

Uluslararası Teamül Hukukunun Manevi Unsuru: *Opinio Juris*^(*)

The Psychological Element of Customary International Law: *Opinio Juris*

Selcen Nur KIŞLA^(**)

Öz:

Uluslararası teamül hukuku, uluslararası hukukun en eski kaynağıdır. Uluslararası hukukta andlaşmaların sayısındaki kayda değer artışa ve en önemli kaynak olarak kabul edilmesine rağmen önemini halen korumaktadır. Fakat, andlaşmalar gibi yazılı bir kaynak olmaması, birtakım zorlukları da beraberinde getirmektedir. Çünkü uluslararası teamül hukuku, devlet uygulamalarının incelenmesini gerektirdiği için andlaşmaların sahip olduğu açıklığa sahip değildir. O nedenle her şeyden önce ispatlanması gerekir. Fakat bu konu, önemli zorluklar barındırmaktadır. Öncelikle ispat hem maddi hem manevi unsur bağlamında ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir sorundur. Fakat bu zorluğu daha da pekiştiren şey manevi unsur yani, *opinio juris*'tir. Çünkü tüzel kişiliğe sahip olan devletlerin uygulamalarına hukuki inanç atfetmek ve bunu ispat etmek son derece zordur. Uluslararası teamül hukukunun maddi unsuru; devletlerin uygulamaları ile alakalı olduğu için ne kastedildiği anlaşılabilmektedir. Fakat *opinio juris* açıklanmaya muhtaçtır. Ayrıca, uluslararası teamül hukukuna asıl hukuk kuralı vasfını kazandıran unsur *opinio juris*'tir. Çünkü, teamülün tanımlı devlet uygulaması ile sınırlanacak olursa, uluslararası nezaket kuralları gibi kurallardan ayrılması mümkün olmaz. Bazen *opinio juris*'in ispat şekilleri ile devlet uygulama biçimleri arasında örtüşmeler olabilir. Bu durum, bir unsurun ispatının diğeri için de yeterli görülmesi anlayışına yol açmamalıdır. Aksi halde, teamül hukuku tek bir unsura indirgenmiş olur. Ayrıca bu yöntem, doğru bir yöntem değildir. *Opinio juris*'in tespiti bütün deliller ışığında yapılmalı ve devletlerin uygulamada bulunurken ilgili kuralı hukuk kuralı olarak kabul ettikleri ispatlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler:

Uluslararası Hukuk, Uluslararası Hukukun Kaynakları, Uluslararası Teamül Hukuku, Manevi Unsur, *Opinio Juris*.

(*) Araştırma Makalesi / Research Article
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.05.2025
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 31.10.2025
DOI: 10.58733/İmhfd.1702157

Bu makaleye atıf için: Selcen Nur Kışla, 'Uluslararası Teamül Hukukunun Manevi Unsuru: *Opinio Juris*' 2026 11(1) İMHFD 159-185

(**) Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale - Türkiye
E-posta: selcennur@hotmail.com
Orcid: 0000-0002-5659-0789

Abstract:

Customary international law is the oldest source of international law. Despite the significant increase in the number of treaties in international law and their acceptance as the most important source, it still maintains its importance. However, the lack of a written source such as treaties brings with it some difficulties. Because customary international law requires the examination of state practices, it does not have the clarity that treaties have. Therefore, it must first of all be proven. However, this issue contains significant difficulties. First of all, evidence is a problem that needs to be evaluated separately in context of both material and psychological elements. However, what further reinforces this difficulty is the psychological element: *opinio juris*. Because it is extremely difficult to attribute legal belief to states, which are legal entities, and to prove it. The material element of customary international law; it is understandable why it is mentioned because it is related to the activities of the state. However, *opinio juris* needs more explanation. Moreover, the element that gives customary international law the real characteristic of a legal rule is *opinio juris*. Because, if the definition of custom is limited to state practice, it is not possible to separate it from rules such as international courtesy rules. Sometimes there may be overlaps between the forms of evidence of *opinio juris* and the forms of state practice. This should not lead to the understanding that evidence for one element is sufficient for the other. Otherwise, customary international law will be transformed into a single element. In addition, this method is not a correct method. The determination of the *opinio juris* must be made in the light of all the evidence and it must be proven that the states accept the practice as law.

Keywords:

International Law, Sources of International Law, Customary International Law, Psychological Element, *Opinio Juris*.

Extended Summary:

The second source of international law listed in the article of 38 of The Statute of the International Court of Justice is “*international custom, as evidence of a general practice accepted as law*”. Customary international law is the oldest source of international law. Despite the significant increase in the number of international treaties in international law and their acceptance as the most important source, customary international law still maintains its importance today.

Customary international law continues to exist on its own, even when the same rule is found in a international treaty. Even in areas governed by widely accepted codification treaties, it continues to regulate matters not governed by the international treaties and to be applied between non-parties and parties. It can also fill gaps in international treaties and assist in their interpretation. It also allows the legal rules in international treaties to develop through the “subsequent practice” of the parties. This is important in ensuring that the law conforms to political events. In addition, customary international law rules may tend to terminate a particular treaty or treaty rule. However, the lack of a written source such as treaties brings with it some difficulties. Because customary international law requires the examination of state practices, it does not have the clarity that international treaties have. Therefore, it must first of all be proven. However, this issue contains significant difficulties.

There are two elements of customary international law. The first of these is the general practice of states, also known as the material element or objective element. The other element is *opinio juris*. It is also known as the subjective element or psychological element. *Opinio juris* can be briefly defined as the acceptance of this practice as law by the states. State practice alone is not sufficient for the formation of customary international law; it must be shown that it is accompanied by the belief that it reflects a legal obligation.

First of all, evidence is a problem that needs to be evaluated separately in context of both material element and psychological element. However, what further reinforces this difficulty is the psychological element: *opinio juris*. Because it is extremely difficult to attribute legal belief to

states, which are legal entities, and to prove it. The material element of customary international law; it is understandable why it is mentioned because it is related to the activities of the state. However, *opinio juris* needs more explanation. Moreover, the element that gives customary international law the real characteristic of a legal rule is *opinio juris*.

Sometimes it is possible for the evidence of *opinio juris* to be found in the same material as the objective element. In other words; it is possible for there to be overlaps between the forms of evidence of *opinio juris* and the forms of state practice. However, this should not lead to the understanding that evidence for one element is sufficient for the other element. Because, this approach leads to the result of customary international law turning into a single element. A general state practice may not be considered as expressive of customary international law. As The International Court of Justice stated in “*North Sea Continental Shelf case*”: “... acting, or agreeing to act in a certain way, does not of itself demonstrate anything of a juridical nature...”, “Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. ... The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation ... there are many international acts,..., which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.” In addition, this method is not a correct method. Because, main evidence of *opinio juris* may take a wide range of forms. For example; international treaty provisions, government legal opinions, official publications, decisions of national courts, resolutions of international organizations... The determination of the *opinio juris* must be made in the light of all the evidence and it must be proven that the states accept the practice as law.

In this article, *opinio juris*, also known as the subjective or psychological element of customary international law, is tried to be explained on the basis of its definition, nature and function, evidence and forms of evidence, due to its characteristics compared to the material element.

GİRİŞ

Uluslararası hukukun şekli kaynaklarına işaret ettiği kabul edilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi; Uluslararası Adalet Divanı'nın uluslararası uyuşmazlıkları çözerken başvuracağı kaynaklar arasında ilk sırada uluslararası andlaşmaları, ikinci sırada ise uluslararası teamül hukukunu saymaktadır. Madde 38/1-b'nin, uluslararası teamül hukuku hakkındaki düzenlemesi şu şekildedir: “*hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak teamül hukuku kuralları*”¹. İlgili düzenleme, teamül hukukunun iki unsuru olduğuna işaret etmektedir. Bunlardan ilki “*maddi unsur*” olarak da anılan devletlerin genel uygulaması iken; diğeri “*manevi unsur*” olarak da anılan bu uygulamanın devletlerce hukuk olarak kabul edilmiş olmasıdır.²

Maddi unsur kısaca, aynı durumlarda aynı davranış ve tutumların sürekli olarak tekrarlanmasıdır.³ Diğer bir anlatımla; devletlerin genel, tutarlı ve tekdüzelik taşıyan uygulamaları olup, devletlerin aynı olaylar karşısında her zaman aynı şekilde davrandıklarını gösteren genel bir uygulamanın ispatı gerekir.⁴ Buradaki genellik, bütün devletler tarafından uygulanmasının zorunlu olması demek değildir. O konuda bir davranışta bulunma olanağına sahip devletlerin sayısı ve nitelikleridir.⁵ Yani, menfaatleri özel olarak etkilenen devletlerin katılımını da içermesi koşuluyla, sözleşmeye çok yaygın ve temsil edici bir çoğunlukla katılım, yeterli olabilecektir.⁶ *Opinio juris* olarak da anılan manevi unsur ise kısaca hukukilik inancı, gereklilik düşüncesi, uygulamada öngörülen şekilde davranmanın hukuk olduğu inancı olarak tanımlanabilir.⁷ Fakat, *opinio juris*'in “*inanç*” kavramı ile tanımlanması ve tüzel bir kişilik olan devletle inanç kavramlarının kolayca bir araya getirilecek kavramlar olmaması onu; zaman zaman doktrinde var olmadığı öne sürülen ya da var olduğu kabul edilse dahi ispatının zor olduğu hususunda hakkında yaygın görüş bulunan bir unsur haline getirmiştir.

¹ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün Türkçe metni için bkz. (Çevrimiçi) chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093041bm_02.pdf, E.T. 10.04.2025.

² GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, Ed. Reşat Volkan Günel, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024, s. 16.

³ PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 108.

⁴ GÜNDÜZ, s. 16.

⁵ TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur/ ARIKOĞLU, Enver/ AKÜN, Verda Neslihan, Derleyen, **Toluner Milletlerarası Hukuk: Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından**, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2023, s. 38.

⁶ Bkz. North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, s. 42, para. 73.

⁷ TÜTÜNCÜ/ARIKOĞLU/AKÜN, s. 39.

Teamül hukukunun maddi unsuru; devletin davranışları yani uygulamaları ile alakalı olduğu için anlaşılabilir. Fakat aynı şey, manevi unsur için kolaylıkla söylenemez. *Opinio juris* açıklanmaya daha çok muhtaçtır. Çünkü, teamülün tanımı devlet uygulaması ile sınırlanacak olursa, uluslararası hukukun nezaket kurallarından ya da sosyal teamüllerden nasıl ayrılacağı sorunu ile baş başa kalır.⁸ O nedenle *opinio juris*'i, teamül hukukunun ayırt edici vasfı⁹ olarak nitelendirmek haksız bir yaklaşım olmayacaktır.

Bu makalede, uluslararası teamül hukukunun manevi unsuru¹⁰ olarak da anılan “*opinio juris*”; maddi unsura nazaran taşıdığı hususiyetler nedeniyle tanımı, doğası ve işlevi, ispatı, ispat şekilleri temelinde açıklanmaya çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK

Günümüzde uluslararası andlaşmaların sayısındaki önemli artış başta olmak üzere çeşitli avantajları nedeniyle andlaşmaların artık uluslararası teamül hukukundan daha önemli bir uluslararası hukuk kaynağı haline geldiği doktrinde zaman zaman öne sürülmektedir.¹¹ Fakat bu durum, teamül hukukunun öneminin tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmez. Çünkü, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun 17 Mayıs 2013 tarihli Uluslararası Teamül Hukukunun Oluşumu ve İspatı Hakkında Birinci Raporu’nda¹² da ifade edildiği üzere; bir andlaşmada aynı kuralın bulunması durumunda bile teamül hukuku kendi başına varlığını korur.¹³ Yaygın kabul görmüş ve bir alandaki kuralları kodlaştıran sözleşmelerin söz konusu olduğu durumlarda dahi sözleşmeler tarafından düzenlenmeyen alanları düzenlemeye ve taraf olmayanlarla taraflar arasında uygulanmaya devam eder. Andlaşmalardaki boşlukları doldurabilir ve

⁸ SHAW, Malcolm N., **Uluslararası Hukuk**, Çeviri Ed. İbrahim Kaya, 8. Baskı, TÜBA Yayınları, 2018, s. 53.

⁹ STEPIEN, Michal, “Taking the Two-Elements Theory of International Customary Law Seriously-Problems with Double Counting”, **Wroclaw Review of Law Administration & Economics**, Y. 2018, C. 8, S.2, s. 85-96, s. 86.

¹⁰ Doktrinde yaygın olarak manevi, psikolojik ya da subjektif unsur olarak nitelendirilen *opinio juris*, Seha Meray tarafından ruhi ve fikri unsur olarak da isimlendirilmiştir. Bkz. MERAY, Seha, **Devletler Hukukuna Giriş: Birinci Cilt**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960, s. 83.

¹¹ Örn. bkz. KOLB, Robert, **The Law of Treaties**, Edward Elgar Publishing, 2016, 4. ACER, Yücel/KAYA, İbrahim, **Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, 79; KAYA, İslam Safa, **Uluslararası Hukuk: Temel Bilgiler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 41.

¹² İlgili rapor için bkz. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **First Report on Formation and Evidence of Customary International Law**, by Sir Michael Wood, **Special Rapporteur**, UN Document A/CN.4/663, 17 May 2013.

¹³ Bkz. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **First Report**, s. 124, para. 34.

yorumlanmalarına yardımcı olabilir.¹⁴ Aynı zamanda, andlaşmalarda yer alan hukukun, tarafların “*sonraki uygulamaları*” yoluyla gelişmesine izin verir. Bu, hukukun siyasi olaylarla uyumunu sağlamak açısından önemlidir.¹⁵ Yine teamül hukuku kuralları, belli bir andlaşmanın ya da andlaşma kuralının ortadan kaldırılmasına da yönelebilir. Bu halde taraf devletler, andlaşmanın gereklerini yerine getirmekten kaçınarak zamanla bu andlaşmanın kaldırılması yönünde bir teamül de oluşturabilirler¹⁶

Gerek uluslararası hukukun en eski kaynağı olması gerekse önemini günümüzde de hala koruyor olması hakikatine rağmen teamül hukukunun, andlaşmalar gibi yazılı bir kaynak olmaması birtakım zorlukları beraberinde getirmektedir.

Öncelikle, teamül hukuku devlet uygulamalarının incelenmesini gerektirdiği için ekseriyetle andlaşmaların sahip olduğu açıklığa sahip değildir.¹⁷ O nedenle her şeyden önce varlığının ispatlanması gerekir.¹⁸ Fakat bu konu önemli zorluklar barındırmaktadır. Öncelikle, ispat hem maddi hem manevi unsur bağlamında ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir sorundur. Fakat bu zorluğu daha da pekiştiren şey hiç şüphesiz manevi unsurun bizzat kendisidir. Uluslararası teamül hukukunun manevi unsuru şeklinde de adlandırılan *opinio juris*’in bu şekilde adlandırılmasının da açıkça anlattığı ve ayrıca, doktrinde de yer yer ifade edildiği gibi: Tüzel kişiliğe sahip olan devletlere psikolojik duygular atfetmek¹⁹ ve unsurun az sonra bahsedileceği üzere hukuki inanç kavramı ile tarif edilmesi nedeniyle ispatı kolay değildir.

Opinio juris’in ispatının bu zorluğu doktrini farklı görüşlere sevk etmiştir.²⁰ Bu bağlamda örneğin, uluslararası teamül hukukunun varlığını sadece maddi unsura indiren görüşlere rastlanabildiği gibi²¹ iki unsurun varlığını kabul eden,

¹⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **First Report**, s. 124-125, para. 35.

¹⁵ KOLB, s. 125-126.

¹⁶ ALBAYRAK, Gökhan/GÜLTEKİN-ALBAYRAK, Betül, “Uluslararası Hukukta Uluslararası Teamül Kurallarının Antlaşmalar ile İlişkisi”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 9, S. 2, s. 273-292, s. 284.

¹⁷ MERAY, s. 85.

¹⁸ DEMİREL, Naim, **Uluslararası Hukukun Kaynakları**, Der yayınları, İstanbul, 2019, s. 145.

¹⁹ Örn. bkz. GÜNDÜZ, s. 18.

²⁰ Doktrindeki ilgili tartışma için bkz. TÜTÜNCÜ/ARIKOĞLU/AKÜN, s. 39-42.

²¹ Örneğin, Guggenheim’e göre *opinio juris*’in ispatı imkansızdır. O nedenle bu unsurdan vazgeçilmelidir. İlgili görüş için bkz. GUGGENHEIM, Paul, **Traité de Droit international public: Avec mention de la pratique internationale et suisse**, Tome I, Librairie de l’Université, Georg & Cie S.A., Genève, 1953, s. 47’den aktaran TÜTÜNCÜ/ARIKOĞLU/AKÜN, s. 39, 40. Ayrıca, sadece maddi unsuru kabul eden başka bir görüş için bkz. LAUTERPACHT, Hersch, **The Development of International Law by The International Court**, Stevens and Sons Limited, 1958, s. 380’den aktaran GUZMAN, Andrew T. “Saving Customary International Law”, **Mich. J. Int’l L.**, Y. 2005, C. 27, s. 149.

fakat maddi unsurun ispatlanmasını *opinio juris*'in ispatı için de yeterli gören görüşlere de rastlanabilmektedir.²²

II. “OPINIO JURIS” KAVRAMI

Devletlerin uygulamalarından teamül hukuku kurallarının var olduğu sonucunu çıkarmak için, maddi unsur yani devletlerin davranışlarını incelemenin yanı sıra bu davranışları niçin ve hangi saikle yaptıklarını da incelemek gerekir. Başka bir deyişle, devlet uygulamalarının varlığı tek başına yeterli değildir; bunlara, hukuki bir yükümlülüğü/gerekliliği/zorunluluğu yansıttığı inancının eşlik etmesi gerekir.²³ Bu inanç da *opinio juris*'e işaret eder.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2018 yılında kabul ettiği Uluslararası Teamül Hukukunun Tespitine Dair Taslak Sonuçları ve Şerhi'ndeki ifadesi ile “*Belirli bir uygulamanın yeterince yaygın ve temsili sayıda devlet tarafından tutarlı bir şekilde takip edildiğini tespit etmek, bir teamül hukuku kuralını tanımlamak için kendi başına yeterli değildir. Her durumda, söz konusu uygulamanın bağlayıcı niteliğine ilişkin devletler arasında bir opinio juris'in yani hukuk olarak kabulün var olduğu konusunda ikna olunmasını da gerektirir.*”²⁴ Kısacası, “*opinio juris*'in rolü, devlet uygulamalarından hangilerinin hukuki sonuçları olduğunu belirlemektir”²⁵ denilebilir.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38/1-b'de “*hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulama*” olarak anılan *opinio juris*'in, söz konusu devlet uygulamasına hukuki bir hak veya yükümlülük duygusunun eşlik etmesi gerekliliği şeklinde tanımlanması²⁶ da mümkündür. *Opinio juris*'in psikolojik boyutu, uygulamanın objektifliğine karşıt olan subjektifliğini gösterir.²⁷ Bazı yazarlar, *opinio juris*'in varlığını ve önemini kabul etmekle birlikte devletin psikolojisinin olmayacağını savu-

²² Örn. bkz. MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London and New York, 1997, 44; BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, s. 8, 9.

²³ MALANCZUK, s. 44.

²⁴ Bkz. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, UN Doc. A/73/10, 2018, (Çevrimiçi) chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_3_2018.pdf, E.T. 11.02.2025, s.138.

²⁵ D'AMATO, Anthony, “Trashing Customary International Law”, *American Journal of International Law*, Y. 1987, C. 81, S. 1, s. 101-105, s. 102.

²⁶ SENDER, Omri/ WOOD, Michael, *Identification of Customary International Law*, Oxford University Press, 2024, 162. Ayrıca bkz. WOLFKE, Karol, *Custom in Present International Law*, Wrocław, 1964, s. 52.

²⁷ STEPIEN, s. 87, 88.

nurlar.²⁸ Bazıları ise eylemde bulunan tarafların ruhsal deneyimlerini ima eden bir ölçütü, öznel niteliği ve pratik olarak doğrulanabilir bulunmaması sebebiyle, gerekli hukuki kesinlik ile bağdaşmaz görmektedir.²⁹ Bazılarına göreyse devlet, birey değildir; bu nedenle, inançlara sahip olamaz. Dolayısıyla devletler, bir normun hukuk normu olduğu inancı taşımalarına dair şartı tam anlamıyla yerine getiremezler.³⁰

Opinio juris hakkında doktrinde çok farklı görüşler olmakla birlikte Uluslararası Adalet Statüsünün 38. maddesinin iki unsurun varlığını aradığı şüphesizdir.³¹ Uluslararası Adalet Divanı kararlarında da iki unsurun varlığı kabul edilmektedir. Hatta, *opinio juris*'i karşılayacak çok farklı terimler kullanılmaktadır. Bunlar: “*hukuki yükümlülük duygusu*”³², “*uygulamanın, onu gerektiren bir hukuk kuralının varlığıyla zorunlu kılındığına dair bir inanç*”, “*hukuki görev duygusu*”³³, “*zorunluluğun tanınması*”³⁴, “*uygulamanın zorunlu karakterine dair genel his*”³⁵, “*hukuku uyguladıklarına dair bir kanaat*”³⁶ vb. şeklindedir. Aslında, farklı kelimelerden oluşsalar da tüm bu ifadelerin, çok yakın anlamlara işaret ettikleri söylenebilir.

Hukuki gereklilik inancının nasıl olması gerektiği noktasında; bunun soyut bir inanç şeklinde olmaması aranmaktadır. Şöyle ki, bu inanç bir taraf için hak verirken diğer taraf için saygı gösterme yükümlülüğü getirmelidir.³⁷ Ancak *opinio juris*'in geleneksel olarak, devletlerin uluslararası hukuk tarafından belirli bir davranışta bulunmalarının zorunlu kılındığına dair kanaatte olmaları, şeklinde tanımlanması kuralların “*yükümlülükler*” olarak algılanmasından kaynaklanır.³⁸ Fakat, devletlerin belirli bir şekilde davranmasına müsaade edip zorunlu kılmayan kurallar da mevcuttur. Müsaade edici kurallar bağlamında *opinio ju-*

²⁸ Örn. bkz. VILLIGER, Mark Eugen, *Customary international law and treaties: a study of their interactions and interrelations, with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, 1985, s. 26.

²⁹ Bkz. WOLFKE, s. 54.

³⁰ Bkz. LEPARD, Brian D., *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010, s. 171.

³¹ Benzer görüş için bkz. ÖKTEM, Emre, *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta, İstanbul, 2013, s. 106.

³² Bkz. Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C. J. Reports 1950, p. 266, s. 286.

³³ Bkz. North Sea Continental Shelf case, s. 44, para. 77.

³⁴ Bkz. Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6, s. 60 (separate opinion of Judge Wellington Koo).

³⁵ Bkz. Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C. J. Reports 1950, p. 266, s. 370 (dissenting opinion by M. Caicedo Castilla).

³⁶ Örn. bkz. Case concerning Right of Passage, s. 90 (dissenting opinion of Judge Moreno Quintana).

³⁷ PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, 15. Baskı, Ankara, Turhan kitabevi, 2021, s. 218.

³⁸ MALANCZUK, s. 44.

ris, devletlerin belirli bir uygulamada bulunmalarına uluslararası hukukça izin verildiğine dair kanaatleridir.³⁹ O nedenle, *opinio juris* daha kapsamlı olarak; devlet uygulamasının, hukuk kuralı veya hukuki yükümlülük olduğunun genel olarak kabul edildiğini gösterecek şekilde meydana gelmesi şeklinde tanımlanabilir.⁴⁰ Ya da Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun, 22 Mayıs 2014 tarihli Uluslararası Teamül Hukukunun Tespitine Dair İkinci Raporu’nda belirttiği gibi, devletlerin kendi davranışlarının veya başkalarının davranışlarının uluslararası teamül hukukuna uygun olduğunu kabul etmeleri⁴¹ şeklinde de tanımlanabilir.

Doktrinde sıklıkla “*opinio juris*” teriminin tercih edildiği manevi unsur için, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Uluslararası Teamül Hukukunun Tespitine Dair İkinci Raporu’nda “*hukuk olarak kabul edilmiş (accepted as law)*” ifadesinin daha iyi bir terim olabileceği öne sürülmüştür.⁴² Yine Komisyon’un Uluslararası Teamül Hukukunun Tespitine Dair Taslak Sonuçları ve Şerhi’nde de bununla uyumlu olarak, parantez içinde *opinio juris* yazılmaya devam etmekle birlikte, temel olarak “*hukuk olarak kabul edilmiş (accepted as law (opinio juris))*” ve “*hukuk olarak kabul edilme (acceptance as law (opinio juris))*” kalıplarına yer verilmiştir.⁴³ Komisyon’un ilgili yaklaşımı esasen, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38/1-b maddesindeki ifadeyi takip etmektedir. Uluslararası Adalet Divanı da Statü’nün dilini yansıtarak, uluslararası teamül hukukunu belirleme metodolojisini ayrıntılı olarak açıkladığı ilk davalardan biri olan⁴⁴ Geçiş Hakkı Davasında, davanın tüm koşullarını göz önünde bulundurarak ilgili uygulamanın, “*hukuk olarak kabul edildiğine*” ikna olduğunu belirtmiştir.⁴⁵

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’ndeki “*hukuk olarak kabul edilmiş*” ifadesinin, söz konusu uygulamanın mevcut uluslararası teamül hukukuyla tutarlı olarak görülmesini veya uygulamanın yakın gelecekte uluslararası teamül hukuku olarak bağlayıcı olması amacıyla gerçekleştirilmesini gerektirecek şekilde okunması mümkündür.⁴⁶

³⁹ Müsaade edici kurallara örnek olarak, bir devletin ülkesinde işlenen suçlardan dolayı yabancıları kovuşturabilme yetkisi verilebilir. MALANCZUK, s. 44.

⁴⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Second Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur**, Vol. II (Part One), YBILC 2014, 22 May 2014, para. 68.

⁴¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Second Report**, para. 67.

⁴² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Second Report**, para. 68.

⁴³ Bkz. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Conclusion 9.

⁴⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Second Report**, para. 68.

⁴⁵ Case concerning Right of Passage, s. 40.

⁴⁶ SENDER/WOOD, s. 164, 165.

III. OPINIO JURIS'İN DOĞASI VE İŞLEVİ

Opinio juris'in doğasının ne olduğu hakkında Uluslararası Hukuk Derneği şöyle bir tespitte bulunmuştur:

“Subjektif unsur, basitçe söylemek gerekirse, bazıları için bir şeyin teamül hukuku kuralı olması için gösterdiği rıza veya istek, diğerleri için ise bunun bir kural olduğuna inanmak anlamındadır. “Kabul edilmiş” veya “tanınmış” gibi terimleri “hukuk” kelimesiyle beraber kullanarak, iki yaklaşımın birinin elenmesi veya görünürde uzlaştırılmaları mümkündür. Bu kelimeler, mevcut bir durumun yalnızca kabulü anlamına gelebileceği gibi kurucu bir anlam da taşıyabilir. Devletler, kuralın zorunlu niteliğini kabul etmeyi seçtikleri için kurala bağlıdırlar.”⁴⁷

Genel uygulamanın hukuk olarak kabul edilmesi zorunluluğu yani *opinio juris*, devletlerin bir uygulamada bulunurken teamül hukuku tarafından izin verildiğine, gerekli kılındığına veya yasaklandığına dair bir kanaatte olmaları olarak tanımlandığında; devletlerin teamül hukuku kuralı nedeniyle, kendilerini hukuki olarak yükümlü veya hak sahibi hissettikleri için belirli bir şekilde hareket ettiklerinin tespiti çok önemlidir.⁴⁸ Uluslararası Adalet Divanı, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararında konuyu şu şekilde vurgulamıştır:

*“İlgili eylemler yalnızca yerleşik bir uygulamaya denk gelmekle kalmamalı, aynı zamanda bu uygulamanın bunu gerektiren bir hukuk kuralının varlığıyla zorunlu kılındığına dair bir inancın kanıtı olacak şekilde olmalı veya bu şekilde gerçekleştirilmelidir. Böyle bir inanca, yani subjektif bir unsurun varlığına duyulan ihtiyaç, *opinio juris* sive *necessitatis* kavramının içinde saklıdır. Bu nedenle ilgili devletler, hukuki bir yükümlülüğe uyduklarını hissetmelidir.”⁴⁹*

O nedenle de *opinio juris*; salt adet, nezaket, alışkanlık, siyasi menfaat veya siyasi uygunluk gibi diğer düşüncelerle yapılan hukuk dışı eylemlerden ayırt

⁴⁷ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, **Final Report of the Committee on formation of customary (General) International Law: Statement of Principles Applicable to the formation of General Customary Law**, London, 2000, (Çevrimiçi) [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcsebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf](https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcsebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf), E.T. 10.04.2025, s. 30, para. 3. Ayrıca bkz. THIRLWAY, Hugh, **The Sources of International Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2019, s. 85.

⁴⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 9, para. 2.

⁴⁹ North Sea Continental Shelf case, s. 44, para. 77.

edilmelidir.⁵⁰ *Opinio juris* olmaksızın genel bir uygulama, uluslararası teamül hukukunun yaratıcısı veya ifade edicisi olarak kabul edilemez. Yalnızca bir kullanım veya alışkanlık olarak nitelenebilir.⁵¹ Uluslararası Adalet Divanı, Sığınma Hakkı Davasında benzer anlayışla, iddia edilen uygulama örneklerini teamül hukuku kuralı olarak kabul etmemiştir. Devletlerin tanıdığı sığınma haklarının siyasi uygunluk gereği olduğunu, hukuk olarak kabul edilen sürekli ve tekdüze bir uygulamanın varlığını ayırt etmenin mümkün olmadığını beyan etmiştir.⁵²

Uluslararası hukukta örneğin, ziyarete gelen yabancı devlet başkanlarına kırmızı halı serilmesi⁵³, yabancı devlet adamlarının havalimanı gibi ülkeye girdikleri giriş kapılarında karşılanmaları nezaket gereği yapıldığından hukuk kuralı haline gelmemiştir.⁵⁴ Bu tür kurallar, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 38/1'deki hukuk kaynaklarına dahil olmayan ve uluslararası sorumluluğa yol açmayan adet, adap ve nezaket kuralları gibi başka nitelikteki kurallardır.⁵⁵ Fakat, bu nitelikteki kurallara *opinio juris* unsurunun da eklenmesi; yani, devletler nazarında hukuki bir zorunluluk haline gelmesiyle beraber, teamül kuralına dönüşür.⁵⁶ Örneğin savaş ilanı sırasında, bir devletin liman yerlerinde bulunan düşman ticaret gemilerine limandan ayrılmaları için mühlet tanınması; *opinio juris*'in eklenmesi ile birlikte teamül hukukuna dönüşen nezaket kuralına örnek olarak verilebilir. Kısacası, nezaket kuralları/geleneklerle uluslararası teamül hukuku arasındaki ayrımın belirleyicisi *opinio juris*'tir.⁵⁷ İşte bu durum, *opinio juris* öncülünün neden “her şeyden önemli” olduğunu izah eder.⁵⁸ Fakat, yalnız başına *opinio juris*'in varlığı yeterlidir de denilemez. Mesela, bir devlet hata ile uluslararası teamül hukuku sorumluluğunun bulunduğunu düşünerek bir davranışta bulunuyorsa; somut hukuki işlem veya eylemi geçerli olsa dahi teamül kuralı olarak bağlılık oluşturmaz.⁵⁹

⁵⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Conclusion 9; Commentary of Conclusion 9, para. 3.

⁵¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 9, para. 6.

⁵² Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C. J. Reports 1950, p. 266, s. 277.

⁵³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 9, para. 6.

⁵⁴ ACER/KAYA, s. 56.

⁵⁵ DEMİREL, s. 150.

⁵⁶ ERKİNER, Hakkı Hakan/TEZEL, Aybüke, “Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Varlığının ve Değişiminin Tespiti” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2022, C. 28, S. 2, s. 662-693, s. 670.

⁵⁷ ÖKTEM, s. 111, 113.

⁵⁸ STEPIEN, s. 86.

⁵⁹ DEMİREL, s. 150.

Aslında *opinio juris*, teamül hukukunun oluşumuna katkı sağlamak istemeyen devletin uygulamasını, uygulamayı hukuk olarak kabul ederek yapan devletin uygulamasından ayırmak için önemli bir göstergedir.⁶⁰ Fakat, *opinio juris*, devletlerin bir hedefe yönelmiş değişebilen iradesi ile de eş değer tutulamaz; daha çok değişebilir iradeden ayrılmış bakış açısı ve böylece devletlerin, belli bir şekilde davranmanın hukuka uygun olacağına dair sabit inancını ifade eder.⁶¹

IV. OPINIO JURIS'İN İSPATI

Devletlerin bir kuralın zorunlu olduğuna ilişkin taşıdıkları inancın gerek devletlerce açıkça tanınması suretiyle gerekse böyle bir yükümlülüğe rıza göstermeleri suretiyle tespit edilebileceği konusunda şüphe bulunmamaktadır.⁶² Fakat devletler gibi kolektif varlıkların psikolojisini analiz etmeye çalışmak, hiç şüphesiz, yapay bir nitelik arz ettiği için *opinio juris*'e dair en temel problem, varlığının ispat edilmesindeki zorluktur.⁶³

Doktrinde, genel hukuk ilkeleri çerçevesinde *opinio juris*'i ispat yükünün, uyuşmazlık konusu ile ilgili bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğunu iddia eden tarafta olduğu kabul edilmektedir.⁶⁴ Fakat, yerel/bölgesel nitelikli teamül hukuku kurallarının ispatı ile evrensel nitelikli teamül hukuku kurallarının ispatı arasında ayırım yapan görüşlere de rastlanmaktadır. Örneğin Akehurst, teamül hukuku kuralının ispatının gerekmediğini; bunun istisnasının ise yerel/bölgesel nitelikli teamül hukuku kuralları olduğunu savunur.⁶⁵ Brownlie'ye göre de mahkemelerin hukuku bildiği farz edilir ve ileri sürülmemiş olsa bile teamül hukukunu uygulayabilirlerse dahi, uygulamada, bir teamül kuralının varlığını iddia eden taraf, iddianın konu ve biçimine göre değişen bir ispat yükümlülüğüne sahiptir.⁶⁶ Yerel/bölgesel teamül hukuku kuralının ispatıyla alakalı

⁶⁰ MÜLLERSON, Rein, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", **International Law: Theory and Practice**, Ed. Karel Wellens, Brill Nijhoff, 1998, s. 161-178, s. 165.

⁶¹ DEMİREL, s. 150.

⁶² TALAIE, Farhad, "The Importance of Custom and the Process of Its Formation in Modern International Law", **James Cook University Law Review**, Y. 1998, C. 5, s. 27-45, s. 39.

⁶³ MALANCZUK, s 44.

⁶⁴ Örn. bkz. AKSAR, Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-1-**, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 89, 90; PAZARCI, **Uluslararası Hukuk**, s. 111.

⁶⁵ Akehurst tarafından ileri sürülen görüş için bkz. AKEHURST, Michael, "Custom as a Source of International Law", **British Yearbook of International Law**, Y. 1975, C. 47, S. 1, s. 1-53, s. 19'dan aktaran ÖKTEM, s. 213.

⁶⁶ BROWNLIE, Ian, **Principles of Public International Law**, Sixth Edition, Oxford University Press, s. 12.

olarak verilen⁶⁷ ve Brownlie'nin de “uygulama” bağlamında atıf yaptığı⁶⁸ başlıca dava örneklerinden biri Sığınma Hakkı Davasıdır.⁶⁹ Uluslararası Adalet Divanı, bu davada; bölgesel bir teamülün varlığını iddia eden tarafı, diğer tarafın teamülle bağlı olduğunu ispatlamakla yükümlü tutmuştur.⁷⁰

Opinio juris'in ispatı, devlet davranışının çeşitli tezahürleri yoluyla olabilir. Bunlar örneğin; devletler adına yapılan kamu açıklamaları, resmi yayınlar, hükümetin hukuki görüşleri, diplomatik yazışmalar, ulusal mahkeme kararları, andlaşma hükümleri ve uluslararası bir örgüt tarafından veya hükümetler arası bir konferansta kabul edilen kararlarla bağlantılı davranışlar şeklinde⁷¹ olabilir. *Opinio juris*'in kabulünü gösteren uygulamalar; devletin eylemlerinin yanında eylemsizliklerinden de elde edilebilir.⁷² Eylemsizlik; devletin pasif uygulaması, olumsuz uygulaması, davranışta bulunmaktan kaçınma, sessiz kalma ve ihmal gibi isimlerle de anılmaktadır.⁷³ Önemli bir eylemsizlik örneği olarak, bir başka devletin toprak bütünlüğüne karşı güç kullanma tehdidinden kaçınmak⁷⁴ verilebilir.

Fakat, iddia edilen bir kurala sadece uymak, genellikle *opinio juris*'in kanıtı olmak için yeterli değildir.⁷⁵ Uluslararası Adalet Divanı, belirli bir şekilde hareket etmeyi, kendi başına o eylemin hukuki niteliğine ilişkin kanıt olarak görmediği⁷⁶ gibi; hukuki görev duygusuyla motive edilmeyen birçok uluslararası eylemin varlığı nedeniyle, eylemlerin sıklığını dahi *opinio juris*'in oluşumu için yeterli görmemektedir. Devletlerin, eylemde bulunurken hukuki bir yükümlülüğe uyduklarını hissetmelerini de aramaktadır.⁷⁷ Aynı şekilde, devletin ihmali

⁶⁷ Örn. bkz. ÖKTEM, s. 214.

⁶⁸ Bkz. BROWNLIE, s. 12.

⁶⁹ Bkz. Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C. J. Reports 1950, p. 266.

⁷⁰ Colombian-Peruvian asylum case, s. 276.

⁷¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 10, para 1, 2.

⁷² MALANCZUK, s. 44. Ayrıca bkz. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 10, para. 2, 3.

⁷³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Third Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur**, YBILC 2015, Vol. II (Part One), 27 March 2015, para. 19.

⁷⁴ Bkz. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, para. 188.

⁷⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Second Report**, para. 72.

⁷⁶ North Sea Continental Shelf case, s. 44, para. 76.

⁷⁷ North Sea Continental Shelf case, s. 44, para. 77.

davranışları da teknik, ekonomik vb. hukuk dışı nedenlerden kaynaklanmamalıdır.⁷⁸ Uluslararası Sürekli Adalet Divanı tarafından Bozkurt-Lotus Davasında ifade edildiği gibi eylemsizlik, hukuki bilinç ile yapılmalıdır.⁷⁹

İhmal uygulamasında, hukuk kuralı olduğu inancı açık bir şekilde anlaşılmalıyorsa *opinio juris*'in ispatı zorlaşır. Devletler özellikle de eylem ve ihmallerinin gerekçelerini ortaya koyma lüzumunu nadiren hissederler.⁸⁰ Devletlerin gerekçe beyan etmediği gerek ihmali gerekse müsaade edici teamüllerin varlığının saptanmasında, diğer devletlerin uygulamayı yapan devlete tepkileri önemli ispat vasıtalarıdır. Çünkü, hakkında sarıh beyanın olmadığı uygulamaya, menfaati etkilenen devletlerin itiraz etmemesi, müsaade edici bir kuralın varlığını ortaya koyar.⁸¹

O nedenle *opinio juris*'in ispatı için bir devletin ne yaptığını veya yapmaktan kaçındığını incelemenin yanı sıra, iddia edilen kuralın gerektirdiği şekilde hareket edilmemesinden çıkarları etkilenen diğer devletlerin tepkisini de ele almak gerekir.⁸² Yani, protesto, davranışa uygulanabilecek hukuk kuralının bir delili olabilir.⁸³ Diğer bir anlatımla *opinio juris*, hem ilgili uygulamayı yapan hem de buna tepki gösterebilecek konumdaki devletler açısından aranmalıdır.⁸⁴ Devletler tepki göstermemiş veya kendileri de aynı şekilde davranmaya başlamışlarsa, davranış hukuka aykırı bulmadıklarını gösterir.⁸⁵ Fakat, devletlerin uygulamaları, diğer devletlerin bu tür uygulamaların hukuk dışı olduğuna dair protestolarına neden olursa; o zaman protestolar bu tür davranışların, teamül hukukunun kanıtı olarak değerini ortadan kaldırabilir. Eğer devletler belirli bir davranışın bir *opinio juris* ifadesi oluşturup oluşturmadığı konusunda açıkça bölünmüşlerse, böyle bir *opinio juris* ifadesinin bulunması imkansızdır.⁸⁶

Devletin bir uygulamaya karşı susmasının *opinio juris*'e dair kanıt olabilmesi hakkında, Uluslararası Adalet Divanı Balıkçılık Davasında; belirli koşullar

⁷⁸ DEMİREL, s. 162.

⁷⁹ The Case of the S.S. "Lotus", P.C.I.J., Series A, No. 10 (1927), s. 28.

⁸⁰ DEMİREL, s. 162. Eylemsizliğe dayanarak oluşmuş bir teamül hukuku kuralının varlığını iddia eden taraf *opinio juris*'i ispat etmelidir. Bkz. DEMİREL, s. 153.

⁸¹ ÖKTEM, s. 302.

⁸² MALANCZUK, s. 44.

⁸³ TÜTÜNCÜ/ARIKOĞLU/AKÜN, s. 42.

⁸⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion, para. 5.

⁸⁵ TÜTÜNCÜ/ARIKOĞLU/AKÜN, s. 42.

⁸⁶ MALANCZUK, s. 44, 45.

altında devletlerin makul süre içinde tepki vermemesinin, başka devletlerin gerçekleştirdiği bir uygulamanın hukuka aykırı olduğunu düşünmediklerine dair tanıklık ettikleri, anlamına gelebileceğini belirtmiştir.⁸⁷ Fakat ilgili koşullar, devletlerin potansiyel olarak yeni bir uluslararası teamül hukuku normunun oluşumuna yol açabilecek her bir uygulamaya tepki vermekle yükümlü oldukları anlamına gelmemektedir.⁸⁸ Çünkü Uluslararası Hukuk Komisyonu'na göre, protesto eksikliğinin *opinio juris*'in kanıtı olabilmesi için, eylemsizliğin söz konusu uygulamanın hukukiliği ile alakası olmayan nedenlerden kaynaklandığından emin olunmalı; emin olmak için de her somut olayda iki şart aranmalıdır. Birinci şart, söz konusu uygulamaya bir tepki verilmesinin gerekmesidir.⁸⁹ Uluslararası Adalet Divanı Pedra Branca/Pulau Batu Puteh Üzerinde Egemenlik Kararında, tepki vermemenin rıza göstermek anlamına gelebileceğini belirtmiş ve ayrıca “... *sessizlik de konuşabilir, ancak yalnızca diğer devletin davranışı bir cevap gerektiriyorsa.*”⁹⁰ demek suretiyle belli şartlarda eylemsizliğin uluslararası hukukta önemli sonuçlar doğurabileceğine işaret etmiştir.

İkinci şart ise bir devletin “*tepki verme konumunda olması*” şartıdır. Yani ilgili devlet, uygulamadan haberdar olabilecek konumda olmalı ve hareket etmek için yeterli zamana ve yeteneğe sahip olmalıdır.⁹¹ Burada uzun bir sürenin varlığı gerekli değildir. Bir devletin, tepki vermek için makul zamana sahip olması yeterlidir.⁹² O nedenle, devletin belirli bir uygulamadan haberdar olmasının beklenemeyeceği veya henüz yanıt vermek için makul bir süreye sahip olmadığı durumlarda, ilgili eylemsizlik *opinio juris*'e atfedilemez.⁹³ Uygulamadan haberdar olunmasının aranması, teamül hukukunun oluşumu ve tanımlanmasında gizli davranışın büyük bir rol oynamasının muhtemel olma-

⁸⁷ Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, s. 139.

⁸⁸ CABAN, Pavel. “Failure to React as Evidence of *Opinio Juris* (A Comment to the ILC’s First Draft Conclusions on Identification of Customary International Law)”, *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, Y. 2017, C. 8, s. 110.

⁸⁹ Bkz. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Conclusions*, Commentary of Conclusion 10, para. 8. Söz konusu uygulamaya bir tepki verilmesinin gerekmesine örnek olarak; uygulamanın, harekete geçmeyen veya hareket etmeyi reddeden devletin hak ve çıkarlarını genellikle olumsuz şekilde etkileyen bir uygulama olması verilebilir. Bkz. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Conclusions*, Commentary of Conclusion 10, para. 8.

⁹⁰ Bkz. Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 12, s. 50-51, para. 121.

⁹¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Conclusions*, Commentary of Conclusion 10, para. 8.

⁹² SENDER/WOOD, s. 191.

⁹³ JALLOH, Charles C., “Identification of Customary International Law, Statement of the Chairperson of the Drafting Committee (November 24, 2020)”, *Florida International University Legal Studies Research Paper No. 20-27*, (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=3737098>, E.T. 6.05.2025, s. 12.

dığı görüşüyle alakalıdır.⁹⁴ Tüm bu şartlar altında bir devlet, diğer bir devletin uygulamasına itiraz edebilecek konumda iken etmezse sessizliği, *opinio juris*'in kanıtı olabilir.

Evrensel nitelikli teamül hukuku kuralları, ilgili teamül kuralını yansıtan bir andlaşmaya taraf olmayan devletleri dahi bağlar. Devletler, bir andlaşma taahhüdünün olmaması durumunda bile tüm devletlere uygulanan ilgili kuralın, o sırada veya yakın gelecek için hukuk olarak kabul edildiğine inanmalıdır.⁹⁵ Bu bağlamda, *opinio juris* bir devletin veya belirli devletlerin bireysel görüşü olarak değil, uluslararası toplumun bir bütün olarak veya önemli bir parçasının kolektif ifadeleri olarak görülmelidir.⁹⁶ Evrensel nitelikli teamül hukuku kuralının oluşması için devletlerin hepsinin uygulamaya katılması aranmayıp konuyla özellikle ilgili olan devletlerin de katıldığı ve her türlü devletin temsil edildiği çok sayıda uygulama arandığı⁹⁷ gibi; tüm devletlerin, teamülle bağlı olma yönünde rızasını belli etmesi de aranmaz. Fakat, kuralın oluşumuna itiraz edilmemesi lazımdır.⁹⁸ Diğer bir anlatımla, evrensel teamül hukuku kuralının oluşumunda sessiz kalmak kabul anlamına gelmektedir.⁹⁹ Fakat bir devlet, evrensel nitelikli bir teamül hukuku kuralı oluşum sürecindeyken, buna diğer devletlerin bileceği şekilde açıkça itiraz etmişse; ilgili kural, itirazını ısrarla sürdürdüğü müddetçe o devlete karşı ileri sürülemez. Bu kurala uluslararası hukukta “*ısrarlı muhalefet kuralı*” denmektedir.¹⁰⁰ Evrensel nitelik taşımayan, bölgesel veya yerel nitelikli teamül hukuku kuralının oluşumu için ise belli bir bölgedeki devletlerin açık bir şekilde veya tutum ya da davranışları ile şüpheye yer vermeyecek bir irade sergilemiş olmaları gerekir. Sessiz kalmış bir devlete karşı, ilgili bölgesel ya da yerel teamül hukuku kuralı ileri sürülemez.¹⁰¹

⁹⁴ SENDER/WOOD, s. 191.

⁹⁵ LEPARD, s. 117.

⁹⁶ CASELLA, Paulo Borba. “Contemporary trends on opinio juris and the material evidence of international customary law.” *Zanzibar Yearbook of Law*, Y. 2013, C. 3; s. 1-19. (Çevrimiçi) chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/sessions/65/pdfs/2013_amado_lecture_casella.pdf, E.T. 3.04.2025, s. 12, 13.

⁹⁷ PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 109.

⁹⁸ ÖKTEM, s. 456

⁹⁹ PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 112.

¹⁰⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Conclusions*, Conclusion 15.

¹⁰¹ PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 112.

V. *OPINIO JURIS*'İN İSPAT ŞEKİLLERİ

Opinio juris'in ispat şekilleri arasında, belirli bir uygulamaya uluslararası teamül hukuku uyarınca izin verildiğine, yasaklandığına veya zorunlu kılındığına dair devlet tarafından yapılan “açık beyanlar”, en sarıh göstergedir.¹⁰² Soyut bir varlık olan devletin zihin durumunu belirlemek çok zor olduğu için bir devletin eylemlerine eşlik eden resmi ifadelere, o devletin *opinio juris*'inin en iyi kanıtı olarak bakılmaktadır.¹⁰³ Bu tür beyanlar, örneğin çok taraflı ortamlardaki tartışmalarda, yasama organında, mahkemeler önündeki iddialarda, diğer devletlerin uygulamalarına karşı protestolarda yapılabilir.¹⁰⁴

Opinio juris'in kanıtı olması bağlamında, uluslararası andlaşmaların esaslı bir rol oynadığı şüphesizdir. Hakim Alvarez, Uluslararası Adalet Divanı'nın Balıkçılık Kararındaki ayrı görüşünde sözleşmeleri; halkların hukuki vicdanının ifadesinin çok önemli bir biçimi olmaya devam ettiği, şeklinde nitelendirmektedir.¹⁰⁵ Doktrinde de *opinio juris*'in tezahürü olma bağlamında, bir andlaşmanın akdedilmesi önemli bir kanıt olarak sıklıkla kabul edilmektedir. Devletlerin andlaşmaya uyup uymadığını kanıtlamak dahi gerekli görülmemektedir. Sadece, böyle bir varsayımı çürütmek için uyumsuzluğun kanıtı gösterilmelidir.¹⁰⁶ Özellikle de çok taraflı andlaşmalar, iki taraflı andlaşmalara kıyasla devletlerin evrensel bir normun arzu edilir olduğuna inandıklarının daha güçlü kanıtıdır.¹⁰⁷

Fakat, “uluslararası andlaşma metninde taraflar açıkça, ilgili belge dışında, andlaşma kurallarının hukuki statüsüne ilişkin herhangi bir *opinio juris*'i reddediyorlarsa; andlaşmanın, *opinio juris*'in kanıtı olmadığı açıktır. Taraf devletlerin andlaşmanın kurallarını, andlaşma olmasa bağlayıcı olarak görmeyeceklerini gösteren başka kanıtların varlığı durumunda ise andlaşmada açık bir ifade olmasa dahi *opinio juris*'in olmadığı sonucu çıkar.”¹⁰⁸ Uluslararası Hukuk Komisyonu'na göre uluslararası andlaşmaya, “andlaşma yükümlülüğü” olarak uymaya çalışmak zorunlu olarak *opinio juris*'in varlığına delalet etmediği gibi; bir devlet

¹⁰² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 10, para. 4.

¹⁰³ CHESSMAN, Stuart, “On Treaties and Custom: A Commentary on the Draft Restatement”, *INT'L L.*, Y. 1984, C. 18, 421-437, s. 427.

¹⁰⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 10, para. 3, 4.

¹⁰⁵ Fisheries case, individual opinion of Judge Alvarez, s. 148.

¹⁰⁶ STEPIEN, s. 93.

¹⁰⁷ LEPARD, s. 191, 192.

¹⁰⁸ WEISBURD, Arthur M., “Customary International Law: The Problem of Treaties”, *Vanderbilt Law Review*, Y. 1988, C. 21, S. 1, s. 25.

hem teamül hem de andlaşma gereğince belli bir yükümlülük altında olduğunu kabul etse dahi ispat gerekir. Fakat Komisyon’a göre, devletler bağlı olmadıkları bir andlaşma hükmüne uydukları veya andlaşmaya taraf olmayan devletlerle ilişkilerinde hükümlerini uyguladıklarında, *opinio juris*’in varlığına delil olabilir.¹⁰⁹ Fakat, uluslararası andlaşmadaki *opinio juris*’in reddedilmesi, andlaşma dışında konuyla ilgili bir uluslararası teamül kuralının ortaya çıkmasını engelleyeceği anlamına gelmez. Sadece böyle bir andlaşmanın kendisinin, teamül hukuku kuralının kanıtı olarak kabul edilemeyeceği anlamına gelir.¹¹⁰

Dolayısıyla hukuki inanç sadece andlaşmanın içinde değil, dışında da var olmalıdır. Bir andlaşmanın *opinio juris* kanıtı olabilmesi için taraf olsun veya olmasın devletlerin andlaşmadaki kuralları, andlaşmadan bağımsız olarak hukuk kuralları olarak kabul ettikleri gösterilmelidir.¹¹¹ Örneğin, çok taraflı andlaşma taslağı hazırlama ve diplomatik süreçler devletlerin hukuki kanaatlerine dair önemli ve erişilebilir kanıtlar sağlayabilir.¹¹² Fakat, hazırlık çalışmalarının *opinio juris* ile ilişkisi bağlamında andlaşmaları, kodifikasyon teşkil eden ve yeni kural koyan andlaşmalar olarak ikiye ayırmak gerekir. Çünkü, kodifikasyon teşkil eden andlaşma; taslağa katılan devletlerin, normun andlaşmadan ayrı hukuki otoriteye sahip olduğu ve andlaşmadan ayrı böyle bir norma sahip olmaya devam etme inancını taşıdıklarını yansıttıkları ölçüde güçlü kanıtlar sunarlar. Yeni norm koyanlarsa genellikle, daha zayıf kanıtlar sunar ve *opinio juris*’in ispatı bunlarda daha zordur.¹¹³

Opinio juris’in kanıtları arasında devletin resmi yayınları, hükümetin hukuk danışmanlarının yayınlanmış görüşleri de bir devletin hukuki pozisyonuna ışık tutabilir. Ulusal mevzuat, çoğunlukla siyasi tercihlerin ürünü olmakla beraber, özellikle de uluslararası teamül hukuku uyarınca zorunlu olduğu veya buna etki ettiği belirtildiğinde *opinio juris*’in kanıtı olabilir.¹¹⁴ Hükümetler arasındaki diplomatik yazışmalara da *opinio juris*’in ispatı amacıyla başvurulabilir. Fakat devletler, her zaman tüm yazışmalarını yayınlamadıkları gibi aradan uzun bir süre geçtikten sonra da yayınlatabilirler.¹¹⁵ Ayrıca, devletlerin yazışmalarında kullan-

¹⁰⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 9, para. 4.

¹¹⁰ WEISBURD, s. 25.

¹¹¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Second Report**, s. 197.

¹¹² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 10, para. 6.

¹¹³ LEPARD, s. 191, 192, 205.

¹¹⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 10, para. 5.

¹¹⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **The Yearbook of The International Law Commission 1950**, Vol II, A/CN. 4/SER.A/1950/Add. 1, s. 371, para. 71.

dığı dil, ilgili devletin bir uluslararası hukuk kuralının varlığına ilişkin görüş bildirip bildirmediğini belirlemek için özellikle analiz edilmelidir.¹¹⁶ Fakat, diplomatik uyuşmazlığa dair diplomatik yazışmalarda ve bir mahkeme önünde öne sürülen iddialarda aynı ilkelerin sürekli öne sürülmesi delil teşkil edebilir.¹¹⁷

İspat hususunda uluslararası örgüt kararlarına da ayrıca temas etmek gerekir. Çünkü *opinio juris*'in ispatı konusunda uygulamada karşılaşılan güçlükler, gide-rek artan şekilde uluslararası örgütlerdeki işleyişe atıfta bulunulmasına yol açmıştır.¹¹⁸ Zira, uluslararası örgütlerin kararları devletlerin uygulamalarını yansıtabilir veya genel rıza olarak *opinio juris*'i temsil edebilir.¹¹⁹ *Opinio juris*'in varlığı için örgüt kararları alınırken, sadece oylamaya katılan devletlerin değil çıkarları özel olarak etkilenen devletlerin de uygun bulması gerekir. Ayrıca, ilgili örgüt kararı ile bir uluslararası hukuk kuralı oluşturma niyeti taşınmalıdır.¹²⁰

Diğerlerine nazaran önemli bir katılıma sahip olan ve hatta uluslararası toplumun neredeyse tüm devletlerinin bulunduğu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu gibi uluslararası kurumsal bir organın eylemleriye, devletlerin ayrı beyanları-nın ötesine geçen kolektif bir *opinio juris*'in ortaya çıkmasına katkıda bulunur.¹²¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bağlayıcı olmayan kararları, teamül hukuku kuralının oluşumunda dikkate değer bir öneme sahiptir.¹²² Çünkü alınan kararlar, genel ilke veya kuralları duyurmayı amaçladığından; üye devletlerin bu ilke veya kuralların evrensel olarak uygulanabilir olması gerektiğine inandıklarının yani *opinio juris*'in güçlü bir kanıtı olabilirler.¹²³

Nitekim Uluslararası Adalet Divanı, birçok davada Genel Kurul kararları-nın içerik ve kabul edilme şartlarına bakarak, *opinio juris*'in varlığının ispatı için yararlanmıştır.¹²⁴ Örneğin Nikaragua Kararında, *opinio juris*'in devletlerin Genel Kurul kararlarına yönelik tutumlarından çıkarılabileceğini teyit ederek; bu tür kararların metnine rıza göstermenin, karardaki kuralın kabul edilmesi

¹¹⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Second Report**, 196, para. 76.

¹¹⁷ ERKİNER /TEZEL, s. 671, 672.

¹¹⁸ SHAW, s. 62.

¹¹⁹ CASELLA, s. 15, 16.

¹²⁰ TÜTÜNCÜ/ARIKOĞLU/AKÜN, s. 45.

¹²¹ CASELLA, s. 15, 16.

¹²² THIRLWAY, s. 92.

¹²³ LEPARD, s. 209.

¹²⁴ SHAW, s. 63. Örn. bkz. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, s. 254, 255; Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 95, s. 41.

olarak anlaşılabilirliğini belirtmiştir. Bu bağlamda ilgili kararda; örneğin, kuvvet kullanmama ilkesinin, bu nedenle teamül hukuku ilkesi olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir.¹²⁵ Fakat Genel Kurul kararlarının *opinio juris*'e delil olabilmesi için kararın içeriği, kabul edildiği koşullar, devletlerin görüşleri dahil bütün olaylar ışığında değerlendirme yapılmalıdır. Çünkü Divan, Genel Kurul kararlarını ele alırken bir bütünlük içinde hareket etmiştir.¹²⁶ Örneğin, Nükleer Silahların Tehdit veya Kullanımının Yasallığı Hakkındaki Danışma Görüşünde, Genel Kurul kararlarını nükleer silahlar sorununa ilişkin derin endişenin açık bir işareti olarak kabul etse dahi; kararların bir kısmındaki önemli sayıdaki olumsuz ve çekimser oyu, bu tür silahların kullanımının hukuk dışı kabul edildiğine dair bir *opinio juris*'in varlığını ortaya koymaktan uzak görmüştür.¹²⁷

Opinio juris'in tespitine dair ispat şekillerinden bir diğeri de mahkeme kararları olarak görülmektedir.¹²⁸ Fakat, yargı kararlarına böyle bir rol biçilmesi eleştirilere maruz kalmaktadır. Çünkü, ulusal veya uluslararası mahkemelerin (common law sistemini benimseyenler hariç) herhangi bir hukuk yapma yetkisi yoktur. Görevlerinin kapsamı ise sadece mevcut hukuk kurallarını yorumlamak ve uygulamaktan ibarettir.¹²⁹ Örneğin Uluslararası Adalet Divanı, Nükleer Silahların Tehdit veya Kullanımının Yasallığı Hakkındaki Danışma Görüşünde, danışma görüşü vererek yargısal rolünün ötesine geçip yasa yapma kapasitesini üstleneceği iddiasına yanıt olarak; Mahkemenin yasa koyamayacağı, ancak mevcut hukuku belirtebileceği, hukuku uygularken de kapsamını belirtmesi ve genel eğilimini not etmesi gerekse dahi yasa yapamayacağı¹³⁰ değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkeme kararları ile ilgili diğer bir sorunun da uluslararası mahkemelerin kararlarında devlet uygulaması ile *opinio juris* ayrımının net olarak anlaşılabilmesi olduğu ileri sürülmektedir.¹³¹

¹²⁵ Bkz. Military and Paramilitary Activities case, para. 188.

¹²⁶ TÜTÜNCÜ/ARIKOĞLU/AKÜN, s. 46.

¹²⁷ Bkz. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, para. 71.

¹²⁸ Örn. bkz. International Law Commission, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 13, para. 1.

¹²⁹ ADVISORY COMMITTEE ON ISSUES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, **Advisory Report on The Identification of Customary International Law, Advisory Report No. 29**, The Hague November 2017, (Çevrimiçi) <https://www.advisorycommitteeinternationallaw.nl/publications/advisory-reports/2017/11/01/the-identification-of-customary-international-law>, E.T. 3.04.2025, s. 11.

¹³⁰ Bkz. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case, para. 18.

¹³¹ Bkz. LANOVOY, Vladyslav, "Customary International Law in the Reasoning of International Courts and Tribunals" **The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law. The Rules of Interpretation of Customary International Law**, Ed. Merkouris P, Kammerhofer J, Arajärvi N., Cambridge University Press, 2022, 231-255, s. 238.

İspat şekilleri ile ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli bir mesele; *opinio juris*'in ispat şekilleri ile devlet uygulama biçimleri arasında birtakım ortak noktalar olabilmesidir.¹³² İki farklı unsurun “*ispat şekilleri*” arasında bir örtüşme olabileceği ve bunların aynı materyallerde tezahür edebileceğinin yadsınamayacağı Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından, 27 Mart 2015 tarihli Uluslararası Teamül Hukukunun Tespitine Dair Üçüncü Raporu’nda da ifade edilmiştir.¹³³

Komisyon’a göre maddi ve manevi unsurun aynı materyalde tezahür ettiği durumlarda, ifadelerin devletin hukuki kanaatini yansıtmaya olasılığı daha yüksek olup; çoğu zaman da uygulama örnekleri olmaktan ziyade, *opinio juris* olarak değerlendirilmeleri daha faydalı olabilir.¹³⁴ Fakat, Uluslararası Adalet Divanı’nın Nikaragua Kararında ifade ettiği gibi; iki devletin belirli bir kuralı bir uluslararası andlaşmaya dahil etmesi, o kuralı hukuki kılmak ve tarafları bağlamak için yeterli olsa da teamül hukuku bağlamında yeterli değildir. Kuralın içindeki *opinio juris*’in varlığının devletlerin uygulamaları ile de teyit edildiğinden emin olunmalıdır.¹³⁵

Komisyon, iki unsurun “*ispat şekilleri*” arasında örtüşme olduğu hallerde; belirli eylemlerin hem maddi unsurun hem de *opinio juris*’in kanıtı olarak kabul edilmesinin, tek unsurlu teorinin geri dönüşü manasına geleceğini belirtmiştir.¹³⁶ Komisyon’un bu hususu özellikle vurgulamasının nedenini doktrindeki, uluslararası teamül hukukunun oluşumu için maddi ya da manevi unsurlardan yalnızca birini kabul eden veya bir unsurun ispatlanmasını diğerinin varlığı için yeterli gören anlayışların olmasında aramak gerekir.

Doktrindeki bazı yazarlar, uluslararası teamül hukukunun meydana gelmesi için *opinio juris*’in gerekli olmadığını öne sürerken¹³⁷, bazıları içinse odak noktası *opinio juris* olmalıdır.¹³⁸ Bazıları ise bir unsurun ispatını diğeri için de yeter-

¹³² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 10, para. 3. Ayrıca bkz. WEISBURD, s. 23.

¹³³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Third Report**, para. 15.

¹³⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 10, para. 3.

¹³⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) case, s. 98, para. 184.

¹³⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Third Report**, para. 15.

¹³⁷ Örn. bkz. LAUTERPACHT, Hersch, **The Development of International Law by The International Court**, Stevens and Sons Limited, 1958, s. 380’dan aktaran GUZMAN, s. 149.

¹³⁸ Örn. bkz. ROBERTS, Anthea, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation” **American Journal of International Law**, Y. 2001, C. 95, s. 758; STĘPIEŃ, s. 86.

li görür. Örneğin *Akehurst*, modern ve yaygın eğilimin bir devletin psikolojik inançlarının doğrudan kanıtlarını aramak değil, devletlerin gerçek uygulamalarından dolayı olarak *opinio juris*'i çıkarmak yönünde seyrettiğini iddia eder.¹³⁹

UNSURLAR ARASI İLİŞKİLER KONUSUNDAKİ GÖRÜŞ ÇEŞİTLİLİĞİ İÇİNDE EN ÇOK BENİMSİYEN YAKLAŞIM Stepień'a göre, *opinio juris*'in uygulamaya dayanarak çıkarılabileceği anlayışıdır. Buna göre, *opinio juris*, elle tutulabilir olmadığı için başka türlü gözlemlenemiyorsa, dolaylı dışsal tezahürlerine odaklanmak gerekir. Kaçınılmaz olarak bu tür dışsal tezahürler, uygulamadır; yani, devletlerin icrai ya da ihmali tüm eylemleridir.¹⁴⁰ Roberts'a göre ise doktrindeki geleneksel yaklaşım, öncelikle devlet uygulamalarına odaklandığı için maddi unsuru önceleyip manevi unsura ikincil olarak başvurmakta; modern yaklaşımsa, eylemlerden ziyade ifadelere dayandığı için devlet uygulamasından ziyade *opinio juris*'i vurgulamaktadır.¹⁴¹

Uluslararası Hukuk Komisyonu'na göre ise uluslararası teamül hukuku kuralının varlığı belirlenmeye çalışılırken, ilgili devlet uygulamasının kanıtının, *opinio juris*'in kanıtı olarak da kullanılmaması ve çift sayımın önlenmesi gerekir.¹⁴² Komisyon, Uluslararası Teamül Hukukunun Tespitine Dair Taslak Sonuçları ve Şerhi'nde, uluslararası teamül hukuku kuralının saptanmasında genel uygulamanın ve *opinio juris*'in iki ayrı incelemeye tabi tutulması yöntemini benimsediğini açıkça vurgulamıştır. Söz konusu Taslak Sonuçların temelini, ilgili yaklaşım üzerine bina ettiğini; bu yaklaşımın da devletler tarafından benimsendiğini, yargı kararlarında ve doktrinde de yaygın olarak destek bulduğunu beyan etmiştir.¹⁴³

SONUÇ

Uluslararası hukukun en eski kaynağı olarak kabul edilen uluslararası teamül hukukunun gerek uluslararası andlaşmaların sayısındaki önemli artış gerekse uluslararası andlaşmaların sahip olduğu açıklığa sahip olmaması nedeniyle eski değerinin kalmadığı öne sürülebilmektedir. Fakat, teamül hukukunun, uluslararası andlaşmaların düzenlemediği alanları düzenlemesi başta olmak üzere

¹³⁹ Akehurst tarafından ileri sürülen görüş için bkz. MALANCZUK, s. 44.

¹⁴⁰ Bkz. STEPİEN, s. 91.

¹⁴¹ Bkz. ROBERTS, s. 758.

¹⁴² INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Third Report**, para. 15.

¹⁴³ Bkz. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions**, Commentary of Conclusion 2, para. 1.

pek çok açıdan önemini koruduğu inkar edilemez. Bununla birlikte, uluslararası andlaşmalar kadar açıklığa sahip olmadığı da bir hakikattir. Çünkü, her şeyden önce varlığı ispata ihtiyaç duymaktadır.

Uluslararası teamül hukukunun, devlet uygulaması (*maddi unsur*) ve *opinio juris* (*manevi unsur*) olmak üzere iki unsurdan teşekkül ettiği kabul edilmektedir. Fakat, kısaca “*hukuki zorunluluk duygusu*”, “*uygulamanın hukuk olarak kabul edilmesi*”, “*hukukilik inancı*” ya da “*hukuk olarak kabul edilme*” gibi muhtelif şekillerde tanımlanan *opinio juris*’in, bir inanca/duyguya/kabule işaret etmesi ve “*devlet*” ile bu tür kavramlarının bir araya getirilmesindeki zorluk; bazı yazarları, tek bir unsurun kabulüne veya bir unsurun ispatını, diğeri için de yeterli görme yaklaşımına itmiştir.

Bazen manevi unsurun, maddi unsur ile aynı materyalde tezahür edebilmesi yani; *opinio juris*’in ispat şekilleri ile devlet uygulama biçimleri arasında örtüşmeler olabilmesi mümkün ise de bu durum, bir unsurun ispatının diğeri için de yeterli görülmesi anlayışına itmemelidir. Çünkü ilgili yaklaşım, uluslararası teamül hukukunun tek bir unsura indirgenmesi neticesine götürür. Ayrıca, bu ispat yöntemini, yerinde bir yöntem olarak görmek de mümkün değildir. Zira, uluslararası teamül hukukunu; uluslararası nezaket kuralları gibi süreklilik arz eden fakat hukuk kuralı olmayan devlet uygulamalarından ayırt edebilecek olan ve ona esas hukukilik vasfını yükleyebilecek olan unsur, *opinio juris*’tir. Uluslararası Adalet Divanı’nın, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davasında beyan ettiği gibi; hukuki bir yükümlülüğe uyduklarını hissetmedikleri sürece, devletlerin sadece belirli bir şekilde uygulamada bulunmaları, kendi başına o eylemin hukukiliğine ilişkin kanıt oluşturmaz. Hatta, eylemlerin sıklığı dahi *opinio juris* için yeterli değildir. Çünkü, devletlerin, herhangi bir hukuki yükümlülük duygusuyla hareket etmedikleri, ancak her zaman gerçekleştirdikleri pek çok uluslararası eylem söz konusudur. O nedenle, *opinio juris*’in varlığının tespiti bütün deliller ışığında yapılmalı ve devletlerin uygulamada bulunurken bir hukuk kuralı olduğu inancı ile hareket ettiği ispatlanmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ACER, Yücel/KAYA, İbrahim, **Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

ADVISORY COMMITTEE ON ISSUES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, **Advisory Report on The Identification of Customary International Law, Advisory Report No. 29**, The Hague November 2017, (Çevrimiçi) <https://www.advisorycommitteeininternationallaw.nl/publications/advisory-reports/2017/11/01/the-identification-of-customary-international-law>, E.T. 3.04.2025.

AKSAR, Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-1-**. Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023.

ALBAYRAK, Gökhan/Gültekin-ALBAYRAK, Betül, “Uluslararası Hukukta Uluslararası Teamül Kurallarının Antlaşmalar ile İlişkisi”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 9, S. 2, s. 273-292.

BROWNLIE, Ian, **Principles of Public International Law**, Sixth Edition, Oxford University Press.

CABAN, Pavel. “Failure to React as Evidence of *Opinio Iuris* (A Comment to the ILC’s First Draft Conclusions on Identification of Customary International Law)”, **Czech Yearbook of Public & Private International Law**, Y. 2017, C. 8.

CASELLA, Paulo Borba. “Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of international customary law.” **Zanzibar Yearbook of Law**, Y. 2013, C. 3; s. 1-19, (Çevrimiçi) chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/sessions/65/pdfs/2013_amado_lecture_casella.pdf, E.T. 3.04.2025.

CHESSMAN, Stuart, “On Treaties and Custom: A Commentary on the Draft Restatement”, **INT’L L.**, Y. 1984, C. 18, s. 421-437.

D’AMATO, Anthony. (1987). Trashing Customary International Law. *American Journal of International Law*, 81(1), s. 101-105.

DEMİREL, Naim, **Uluslararası Hukukun Kaynakları**, Der yayınları, İstanbul, 2019.

ERKİNER, Hakkı Hakan/ TEZEL, Aybüke, “Uluslararası Teamül Hukuku Kurallarının Varlığının ve Değişiminin Tespiti” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2022, C. 28, S. 2, s. 662-693.

- GUZMAN, Andrew T. “Saving Customary International Law”, **Mich. J. Int’l L.**, Y. 2005, C. 27.
- GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, Ed. Reşat Volkan Günel, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2024.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, **Final Report of the Committee on formation of customary (General) International Law: Statement of Principles Applicable to the formation of General Customary Law**, London, 2000, (Çevrimiçi) <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>, E.T. 10.04.2025.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, With Commentaries**, UN Doc. A/73/10, 2018, (Çevrimiçi) chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf, E.T. 11.02.2025.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **First Report on Formation and Evidence of Customary International Law**, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, UN Document A/CN.4/663, 17 May 2013.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Second Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur**, Vol. II (Part One), YBILC 2014, 22 May 2014.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **The Yearbook of the International Law Commission 1950**, Vol II, A/CN. 4/SER.A/1950/Add. 1.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION, **Third Report on Identification of Customary International Law by Michael Wood, Special Rapporteur**, YBILC 2015, Vol. II (Part One), 27 March 2015.
- JALLOH, Charles C., “Identification of Customary International Law, Statement of the Chairperson of the Drafting Committee (November 24, 2020)”, **Florida International University Legal Studies Research Paper No. 20-27**, (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=3737098>, E.T. 6.05.2025.
- KAYA, İslam Safa, **Uluslararası Hukuk: Temel Bilgiler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KOLB, Robert, **The Law of Treaties**, Edward Elgar Publishing, 2016.
- LANOVOY, Vladyslav, “Customary International Law in the Reasoning of International Courts and Tribunals” **The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law. The Rules of Interpretation of Customary International Law**, Ed. Merkouris P, Kammerhofer J, Arajärvi N., Cambridge University Press, 2022.
- LEPARD, Brian D., **Customary International Law: A New Theory with Practical Applications**, Cambridge University Press, 2010.

- MALANCZUK, Peter, **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, Routledge, London and New York, 1997.
- MERAY, Seha, **Devletler Hukukuna Giriş: Birinci Cilt**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960.
- MÜLLERSON, Rein, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law", **International Law: Theory and Practice**, Ed. Karel Wellens, Brill Nijhoff, 1998, s. 161-178.
- ÖKTEM, Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta, İstanbul, 2013.
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap**, 15. Bası, Turhan kitabevi, Ankara, 2021.
- ROBERTS, Anthea, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation" **American Journal of International Law**, Y. 2001, C. 95.
- SENDER, Omri/ WOOD, Michael, **Identification of Customary International Law**, Oxford University Press, 2024.
- SHAW, Malcolm N., **Uluslararası hukuk**, Çeviri Ed. İbrahim Kaya, 8. Baskı, TÜBA Yayınları, 2018.
- STIEPIEN, Michal, "Taking the Two-Elements Theory of International Customary Law Seriously - Problems with Double Counting", **Wroclaw Review of Law Administration & Economics**, Y. 2018, C. 8, S.2, s. 85-96.
- TALAIE, Farhad, "The Importance of Custom and the Process of Its Formation in Modern International Law", **James Cook University Law Review**, Y. 1998, C. 5, s. 27-45.
- THIRLWAY, Hugh, **The Sources of International Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2019.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur/ ARIKOĞLU, Enver/ AKÜN, Verda Neslihan, Derleyen, **Toluner Milletlerarası Hukuk: Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından**, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2023.
- WEISBURD, Arthur M., "Customary International Law: The Problem of Treaties", **Vanderbilt Law Review**, Y. 1988, C. 21, S. 1, 1988.
- WOLFKE, Karol. **Custom in Present International Law**, Wroclaw, 1964.
- VILLIGER, Mark Eugen, **Customary international law and treaties: a study of their interactions and interrelations, with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Brill, 1985.

Uluslararası Andlaşmalar ve Yargı Kararları

Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 6.

Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266.

Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p 116.

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

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

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

North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 12.

The Case of the S.S. “Lotus”, P.C.I.J., Series A, No. 10 (1927).

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün Türkçe metni için bkz. (Çevrimiçi) chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093041bm_02.pdf, E.T. 10.04.2025.