konseyi Kararları:

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/827, 25 Mayıs 1993.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/955, 8 Kasım 1994.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/987, 19 Nisan 1995.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1368, 12 Eylül 2001.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1373, 28 Eylül 2001.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1422, 12 Temmuz 2002.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1487, 12 Haziran 2003.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1566, 8 Ekim 2004.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1540, 28 Nisan 2004.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1737, 23 Aralık 2006.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1874, 12 Haziran 2009.

BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1929, 9 Haziran 2010.