

ULUSLARARASI HUKUK VE BM TEŞKİLATINDAKİ DEĞİŞİMLER

(International Law and Reforms in UN Organization)

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA¹

ÖZ

Uluslararası hukuk tarafından düzenlenen alanlar arttıkça uluslararası hukukun parçalanması (fragmentation) bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Birbirine ters düşen çıkarların ve konuların uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesi ancak bu şekilde mümkün olabilmektedir. Bu çerçevede genel uluslararası hukuk düzenlemelerinden kaçış yerine belli alanlarda bölgesel düzenlemelere yönelişten söz edilmektedir. Bu durum BM örgütünün ve kurumsal yapısının değişimi tartışmalarını gündeme getirmektedir.

Makale uluslararası hukukun bütünleştirilesi ve parçalanması arasındaki gerilime ve yeni gelişimlere ışık tutmak amacıyla hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukukun bilateral karakteri, Badinter Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları ve Özgürlükleri Sözleşmesinin anayasa karakteri, zorunlu yargı, erga omnes yükümlülük, fragmentasyon.

ABSTRACT

Fragmentation of international law appears in case of necessity as long as increase of areas that coordinated by international law. Coordination of contradictorily interests and areas by international law enables only by this way. In this framework, orientation to regional arrangements in particular areas is mentioned instead of escape from general legal arrangements. This situation leads to discussions on reforms in UN organization and UN organizational structures as a current issue.

This article aims to set light on tension between integration and fragmentation of international law and recent developments.

Key Words: Bilateral character of international law, Badinter Commission, constitutional character of European Convention on Human

¹ Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, mahmutarsava@hotmail.com.



Rights and Freedoms, compulsory jurisdiction, erga omnes obligation, fragmentation.

GİRİŞ

Geleneksel uluslararası hukuk bilateral özellikler göstermektedir. Uluslararası hukuk doğal olarak örneğin, diplomatik ayrıcalıklara saygı gösterilmesi gibi devletler arasında geçerli olan yükümlülükleri içermektedir. Bu yükümlülükler tüm devletlere karşı değil, diplomatik ilişkilerin kurulduğu devletlere karşı olan yükümlülüklerdir. Bu geleneksel tabloya göre bir anlaşma ihlâlinde, sadece anlaşma ihlâlinden doğrudan zarar gören devletin reaksiyon göstermesi mümkündür; sadece zarar gören devletin zararın ortadan kaldırılmasını talep etme hakkı bulunmaktadır; bunun sonucu olarak da tazminat talebi ve gerektiği takdirde anlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini talep etme hakkı zarar gören devlete aittir. Geleneksel yaklaşıma göre doğrudan zarar gören devlet ihlâl edilen uluslararası hukuk yükümlülüğünün yerine getirilmesini yahut tazminat talebi yapma hakkına sahiptir.

Uluslararası hukuk yükümlülükleri bilateral paradigma ışığında istisnasız tarafların uzlaşısı ile ortaya çıkar. Hiçbir devlet açık olarak yahut zımnen onaylamadığı bir anlaşma ile bağlı değildir. Uluslararası teamül hukukunun gelişim aşamasında, oluşum halindeki teamül hukuku normuna itiraz eden devlet oluşan ve diğer devletler için geçerli normla bağlı olmaz. Bir devlete taraf olmadığı anlaşmalardan doğan yükümlülükler isnat edilemez (pacta tertiis nec nocent nec prosunt kuralı). Üçüncü bir devlet A ve B devleti arasındaki ilişkilere karıştığı takdirde, bu karışma müdahale yasağını ihlâl eder. Devletler bilateral yaklaşımda içlerine girilemez yapılara benzemektedir; Alman kamu hukuku literatüründe bu çerçevede egemenlik zırhından söz edilmektedir. Bir kısım hukukçu geleneksel uluslararası hukukun anayasal körlük özelliğinden söz etmektedir²

Modern gelişmeler uluslararası hukukun prensip olarak mevcut bilateral karakterini ortadan kaldırmamış, ona sadece yeni bir katman ilave etmiştir. Uluslararası hukukun uluslararası ilişkileri düzenleyen bilateral karakterli temel yapısı üzerine modern, ortak çıkarlara ilişkin bir yeni tabaka inşa edilmiştir. Bu gelişme barışın teminine ilişkin uluslararası hukukun oluşması ile başlamıştır. Bu sürecin başlangıcını birinci dünya savaşının ertesini olarak görmekteyiz. Milletler Cemiyeti'nin barışı temin etme sistemi ikinci dünya savaşı ertesinde BM anlaşması ile daha geliştirilmiştir. Bugünkü uluslararası hukukta tereddütsüz önemli ölçüde bir uluslararası dayanışma sağlanmıştır. Bu sadece kuzey-güney ilişkisi ile

² Alfred Verdross, *Völkerrecht* (1964), s.128; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht* (1984), s.40.

sınırlı değildir. Bugün uluslararası camianın yahut AB'nin uzak bölgelerdeki uyuşmazlıklara karışması doğal karşılanmaktadır. Uluslararası hukukta bilateral karakterli normlardan ortak çıkarları koruyan normlara yönelişte çevre korumasına ilişkin uluslararası normlar güzel bir örnek oluşturmaktadır. Uluslararası çevre hukuku menşe olarak sınır aşan kirliliği ve tehlikelere karşı tipik özel düzenlemeler öngören uluslararası komşuluk hukukuna istinat etmektedir. Bugün uluslararası çevre hukukunda komşuluk hukuku izleri kalkmış ve komşu devletler arasındaki karşılıklı çıkarların dengelenmesine matuf olmayan, ortak çıkarları koruyan anlaşmalardan oluşan bir sistem oluşmuştur. Uluslararası hukukun ortak çıkarların korunmasına yönelik yeni yaklaşımında uluslararası seviyede temin edilen insan haklarının rolü büyüktür. İnsan hakları alanındaki yeni gelişmeler sonucu Temmuz 2002'de uluslararası ceza mahkemesinin kurulması bu çerçevede önemli bir dönemeç oluşturmıştır³.

Bütün bu gelişmeler sonucu uluslararası hukuk yeni bir anlam kazanmıştır. Bireysel haklar uluslararası camianın ortak çıkarları olarak takip edilmekte yahut sınırlanmaktadır. Bu gelişmelerde sorun teşkil eden husus, uygun kurumsal yapının paralel olarak oluşturulamamasıdır. Bir taraftan ortak değerlerden hareket edilerek, bu değerlerin korunması adına uluslararası camianın kimi normları hatta zorla icra etmesinden söz edilmesine karşılık, kurumsallaşmanın oldukça zayıf kaldığı görülmektedir. Uluslararası hukukta şu an için kurumsallaşma eksikliği nedeniyle içinde bulunulan aşama, uluslararası hukukun içerdiği kamu hukuku ve anayasa hukuku prensiplerinin icrasının münferit devletlere, devlet gruplarına, NATO ve BM ve Güvenlik Konseyine bırakılmasını gerektirmektedir.

Uluslararası Hukukta Anayasallaşma

Uluslararası hukukta bugün bir anayasallaşma sürecinden söz edilmektedir. Böyle bir anayasallaşma sürecinin kriterleri olarak Frowein⁴ bugünkü uluslararası hukukta yükümlülüklerin gerektiğinde ilgili devletlerin katkısı olmaksızın – herhangi bir aktif, pozitif mutabakat – öngörülebilmesi ve yine gerektiğinde bu tür yükümlülüklerin münferit devletlerin karşı iradesine rağmen icra edilmesi olarak ifade etmektedir. Bu gelişme bağlamında devletlerin tanınmasına ilişkin yeni uygulama iyi bir örnek oluşturmaktadır. AB, Badinter Komisyonunun 1991 sonunda hazırladığı görüş esasında Balkanlarda ve Sovyetler Birliğinin dağılması ertesinde oluşan yeni devletlerin tanınmasına ilişkin koşulları içeren bir

3 UN Doc A/CONF.183/9, ILM 37 (1988), 1017.

4 Jochen Abr. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, bkzn.: K.Dicke/W.Hummer/D. Girsberger/ K.Boele-Woelki/C.Engel/J.Frowein, Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen zur Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen, BerDGesVR 39 (2000), 427 vd.



katalog hazırlamıştır⁵. Bu koşullar arasında demokratik hükümet şekli, insan haklarına saygı, mevcut uluslararası sınırlara saygı karşımıza çıkmaktadır. Metinde anayasallaşmanın bir diğer unsuru olarak AB değerlerinin korunması amacıyla matuf olarak Birlik askeri gücünün kullanılmasının dile getirildiği görülmektedir. Bu yaklaşım kimi uluslararası hukukçuların Kosova'ya yapılan insani müdahaleyi hukuka uygun ve hatta istenilen durum olarak yorumlamasına yol açmıştır. Nihayet, bölgesel örgütlere iç savaş durumlarında dahi müdahale yetkisi verilmesi sadece hukuk politikasına göre istenilen bir durum olarak değil, günümüz uluslararası hukukunda düzenlenmesi gereken bir konu olarak gündemdedir. Böyle bir operasyon olanağı oluşmakta olan Avrupa müdahale gücü için öngörülmektedir. Bu çok dikkat çekici bir gelişme olmakla beraber, bölgesel seviyedeki gelişmelerle evrensel seviyedeki gelişmeleri birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Avrupa'daki gelişmeler anayasallaşma sürecinde öngörüldüğü şekilde gerçekleşmektedir. Bunun en çarpıcı örneğini AİHK vermektedir. AİHK, bilim dünyasında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, AİHM tarafından Avrupa anayasa hukuku olarak nitelendirilmiştir.

AİHK için bir Avrupa kamu düzeninden, *ordre public*'ten kolektif garantiye tâbi Avrupa kamu hukukundan söz edilmektedir. AİHK ve kurumsal yapısı, uluslararası hukuk, kamu hukuku veya anayasa hukuku özellikleri taşıyan bir tür hibrit yapıdır. Bu durum AİHK'nun geleneksel bir uluslararası hukuk anlaşmasından öteye karakter özellikleri taşıdığını göstermektedir. Strasburg Komisyonu örneğin daha 1961'de konvansiyondan doğan yükümlülüklerin sadece devletler arasında geçerli karşılıklı yükümlülükler olmayıp, objektif yükümlülükler olduğuna raporunda yer vermiştir. Geleneksel düşünen uluslararası hukukçular bakımından Komisyon'un Avusturya'nın kendisinin henüz Konvansiyon tarafı olmamasına rağmen İtalya aleyhine Konvansiyon ihlâli iddiası ile yaptığı devlet başvurusu bağlamında hazırladığı rapor önemli bir problem teşkil etmiştir⁶.

AİHK'nun ulusal hukuktaki yerine baktığımız zaman, örneğin Avusturya'da Konvansiyona 40 yıl önce anayasa hiyerarşisi verildiği görülmektedir. Almanya'da 50'li yıllarda bu tür görüşlerin ileri sürülmesine karşılık uygulamada bu görüşler benimsenmemiştir. Ancak günümüzde yeniden AİHK'nun geleneksel uluslararası anlaşmaların ulusal hukuktaki yerinden ayrı özel bir statüde muamele edilmesi yönünde görüşler bulunmaktadır. Avrupa alanında anayasa hukuku karakteri kazanan geleneksel

5 Bknz.: ILM 31 (1991), 1486 vd.

6 Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht* (1984), s.366.

uluslararası hukuk mekanizmalarının kimisinin evrensel olarak uygulanmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Bu anayasal değerlerin küresel seviyede benimsenmesi bugün için zor gözükmektedir. Uluslararası hukukun anayasallaşması üzerine çalışan Alman hukukçulardan birçoğu seçkin kamu hukukçularıdır. Frowein 20 yılı aşkın süre insan hakları komisyonu üyeliği yapmıştır. Belki bu nedenle Frowein Avrupa hukuk yaklaşımlarının mutlak olduğu, evrensel olarak da geçerli olması gerektiği sonucuna varmaktadır. Oysa Avrupa dışındaki ülkeler henüz örneğin, demokrasi için müdahale hakkının tanınmasından çok uzaktır. Aynı şekilde Komisyonda insani müdahalenin gündeme geldiği toplantıda, insani müdahale karşıtlarının olağanüstü bir çoğunluk oluşturduğu görülmüştür⁷.

Geleneksel uluslararası hukukun anayasal prensipleri olarak nitelendirilen yapısal unsurların ortadan kalkıp kalkmadığının da cevaplandırılması gerekmektedir. Uluslararası hukuk normları geleneksel uluslararası hukukta uluslararası hukuk sülhlerinin uzlaşısı ile oluşur. Bu durum halâ geçerlidir. Pacta tertiis kuralı hukuken geçerliliğini korumaktadır. Uluslararası hukukta uzlaşısı ile değil, siyasi baskı ile hukuk kaynağı oluşturulmasına Kuzey Kore uyuşmazlığı güzel bir örnek oluşturmaktadır. Kuzey Kore birkaç yıl önce taraf olduğu nükleer silahların yayılması anlaşmasını feshetmek istemiştir. Bu anlaşmaya göre nükleer silahlara sahip olmayan devletler nükleer know-how veya bu tür silahları edinemez; nükleer silahlara sahip olan devletler ise bilgi ve silahlarını nükleer silahlara sahip olmayan devletlere veremez. Bu anlaşmanın uluslararası hukukun “ordre public”ine dahil olduğu şüphesizdir. Tomuschat bu anlaşma için düzen oluşturucu anlaşma nitelendirmesi yapmaktadır⁸. İlginç olan durum ancak nükleer silahların yayılmasını yasaklayan anlaşmanın bir feshi-ihbar hükmü içermesidir. Anlaşmanın bu hükme göre feshedilmesi mümkündür. Öngörülen prosedüre göre feshi-ihbarın Güvenlik Konseyine bildirilmesi ve bu tarihten itibaren 6 aylık bir sürenin işlenmesi gerekmektedir⁹. Kuzey Kore 1993’te feshi-ihbar olanağını kullanacağını bildirmiştir. Feshi-ihbar iradesinin açıklanması ile önemli bir çekişme süreci başlamıştır. Büyük ölçüde taraflar arasında bir taviz mutabakatı oluşmuştur. Kuzey Kore nükleer silahların yayılmasını önleme anlaşmasının tarafı olarak kalmaktadır. ABD buna karşılık Kuzey Kore’nin nükleer enerjiyi barışçı amaçlarla kullanımını mali ve teknolojik olarak kolaylaştıracaktır. Uluslararası camianın mevcudiyeti ve güvenliği bakımından önemli görülmesi nedeniyle anlaşmada hukuken öngörülen feshi-ihbar

7 Christian Tomuschat, Obligations Arising for States without or against their Will, 241 RdC, Course Year 1993, 195 vd.

8 Tomuschat, ibid. 248,268.

9 Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht (1984), s.332.



olanağı siyasi seviyede engellenmiştir.

Uluslararası hukuk kaynaklarının oluşumunda tereddütsüz olarak bugün “civil society”, diğer bir ifade ile “non-governmental organization”ların önemli katkıları vardır¹⁰. Kara mayınlarını yasaklayan anlaşma şüphesiz sivil toplum örgütü çalışması ürünüdür¹¹. Bir uluslararası anlaşmayı hukuken bağlayıcı kılan şekli adımlar eskiden olduğu gibi münhasıran devletler veya uluslararası örgütler tarafından atılmamaktadır. Bundan uluslararası hukuk kaynaklarının uluslararası hukuk sükeleri tarafından onların uzlaşısı ile gerçekleştirildiğine ilişkin ilk zikredilen anayasa prensibinin uluslararası hukuk seviyesinde artık büyük ölçüde geçerli olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Uluslararası hukukun ikinci anayasa prensibi zorunlu yargı müessesinin olmamasıdır. Uluslararası hukukta devletlerin zorunlu olarak uluslararası uyuşmazlıkların çözümü bağlamında tarafsız uluslararası karar organlarına tabi olma mükellefiyeti bulunmamaktadır. Bu durum evrensel seviyede bugün halâ geçerli olan kuraldır. Barışçı çözüm yolları artmış olsa da zorunlu yargı konusunda genel olarak geçerli bir mükellefiyet bulunmamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisinin devletler tarafından ihtiyari olarak kabul edilmesi durumunda Divanın zorunlu yargı yetkisi doğmaktadır. Uluslararası camiada devletlerin bugün halâ kapsamlı bir zorunlu yargı mükellefiyetini kabule hazır olmadıklarını söyleyebiliriz. Buna bir istisna olarak Dünya Ticaret Örgütü'nün uyuşmazlıkları çözüme mekanizması gösterilebilir. Bu mekanizma çerçevesinde uluslararası ilişkilerin bu çok önemli alanında uzlaşma prensibi de facto bir mükellefiyete dönüşmüştür¹².

Uluslararası hukukun anayasa prensibi olarak dile gelen, uluslararası hukukun icrasıyla ilgili, uluslararası hukuk iddialarının bizzat gerçekleştirilmesi prensibinin bugün halâ geçerli olduğu görülmektedir. BM Güvenlik Konseyi uluslararası hukukun icrası için faaliyette bulunan objektif, tarafsız bir organ olarak görülmemektedir. Ancak devletlerin haklarını bizzat talep etmelerinin de özellikle ekonomik alandaki sıkı bağlantılar nedeniyle sınırları olduğu görülmektedir. Örneğin ikinci dünya savaşı ertesinde Rusya Federasyonunda kalan kültür varlıklarının iadesiyle ilgili olarak Almanya ve Rusya Federasyonu arasında iade anlaşması sonuçsuz

10 Waldemar Hummer, Internationale nichtstaatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung – Abgrenzung, Handlungsbefurnisse, Rechtsnatur, bkz.: Dicke/ Hummer/ Girsberge/Boele-Woelki/Engel/Frowein, s.45vd.

11 18.09.1997 tarihli anlaşma için bkz.: UN Doc CD/1478.

12 Ernst-Ulrich Petersman, The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement (Nijhoff Law Specials, Vol 23), February 11, 1997, s.186.

kalmıştır. Federal Almanya hangi karşı barişçi önlemlerle bu anlaşmaya işlerlik kazandırabilir sorusunun cevabı maalesef “hiçbir” şeklinde verilmek durumundadır. Bu cevap birçok olay için aynı şekilde geçerlidir.

Bm Anlaşmasına Uluslararası Camianın Anayasası Rolü Verilmesi

Uluslararası hukukun anayasallaşması ile bağlantılı olarak BM anlaşmasının uluslararası camianın anayasası olup olmadığı tartışması yapılmaktadır¹³. Anayasa hukuku bakış açısıyla BM anlaşmasının kısmen böyle bir özellik taşıdığı söylenebilir. BM anlaşması gerek şeklen, gerekse içerik olarak uluslararası hukukta özel bir statüye sahiptir. BM anlaşması 103.madde hükmünde BM anlaşmasından doğan yükümlülüklerle diğer anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin çatışması durumunda BM anlaşmasından doğan yükümlülüklerin önceliğe sahip olacağı öngörülmüştür. Bu çerçevede AB hukukunun uygulama önceliği ile bir benzerlik bulunduğu görülmektedir. BM’e günümüzde üye olan devlet sayısı dikkate alındığında (BM’e üyeliğin evrensel olduğu görülmektedir), bu hükmün anayasal bir özellik olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun ötesinde BM anlaşmasının hükümleri ne şekli, ne de içerik olarak ulusal anayasa hukukunun temel strüktürüne benzemektedir. “Checks and balances” sisteminin BM anlaşmasında keşfi yahut anlaşmayı bu şekilde okuma denemeleri – örneğin Genel Kurulun Güvenlik Konseyini denetlemesi – ikna edici sonuçlar vermemektedir. Aynı sonuç Uluslararası Adalet Divanının Güvenlik Konseyi kararlarını denetleme yetkisi kullanması yahut kullanması gerekliliği için de geçerlidir. BM anlaşmasında kısaca güçler dengesi prensibi gözetilmemiştir. BM anlaşmasında anayasa hukuku özelliği taşıyan bir durum, meşru askeri güç kullanma yetkisinin hukuken BM’e bırakılması çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. Bununla beraber Kosova örneği Güvenlik Konseyinin meşruiyeti temin etme tekelinin tartışmasız olmadığını ortaya çıkarmıştır. Bu şekilde BM anlaşması anayasa hukuku özellikleri taşımakla beraber, BM teşkilatı gerçek bir anayasa düzenini icra etme kapasitesinden çok uzaktır. Anayasa hukuku özelliklerinin en fazla görüldüğü güvenlik alanında da Güvenlik Konseyinin tek yetkisinin sürekliliği üyelerin veto yetkisi ile erozyona uğradığı görülmektedir. BM çatısı altındaki uzman kuruluşlar ve BM organları arasındaki ilişkilere yakından bakıldığında, aralarındaki rekabet ve çekişme nedeniyle kendi aralarında dahi BM’de kurumsal bütünleşmenin sağlanamadığı görülmektedir.

¹³ Andreas L. Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, Verlag C.H.Beck, 2001, s.292 vd.



Hukuk Kavramı Olarak Uluslararası Camia

Uluslararası hukuk teorisyenleri bakımından, bu çerçevede özellikle uluslararası camianın değerlerinin ne ölçüde uluslararası hukuk kuralları ve uluslararası hukuk kurumları tarafından tanındığı sorusu önem taşımaktadır¹⁴. Bugünkü uluslararası hukuktaki *ius cogens*'in uzun bir tarihi geçmişi bulunmaktadır. Tabii hukukçular temel moral değerlerin veya muayyen içerikteki sınırlamaların ihlâli halinde pozitif hukukun geçerliliğini kaybedeceğine dikkat çekmiştir. *Ius cogens*'in geçerli uluslararası hukukta tanınması ilk kez 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde *ius cogens*'e tahsis edilen iki maddeyle olmuştur¹⁵.

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin *ius cogens*'i ihlâl eden anlaşmaların geçersiz olduğunu öngören 53.maddesinde vurgulanan geçersizlik, Konvansiyonda öngörülen diğer geçersizlik durumlarına göre daha kapsamlı sonuçlar doğurmaktadır. *Ius cogens*'in tanımlandığı 53.madde uluslararası camianın bütünü tarafından kabul edilen normlardan söz edilmektedir. *Ius cogens*'ten sapılması mümkün değildir ve *ius cogens* karakterli bir norm ancak aynı karakterli bir norm tarafından değiştirilebilir. Uluslararası camianın bütününden ne anlaşıldığının ortaya konulması bağlamında bu kavramın ortaya çıkış tarihçesine bakıldığında uluslararası teamül hukukunun ortaya çıkışı ve varlığı ile ilgili olarak geliştirilen görüşlerin burada da geçerli kabul edildiği görülmektedir. Diğer bir ifade ile çok sayıda devletin böyle bir normun mevcudiyetini kabul etmesi gerekmektedir. Böyle bir normun mevcudiyetini tüm devletlerin değil, ancak bu devletler içinde uluslararası camiada yer alan tüm devlet grupları mensubu devletlerin yer alması gerekmektedir¹⁶. Hakim olan doktrin *ius cogens*'in ortaya çıkış prosedürünü de facto evrensel uluslararası teamül hukukunun ortaya çıkış prosedürü ile aynı mütalaa etmiştir. Hakim olan pozitivist doktrin burada ancak *ius cogens* normlar bakımından evrensel uluslararası teamül hukukundan farklı olarak, normla bağlı olmamayı temin eden “persistent objection” olanağını kabul etmemiştir; “persistent objection” in *ius cogens* için uygulanması mümkün değildir.

Uluslararası camianın hukuki bir kavram olarak uluslararası hukukta yer almasını temin eden ikinci adım *erga omnes* yükümlülüklerin oluşturulmasıdır. Bu çerçevedeki hukuki gelişmenin başlangıcını Uluslararası Adalet Divanı yapmıştır¹⁷ teşmil edilmesi nedeniyle açtıkları davada ta-

14 Bruno Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 RdC, Course Year 1994, s.250 vd.). Bu çerçevede ilk gelişme olarak uluslararası emredici hukuk normlarının (*ius cogens*) pozitif hukuka alınmasına dikkat çekmek gerekmektedir.

15 DGBI. 1985 II, s. 927; UNTS, Vol. 1155, 331.

16 Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, (1984), s.333 vd.

17 *The South West Africa Judgment Revisited in the East Timor Case*, AJICL (1996), Article 8,

raf olma ehliyetini (davacı olarak) kabul etmemiştir (Aktif legitimation)¹⁸. Uluslararası Adalet Divanının kararı BM siyasi platformlarında büyük bir tepkiye yol açmıştır. Uluslararası Adalet Divanı'nın yeni seçimlerinde siyasi tercihler farklı olmuştur. Adalet Divanının sol ağırlıklı çoğunluğu BM'de "political correctness"ı kanıtlamak için yeni bir fırsat beklemiştir. Bu fırsatı Uluslararası Adalet Divanı, hiç beklenmeyen bir davada, Barcelona Traction şirketinin hissedarlarına ilişkin diplomatik koruma davasında, kullanmıştır. Oldukça teknik içerikli kararın bir paragrafında diplomatik koruma üzerinden yaptırım uygulanabilecek iki taraflı yükümlülüklerle, yerine getirilmesinde uluslararası camianın tümünün çıkarı olan yükümlülüklerin birbirinden farklı olmadığına dikkat çekilmiştir. Erga omnes yükümlülükler olarak Divan herşeyden önce kuvvet kullanma yasağını, SDR'den doğan yükümlülükleri ve kölelik müessesesi yasağını ve Apartheid'ı örnek olarak dile getirmiştir¹⁹. Erga omnes yükümlülükler bağlamında cevaplandırılması gereken en önemli konu, bir devletin erga omnes yükümlülüklerin ihlâli halinde, kendi hakları ihlâl edilmiş olmamasına rağmen dava açmanın yahut karşı önlem alma hakkının olup olmadığıdır²⁰. Divan kararı bir uluslararası hukuk ihlâlinin uluslararası yargı yahut uluslararası sorumluluk çerçevesinde iddia edilebilmesi için devletin kendi haklarının ihlâl edilmesini gerekli kabul eden geleneksel bilateral yaklaşımın, erga omnes yükümlülükler bakımından geçerli olmadığını açıkça ortaya koymuştur.

Geleneksel bilateral yaklaşımın erga omnes yükümlülük yaklaşımına dar bir hukuki anlam verme gayreti içinde olduğunu göstermek bakımından Doğu Timor davası güzel bir örnek teşkil etmektedir. Uluslararası Adalet Divanı nezdinde Portekiz Avustralya'yı, Doğu Timor'un 1975'te Endonezya tarafından ilhak edilmesi ertesinde Endonezya ile Avustralya'nın kuzeyi ile Doğu Timor arasında kalan Timor Gap da doğal gaz ve petrol rezervlerinin çıkartılması ve kullanılması için bir anlaşma yapması nedeniyle dava etmiştir. Kendisini halâ Doğu Timor halkının çıkarlarının bekçisi olarak gören Portekiz'in açtığı davada Divan Doğu Timor'un erga omnes karakterli SDR'ini kabul etmekle beraber, Avustralya'nın Endonezya ile akdettiği anlaşma ile uluslararası hukuku ihlâl ettiğini tespit etmek durumunda olmadığını, zira böyle bir tespiti

s.549 vd.). Söz konusu 1966'da karara bağlanan Güneybatı Afrika davasında Uluslararası Adalet Divanı, iki Afrika devletinin, Etiyopya'nın ve Liberya'nın, Milletler Cemiyeti ile Güney Afrika arasında 1920'de akdedilen Manda Anlaşmasının ihlâlüne yol açan Apartheid sisteminin Güneybatı Afrikaya (BM tarafından daha sonra Namibia olarak isimlendirilmiştir).

18 South West Africa, Second Phase, ICJ Reports 1966, s. 6vd.

19 Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second Phase, ICJ Reports 1970, s. 3vd.

20 Andreas L. Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht (2001), Verlag C.H.Beck, s.363 vd.



yapabilmek için öncelikle Doğu Timor'un ilhakının hukuken değerlendirilmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Endonezya Divanın zorunlu yargı yetkisini kabul etmemiştir. Devletlerin hakları ve yükümlülükleri konusunda Divan'ın karar vermesi, söz konusu devletlerin Divanın yargı yetkisini kabul etmeleri durumunda mümkündür. Divanın ifadesi ile Endonezya "indispensable third party" durumundadır²¹. Doğu Timor davası geleneksel bilateral yaklaşımın usul hukuku gerekçesi ile erga omnes yükümlülükler sınır getirmesi bakımından ilginç bir davadır.

Erga omnes yükümlülükler bakımından devletlerin uluslararası sorumluluğu anlaşması çerçevesinde beklentiler bulunmaktadır. 2000 yazında BM uluslararası hukuk komisyonu redaksiyon komitesi devletlerin sorumluluğuna ilişkin geçici bir tasarı kabul etmiştir. BM Genel Kurulu hukuk komitesinde de görüşülen tasarıda Komisyonun 2001 yazında yaptığı toplantıda değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikle iki tür uluslararası hukuk ihlâlinden hareket edilmiştir. Bu kategorilerden ilkinin normal uluslararası hukuk ihlâli oluşturmaktadır. İkinci kategoriye 2000 tarihli Redaksiyon Komitesi tasarısının "Serious breaches of essential obligations to the international community"den söz eden hükmü esas alınmaktadır. Bu yükümlülüklerden "..... to the international community as a whole and essential for the protection of its fundamental interests" anlaşılmaktadır. 2000 tarihli tasarının 41.madde hükmü "(a) breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible state to fulfil the obligation, risking substantial harm to the fundamental interests protected thereby" şeklinde devam etmektedir. Atıf yapılan 2.fıkra nitelikli bir uluslararası hukuk ihlâlinin mevcudiyeti için koşulları ağır tutarak Pandora'nun kutusunun açılacağından endişelenen devletlerin endişelerini azaltmaya çalışmıştır. Uluslararası hukuk komisyonu uluslararası camianın çıkarlarının söz konusu olduğu normların nitelikli ihlâli durumunda – devletlerin sorumluluğu sisteminde şimdiye dek tanındığı gibi – erga omnes yükümlülüklerin ihlâli nedeniyle uluslararası sorumluluğun doğabileceğini kabul etmiştir.

2000 tarihli tasarının 42.maddesinde bu yükümlülükler arasında devletlerin uluslararası hukuk ihlâli sonucu doğan durumu tanımama yahut uluslararası hukuk ihlâlinden sorumlu olan devlete yardım yapmama, uluslararası hukuk ihlâlini sona erdirmek için mümkün olduğu nispete diğer devletlerle işbirliği yapma yükümlülüğü yer almaktadır. İlk yükümlülük bağlamında Uluslararası Adalet Divanınının 1971 tarihli Namibia danışma görüşüne istinat edilirken²² ve bu şekilde sağlam bir dayanak söz

21 bkz.: East Timor (Portugal v. Avustralia), ICJ Reports 1995, 90 vd.

22 bkz.: ICJ Reports 1971, 16vd.

konusu iken, diğer mükellefiyetlerin, örneğin sürekli tarafsızlık statüsü- ne tabî devletler bakımından sorunlar doğurabileceği düşünülmektedir. Uluslararası Redaksiyon Komitesinin devletlerin sorumluluğuna ilişkin tasarısının 43. ve 49.maddelerinde düzenlenen uluslararası hukuk ihlâl-lerine reaksiyon olanakları çerçevesinde hakları ihlâl edilen devletlerle (“injured states”) hakları ihlâl edilen devletlerin dışında kalan devletler (other than the injured state) arasında ayırım yapılmaktadır. Hakları ihlâl edilen devletlerin dışında kalan devletlerden, uluslararası hukuk ihlâli ile kendi hakları doğrudan ihlâl olmayan, uluslararası camianın üyesi nite-liği ile ihlâlden etkilenen devletler anlaşılmaktadır. İhlâlden doğrudan etkilenen devletlere tüm reaksiyon olanakları tanınırken, hakları doğ-rudan ihlâl edilmeyen devlet, hak ihlâli yapan devlet nezdinde hakları ihlâl edilen devlet adına yahut azınlık yahut yabancı bir halka mensup münferit bireyler adına uluslararası hukuk ihlâlinin sona erdirilmesi, ih- lâlî tekerrür etmemesi, zararın değişik şekillerde telafi edilmesi için talep yapma olanağı tanınmaktadır. Uluslararası redaksiyon komitesi tasarısı karşı önlemler olarak isimlendirilen önlemlerle ilgili bir bölüm içermek-tedir. Karşı önlemler olarak isimlendirilen önlemler zararlar karşılıktan başka bir şey değildir.

Günümüzdeki uluslararası yaklaşımında zararlar karşılık Gunboot (Kanonen-boot) diplomasisi olarak görüldüğü için, zararlar karşılık kav-ramı (Repressalie) countermeasures (karşı önlem) kavramı ile ikâme edil-miştir. Karşı önlem kavramı 1960’lı yıllarda nükleer strateji tartışmaları esnasında benî öldürürsen, ben de aynı şekilde seni öldürürüm düşüncesi bağlamında gündeme gelmiştir. 2000 tarihli tasarının 54.maddesine göre karşı önlem alma sadece doğrudan hakları ihlâl edilen devlete ait bir yetki olmayıp, muayyen durumlarda aynı şekilde “states other than the injured state”in kullanılabilmesi bir yetkidir. Diğer bir ifade ile sadece uluslara-rası camianın bir üyesi olarak etkilenen devletler de uluslararası hukuku ihlâl edene karşı karşı önlem alma yetkisine sahiptir. Doğrudan hakları ihlâl olan devletin saldırı durumunda karşı önlem alması mümkün (“at the request and on behalf) olduğu gibi, bu durumun söz konusu olmadığı, ancak ağır insan hakları ihlâlinin söz konusu olduğu durumda tasarının 41.maddesi muvacehesinde ihlâlden doğrudan etkilenmeyen devletlerin de karşı önlem alması mümkündür. Erga omnes yükümlülöklere ilişkin tasarıda öngörülen bu perspektifin nihai netinde korunması temenni edil-mektedir.



Uluslararası Hukukta Parçalanma Yerine Bütünleşme

Uluslararası hukukun bütünleşme olasılığı ile ilgili olarak yapılan bir gözlem şu anki gelişmelerin bir taraftan uluslararası ilişkilerin düzenlenmesine yönelik çok sayıda genel adımların atıldığını, ancak diğer taraftan da genel uluslararası hukuk düzenlemelerinden bir kaçış yaşandığını göstermektedir. Belki burada genel uluslararası hukuk düzenlemelerinden kaçış yerine belli alanlarda evrensel düzenlemelere nazaran bölgesel düzenlemelere yönelişten söz etmek daha doğru olabilir. AB'nin devletleri tanıma kriterleri ve bu kriterlerin içeriğini oluşturan demokrasi ve insan haklarına saygının devlet olarak yahut hükümet olarak tanınma koşulu oluşturması bu çerçevede bir örnek oluşturmaktadır. Bu örnek Avrupa seviyesindeki uluslararası hukuk gelişmelerinin evrensel seviyedeki gelişmelere nazaran daha hızlı olduğunu göstermektedir. Ancak bu durum batı dünyasında geliştirilen prensiplerin yahut kriterlerin dünya çapında geçerlilik kazanmasını engellemektedir. Frowein'in işaret ettiği gibi ulusal devletlerde de kamu hukuku ve anayasallaşma süreci tedricen, adım adım gelişmiştir²³.

Uluslararası hukuk tarafından düzenlenen alanlar arttıkça uluslararası hukukun parçalanması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Zira birbirine tabiatı itibariyle ters düşen çıkarların ve konuların uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesi ancak bu şekilde mümkün olmaktadır. Birbirine ters düşen uluslararası hukuk düzenlemelerinin veya rejimlerinin oluşmasında şüphesiz katılan tarafların sayısının fazlalığı da rol oynamaktadır. Geleneksel uluslararası hukuk, geleneksel düzenleme konuları itibariyle büyük ölçüde içeriği ve değerleri itibariyle tarafsız karakterliydi. Klâsik uluslararası hukuk egemen devletler arasındaki ilişkileri düzenlemekteydi. Bu çerçevede devletlerin çıkarları arasında temel farklılıklar bulunmamaktaydı. Bütün devletler anlaşma akdetmek, diplomatik ilişkiler kurmak, karşılıklılık esasında yabancılar hukuku oluşturmak gibi konularla sınırlı ilişkiler içindeydi. Uluslararası hukuk devletlerin iç işlerine karışmaya başlamasıyla beraber değerleri ve içeriği itibariyle tarafsız olan uluslararası hukuk değişmeye başlamıştır. Örnek olarak çevreye verilen zarar nedeniyle sorumluluk konusuna işaret edilebilir. İkinci dünya savaşı öncesi karara bağlanan "Trail Smelter" davasında verilen kararın ortaya koyduğu gibi geleneksel uluslararası hukuk zararın ortaya çıkmasına bağlı olarak sorumluluk öngörmektedir²⁴. Geleneksel uluslararası hukuk-

23 Bknz.: Konstitutionalisierung des Völkerrechts, bknz.: Dicke/Hummer/Girsberger/Boele-Woelki/Engel/Frowein, Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen, BerDGVR 39 (2000), s.427 vd.

24 Krş.: Reports of International Arbitral Awards, Bd.III, 1905 vd.

ta önleyici sorumluluk prensibi bulunmakla beraber, bu prensip gerçek anlamda kullanılan bir prensip niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle çevreye verilen zararlarla ilgili olarak klâsik uluslararası hukukun çözüm üretmesi zordur. Uluslararası hukukun parçalanması (fragmentasyon) ile ilgili bir başka örnek Pinochet davasının da ortaya koyduğu gibi bağışıklık ve insan hakları ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır; bir tarafta geleneksel uluslararası hukukun devlet başkanlarına tanıdığı yargı bağışıklığı, diğer tarafta insan hakları aktivistlerinin insan hakları ihlâli yapan devlet başkanının bağışıklığının kaldırılması çağrısı bu fragmentasyonu tüm açıklığıyla göstermektedir. İngiliz Lordlar Kamarası eski devlet başkanlarının insan hakları ihlâlleri nedeniyle şahsen sorumlu tutulabileceğini kabul etmekle beraber, bu sorumluluğun davanın görüldüğü ülke İngiltere'nin BM İşkenceyi Önleme Konvansiyonunu onayladığı tarihten itibaren işlenen insan hakları suçları bakımından söz konusu olabileceğini hükme bağlamıştır²⁵.

Bir başka örnek uluslararası ekonomi hukuku bağlamında Dünya Ticaret Örgütü'nün dünya ticaretinin liberalleştirilmesine ilişkin kuralları ile çevre koruması kurallarının, uluslararası sosyal politika hukukunun ve insan hakları kurallarının çatışmasında karşımıza çıkmaktadır. Sadece Dünya Ticaret Örgütü'nün selefi GATT karar organlarının değil, bugünkü Dünya Ticaret Örgütü'nün karar organlarının da uluslararası ticaret hukukunun yukarıda işaret edilen alanların belli temel prensiplere tabî olması için gayret sarf ettikleri açıktır. Bu bağlamda Uluslararası Hukuk Komisyonunun ele aldığı bir konu olarak çekincelere ilişkin ortaya çıkan tablo ilginçtir. Uzun bir süredir uluslararası anlaşmalara ilişkin çekinceler somut kurallara bağlanmıştır. Uluslararası hukukun çekincelere ilişkin düzenlemeleri ancak insan hakları anlaşmalarına uymamaktadır. Çekincelere ilişkin olarak Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde 1969'da kodifiye edilen rejim insan hakları anlaşmalarına kısmen uygulanamamakta, kısmen de tatmin edici sonuçlar vermemektedir. AİHM ve BM insan hakları komitesi insan hakları anlaşmaları için lex specialis kuralların gerekliliğini kabul etmiştir (insan haklarının korunması alanında raporların denetimi prosedürü, ülkelerin raportörleri, konuların raportörleri, çalışma grupları gibi her türlü mekanizma bulunmasına karşılık represallie müessesesi yer almamaktadır). Burada cevaplandırılması gereken soru, bu tür özel rejimlerin genel uluslararası hukukla ne ölçüde eşit kabul edileceği; diğer bir ifade ile devletlerin genel uluslararası hukukla alâkası olmayan özel düzenlemelerle lex specialis (self-contained regimes) rejimler oluşturma yetkisine sahip olup olmadıklarıdır²⁶.

25 Krş.: Andreas L.Paulus, Triumph und Tragik des Völkerstrafrechts, NJW 1999, s.2644 vd.

26 Bruno Simma, Self-contained Regimes, NYIL Vol.16, (1985), s.111 vd.



Uluslararası hukukun özel alanlar bakımından genel normları gözardı eden, koşullara göre genel normları devre dışı bırakan uzmanlaşma tandansı uluslararası hukukun uzmanlık alanlarına göre parçalanmasına yol açma potansiyeline sahiptir. Bu durum uluslararası hukuk komisyonunun bazı üyelerinin komisyona yeni bir görev düştüğünü düşünmeye sevk etmiştir. Uluslararası hukuk komisyonundaki uzmanlar uluslararası hukukun belki de son “genel” uluslararası hukukçularıdır. Çevre anlaşmaları ve insan haklarını koruma anlaşmalarını hazırlayan komiteler ve uzmanlar bu yaklaşım kabul gördüğü takdirde tasarılarını, tasarılarının genel uluslararası hukuk kurallarına uygunluğunu, örneğin çekinceler hukukuna uygunluğunu incelemek üzere Komisyona iletacaktır. Uluslararası hukuk komisyonu bu rolü ile evrensel seviyede bir anayasaya uygunluk denetimi hizmete sunmuş olacaktır. Bu görüş paralelinde 2000 yılı sonunda Uluslararası Adalet Divanı başkanı BM Genel Kurulunda yaptığı konuşmada, Uluslararası Adalet Divanının AB anlaşması örneğinde diğer uluslararası mahkemelerin ve ulusal mahkemelerin başvurusu üzerine bir tür önkarar davalarını karara bağlayabileceğine işaret etmiştir²⁷. Uluslararası Adalet Divanının böyle bir bağlayıcı karar yetkisi kullanması uluslararası hukukun parçalanmasını etkin şekilde önleyebilir. Uluslararası hukukun bütünleştirilmesi ve parçalanması arasındaki gerilimin uluslararası hukukun genel karakterini savunan hukukçuları daha uzun süre meşgul edeceği kesindir.

27 Yargıç Gilbert Guillaume'nin konuşması için bkz.:http://www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/SPECHES/iSpeechPresident_GuillaumesixthCommittee_20001027.htm



KISALTMALAR

AJICL	African Journal of International and Comparative
Law	
BerDGesVR	Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ICJ	International Court of Justice
I.L.M.	International Legal Materials
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdC	Series:Recueil des Cours
UNTS	United Nations Treaty Series



KAYNAKLAR

- Alfred Verdross, Völkerrecht (1964),
- Alfred Verdross/Bruno Simma Universelles Völkerrecht (1984)
- Andreas L. Paulus Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, Verlag C.H.Beck, 2001
- Andreas L.Paulus Triumph und Tragik des Völkerstrafrechts, NJW 1999
- Bruno Simma Self-contained Regimes, NYIL Vol.16, (1985)
- Bruno Simma From Bilateralism to Community Interest in International Law, 250 RdC, Course Year 1994
- Christian Tomuschat Obligations Arising for States without or against their Will, 241 RdC, Course Year 1993
- Ernst-Ulrich Petersman The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement (Nijhoff Law Specials, Vol 23), February 11, 1997
- Jochen Abr. Frowein Konstitutionalisierung des Völkerrechts, bkz.:K.Dicke/W.Hummer/D.Girsberger/K.Boele-Woelki/C.Engel/J. Frowein,Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen zur Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen, BerDGesVR 39 (2000)
- K.Dicke/W.Hummer/D.Girsberger/ Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem K.Boele-Woelki/C.Engel/ sich globalisierenden internationalen System J.Frowein Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen, BerDGVR 39 (2000)
- Waldemar HummerInternationale nichtstaatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung – Abgrenzung, Handlungsbefurnisse, Rechtsnatur, knz.: K.Dicke/W.Hummer/D.Girsberger/ K.Boele-Woelki/C. Engel/J.Frowein