

ULUSLARARASI TOPLUMUN ORTAK DEĞERLERİ SORUNU, ÇEVRENİN KORUNMASI VE JUS COGENS DOKTRİNİ

Yrd. Doç. Dr. Şule Anlar Güneş

Orta Doğu Teknik Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi



Özet

21. yüzyıla girdiğimiz bu tarihsel dönemde, içinde bulunduğumuz dünya koşulları uluslararası hukuk paradigmasını da derinden etkilemekte ve karşılıklılık ilkesine göre değil, ortak yarar esasına üzerine şekillenmesine yol açmaktadır. Westphalia sistemine dayalı geleneksel hukuk anlayışının irdelendiği bu noktada, uluslararası hukukun buyruk kuralları sorununun da -jus cogens-yeniden ele alınmasının anlamlı olacağı kanaatindeyiz. Devletlerin uygulamalarına ve mahkeme kararlarına sınırlı ölçüde yansımış olan jus cogens kavramı esas olarak andlaşmalar hukuku çerçevesinde gündeme gelmiştir. Uluslararası andlaşmalar hukukunun kodifikasyonuna yönelik olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndaki çalışmalar ile 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin kabulü ile sonuçlanan konferans müzakereleri sırasında, jus cogens uluslararası hukuk teorisi ve devletlerin yaklaşımları bakımından geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Jus cogensin devletlerin tek taraflı eylem ve işlemleri üzerindeki etkisi bakımından gerek doktrinde, gerekse uygulamada aynı yoğunlukta bir ilginin mevcut olduğunu ileri sürmek mümkün görünmemektedir.

Anahtar Kelimeler: 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Jus cogens, ortak geleceğimiz, uluslararası hukukun buyruk kuralları, uluslararası toplumun ortak yararı.

The Problematique of Common Values of International Community, Protection of the Environment and Jus Cogens Doctrine

Abstract

Contemporary political conditions do have a deep impact over international law paradigm and triggers the shift from the principle of reciprocity towards the understanding of common interest and common benefit of all mankind. In the course of the analysis of the Westphalian understanding of international law, it presents to be a good idea to reconsider the question of peremptory norms of international law-jus cogens-. Limitedly reflected to state practices and court decisions the jus cogens concept had been on the agenda in the context of law of treaties. During the studies related to codification of law of treaties at International Law Commission and Conference negotiations which ended with the adoption of 1969 Convention on Law of Treaties, jus cogens was elaborated extensively and in detail both from the point of international law theory and state perceptions. Concerning the impact of jus cogens doctrine over unilateral act and actions of states, it is not possible to witness a similar level of interest either in the doctrin or in state practice.

Keywords: 1969 Vienna Convention on Law of Treaties, Jus cogens, our common future, peremptory norms of international law, common interests of international community.

Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini*

Giriş

20. yüzyılda uluslararası hukukun “Birlikte Yaşama” sisteminden, “İşbirliği sistemine, küresel sorunların aldığı boyut karşısında ise “İşbirliği” sisteminden “Ortak Yarar” sistemine geçilmesi gerçeğine göre şekillendiği görülmektedir (BRUNNÉE, 1990: 791-808; UHLMANN, 1998: 101-135; BIRNIE/BOYLE, 1994; KISS/SHELTON, 1994). Gezegenimizin ve insanlığın karşı karşıya olduğu küresel sorunlar uluslararası hukukun geleneksel Westphalia anlayışından farklı bir yönde gelişmesine neden olmaktadır. Özellikle tüm gezegeni ilgilendiren doğal kaynakların kullanımı, paylaşımı ve korunması gibi temel konularda kuşaklararası haklar, insanlığın ortak mirası, ortak kaygı, sürdürülebilir kalkınma, küresel yönetim gibi kavramlar üzerine inşa edilen yeni bir uluslararası hukuk anlayışının ortaya çıktığını gözlenmektedir (ALLOTT, 1999: 50; BAŞLAR, 1998: 37, 132, 133; WEISS, 1989). Uluslararası hukukta öne çıkan değer karşılıklılık değil, ortak yarar ortak fayda ilkesidir artık. Bu yeni bakış açısının gereklerinin yerine getirilmesi uluslararası hukukun geleneksel kurumları ve örgütlenme tarzı içinde belli güçlükler taşımakla beraber, zaman içinde gerekli kurumsal mekanizmaların ve süreçlerin devreye girmesi kaçınılmaz görünmektedir. Tehdidin küresel niteliğinin zorunlu hale getirdiği bu değişim içinde, uluslararası toplumun temel değerlerinin korunmasına yönelik temel normlar

* Kanada Dalhousie Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde gerçekleştirilen bu projeye sağladığı destekten dolayı, TÜBA Doktora Sonrası Araştırma Bursu Programı'na şükranlarımı sunarım.

sorunu ilginç bir şekilde tekrar, ancak bu kez daha etkili bir şekilde gündeme gelecek gibi görünmektedir.

Uzunca bir süre kuramsal tartışma konusu olan ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi¹ ile pozitif hukukun parçası haline gelen jus cogens teorisinin temel varsayımına göre, uluslararası toplumun yüksek menfaatleri için hayati öneme sahip bazı değerler, devletlerin münferit çıkarlarına göre öncelikli olarak korunmayı ve özel düzenlemelerle güvence altına alınmayı gerektirirler. Söz konusu değerlerin korunmasına ilişkin olarak ortaya çıkan jus cogens kurallarına uyulması, uluslararası toplum üyelerinin başlıca yükümlülüğü, bunun sağlanması ise uluslararası hukukun başlıca işlevidir. Bu bakış açısı, uluslararası hukuk normları arasında hiyerarşik bir ilişki kurulmasını öngörerek; uluslararası toplumun yüksek menfaatleri için önemli görülen değerlerin korunmasına yönelik jus cogens normlarını, hiyerarşik düzenekte en üst düzeye, sıradan normları ise daha alt düzeye yerleştirmektedir. Teori kutsallaştırarak üst düzeye yerleştirdiği bu normlarla korunmak istenen yararın, uluslararası toplumu oluşturan tüm üyelerin yararı olduğu inancıyla, bu normların uygulanmasının sağlanması bakımından, bütün devletleri erga omnes yükümlülük altına sokmakta, buna bağlı olarak da jus cogens ilkelerinin ihlali halinde, her devletin hukuksal yollara başvurma hakkı olduğundan, diğer bir deyişle, actio popularis imkanından söz etmektedir. Jus cogens doktrininin teorik bir mesele olmanın ötesine geçerek, hukuk pratiğine daha etkili bir şekilde yön vermesinin dinamikleri ortaya çıkmış görünmektedir. Çalışmamızın amacı jus cogens doktrininin gerek kuramsal gerekse uygulama açısından günümüz koşullarında yeniden irdelemektir.

1. Jus Cogens Kavramının Kökeni ve Gelişimi

Jus Cogens kavramının köklerinin Roma Hukuku'na dayandığı, Digesta da dahil terim olarak kullanıldığına rastlanmamakla beraber, jus cogens benzeri uygulamaların o dönemden beri mevcut olduğu ileri sürülmektedir. Eski Roma'da hukuk kuralları zorlayıcılık özellikleri bakımından iki temel gruba ayrılmaktadır. Birinci grup; buyruk veya mutlak kurallar niteliğindeki jus publicum, ikincisi ise tamamlayıcı ve düzenleyici kurallardan oluşan jus dispositivumdur. Buyruk kuralların özelliği, hukuksal ilişki içine giren tarafların bu kurallara aykırı bir düzenleme yapma olanağının olmaması, kendilerine farklı davranma serbestisi verilmemiş olmasıdır. Düzenleyici ve tamamlayıcı kurallar ise, hukuksal işlemlerde serbesti öngörürler, taraflar

1 Bu sözleşme metin içinde 1969 Viyana Sözleşmesi olarak da anılmaktadır.

hukuksal işlemleri diledikleri gibi düzenleme olanağına sahiptirler, düzenleyici kurallar ancak ve eğer gerekiyorsa, tamamlayıcı olarak uygulanırlar. Roma hukuku kaynaklı jus publicum jus dispositivum ayırımının batı hukuk sistemini kabul eden birçok ülkede, ulusal hukuk sisteminin bir gereği olarak uygulandığı görülmektedir (ALEXIDZE, 1981: 233). Günümüzde halen devletler ulusal hukuk düzenlerinde kamu yararının, genel ahlak ve adabın, güçsüzlerin korunması gibi sebeplerle, kişilerin sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlandırmakta, aksine sözleşme yapılması olanağı tanınmayan kurallar öngörmektedirler” (ÇELİK, 1975: 296; GAJA, 1981: 271-316; VERDROSS, 1966: 55-63).

İç hukuktan farklı yapıda bir hukuk düzeni oluşturan uluslararası hukuk düzeninde ise iç hukuk düzenlerinde olduğu gibi, uluslararası hukuk süjelerinin karşılıklı andlaşma ile de olsa, feragat edemeyecekleri jus cogens niteliğinde buyruk kuralların mevcut olup olmadığı ve bunların hukuksal niteliğine ilişkin olarak birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Jus cogens terimi uluslararası hukuk doktrininde ilk kez 1930'larda telaffuz edilmeye başlanmış olmakla birlikte, uluslararası andlaşmaların geçerliliği için ölçüt oluşturan mutlak bağlayıcı kuralların varlığı düşüncesi yüzyıllardan beri varolagelmıştır (THIRLWAY, 1990: 102; UHLMANN, 1998:101; VERDROSS, 1937:571-577). Dolayısıyla uluslararası hukuk doktrininde jus dispositivum-jus cogens ayırımının Grotius ve çağdaşları dönemine kadar eskilere gittiği ve esas olarak doğal hukuk okulu tarafından geliştirildiği kabul edilmektedir. Bu anlayışa göre doğal hukukun kuralları buyruk nitelikleri ile pozitif hukukun üstündedir. 19. ve 20. yüzyılın radikal olanlar dışındaki pozitivist yazarları dahi, devletlerin uluslararası andlaşmalar yaparken tümüyle özgür oldukları düşüncesine karşı çıkarak, uluslararası hukukun temel ve devletlerin çoğu tarafından kabul edilmiş olan jus cogens ilkeleriyle bağlı olduklarını ileri sürmüşlerdir. Pozitivistlerin uluslararası hukuktaki jus cogens kavramını iç hukuktaki kamu düzeni kavramı ile paralellikler kurarak ya da kıyaslamalar yaparak açıklama çabası içinde olmaları, o dönemde jus cogens kavramının kendi derinliği içinde ele alınmasına pek fazla katkı sağlamamakla beraber, dikkat çekicidir. Sosyalist devrimle birlikte yeni bir uluslararası hukuk anlayışının gündeme geldiği süreçte de jus cogensle ilgili çeşitli görüşler ortaya atılmış olmakla birlikte, bu kavramın 1960 lı yıllara kadar, uluslararası hukuk uygulamaları bakımından öne çıkmadığı gözlenmektedir (ALEXIDZE, 1981: 228).

Jus Cogens kavramına ilişkin geniş çaplı çalışmaların Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu öncülüğünde başlatılmış olduğu görülür. Andlaşmalar hukukunun kodifikasyonu ile ilgili olarak 1953 yılından itibaren başlatılan çalışmalar, jus cogens kavramının olgunlaşmasında önemli rol

oynameştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Konferansı'nda devletlerin görüşüne sunulan andlaşmalar hukuku sözleşme tasarısında yer alan jus cogens'e yönelik düzenlemeler konusunda, Birleşmiş Milletler'e üye 51 devlet yazılı veya sözlü görüş beyan etmişlerdir.² Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan metnin müzakere edilmesi neticesinde kabul edilen 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin taraf devletlerce uzunca bir süre onaylanmamasının başlıca sebeplerinden birinin, sözleşmenin jus cogens'e ilişkin hükümleri ve bu konuda Uluslararası Adalet Divanı'na verilmiş olan geniş yetki olduğu ileri sürülmektedir (GAJA, 1981: 279).

Uluslararası uygulamaya bakıldığında 1969 Viyana Andlaşması hazırlandığı ana kadar, gerek Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, gerekse Uluslararası Adalet Divanı'nda münhasıran jus cogens'e ilişkin bir davanın söz konusu olmadığı, bununla beraber, yargıçların bu kavrama çeşitli vesilelerle atıfta buldukları görülmektedir. Daha çok ayrık oy veya karşı oy yazılarında görülen bu türden göndermelerin uygulamada etkili olduklarını ileri sürmek mümkün görünmemektedir. (ALEXIDZE, 1981: 228) Bu dönemde yaşanan ilginç bir gelişme Kıbrıs Rum Toplumunu yöneticilerinin, bir tarafta Kıbrıs diğer tarafta Türkiye, Yunanistan ve İngiltere olmak üzere, 16 Ağustos 1960 tarihinde Lefkoşa'da imzalanmış olan Garanti Andlaşması'nın geçersizliğine ilişkin iddialarıdır.³ Değindiğimiz tüm bu gelişmeler jus cogens'in teorik bir

2 Bu devletlerden 43 ü tasarıda yer aldığı şekliyle jus cogens kavramını kabul eden görüşler ileri sürmüş, 5 devlet olumsuz görüş beyan etmiş, 2 devlet ise nihai pozisyonlarını ortaya koymaktan kaçınmışlardır. Bu görüşmelerde dikkati çeken, Latin Amerika, Asya ve Afrika devletleri ile büyük güçler dışındaki Batı ve Doğu Avrupa Devletlerinin jus cogens kavramına olumlu bakarken, S.S.C.B., ABD, İngiltere ve özellikle de Fransa'nın kavrama mesafeli ve kuşkulu olarak yaklaşmış olmalarıdır. Türkiye jus cogens'in net bir tanımı olmaması nedeniyle, her devletin kendi ihtiyaçlarına göre yorumlanmaya elverişli bir kavram olduğu gerekçesiyle, ihtiyatlı olunması gerektiği uyarısını yapmakta ve kuvvet kullanma yasağı, uluslararası suçlar, köle ticareti, soykırım gibi konularda devletlerin sözleşme yapmaktan kaçınacaklarını, dolayısıyla jus cogens'e ilgili taslak hükmün gerçeklerle bağdaşmayan bir düzenleme olduğunu ileri sürmektedir (SCHWELB, 1967: 962-963).

3 Söz konusu andlaşmanın devletlerin eşitliği, içişlerine karışmama ve kuvvet kullanma yasağı gibi uluslararası jus cogens niteliğindeki kurallara aykırı olduğu gerekçesine dayanan bu iddialar, Birleşmiş Milletler'de yapılan Kıbrıs görüşmeleri sırasında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde ileri sürülmüştür. Kıbrıs Rum tarafının bu başvurusu kabul edilmemiş olmakla beraber 1968-1969 Andlaşmalar Hukuku

tartışma konusu olmanın yanısıra, karmaşık bir siyasi problem olarak ortaya çıktığını göstermektedir.

Jus cogens niteliğindeki kuralların hangi yolla oluşturulacağı, bu kuralların buyruk olmayan kurallardan nasıl ayrılacağı, ihlali halinde yaptırım mekanizmalarının nasıl ve kim tarafından işletileceği çözümlenmesi zor sorunlar olmakla beraber, özellikle 1969 Viyana Sözleşmesi'nin de etkisiyle, jus cogens niteliğindeki kuralların varlığı gerek doktrin gerekse uygulamada yaygın kabul görmektedir. 1969 Viyana Sözleşmesi jus cogensin hukuksal niteliği, kaynakları ve içeriğinin ne olduğu konusunda tartışmaya yer vermeyecek ölçüde bir açıklık ve hukuksal kesinlik içermemekle beraber, jus cogens niteliğinde kurallara aykırı sözleşmelerin hukuksal yönden geçersiz olacağı şeklindeki düzenleme ile jus cogensi uygulanan hukukun bir parçası haline getirmektedir. Dolayısıyla bugün artık tartışma, jus cogens niteliğinde kuralların mevcut olup olmadığı değil, söz konusu kuralların hangi kriterlere göre belirleneceği, içeriğinin ve hukuksal etkilerinin ne olacağı ekseninde devam etmektedir.

2. Doktrindeki Gelişmeler

Jus cogens kavramı esas olarak batılı yazarlar tarafından geliştirilmiş olmakla birlikte, pozitif hukukun bir parçası haline gelmesinde Asya, Afrika ve Latin Amerika devletlerinin ısrarlı tutumları belirleyici rol oynamıştır. 1930'lu ve 1940'lı yıllarda uluslararası toplumda yaşanan olumsuz gelişmeler, batılı kültür ve kurumlara olan inancı derinden sarsmış ve uluslararası sistemde adalet ve düzen arayışı içine girilmiştir. Jus cogens doktrinine olan ilgi işte bu siyasi atmosfer içinde başlamış ve uluslararası hukuk düzeninin sembolü ve yeniden yapılandırılması için önemli görülmüştür (ONUF/BIRNEY, 1974: 195). Çeşitli yazarların, jus cogens sorununa ilişkin olarak görüşlerini, çok sık olmamakla birlikte bugün de dile getirdikleri, doktrinin günümüz küresel sorunları bağlamında ve andlaşmalar hukukunun ötesinde nasıl daha etkili kılınabileceğine ilişkin düşüncelerini ifade ettikleri gözlenmektedir (BRUNNÉE, 1990; UHLMANN, 1998).

Uluslararası hukuk doktrininde jus cogens ile ilgili görüşlerin esas olarak doğal hukuk pozitivist hukuk karşıtlığı çerçevesinde cereyan ettiği görülür. Doğal hukuk görüşüne mensup yazarlar, jus cogens kavramını, uluslararası

Konferansı sırasında da benzer görüşlerini dile getirdikleri gözlenmektedir (PAZARCI, 1977:368; SCHWELB, 1967: 952-953).

hukuk sùjelerinin iradelerinin üstünde var olan kamu düzeni kavramı ve etik değerlerle açıklamaktadırlar. Uluslararası jus cogens ilkeleri, insanlığın ve insan toplumlarının doğasında bulunan ve devletleri, söz konusu kuralların pozitif hukuk kuralları ile kabul edilip edilmediklerine bakılmaksızın, bağlayan kurallardır. Bu çerçevede, jus cogens ilkelerinin bir kısmının uluslararası pozitif hukuk içinde yer aldıkları, ancak bu ilkelerin pozitif hukukun ötesinde “dünya ahlak sistemi” nin bir parçası olarak zaten mevcut oldukları ileri sürölmektedir. Jus cogens niteliğindeki kurallar nitelikleri gereği devletlerin münferit çıkarları değil, uluslararası toplumun genel ve ortak çıkarlarını korumaya yöneliktir, dolayısıyla bunlar mutlak buyurucu kurallardır (VERDROSS, 1966: 55-63; GANGL, 1980: 63-87; MACDONALD, 1987: 115-149).

Pozitivist akımın temsilcileri ise, jus cogens niteliğindeki kuralları, ulusal sistemlerdeki pozitif hukuk çerçevesinde, yasama ve yargı organları ile ilişkilendirerek açıklamakta ve merkezi bir yasama sisteminin mevcut olmadığı, kural koyanlarla, bu kuralları uygulayanların aynı olduğu uluslararası hukuk sistemine, jus cogens kavramının uyarlanması mümkün olmadığını ileri sürmektedirler (SCHWARZENBERGER, 1964: 476-478; WEIL, 1983: 420). Uluslararası hukuk düzeninde jus cogensin varlığına tamamiyle karşı çıkan Schwarzenberger, devletlerin karşılıklı rıza sonucu jus cogens niteliğindeki kurallar oluşturmalarında sakınca görmemekle beraber, bu şekilde oluşturulan normların gerçek anlamda jus cogens olamayacağı sonucuna varmaktadır (SCHWARZENBERGER, 1964: 476-478). Jus cogens teorisine tamamiyle karşı çıkan diğer bir pozitivist Weil ise, uluslararası hukuk normları arasında hiyerarşik bir ilişki öngören bu teorinin son derece önemli etik kaygılardan esinlenilerek oluşturulduğunu kabul etmekle beraber, bu tip normların uluslararası hukukun temel özelliklerine aykırı olduğunu, uluslararası hukukun etkinliğini azaltacağını ve uluslararası hukuk yapma tekniklerinde gözlenen yenilikler bu hızla giderse uluslararası hukuk düzeninin kaos ve anarşiye sürökleneceğini ileri sürmektedir. Weil’e göre, uluslararası hukuk oluşturma tekniklerinde, özellikle uluslararası örgütler düzeyinde, artık eskiden olduğu gibi oyçokluğu veya oybirliği yöntemleri uygulanmamakta, kararlar giderek çoğunluk yöntemi ile alınmaktadır. Bu durum ise, uluslararası hukuk yaratma gücü olan devletlerin, kendi yüksek ve önemli gördükleri değerleri, uluslararası toplumun diğer üyelerine, “hukuk bilinci” ya da “uluslararası toplumun genel menfaati” kavramları altında haksız yere kabul ettirmek konusunda manipölasyon kabiliyetlerini arttırmaktadır. Uluslararası hukuk normları arasında bu şekilde bir ilişki biçimi oluşturmanın, uluslararası hukukun gönüllölük, tarafsızlık ve pozitif olma özellikleriyle bağdaşmadığını ileri süren yazar, tüm bu yöntemlerin son derece göreceli olduğunu, fakat esas önemli tehlikenin, devletlerin, bu tür normların ihlalini gerekçe göstererek ve erga

omnes yükümlülükler yada *actio popularis* kavramları arkasına sığınarak, başka bir devlete müdahalede bulunma hakkını kendilerinde görmeleri, ve bu tip müdahalelerin yaygınlaşması halinde uluslararası toplumun içine düşebileceği kaos ortamı ve hepsinden önemlisi, tüm bunların sanki uluslararası hukuk meşruiyeti içinde gerçekleşiyormuş gibi destek görme tehlikesidir (WEIL, 1983: 420). Uluslararası hukukta geleneksel olarak hak ve yükümlülükler belirlenmiştir; ancak, günümüzde *erga omnes* yükümlülüklerin uluslararası hukuk alanına dahil edilmesiyle birlikte, belirli yükümlülüklerin artık hiçbir ayırım gözetilmeksizin bütün devletlere yüklendiği gözlenmektedir. Uluslararası hukukun normlar hiyerarşisi sıralamasında üst konumda yer alan normların korunması, *jus cogens* teorisinin etkisi ile artık bütün devletler bakımından yükümlülük doğuracak, bu değerlerin ihlali halinde, her bir devlet bu ihlali önlemek bakımından kendini yetkili görecektir ve esas sorun ise işte bu noktada ortaya çıkacaktır. Devletlerin her birine, *jus cogens* niteliğindeki bir kuralın herhangi bir devlet tarafından ihlal edilip edilmediğini belirleme ve bu belirleme ışığında gereken önlemleri almak konusunda hak ve yetki verilmesi ve fakat bunun sınırlarının çizilmemesi halinde, bu hakkın kötüye kullanımının nasıl önüne geçilebileceği sorunu önemle karşımıza çıkmaktadır. Bir devlete, *jus cogens* niteliğindeki bir normu ihlal ettiği gerekçesiyle ama aslında salt politik nedenlerle, başka bir devlet tarafından haksız yere müdahalede bulunulduğunda, uluslararası hukuk temel işlevini yerine getirmiş sayılacak mıdır? İşte *jus cogens* teorisi, bu sorunun cevabını henüz verememektedir.⁴ Weil'e paralel düşüncelerle yola çıkan Stein ise, *jus cogens* ilkelerinin henüz gelişmemiş ilkeler olduğunu, bu ilkelerin de devletlerin sürekli ve istikrarlı itirazlarına konu edilebileceğini, bu nedenle uygulanmalarının, özellikle devletlerin tek taraflı işlemlerini etkisiz hale getirme etkilerinin ihtiyatla karşılanması gerektiğini ileri sürmekte, ancak, devletlerin sürekli ve istikrarlı karşı çıkmayı dış politika malzemesi yapmaları tehlikesine de işaret etmektedir. (STEIN, 1985:481)

Marksist Leninist görüş, uluslararası hukukun devletlerin hakim sınıflarının bir ürünü olduğunu kabul etmek bakımından iradeci pozitivistlere yaklaşmakta ise de, *jus cogens* ilkesine karşı çıkmamak bakımından pozitivistlerden ayrılmaktadırlar. Bu noktada doğal hukuka yaklaşıyor gibi görünseler de, eski Sovyet hukukçuları doğal hukuku kesin olarak

4 Uluslararası sistemde soğuk savaş sonrası yaşanan gelişmeler ve uluslararası hukuk kurallarının çok taraflı forumlarda oluşturulması olgusu karşısında, Weil'in endişelerinin, geçerliğini sürdürmediğine yönelik karşıt görüş için Bkz. (CHARNEY, 1993: 548)

reddetmektedirler. Tunkin “kuralların devletler arasındaki anlaşmalardan oluştuğu yönünde savunduğumuz tezden, uluslararası hukukta buyruk kuralların yokluğu sonucu çıkarılmamalıdır” şeklindeki ifadeyi kullanırken, “toplumun evrimini düzenleyen objektif kanunlar” ve çağımız bakımından “barış içinde birlikte yaşama ilkeleri” kavramına dayanarak, hukuk kurallarının devletlerin iradelerinin ürünü olduğu görüşünden sapmadan, ancak doğal hukuku da benimsemeksizin, jus cogens kavramına destek vermektedir (ÇELİK, 1975: 300-301; ALEXIDZE, 1981: 244). Sovyet hukukçuların ve devlet adamlarının, taraflardan birinin güçsüz olmasından istifade edilerek yapılan “aslan payı” andlaşmalar (‘leonine anlaşmalar’) ile jus cogens doktrini arasında kurdukları ilişki dikkat çekmektedir. Uluslararası düzeyde özellikle sömürgeci güçlerle, sömürge altındaki toplumlar arasında yapılan bu tür anlaşmaların, jus cogens ilkesi gereği geçersiz oldukları ileri sürülmüş, böylece batı dünyası dışından hukukçuların da jus cogens doktrinine katkı sağlama çabası içinde oldukları görülmüştür.⁵

Pozitivist görüşe göre uluslararası hukukun temeli devletlerin gerçek (hakiki) rızasına dayanır. Herhangi bir normun uluslararası toplumun temel menfaatlerinin korunmasına yönelik olup olmadığı, dolayısıyla jus cogens niteliği, o normun uluslararası toplum tarafından geçerli hukuk araçlarıyla kabul edilmesi ile mümkün olur. Uluslararası pozitif hukuk araçları ile bir normun jus cogens niteliği belirlenemiyorsa, bu norm ile korunan ahlaki değer ne kadar önemli olursa olsun, hukuksal düzeyde bir anlam ifade etmez. Uluslararası hukukun ancak kendi sùjeleri tarafından oluşturulabileceğini kabul eden bu anlayışın mantıksal bir tutarlılığı olmakla beraber, tümüyle kabul edilmesi mümkün değildir. Uluslararası hukukun başlıca sùjeleri olan devletler, hukuk kurallarının oluşumuna katkıda bulunurken, temelde uluslararası toplumun değil kendi çıkarlarının peşindedirler. Dolayısıyla devletlerin oluşturdukları uluslararası hukuk kurallarının her zaman için uluslararası toplumun çıkarlarını gözeten kurallar olduğu ileri sürülemez. Uluslararası örgütler bakımından da, bu örgütlerin genel olarak ekonomik ve siyasi anlamda güçlü konumda olan devletler tarafından yönlendirildiği düşünüldüğünde, ortaya daha olumlu bir tablo çıktığını iddia etmek mümkün değildir. Uluslararası toplumun genel çıkarlarını korumaya yönelik normlar eğer

5 Roma Hukuku'na dayanan bir kavram olan “Aslan Payı Andlaşmalar” andlaşmanın taraflarından birinin diğer tarafa göre hakkaniyet ölçülerini sarsacak şekilde orantısız avantajlar elde ederken, diğer tarafın ölçüsüz bir yükümlülük altına girmesini öngörür. “Aslanla Ortaklık” olarak da nitelendirilen bu tür nispetsiz anlaşmaların geçersizliği aslında Roma döneminden bu yana kabul edilmektedir (SCHWELB, 1967: 966).

uluslararası hukuk metinlerinde ifade edilmemişse o zaman yok mu sayılacaklardır? Uluslararası ahlak sisteminin bir parçası olan normlar salt devletler ve uluslararası örgütler tarafından pozitif hukuk normu haline dönüştürülmediler diye gözardı mı edileceklerdir? İşte bu sorulara verilecek cevaplar hiç te kolay değildir. Günümüzde uluslararası pozitif hukukun bu nedenlerle yavaş yavaş aşındığı ve yüksek moral değerlerin bulunmadığı yerde uluslararası hukukun ruhsuz bir mekanizma olmaktan öteye geçemeyeceği ileri sürülmekte, dolayısıyla geleneksel doğal hukuk ilkelerine yeniden bir yöneliş olduğu gözlenmektedir. Pozitif hukuk kuralları uluslararası toplumun ihtiyaçlarını karşılamak bakımından yetersiz kalıyorsa doğal hukuk ilkeleri esas alınabilir. Pozitivist yazarların kuvvetli direnişlerine konu olan bu görüş, uluslararası hukuk uygulaması bakımından yukarıda değinilen çeşitli, ancak bertaraf edilebilir sakıncaları getirmekle birlikte, uluslararası hukukun sadece devletlerin münferit ve kısa vadeli çıkarları üzerine değil, uluslararası toplumun ve aslında bu toplumu oluşturan tüm birey ve toplulukların barış ve eşitliği temeline dayanan “yüksek ahlaki değerler sistemi” üzerine oturması gerektiğini vurgulaması bakımından itibar uyandırmaktadır.⁶

3. Jus Cogensin Andlaşmalar Hukuku Bakımından Etkisi

Jus Cogens kavramının uluslararası pozitif hukukun bir parçası olarak ortaya çıkmasında, Birleşmiş Milletler Andlaşmalar Hukuku konferansı ve bu konferans sonucu kabul edilen 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi dönüm noktası olmuştur.⁷ Jus Cogensin teorik bir tartışma konusu olmanın yanısıra, karmaşık bir siyasi problem olduğu ve kabul sürecinde Asya, Afrika, ve Latin Amerika devletlerinin desteğinin önemli rol oynadığı gözlenmektedir.

Andlaşmalar Hukuku Konferansı sırasında, devletlerin çoğunluğunun, jus cogens ilkelerini, uluslararası pozitif hukukun parçası olduğu ölçüde kabul etme yoluna gittikleri görülür. Buna göre jus cogens ilkeleri, uluslararası örf ve adet, sözleşme veya devletlerin iç hukuk sistemlerinin bir parçası olarak uygulanan genel hukuk ilkeleri biçiminde ise uygulama alanı bulmaktadır. Bu yaklaşım

6 Benzer yaklaşımlar için bkz. Uhlmann, Brunnee, Başlar, Weiss, MacDonald.

7 Jus Cogensin andlaşmalar hukuku bakımından derinlemesine ve ayrıntılı olarak ele alındığı Türkçe eser için bkz. (DENK, 2001).

konferans sonucu kabul edilen 1969 Viyana Sözleşmesi'nde de yerini bulmaktadır.⁸

Sözleşme'nin "bir milletlerarası emredici hukuk normu ile çatışan andlaşmalar" başlıklı 53. madde hükmüne göre, uluslararası hukukun buyruk kuralları, devletlerden oluşan uluslararası toplumun tümü tarafından kabul edilen veya tanınan kurallardan oluşur.⁹ Konferansa katılan devletler uluslararası hukukun jus cogens niteliği gösteren normları için kriter belirlemek istemiş ancak başarılı olamamışlardır. 53.madde jus cogensin önkoşullarına ilişkin olmaktan çok, sonuçlarını düzenlemeye yöneliktir. Dolayısıyla uluslararası hukukun jus cogens niteliğindeki normlarının parametrelerinin belirlenmesi işi tamamlanamayan bir süreç olarak kalmıştır (GANGL, 1980: 72) .

Sözleşme'de jus cogensin tanımı yapılmamakta, bu nitelikteki kurallara örnek verilmemekle beraber, bu kuralların uluslararası pozitif hukuk kapsamı içinde düşünüldüğü ve bunlara aykırı olarak yapılan uluslararası sözleşmelerin geçersiz olacağı hükme bağlanmaktadır. Jus cogens normu ile çatışan bir andlaşmanın geçersizliğinin sonuçları 71. madde hükmünde düzenlenmektedir.¹⁰ Mevcut bir jus cogens kuralının ise ancak bu nitelikte yeni bir kural ile değiştirilebileceği ve yeni ortaya çıkan bir jus cogens kuralıyla çatışan

8 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin orijinal metni için bkz. (SOHN, 1986) Metnin Türkçe çevirisi için bkz. (GÜNDÜZ, 1998:182-205).

9 53. madde hükmüne göre, "Bir andlaşma, yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa, batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur".

10 " 1. 53. maddeye göre batıl olan bir andlaşma durumunda taraflar:

a--genel milletlerarası hukukun emredici bir normu ile çatışan herhangi bir hükme güvenerek icra edilen herhangi bir işlemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde bertaraf edeceklerdir; ve

b--karşılıklı ilişkilerini genel milletlerarası hukukun emredici normuna uygun hale getireceklerdir.

2. 64. maddeye göre batıl olan ve sona eren bir andlaşma halinde, andlaşmanın sona ermesi,

a--tarafları andlaşmayı bundan sonra icra etme konusunda herhangi bir yükümlülükten kurtarır;

b--tarafların andlaşmanın sona ermesinden önceki icrası suretiyle doğan herhangi bir hak, yükümlülük veya hukuki durumlarını etkilemez, şu kadar ki bu hak, yükümlülük veya durumların daha sonra muhafaza edilmeleri genel milletlerarası hukukun emredici normu ile çatışmadığı oranda mümkündür."

önceki andlaşma hükümlerinin geçersiz sayılacağı hükme bağlanmaktadır. Milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normunun ortaya çıkması başlıklı 64. madde hükmüne göre; “Eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma batıl hale gelir ve sona erer”. Böylece, 1969 Viyana Sözleşmesi’nde, uluslararası hukukta jus cogens niteliğinde kurallar bulunduğu gibi, bu nitelikte yeni kurallar ortaya çıkabileceği de açıkça kabul edilmektedir.

Jus cogens ile çatışan bir sözleşmenin butlanına ilişkin olarak devletlerin ihtilafa düşmesi halinde ise, bu ihtilafın Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın 33. madde hükmünde öngörülen, barışçı yollara göre çözülmesine gayret edecekleri, bu yönde bir sonuç alınamaması durumunda, hakem yoluna da gidilmemişse, UAD’nın (Uluslararası Adalet Divanı) yetkili olacağı öngörülmektedir.¹¹ Sözleşmede jus cogens niteliğindeki kuralları belirleme konusunda en yetkili kuruluş olarak öngörülen Divan bile, bu nitelikteki normlarla ilgili kategorik bir çalışma yapmaktan kaçınmıştır (GAJA, 1981:286). Dolayısıyla Divan’ın bazı münferit kararlarda yapmış olduğu saptamalar dışında, jus cogens kurallarını tayin etme işlevini açık bir şekilde yerine getirmiş olduğu ileri sürülemez.¹²

11 66. madde hükmüne göre; “53. ve 64. maddenin uygulanması veya yorumu ile ilgili bir ihtilafın taraflarından herhangi birisi, yazılı bir dilekçe ile, ihtilafı Milletlerarası Adalet Divanı’nın kararına sunabilir, meğer ki taraflar müşterek rızalarıyla ihtilafı hakeme havale etmekte mutabık kalsınlar”

12 Bugüne kadar hiç bir uluslararası andlaşma jus cogens aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmemiş olmakla beraber, 1969 Viyana Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesinden sonra UAD kararları ve danışma görüşlerinde jus cogens niteliğindeki kurallara, çeşitli göndermeler yapıldığı görülmektedir. İlgili yargı kararları içinde, 1986 Nicaragua Davası Kararı, kuvvet kullanma yasağına ilişkin BM Andlaşması hükmünün, jus cogens niteliğinin UAD tarafından açıkça teyid edildiği örnek bir karar niteliğindedir. (Bkz. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Nicaragua vs. US, ICJ Reports of Judgements (1986), prg, 190, 90) Macaristan Slovakya arasında söz konusu olan Gabchikovo Nagymaros kararında ise, jus cogens ilk kez olarak uluslararası çevre hukuku normları bakımından da söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Nihai karar jus cogens ilkesi esas alınarak verilmiş olmamakla birlikte, jus cogensin çevre hukuku içeriği ile ilişkilendirilmiş olması bakımından ilginçtir. (Bkz. Gabchikovo Nagymaros Project Judgement, Hungary vs. Slovakia, ICJ Reports of Judgements (1997), 7, prg. 97, 112) Bunun yanı sıra UAD’nın Nükleer Silahların Kullanımı ve Tehdidine İlişkin Danışma Görüşü kararında, silahlı çatışma hallerinde “insancıl hukuka” ve “çevrenin korunmasına” ilişkin kuralların jus cogens teşkil edebileceği yönünde görüşlerin ifade edildiği görülmektedir (Bkz. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports of Judgements (1996), 66, prg.83).

Jus Cogens kurallara aykırı andlaşmaların iptal edilmesi söz konusu olduğunda üzerinde durulması gereken önemli bir husus, iptal sürecini başlatma yetkisinin kime verilmiş olduğudur. 1969 Viyana Sözleşmesi'nde yer alan düzenleme, bu yetkiyi iptali söz konusu olan andlaşmaya taraf devletlere bırakmaktadır (madde 65). Bu düzenleme, devletlerin aralarında anlaşarak mevcut bir jus cogens kurala aykırı hükümler içeren bir andlaşmayı imzalamaları, uygulamaya koymaları ve ortadan kaldırmak istememeleri durumunda, uluslararası toplumun temel değerlerinin korunması mekanizmasının işletilmesini sorunlu hale getirecektir. Diğer bir deyişle sadece andlaşmaya taraf devletlere tanınmış olan süreci başlatma yetkisi, uluslararası toplumun temel değerlerini ihlal eden bir andlaşmanın geçersizliğinin saptanması veya uygulanmasının durdurulması imkanını ortadan kaldırmış olmaktadır. Oysa bu yetkinin üçüncü devletlere veya uluslararası toplumu temsil edecek bir örgüte ya da bir yargı organına verilmesi, jus cogens doktrininin özüne daha uygun bir düzenleme olabilirdi (DENK, 2001: 66-67).

Jus Cogensin andlaşmalar hukuku bakımından ele alınırken, BM (Birleşmiş Milletler) Andlaşması çerçevesinde de irdelenmesi anlamlı olacaktır. BM Andlaşması 103 madde hükmüne göre: "*Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşma'dan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşma'dan doğan yükümlülükler üstün gelecektir*". BM Andlaşması hükümlerinin diğer andlaşmalar bakımından etkisi ile ilgili olarak, bu hükümlerin, en azından BM'e üye ülkeler bakımından, jus cogens niteliğinde olduğu konusunda görüşler ileri sürülmektedir. 103. madde BM Andlaşması'na aykırı sözleşmelerin uygulanmayacağını, çelişki halinde BM Andlaşması hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağını hükme bağlamakta, BM Andlaşması'na aykırı olan sözleşmenin iptal edileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemektedir. 103. madde jus cogens niteliğinde olsa idi, o zaman bu hükme aykırı sözleşmenin de iptali gibi bir sonuç ortaya çıkardı, oysa böyle bir durum söz konusu değildir (SCHWELB, 1967: 957-959; MACDONALD, 1987: 119-120). Dolayısıyla BM Andlaşması hükümlerinin jus cogens niteliğinde olduğu şeklinde bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir. Andlaşmada jus dispositivum niteliğinde hükümler olduğu ve üye devletlerin söz konusu alanlarda aksine düzenleme yapma olanaklarının mevcut olduğu görülür, benzer bir durum UAD Statüsü hükümleri için de geçerlidir.

Hukuk tekniği açısından, jus cogens niteliğindeki normların uluslararası andlaşmalar üzerindeki etkisi bu şekilde olmakla beraber, devletlerin uluslararası toplumun temel çıkarlarını ihlal eden ve erga omnes yükümlülükler öngören jus cogens niteliğindeki kurallara aykırı düşecek uluslararası sözleşmeler yapmaktan büyük ölçüde kaçınacakları dikkate alındığında, bu hükümlerin aslında hipotetik düzeyde kaldığı ileri sürülebilir. Jus cogens niteliğindeki normların daha çok devletlerin tek taraflı uygulamaları ile ihlal edilme olasılığı nedeniyle, durumun devletlerin tek taraflı eylem ve işlemleri bakımından değerlendirilmesi anlamlı olacaktır. Çevre sorunlarının daha çok devletlerin tek taraflı tasarrufları sonucu ortaya çıktığı düşünüldüğünde jus cogensin andlaşmalar hukuku dışındaki etkisinin incelenmesi, konumuz açısından da anlamlıdır.

4. Jus Cogensin Andlaşmalar Hukuku Dışındaki Etkisi

4.1. Lex Lata-Lege Ferenda Tartışması

Jus cogensin kökenine ilişkin tartışmalarda karşımıza çıkan diğer önemli soru, jus cogensin 1969 Viyana Sözleşmesi'nden önce ve dışında da uluslararası hukukunun bir parçası olup olmadığıdır. Uluslararası toplumun temel değerlerinin devletlerin tek taraflı eylem ve işlemleri tarafından da rahatlıkla ihlal edilebileceği düşünüldüğünde, jus cogensin andlaşmalar hukukunun ötesinde ele alınması ve geliştirilmesinin isabetli olacağı ileri sürülebilir. Özellikle insan hakları ve çevrenin korunması gibi konularda devletlerin temel değerleri ihlalleri, birbirleriyle yaptıkları andlaşmalarla değil, tek taraflı eylem, işlem veya eylemsizlikleriyle etmeleri söz konusu olmaktadır.

Jus cogens ilkesinin, andlaşmalar hukuku dışındaki etkisi bakımından yazarlar arasında görüş farklılıkları olmakla beraber, jus cogensin etkisini sadece andlaşmalar hukuku bakımından kabul eden yazarlar bile, uluslararası kamu düzeninin, devletlerin biraraya gelerek ihlal etmelerini yasakladığı normların, devletlerin tek taraflı uygulamaları ile, evleviyetle ihlal edilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Uluslararası kamu düzeni, uygulanmasında hayati önem olan ilke ve kurallardan oluşur, söz konusu kurallara aykırı eylemler ister tek, isterse birden fazla hukuk süjesi tarafından yapılmış olsun, hukuksal yönden geçersiz olmaları gerekir, zira hukuk düzeninin temeline yöneltilen bir eylem, kim tarafından yapılmış olursa olsun, ilgili hukuk düzeni tarafından tanınması mümkün değildir (MERON, 1986: 19).

Jus cogensin geniş kapsamlı olarak ele alınması, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hazırlıkları esnasında başlamıştır. Jus cogensin sadece lex ferenda olarak kabulü halinde uygulama alanı sadece 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi çerçevesi ile sınırlı

olarak ve sadece taraf devletler bakımından sonuç doğuracaktır. Jus Cogensin lex lata olarak varlığının söz konusu olması durumunda ise uygulama alanı ve etkisinin 1969 Viyana Sözleşmesi'nin ötesine geçecek şekilde değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Jus cogens böylece sözleşmeye taraf olmayan devletler bakımından ve devletlerin sözleşme niteliğinde olmayan tek taraflı işlemleri için de hukuksal etkiler doğurabilecek kapsamda değerlendirilmiş olacaktır (ALEXIDZE, 1981: 229-233). Jus Cogens doktrini 1969 Viyana Sözleşmesi ile ortaya çıkmış olan yeni bir olgu değildir, yani bazıların ileri sürdüğü gibi 53. madde sadece taraf devletleri bağlayan veya örf ve adet kuralı haline geldiği durumda sürekli itiraz eden devletler dışındaki devletleri bağlayan bir kural değildir. Böyle bir görüş jus cogensin uluslararası hukukta yeni gelişen ve sadece örf ve adet veya sözleşme kuralı olarak bağlayıcı hale gelen bir kavram olduğu düşüncesine dayanır. Oysa doktrinin arkasında yatan kavram, uluslararası hukuk tarihi kadar eskilere gitmektedir. Viyana Sözleşmesi'nin 53. madde hükmü ile jus cogensin uygulanması için bir üst kurumsal yapı sağlamanın dışında mevcut hukukun ifade edilmesinden başka bir şey yapıldığı ileri sürülemez.¹³

4.2 Jus Cogens Doktrini ve Erga Omnes Yükümlülükler

Jus cogens doktrini ile erga omnes doktrini arasındaki benzerlik ve farklılıkların nelerden ibaret olduğu, uluslararası hukuk teorisi ve uygulamasında henüz bir sonuca bağlanabilmiş değildir. Konuya daha geniş bir açıdan bakıldığında gerek jus cogens gerekse erga omnes doktrininin uluslararası toplumun temel düzenini sağlamaya yönelik, kamu düzeni kavramının unsurları olduğu ileri sürülebilir (MACDONALD, 1987: 139; BIRNIE/BOYLE, 1994: 154-156). Uluslararası Hukuk Komisyonu jus cogens ile erga omnesi birbirinin yerine geçecek şekilde kullanmış olmakla birlikte, bu iki doktrin arasındaki ayırımın ne olduğunu belirlemek konusunda nihai bir sonuca varamamıştır. Doktrinde yaygın kabul gören anlayış jus cogens niteliğindeki kuralların, erga omnes yükümlülük öngören kurallardan oluşmakta olduğu, ancak erga omnes yükümlülüklerin her durumda jus cogens teşkil etmediği yönündedir (GAJA, 1980: 280-281; MACDONALD, 1987: 138). Bu anlayışa göre bir devletin diğer devlete karşı olan yükümlülüğü jus cogens olamaz, bu iki devlet kendi aralarında bu yükümlülüğe aykırı sözleşmeler

13 Benzer görüşler için Bkz. (MACDONALD, 1987:131-132-133-135; ALEXIDZE, 1981:229-233; GANGL, 1980: 77) Lex lata, lege ferenda tartışmalarının insanlığın ortak mirası kavramı çerçevesindeki kapsamlı bir değerlendirilmesi için Bkz. (BAŞLAR, 1998: 159, 191, 205, 369).

yapabilirler, ancak erga omnes yani bütün devletlere karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük söz konusu ise, o zaman bu yükümlülüğü öngören kuralın jus cogens niteliğinde olduğundan söz edilebilir. Ancak bu demek değildir ki erga omnes yükümlülük öngören her kural mutlaka jus cogens niteliğinde olsun. Önemli olan jus cogensin mutlaka erga omnes yükümlülük öngören bir kural niteliğinde olmasıdır.¹⁴

Erga omnes yükümlülükler özellikle insan hakları alanında uygulanma imkanı bulmaktadır. İnsan hakları alanında 3. devletler lehine tanınmış bu olanaklar insan haklarının niteliği ve bugün aldığı boyut karşısında zorunludur. İnsan hakları ihlallerinde 3. devletlere hukuksal başvuru imkanının tanınmaması durumunda insan haklarının varlığından söz etmek mümkün olamayacaktır. Uluslararası uygulamada insan hakları ile erga omnes yükümlülükler arasındaki ilişki, UAD tarafından 1970 Barselona Traction Davası'nda "insanoğlunun temel hakları, erga omnes yükümlülük doğurur" ifadesi ile kurulmaktadır. Çevrenin uluslararası düzeyde korunmasına ilişkin yükümlülükler bakımından da, bu yükümlülüklerin uluslararası toplumun temel çıkarlarına ilişkin olması sebebiyle, erga omnes yükümlülük doğurabileceği ileri sürülebilir.

5. Jus Cogensin Kriterleri ve Jus Cogens Niteliğindeki Kurallar

5.1. Kriterler

Jus Cogens kavramının üzerinde uzlaşılan bir tanımla beraber, kavramın öze ilişkin hemen tüm unsurlarını içeren dört ayrı kriterin doktrinde yaygın kabul gördüğü gözlenmektedir. Jus cogens ilkeleri, devletlerin münferit çıkarlarından çok uluslararası toplumun genel çıkarlarına, küresel ortak faydaya

14 Barselona Traction davasında alınan karara göre: "Bir devletin uluslararası toplumun tümüne yönelik yükümlülükleri ile devletlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri arasında ayırım yapmak gerekmektedir. İşin doğası icabı birincisi tüm devletlerin sorunudur. Yükümlülükler tekabül eden söz konusu hakların korunmasında, tüm devletlerin hukuksal çıkarı söz konusudur, bu yükümlülükler erga omnestir". Bu karara göre diplomasi temsilcilerinin dokunulmazlığı kuralı erga omnes niteliğinde iken, bu normun jus cogens niteliğinde olduğu yönünde bir beyanda bulunulmamıştır. UAD 1970 Barselona Traction Davası Kararı için Bkz. ICJ Reports of Judgements, (1970), Case Concerning the Barselona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium/Spain, prg.33, s.32, (MACDONALD, 1987: 139).

ilişkin, uluslararası barış ve düzen için önem taşıyan, mutlaka ahlaki bir temeli olan ve uluslararası toplum tarafından genel kabul gören kurallardır. Yazarların genel olarak üzerinde uzlaştıkları bu kriterler arasındaki ilişki bakımından bir değerlendirme yapmak gerektiğinde, jus cogens niteliğindeki normların oluşması bakımından bu kriterlerin hepsinin gerekli olduğu, ancak özellikle “uluslararası toplumun temel çıkarlarını korunması” şeklinde nitelendirilen kriterin öne çıktığı görülür. Diğer bir deyişle bir norm diğer üç kriter bakımından bazı eksiklikler içinde olsa da, eğer bu temel kriter bakımından sağlam bir durumda ise, o normun jus cogens niteliğinde olduğu sonucuna varılması mümkün olabilecektir.

Uluslararası hukuk doktrininde “uluslararası toplumun bütününe ortak çıkarını koruyan”(PAZARCI, 1977: 375; VERDROSS, 1966:58), “uluslararası toplumun temel çıkarlarını koruyan”(BRUNNEE,1990:802), “küresel çıkarlara ilişkin olan” (GANGL,1980:76), “devletler topluluğunun çıkarlarına uygun olan”¹⁵ gibi çeşitli şekillerde ifade edilmiş olan bu kriterin, jus cogensin amacına ilişkin “merkezi” ve “temel” bir kriter olduğu ileri sürülebilir. Dolayısıyla bu kriter aynı zamanda jus cogensin hedefidir de (ONUF/BIRNEY, 1974: 187). Jus Cogens doktrininin en eski savunucularından Verdross tarafından bu temel ilke şu şekilde dile getirilmektedir:

“Uluslararası hukukta jus cogens niteliğinde kurallar mevcuttur. Bu kurallar için temel kriter, devletlerin münferit çıkarları değil, uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunmasına yönelik olmaları gereğidir” (VERDROSS, 1966: 58).

5. 2. Jus Cogens Niteliğindeki Kurallar

Uluslararası hukuk kaynakları arasında, jus cogens niteliğinde kuralların mevcut olduğu ve devletlerin bu kurallara uygun davranma yükümlülüğü altında buldukları düşüncesinin altında, uluslararası toplum için önemli olan ve özel bir biçimde korunması gerektiğine inanılan bazı değerler olduğu anlayışı vardır. Bu üstün değerlerin korunması “uluslararası toplumun temel çıkarları”na hizmet eder. Dolayısıyla, evrensel bir hukuk kuralının jus cogens niteliğinde bir kural olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan esas unsur, söz

15 Uhlmann “ortak yarar” veya “ortak çıkar” kavramının, devletleri aşarak insanoğlunu içeren daha geniş bir uygulama alanı olduğunu, ancak bununla birlikte günümüz uluslararası hukuk uygulamasında başlıca aktörün devlet olması sebebiyle “devletler topluluğunun çıkarları” kavramını kullanmayı tercih ettiğini ifade etmektedir (UHLMANN, 1998: 106).

konusu kuralın devletlerin münferit çıkarlarını korumaya değil, uluslararası toplumun ortak çıkarlarını korumaya yönelik olmasıdır.

Uluslararası hukuk doktrini ve uygulamasında “barış ve güvenlik içinde birlikte yaşamak” uluslararası toplumun en temel çıkarlarından biri şeklinde kabul edilerek, Birleşmiş Milletler Andlaşması’nda yer alan “kuvvet kullanma yasağı”nın uluslararası jus cogens ilkesi olduğu ileri sürülmüştür (GÜNDÜZ, 1998: 35; PAZARCI, 2003: 163; VERDROSS, 1966: 60; ÇELİK, 1975: 301) Uluslararası Hukuk Komisyonu’nda da, kuvvet kullanma yasağı uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği için, jus cogens ilkesi olarak önerilmiştir.¹⁶ Uluslararası Hukuk Komisyonu, kuvvet kullanma yasağı dışında, soykırımın, köle ticaretinin ve deniz haydutluğunun yasaklanmasını, uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği için, jus cogens ilkesi olarak önermektedir. Uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması için gerekli olan bir başka uluslararası değer normu olan “uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümlenmesi gereği” de aynı paralelde değerlendirilmekte ve jus cogens olarak önerilmektedir.

Devletlerin barış ve güvenliğini sağlamaya yönelik bu normlar dışında, uluslararası hukukun belli başlı ilkelerinden olan “egemen eşitlik”, “kendi kaderini tayin” ve “içişlerine karışmama” ilkeleri de uluslararası toplumun buyruk kuralları arasında sayılmaktadır. Diğer taraftan, insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi de uluslararası toplumun temel çıkarlarından biridir. Uluslararası hukuk doktrininde ötedenberi “insancıl amaçla konulan” tüm uluslararası hukuk kurallarının ve insanlığa karşı işlenen suçlarla ilgili yasaklayıcı normların jus cogens olduklarına ilişkin görüşler savunulagelmektedir (ALEXIDZE, 1981: 262, 263; UHLMANN, 1998: 135; VERDROSS, 1966: 59). Bu çerçevede 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer alan ilkelerin de, uluslararası örf ve adet ilkeleri olarak jus cogens niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür (MC.DOUGAL vd., 1980: 317-318). Uluslararası mahkeme kararlarında da pek sık olmamakla birlikte, jus cogens niteliğindeki kuralların varlığının teyid edildiği görülmektedir.¹⁷

Doktrinde jus cogens niteliğindeki kurallarla ilgili çeşitli sınıflandırma yöntemlerine de başvurulduğunu görmekteyiz. MacDonald jus cogens kurallarını II. Dünya Savaşı öncesi ve sonrası olarak iki ayrı tarihsel dönemde ele almaktadır. Buna göre kölelik yasağı, okyanuslar üzerinde mülkiyet yasağı, bir ülkenin bölünmesine ilişkin jus cogens ilkeleri 19. yüzyıl sonları ve 20. yüzyıl başlarına dayanırken, soykırım, kuvvet kullanma ve tehdidi, ırk

16 Yearbook of International Law Commission (1963), 291.Meeting July 9th

17 Uluslararası Mahkeme Kararları için Bkz. supra not 11.

ayrımcılığı yasakları II. Dünya savaşı sonrası dönemde ortaya çıkan jus cogens ilkeleridir (MACDONALD, 1987: 132-133).

Alexidze'in beş ayrı kategoriden oluşan sınıflandırmasında ise ilk kategoride devletlerin ve insanların egemenlik haklarını oluşturan temel ilkelere örnek olarak egemen eşitlik, kendi kaderini tayin hakkı ve içişlerine müdahale yasağı, ikinci kategoride devletlerin barış ve güvenliğini koruyan temel ilkelere örnek olarak ise kuvvet kullanma veya kuvvet tehdidi yasağı, uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümlenmesi, saldırıya karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması gereği ortak müdahale gibi ilkelere yer verilmektedir. Üçüncü kategori olan insanlığın temel ihtiyaçlarının sağlanmasına yönelik jus cogens ilkeleri söz konusu olduğunda geniş kapsamlı bir liste karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, insanların ırk, cins, din, dil, inanç farkı gözetilmeksizin temel özgürlük, onur ve haysiyetlerinin korunması ilkesi, bireylerin temel ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi ve medeni haklarının dokunulmazlığı, soykırım yasağı, ırk esasına dayalı her türlü ayrımcılık yasağı, kölelik yasağı, köle ticareti yasağı, kadın ve çocuk ticareti yasağı, korsanlık yasağı bu kategoride yer almaktadır. Dördüncü kategoride insanlık suçu işleme yasakları başlığı altındaki jus cogens ilkelere, insancıl hukukla ilgili 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile Tokyo ve Nuremberg Mahkemeleri Kurucu Belgesinde yer alan prensipler dahil edilmiştir. Dünyanın tüm devletleri için yaşamsal öneme sahip açık denizler ve üzerindeki hava sahası, uzay, Ay ve diğer gök cisimleri ile Antartika'nın barışçıl amaçla kullanılması ilkesi ise en son kategoride yer almaktadır (ALEXIDZE, 1981: 262).

6. Jus Cogensin Uluslararası Çevre Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Çevrenin sınırötesi etkileri bakımından 20.yüzyılın ilk yarısına hakim olan anlayış çevre sorunlarının devletlerarası bir egemenlik mücadelesi olarak görülmesiydi. Kanada Amerika Birleşik Devletleri arasında söz konusu olan Trail Smelter hakemlik kararına da yansımış olan bu anlayış, devletlerin yan yana birbirine dokunmadan varlığını sürdürmesi esasına dayanmakta ve uluslararası hukukta da "iyi komşuluk" "zarar verme yasağı" gibi ilkelerde somutlaşmaktaydı.¹⁸ Bu anlayış 1960'ların sonlarına doğru "işbirliği" anlayışına doğru gelişmeye başlamış ve 1972 Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi

¹⁸ Trail-Smelter Davası Kararı için Bkz. (GÜNEŞ, 2000: 110-113; PAZARCI, 2003: 435) Uluslararası çevre hukukunun genel gelişimi için Bkz. (BIRNIE/BOYLE, 1994: 82-133).

Konferansı (Stockholm Konferansı) ile birlikte uluslararası çevre hukuku işbirliği dönemine girmiştir. Bu konferans Birleşmiş Milletler Çevre Programı'nın (UNEP) kurulması ve bir dizi çevre sözleşmelerinin yapılmasını teşvik eden bir süreç olarak gelişmiştir.¹⁹ Ozon tabakası ve küresel ısınma, ormanların yok olması, erozyon, çarpık kentleşme gibi küresel nitelikteki sorunların bilişim dünyasında ortaya konulması ile birlikte, uluslararası çevre hukukunda da işbirliği döneminden uluslararası toplumun ortak çıkarlarının ön plana alınmaya başlandığı yeni bir döneme girildiği gözlenmektedir (ORTAK GELECEĞİMİZ, 1989; KÜRESEL KOMŞULUK RAPORU, 1996). Şartların zorladığı bakış açısındaki bu değişimin özellikle Birleşmiş Milletler Küresel İklim Çerçeve Sözleşmesi ile Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nde açıkça yer aldığı görülmektedir.²⁰ Dolayısıyla devletler gündelik politikalarını oluştururken, devletin egemenliği anlayışına göre hareket etmekle beraber, yerkürenin topyekun bir tehdit altında olduğu, dolayısıyla devletlerin tümünün ortak çıkarlarının gözetilmesi gerektiğini gözardı edememektedirler. Bu gelişmeler karşısında, geleneksel egemenlik ilkesinin ve uluslararası hukukun devletlerin rızasına dayandığı düşüncesinin mutlak olarak ileri sürülmesi mümkün görünmemekte, uluslararası hukuk kuralları içinde karşılıklılık ilkesine "insanlığın ortak yararı" için getirilen istisnaların, küresel düzeyde yaşanan çevre sorunları bakımından giderek arttığı gözlenmektedir. Doktrinde bu konuda yapılan tartışmalar henüz nihai sonuca bağlanmış olmamakla birlikte, tüm bu görüşlerin uluslararası çevre hukuku kuramı ve uygulaması üzerinde önemli etkiler yapacağı ileri sürülebilir.

Uluslararası çevre hukukuna ilişkin bu gelişmeler içinde, uluslararası toplumun temel çıkarlarını korumaya yönelik jus cogens niteliğindeki kuralların varlığı ve niteliği sorunu özel önem taşır. Çevre zararlarına yol açmama yükümlülüğünün ihlali halinde, uluslararası toplumun çıkarları temelden zarar göreceği için, çevrenin korunmasına ilişkin kuralların jus cogens niteliğinde oldukları ileri sürülebilir. Sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşamak insanoğlu için temel bir hak olmanın ötesinde, sonuçta yine insanlardan oluşan uluslararası toplumun önde gelen ortak çıkarlarından biridir. İnsanoğlu varlığını belli bir yaşam kalitesi düzeyinde sürdürebilmek ve üretken olabilmek için, gerek ulusal, gerekse uluslararası düzeyde güvenli bir ortama ve barışa gereksinim duyar. Kuvvet kullanma yasağına ilişkin kural, insanlığın barış içinde yaşama

19 1972 Stockholm Konferansı ile ilgili gelişmeler konusunda genel olarak Bkz. (TURGUT, 1998:53-56); KAPLAN, 1997:122; GÜNEŞ, 2000: 31-37).

20 Rio Konferansı ile ilgili gelişmeler konusunda Bkz. (TURGUT, 1998: 61-65; KAPLAN, 1997:127; GÜNEŞ, 2000: 39-41).

hakkını güvence altına almaya yöneliktir; ancak, barış ve güvenlik durumu yalnızca silahlı çatışmaların yokluğu ile sağlanamaz, insani değerlere saygının en üst düzeyde gerçekleştirilebileceği bir ortamın da varlığını gerektirir. Bu çerçevede barış ve güvenlik hakkı, yaşama hakkı çerçevesinde geliştirilen ve uygun bir çevrede yaşama hakkını da içeren bir anlam bütünlüğü içinde değerlendirilmesi gereken bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹

Çevre hakkı 1980'li yıllarda ortaya çıkmaya başlayan dayanışma haklarından biri olarak, barış hakkı, gelişme hakkı, insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı gibi haklarla birlikte gelişmeye başlamıştır. Sömürge yönetimlerinden kurtularak bağımsızlığına kavuşan devletlerin çabalarıyla ortaya çıkan ve konularını evrensel değerlerin oluşturduğu yeni kuşak haklar, devlet sınırlarının ötesinde insanlık ailesinin bütün üyeleri arasında dayanışma anlayışını öne çıkarmakta ve insan hakları alanında birey eksenine dayalı anlayıştan grup ve topluluk eksenine dayanan; kişi özgürlükleri ve siyasi haklar ile sosyal, ekonomik ve kültürel hakları birbirine bağlayan bir anlayışı temsil etmektedir (KABOĞLU, 1995: 7-8). Dayanışma hakları anlayışı çerçevesinde birçok devletin Anayasasında yer alarak ulusal düzenlemelerin ve uygulamanın parçası haline gelen çevre hakkı, . 1972 Stokholm ile 1992 Rio Bildirgeleri gibi esnek hukuk belgelerinde yer almakla birlikte, birinci ve ikinci kuşak haklarda olduğu gibi münferit bir uluslararası sözleşmesinin konusunu henüz oluşturmamaktadır (TURGUT, 1993: 42-43). Dolayısıyla uluslararası düzeyde çevre sorunlarının ve duyarlılığının insan hakları kavramı çerçevesinde ele alınması, insan hakları kavramının çeşitli öğelerinin yeniden yorumlanması yoluyla gerçekleşmektedir. Çevrenin korunması ile insan hakları hukuku arasındaki yakın ilişkinin yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkının bir alt boyutunu oluşturan aşağılayıcı ve insanlık dışı muameleye tabi tutulma yasağı çerçevesinde kurulduğu görülmektedir (UHLMANN, 1998:128). Yaşama hakkı bireylerin yaşamlarına keyfi olarak son verilmesini önlemenin yanısıra yaşamlarının garanti altına alınabilmesi için devletlerin belli temel yükümlülükleri de yerine getirmelerini gerektirir. Çevre sorunları ile bağlantı kurmak gerektiğinde devletlerin kendilerinin veya yetki alanlarında

21 Günümüzde güvenlik, sadece askeri tehditlere karşı değil, sağlıksız çevre koşullarından kaynaklanan ekonomik ve sosyal sorunlara karşı da, gerekli önlemlerin alınmasını gerektirir. Geniş anlamda güvenlik bir yandan siyasi, sosyal ve ekonomik, diğer yandan çevresel koşullarının uygun hale getirilmesi ile sağlanabilir. Dolayısıyla devletlerin en temel işlevlerinden biri olan kamu güvenliğinin sağlanması yalnızca askeri değil, çevreci önlemlerin de alınması yükümlülüğünü ilgili devlete yükler (WESTING, 1989:130).

bulunanların faaliyetlerinden dolayı kişilerin zarar görmelerini önlemeye yönelik yasal çevre önlemlerini alma ve uygulama yükümlülükleri vardır. Bu çerçevede maksimum emisyon standartlarının saptanması, erken uyarı sistemlerinin kurulması ve denetimi, nükleer santraller için güvenlik önlemlerinin alınması gibi bir çok konuda önlemler, yaşama hakkı ve dolayısıyla çevre hakkının öngördüğü zorunluluklar olarak kabul edilmektedir. Yaşama hakkı insan haklarına ilişkin gerek Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, (BMMSHS) gerekse Avrupa, Amerika ve Afrika için söz konusu olan bölgesel insan hakları sözleşmelerinde vazgeçilmez ve olağanüstü durumlarda bile askıya alınamaz temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Bütün insanlığı ilgilendiren ve devletlerin hemen hepsinin Anayasalarında da yerini bulan yaşama hakkının ve bu hakla bağlantılı çevre hakkının jus cogens kriterlerinden uluslararası toplumun ortak yararına ilişkin olma, yaygın kabul görme, mutlak olma, ahliki temeli olma kriterlerini kolayca karşıladığı ileri sürülmektedir.

Uluslararası çevre hukukunda tüm kuralların mutlaka ortak yararı korumaya yönelik olmaması, bazı durumlarda sadece devletlerin münferit çıkarlarına yönelik olmaları mümkündür. İyi komşuluk ilkesi veya kaynakların adil kullanımı gibi geleneksel kuralların hareket noktası devletlerin ülkesel egemenliklerini korumaya yönelik olduğunda, uluslararası toplumun tümüne yönelik bir zarar veya zarar tehdidi söz konusu olmadığı müddetçe jus cogens olmaya aday normlar arasında sayılmayacaklardır. Benzer şekilde zarar vermeme ilkesi de sadece etkilenen devletin çıkarlarını korumaya yönelik ise jus cogens niteliğinde olması düşünülemeyecektir. Bunun yanında ozon tabakasına, küresel iklime, atmosfere, denizlerin ve biyolojik çeşitliliğin korunmasına ilişkin kuralların jus cogens kriterleri içinde en temel kriter olan "ortak yarara ilişkin olma" kriterini karşıladıkları dolayısıyla jus cogens normlarına eşdeğer oldukları ileri sürülebilir.

Uluslararası çevre hukuku doktrinde bu bakış açısını destekleyecek çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülür. Doğal hukuk görüşünden hareket eden bir yaklaşıma göre, çevre hakkı, sürdürülebilir kalkınma hakkı ve insanlığın ortak mirası hakkı, Birleşmiş Milletler Andlaşması başlangıç bölümünde yer alan haklar ile barış hakkı kadar önemli olan, doğal hukukun vazgeçilmez ve devredilmez buyruk kurallarındandır (SINGH, 1988: 46; BOYLE, 2001: 61-85). İnsanoğlunun yaşamda kalabilmesine yönelik ağır bir tehdit söz konusu olduğunda evrensel hukuk ilkelerinin devreye girmesi gerektiğini ileri süren diğer bir görüşe göre, uluslararası oйдаşmanın güçlü olduğu kurallara bazı devletler tarafından yapılacak itiraz, insanlık için ciddi olumsuzluk doğuracak nitelikte ise, söz konusu normların, insanlığın ortak çıkarını korumaya yönelik jus cogens niteliğinde kurallar olarak kabul edilmeleri, dolayısıyla itiraz edip

etmediklerine bakılmaksızın bütün devletleri bağlamaları kaçınılmazdır (CHARNEY, 1993: 542) Çevre sorunlarının, uluslararası toplum ve insanlık üzerindeki yıkıcı etkisinin, nükleer silahlar yoluyla yaratılan etkiden nitelik olarak farklı olmadığını ileri süren diğer bir görüşe göre ise, çevreyi korumayı amaçlayan kuralların, jus cogens niteliğinde olduklarının kabul edilmesi gerekir (BRUNNÉE, 1990: 800). Daha yakın tarihlerde Uhlmann tarafından önerilen jus cogens normları ise, devletler tarafından da yaygın olarak desteklenen silahlı çatışma hallerinde çevreye kasıtlı olarak verilecek ciddi çevre zararlarının yasaklanması, uluslararası toplumun tümünü tehdit eden çevre zararlarını önlemeye yükümlülüğü ile sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı gibi kurallardan oluşmaktadır. Uhlmann esasa ilişkin bu kuralların, uluslararası çevre hukuku kurallarının uygulanmasında önemli yere sahip olan, haber verme, işbirliği yapma ve danışma yükümlükleri ile yine insan hakları kurallarının uygulanmasını sağlayan bilgi alma, katılma ve hukuk yollarına başvurma hakkı gibi usuli haklarla uygulama şansları olduğunu, bu nedenle bu hakların da jus cogens kategorisinde değerlendirilmesinin anlamlı olacağını, ancak bu kuralların devlet uygulamalarında yeterince yer bulamamaları nedeniyle bugün için jus cogens niteliğinde sayılamayacağını ileri sürmektedir.²² Uhlmann uluslararası çevre hukukunda sıklıkla yer verilen sürdürülebilir kalkınma ve ihtiyat ilkelerinin ise bunlar kural değil prensip oldukları ve ilkelerin kurallardan farklı olarak “koşullar oluşunca gerekli hukuksal sonuçları doğuramayacakları” gerekçesi ile henüz jus cogens kategorisine girecek olgunlukta olmadıklarını ileri sürmektedir (UHLMANN, 1998: 118-119). Hiçbir devletin egemenliğine tabi olmayan küresel müştereklerin barışçıl amaçla kullanılması, korunması, mülkiyete konu olmaması ve buradan elde edilecek ekonomik faydanın paylaşılması bakımından da jus cogens önermesi yapıldığı görülmektedir.²³

Doktrindeki tüm bu görüşlerin, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu’nda (UHK) benimsenen genel eğilimle uygunluk içinde olduğu görülmektedir. UHK’nda uluslararası suçlarla ilgili sözleşme hazırlığı çalışmaları sırasında, suç kategorileri oluşturulurken, soykırım, ırk ayırmacılığı, kölelik yanında, atmosfer ve denizlerde ağır ve kitlesel kirlenmeye yol açılması da, uluslararası toplumun

22 Aksi görüş, çevreye ilişkin esas hakların korunmasının ancak usule ilişkin hakların kullanımı yoluyla sağlanabileceği düşüncesiyle, çevreye ilişkin yukarıda sözü edilen usuli hakların jus cogens teşkil etmesi gerektiği ileri sürmektedir (BRUNNEE, 1990:794-795).

23 Açık denizlerde kirlenmenin önlenmesi ve küresel müştereklere zarar verme yasaklarına ilişkin normların yer aldığı çalışmalarla ilgili olarak Bkz. (SCHACHTER, 1991: 211) Ayrıca Bkz.(BAŞLAR, 1998:366).

temel çıkarlarını ihlal eden bir fiil olarak kabul edilmiştir (GILBERT, 1990: 345-369) Suç teşkil eden söz konusu ilk üç eylemin yasaklanmasına ilişkin kuralların jus cogens teşkil ettiği konusunda uluslararası hukukta herhangi bir görüş ayrılığı olmadığı görülmektedir. Çevreye zarar verilmesini yasaklayan ve bunu uluslararası suç olarak kabul eden bu anlayışın, diğer suçlar bakımından kabul ettiği jus cogens niteliğini, çevreye ilişkin yasaklayıcı kural bakımından da kabul etmesine kuramsal düzeyde herhangi bir engel bulunmamaktadır. UHK'nun açıkça uluslararası toplumun temel çıkarlarının ihlali olarak öngördüğü durumlardan biri olarak, çevre zararlarına yol açmama yükümlülüğünün sayılmış olması, dolayısıyla çevre zararlarına yol açılması durumunda, uluslararası toplumun temel çıkarlarının ihlal edilmiş olacağına teyid edilmiş olması, çevre zararlarını önlemeye yönelik kuralların jus cogens olarak kabulü için, sağlam bir dayanak oluşturmaktadır.²⁴

Çevrenin korunmasına, özellikle atmosferin ve deniz alanlarının kirlenmesinin önlenmesine ilişkin kuralların, jus cogens niteliğinde olduğunun, ülke temsilcileri tarafından, çeşitli uluslararası konferanslarda da gündeme getirildiği görülmektedir. Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı sırasında, Şili, "insanlığın ortak mirası kavramı" ile ilgili olarak BMDHS'nin (Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi) XI. Bölümündeki düzenlemelerin, jus cogens niteliğinde kabul edilmesi gerektiğine ilişkin taslak maddesi hazırlamıştır.²⁵ Söz konusu öneri kabul edilmemekle beraber, 1982 BMDHS'ne taraf devletlerin deniz yatağı üzerindeki faaliyetlerine önemli sınırlandırmalar getirildiği, dolayısıyla Şili'nin önerisinin jus cogens ölçüsünde olmamakla beraber uluslararası toplum tarafından dikkate alındığı gözlenmektedir.²⁶

24UHK'nda bu konuda yapılan çalışmalarla ilgili olarak Bkz. Yearbook of International Law Commission, 1995, vol. II, part II, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Forty-Seventh Session, s. 30, prg.119-121, s.54-57, prg. 304-319, s.84 vd.

25 Şili'nin önerisine göre; "Bu sözleşmeye taraf olan devletler, sözleşmenin 136. maddesinde yer alan insanlığın ortak mirasına ilişkin düzenlemenin, kendisinden hiçbir surette saptmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan, uluslararası hukukun emredici bir normu olduğunu, uluslararası toplumun bütünü adına kabul eder ve tanırlar". Şili'nin 29 Ağustos 1979 tarihli önerisi için Bkz. Conference Document FC/14 (OXMAN, 1980: 39).

26 BMDHS'nin 311. madde, 6. fıkrasına göre; "Taraf devletler, 136.maddede ifadesini bulan insanlığın ortak mirasına ilişkin temel prensipte herhangi bir değişiklik yapılmayacağını ve bu prensipten sapan hiçbir anlaşmaya taraf olmayacaklarını kabul ederler". Metin için bkz. (ÖZMAN, 1984).

Çevre kaynaklarının sürdürülebilir, ölçülü ve gelecek nesillerin haklarına saygılı bir şekilde, barışçıl amaçlarla ve adil bir şekilde kullanılmasının salt ahlaki kural olmanın ötesinde, uygulanan hukuk bakımından da bir anlam taşınması isteniyorsa, bu ilkelerin devletler tarafından açıkça kabul edilmesini beklemek yerine; bu ve buna benzer ilke ve normların pozitif hukukun üstünde, uluslararası hukukun buyruk kuralları olarak kabul ve ilan edilmesinin, çevrenin uluslararası düzende korunması çabalarına önemli katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

Sonuç

Uluslararası toplumun ortak değerlerinin korunması ve böylece uluslararası kamu düzeninin sağlanması gibi önemli işlevler görme potansiyeli taşıyan jus cogens terim olarak 1930'lu yıllarda kullanılmaya başlanmış olmakla beraber, gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk bakımından yüzyıllardan beri mevcut olan bir anlayışı yansıtır. Uluslararası hukukta jus cogens-jus dispositivum ayrımının Grotius ve çağdaşları dönemi kadar eskilere gittiği, modern jus cogens teorisinde olduğu gibi, devlet egemenliğinin sınırlandırılması anlayışına dayanan, doğal hukuk okulu tarafından geliştirildiği görülmektedir (UHLMANN, 1998: 101). Bu kavramın uluslararası pozitif hukukun bir parçası olarak ortaya çıkmasında Birleşmiş Milletler Andlaşmalar Hukuku konferansı ve bu konferans sonucu kabul edilen 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi dönüm noktası olmuştur. II .Dünya Savaşı'ndan sonra savaşın kazanan devletleri, uluslararası düzeni özgün kurumsal temeller üzerine yeniden inşa çabası içine girmişlerdi. Bu çerçevede barış, insan hakları, ekonomik, kültürel haklar ve kendi kaderini tayin gibi, uluslararası toplumun ve onun hukuk sisteminin geleceği için önemli görülen değerlerin özel olarak korunması gereği ortaya konulmaktaydı. Devletlerin, yerine getirmekten kaçınmayacağı temel normlar sorunu böyle bir siyasi atmosferde gündeme gelmiştir. 1960'lı yıllarda sürdürülen çalışmalarda jus cogensin üzerinde uzlaşılabilir bir tanımı yapılamamış, sadece belli kriterlerden söz edilmiş ve bu nitelikte sayılmaya aday olabilecek normlar üzerinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Tüm bu doktriner çabalara uygulamada işlerlik kazandıracak süreçler oluşturulamamış, dolayısıyla jus cogensin devlet uygulamaları ve mahkeme kararlarına yansımaları çok cılız ve yetersiz kalmıştır. Jus cogensin devletlerin tek taraflı eylem ve işlemleri bakımından çok, andlaşmalar hukuku çerçevesinde ele alınmış ve pozitif hukuka da sadece bu çerçeve içinde dahil edilmiş olması da, doktrini çok daha anlamlı hale getirecek açılımların yapılmasını engellemiştir.

Çevre sorunlarının sınırötesi etkilerinin aldığı boyut karşısında jus cogens doktrininin bu sorunlar açısından da ele alınmasının gerekli olduğu, ancak konunun uluslararası hukuk yazarları tarafından istenilen ölçüde irdelenmediği gözlenmektedir. Uluslararası hukukun temel normlarının oluşturulmasında, devletlerin ortak yararı kavramının başlıca temeli oluşturduğunu görüyoruz. Küresel çevrenin korunması da ortak yarar anlayışının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Jus Cogens niteliğindeki normların özelliği söz konusu normların ihlal edilmesi halinde, sadece zarar gören devletin değil diğer devletlerin de ihlali oradan kaldırıcı önlemler almaya yetkili kılınmış olmalarıdır. Üçüncü devletlerin müdahalesi uluslararası çevre hukukunun gerçek anlamda uygulanabilmesi açısından olumlu ve arzu edilir olmakla beraber, bertaraf edilmesi gereken sakıncaları da vardır.²⁷ Uluslararası toplumun karşı karşıya bulunduğu sorun, gerekli olduğu hallerde üçüncü devlet müdahalesini olanaklı hale getiren, ancak hakkın kötüye kullanımını da önleyen, dolayısıyla yan etkileri en aza indirgenmiş, etkin ve kurumsallaşmış bir sistemin oluşturulabilmesi sorunudur (CHARNEY, 1989: 59). Merkezi bir yasama ve yürütme erkinin henüz mevcut olmadığı uluslararası sistemde, bu amacın gerçekleştirilmesi için en uygun zemin herhalde Birleşmiş Milletler Örgütü'dür. Ancak örgütün özellikle Güvenlik Konseyi'nin mevcut yapısı, Birleşmiş Milletler kararlarının etkili uygulanmasının önündeki kurumsal engeller, yetkilerinin sınırlılığı, küresel çevre sorunlarına müdahale etmede gereken kolaylığı sağlamaktan uzak görünmektedir. Çevrenin daha etkin ve zamanında korunması için Birleşmiş Milletler Vesayet Konseyi'nin yetkilendirilmesine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüş ise de, gerekli örgütsel mekanizma henüz oluşturulamamıştır (KÜRESEL KOMŞULUK RAPORU, 1995).

Uluslararası çevre hukukunun henüz gelişmekte olan genç bir hukuk dalı olması, bu alanda söz konusu olan ilke ve kuralların pratikte etkin bir işlerliğe sahip olacak olgunluğa erişememiş olması gibi bir durum yaratmakta ve jus cogens doktrininin bu alanda uygulanması bakımından belli güçlükler taşımaktadır. Benzer bir durum insan hakları hukuku alanında da yaşanmıştır, insan hakları alanında uluslararası düzeyde kaydedilen olumlu gelişmeler, kuramsal çalışmaların uygulamayı ne derece olumlu etkilediğinin örnekleri ile doludur. Günümüz koşullarında uluslararası hukuk artık işbirliğine dayanan modelden, ortak yarar modeline yönelmek durumundadır. Ekolojik bütünsellik ile siyasi ve idari bölünme arasındaki çelişki ve uçurumu ortadan kaldırmak

27 Erga omnes hak ve yükümlülüklerin kullanımına ilişkin sorunlar için bkz (SCHACHTER, 1991:208-213).

gibi bir işlev üstlenme durumunda kalan uluslararası hukuk disiplini, jus cogens teorisi ile ilgilenmek ve teorinin uygulamaya aktarılmasının koşullarını irdelemek durumundadır. Küresel sorunların günümüzde aldığı boyut karşısında, 1960'lı yıllarda başlanan jus cogens tartışmalarının sonuç alıcı süreçlerin parçası haline getirilmesi kaçınılmaz bir gereksinim olarak karşımızdadır.

Kaynakça

- ALEXIDZE, Levan (1981), "Legal Nature of Jus Cogens," *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, III: 223-270.
- ALLOTT, P. (1999), "The Concept of International Law," *European Journal of International Law*, 10: 31-50.
- BAŞLAR, Kemal (1998), *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law* (London: Martinus Nijhoff Publishers).
- BIRNIE, Patricia/ BOYLE, Alan (1994), *International Law and The Environment* (New York: Oxford University Press).
- BOYLE, Alan (2001), "Codification of International Environmental Law and The International Law Commission: Injurious Consequences Revisited", BOYLE, Alan/FREESTONE, David (eds.), *International Law and Sustainable Development* (United States: Oxford University Press) : 61-85.
- BRUNNÉE, J. (1990), "Common Interest, Echoes from Empty Shell?," *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 49: 791-808.
- CHARNEY, Jonathan I. (1989), "Third State Remedies in International Law," *Michigan Journal of International Law*, 10: 57-101.
- CHARNEY, Jonathan I. (1993), "Universal International Law," *American Journal of International Law*, 87: 527-551.
- ÇELİK, Edip F. (1975), *Milletlerarası Hukuk*, Cilt 1 (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 3.Baskı).
- DENK, Erdem (2001), "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 56/2: 43-70
- GAJA, Giorgio (1981), "Jus Cogens Beyond the Vienna Convention," *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, III: 271-316.
- GANGL, T. Walter (1980), "The Jus Cogens Dimension of Nuclear Technology," *Cornell Internatioanal Law Journal*, 13: 63-87.
- GILBERT, Geoff (1990), "The Criminal Responsibility of States," *International and Comparative Law Quarterly*, 39: 345-369.
- GÜNDÜZ, Aslan (1998), *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar* (İstanbul:Beta Yayınevi, Geliştirilmiş 3.Baskı).
- GÜNEŞ, Şule (2000), *Uluslararası Çevre Hukukunda Yeni Eğilimler, Karadeniz Çevre Programı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- ICJ REPORTS OF JUDGEMENTS (1970) (1986) (1996) (1997).
- KABOĞLU, İbrahim (1995), *Çevre Hakkı* (İstanbul: İletişim Yayınları).
- KAPLAN, Ayşegül (1997), *Küresel Çevre Sorunları ve Politikaları* (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları).
- KISS, Alexandre/ SHELTON, Dinah (1994), *International Environmental Law, 1994 Supplement* (New York: Transnational Publishers).

- KÜRESEL, KOMŞULUK (1996), *Küresel Yönetim Komisyonu'nun Raporu* (Ankara: Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını) (Çev.: Belkıs Çorakçı Dişbudak).
- MACDONALD, R. ST. J. (1987), "Fundamental Norms in Contemporary International Law," *Canadian Yearbook of International Law*, XXV:115-149.
- MC.DOUGAL, M./ LASSWELL H.D./ CHEN L. (1980), *Human Rights and World Public Order* (USA: Yale University Press).
- MERON, T. (1986), "On A Hierarchy of Human Rights," *American Journal of International Law*, 80: 1-23.
- ONUF, N. G. / BIRNEY, Richard K. (1974), "Peremptory Norms of International Law: Their Function and the Future," *Denver Journal of International Law and Policy*, 4/1:187-198.
- ORTAK GELECEĞİMİZ (1989), *Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu* (Ankara: Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını) (Çev.:Belkıs Çorakçı).
- OXMAN, Bernard H. (1980), "The Third UN Conference on the Law of the Sea: The Eight Session," *American Journal of International Law*, 74: 1-47.
- ÖZMAN, Aydoğan (1984), *1982 BMDHS* (İstanbul:İstanbul Deniz Ticaret Odası Yayını).
- PAZARCI, Hüseyin (2003), *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. kitap (Ankara:Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7.Baskı).
- PAZARCI, Hüseyin (1977), "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı," *Prof.Dr. Bülent Nuri Esen'e Armağan* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını): 365-379.
- SCHACHTER, Oscar (1991), *International Law in Theory and Practice* (Boston:Martinus Nijhoff Publishers).
- SCHWARZENBERGER, Georg (1964), "International Jus Cogens," *Texas Law Review*, 43:455-478.
- SCHWELB, E. (1967), "Some Aspects of International Jus Cogens As Formulated by the International Law Commission," *American Journal of International Law*, 61: 946-975.
- SINGH, N. (1988), "Right to Environment and Sustainable Development as a Principle of International Law," *Studia Diplomatica*, 41/1: 45-61.
- SOHN, Louis B. (1986), *International Organization and Integration* (Dordrecht:Martinus Nijhoff Publishers).
- STEIN, Ted (1985), "The Approach of the Different Drummer; The Principle of Persistent Objector in International Law," *Harvard International Law Journal*, 26/2: 457-482.
- THIRLWAY, Hugh (1990), "The Law and the Procedure of the International Court of Justice 1960-1989," *The British Year Book of International Law*: 1-158.
- TURGUT, Nühket (1993), *Çevre ve Yurttaşlar* (Ankara:Savaş Yayınevi).
- TURGUT, Nühket (1998), *Çevre Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi).
- UHLMANN, Eva M. Kornicker (1998), "State Community Interests, Jus Cogens and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms," *The Georgetown International Environmental Law Review*, 11: 101-135.
- VERDROSS, Alfred (1937), "Forbidden Treaties in International Law," *American Journal of International Law*, 31:571-577.
- VERDROSS, Alfred (1966), "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law?," *American Journal of International Law*, 60: 55-63.
- WEIL, Prosper (1983), "Towards Relative Normativity in International Law," *American Journal of International Law*, 77: 413-442.
- WEISS, Edith Brown (1989), *In Fairness to Future Generations* (New York: Dobbs Ferry Transnational Publishers).
- WESTING, Arhtur H. (1989), "The Environmental Component of Comprehensive Security," *Bulletin of Peace Proposals*, 20/2:129-134.
- YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW COMMISSION (1963) (1995).