

**ULUSLARARASI HUKUKTA EMREDİCİ KURAL
(JUS COGENS=PEREMPTORY NORMS) OLGUSUNA
TARİHSEL BİR YAKLAŞIM**

*Dr. İrem KARAKOÇ**

GİRİŞ

Tarih boyunca uluslararası hukukun sùjeleri arasındaki güvenin sağlanabilmesi için birtakım dayanak noktalarına gereksinim duyulmuştur. Sonuçta her ne kadar tamamen serbest ve egemen sùjeler arasındaki ilişkilerden bahsedilmekte ise de, sisteme güven duyulması gerekmektedir. Güvenin olması için net ve herkesin uyacağı esaslar bulunmalıdır.

Uluslararası hukukun en eski ve geleneksel kaynağı örf ve adet kurallarıdır. Bir diğer kaynak iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalardır. Dünya üzerinde, tarihte ve günümüzde, taraflarını bağlayıcı güce sahip olan çok taraflı anlaşmalara tüm devletlerin dahil olduğu bir örnek bulmak zordur. Devletler başta olmak üzere uluslararası hukukun sùjeleri için ortak bağlayıcı kurallar oluşturmak ve onların kendilerini bu tür kurallar ile bağlı hissetmelerini sağlamak son derece güçtür. “Uluslar ailesi”, devlet benzeri bir birlik değildir. Kurallar koyacak merkezî bir otoritesi ya da yasama meclisi bulunmamaktadır¹.

Uluslararası hukuk, aynı zamanda bir “uluslararası menfaatleri bağdaştırma sistemi”dir. Sùjeler somut olayın özelliğine göre, bazen bağlanmak istemedikleri bir anlaşma ile, koşullar değiştiği takdirde bağlanmak isteyebilmektedirler. Benzer biçimde bazı anlaşmaların kimi hükümlerini kabul ederken; kimi hükümlerini ise, çıkarlarına uygun görmeyip kabul etmek istemeyebilirler. Ancak her şeye rağmen ve her durumda güven esası üzerine

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

¹ **Oppenheim**, s.23.

kurulmuş bir sistemden ve ilişkiler açısından söz edildiği akılda tutulmalıdır. Verilen sözlerden ve bağlanan andlaşmalardan vazgeçilemez.

İç hukuklarda hukukun ortaya çıkışı kadar eski tarihsel kökleri olan emredici kuralların benzeri uluslararası hukukta da olmalı mıdır? Bu düşüncenin tarihsel gelişme seyri nasıldır? gibi sorular çalışmamızın temelini oluşturmaktadır. Bu sorulara yanıt ararken, konuya netlik kazandırmak bakımından günümüzdeki durumu tespit etmek ve geriye doğru araştırıcı bir yöntem izlemenin daha açıklayıcı olacağı düşünülmektedir.

Uluslararası hukukta emredici kuralların tarihsel gelişimi incelenirken, öncelikle kavram olarak neyi ifade ettiği üzerinde durmak gerekmektedir. Uluslararası hukukun kurumsallaşması modern zamanlara ait bir düşünsel gelişim basamağıdır. Bir ulusun, bir diğerinin de en az kendisi kadar yeryüzünde yaşam hakkının bulunduğunu kabul etmesi fikri çok yeni elde edilmiş bir kazanımdır. Aslında tam olarak özümsemiği konusu tartışılabilir. Bir hukuksal düşünce, olgu ya da kurumun tarihsel kökenlerini araştırmak, onun bire bir aynını tarihte bulmaya çalışmak anlamına gelmemektedir. Benzer ilk biçimlerinin izini sürmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu anlamda uluslararası hukukun emredici kurallarının, hukukun genel ilkeleri kavramı ile olan ilişkisi büyük önem kazanmaktadır. Bu ilkeler tarihin çok eski devirlerinden beri vardır. Fakat emredici kurallar ayrımı 1960'lı yıllardan sonra tartışma gündemine gelmiştir².

Çalışmamızda öncelikle emredici kural (âmir hüküm) olgusundan bahsedilecek, daha sonra tarihteki çeşitli görünüşleri üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Bu yapılırken şimdiki hukukumuzun oluşumuna kaynaklık eden Batı hukukunun temeli olarak Roma Hukuku ve Avrupa'daki gelişmeler ile Eski Türkler'deki uygulamalar ve uzun yıllar hukuk sistemimiz olan İslam Hukuku ele alınacaktır.

I. EMREDİCİ KURAL OLGUSU

A. TANIMI VE KAPSAMI

1. Tanımı

Emredici kurallar, iç hukukta, hukuk kişilerinin sözleşme ile aksini kararlaştıramayacakları ve kesin olarak uygulamak zorunda oldukları hukuk

² Gündüz, s.35.

kurallarını ifade etmektedir³. “Uluslararası hukukta emredici kural” yaklaşımı, iç hukuktan esinlenerek oluşturulmuştur. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile düzenlenmeden önceki yıllardan beri olagelen bir uygulamadır. Ahlakî olmayan yükümlülüklerin andlaşma konusu olamayacağı, uluslararası hukukun da en bilinen teamül kurallarından birisidir.

İç özel hukuktaki emredici ve yedek kural ayrımının gerekçesi, bazı kurallara uymanın zorunlu olduğu; diğer bazılarına ise uyulmayabileceği yaklaşımı değildir. Yedek hukuk kurallarının aksine sözleşme yapılabilir. Başka bir ifade ile, sözleşmede irade serbestisi ilkesi gereği taraflar bu tür normların aksini kararlaştırabilir, fakat hiçbir açıklık getirmemişlerse, yasalar-daki yedek hukuk kuralları devreye girerek sözleşmedeki boşluğu doldurur. Oysa emredici kuralların, aksi kararlaştırılmaz. Hatta karşı tarafın rızası olsa bile, aksine anlaşma hükmü konulamaz. Eğer böyle bir sözleşme yapılırsa, iç hukuk bakımından hiçbir hüküm ve sonuç doğurmamaktadır⁴. İç hukuklarda bu konu detaylı bir biçimde düzenlenmiştir.

Emredici kurallar yasadın, genel ahlak ve adaptan, kamu yararı düşün-cesinden ya da hukukun genel ilkelerinden doğabilir. Sınıflandırmak gerekirse bunlar, belli konulara ilişkin emredici kurallar ile sözleşme özgürlüğünü sınırlayan genel ilkelerdir. Belli konulara ilişkin yasadın açıkça düzenlenmiş emredici kurallara; sözleşmenin yasadın açıkça belirtilmiş geçerlilik şartı olan şekle uygun yapılması (BK.m:11/1), borçlunun ağır kusuru ile alacaklıya vereceği zarardan sorumlu tutulamayacağına dair önceden sözleşme yapılamaması (BK.M:99/1), borçlunun ileride gerçekleşecek zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkını önceden sözleşme ile ortadan kaldırmaması (BK. m:139/1) gibi maddeler örnek gösterilebilir⁵.

Hükmün emredici niteliği genellikle yasa metninde yer almaktadır. Fakat bu konuda açıklık yoksa, yasanın amacına bakılmalıdır. Bir konu yasadın ahlak, kamu düzeni ya da kişilik haklarını korumak amacıyla düzenlenmiş ise,

³ **Pazarıcı**, Jus Cogens, s.364.

⁴ BK.m.19: “Bir akdın mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.

Kanunun kat'i surette emrelediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (âdabâ) veya umumî intizama yahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir”.

BK. m:20/1: “Bir akdın mevzuu gayrimümkün veya gayrimuhik yahut ahlaka (âdaba) mugayir olursa o akit bâtıldır.”

⁵ **Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop**, s.495; Farklı örnekler için bk. **Tunçomağ**, s.176.

her zaman emredicidir⁶. Konunun, uluslararası emredici kurallar kurumu ile ilişkisi buradadır. Çünkü sözleşme özgürlüğünün “genel ilkeler” yolu ile sınırlanması da mümkündür. Yasa, belli ve özel konularla ilgili açık/kapalı emredici hükümler koymak yerine ayrıca, BK.m:19/2 ve BK.m:20/1 ile ifade edilen genel ilkelerle sınırlama getirmektedir. Buna göre, konusu ahlaka kamu düzenine ve kişisel haklara aykırı veya imkansız sözleşme yapılamaz. Bu nitelikteki emredici kurallar daha çok yasa metninde açıkça belirtilmemiş olan durumlar için söz konusudur⁷.

Uluslararası hukuk da bir düzen oluşturmak amacını taşıdığına göre, uluslar topluluğunun düzeni, iç hukuktaki kamu düzeni ile; kişilik hakları, insan hak ve özgürlükleri ile özdeşleştirilebilir. Genel ahlak kuralları zaten uluslararası örf ve adetle kabul edilmiş olgulardır.

2. Kapsamı

Uluslararası hukukta emredici kuralların kapsamının belirlenmesinde büyük ölçüde yapılageliş (teamül) ve hukukun genel ilkelerinden hareket edilmektedir. Ancak bütün genel uluslararası hukuk ilkeleri ve kuralları emredici olamaz. Emredici olanların tespitinde ise belli bir ölçüt bulunmaktadır. Bu durum gerçekten çözülmesi zor bir sorundur. Örneğin, jus cogens kapsamında değerlendirilen klasikleşmiş konular arasında, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda yer alan kuvvet kullanma yasağı başta gelmektedir⁸. Fakat bu çok somut, kimsenin itiraz edemeyeceği bir örnektir. Hatta bu ilke uluslararası hukukun “Leuterpachtian” “büyük ilkesi”dir (Grand norm). Uluslararası hukukta, devletlerin hiçbir şekilde şiddet fiilleri gerçekleştirmemesi için, mutlak bir kuralın temel dayanak olması gerektiği düşünülmüş ve iddia edilmiştir. İşte bu norm, kuvvet kullanma yasağıdır. Çok geniş kapsamlı ve kesindir. Hatta o kadar ki, m:51'de meşru müdafaa hakkı düzenlenirken devletlerin çoğu bu hakkın, Güvenlik Konseyi'nin denetimine tabi tutularak kullanılmasına yolunda irade beyan etmişlerdir. Eğer Birleşmiş Milletler değerler ve normlar sıralaması yapılırsa Kuvvet kullanma yasağı en başta gelme-

⁶ Tekinay-Akman-Burcuoğlu, Altop, s.496.

⁷ Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop, s.497.

⁸ BM. Şartı m.2/4: “Tüm üyeler uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine veya kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar”. Birleşmiş Milletlerin amaçları m:1'de sayılmaktadır (Metin için bk. www.belgenet.com).

lidir. Çünkü eğer uluslar arasında barış ortamı olmaz ise diğer tüm değerler anlamını yitirecektir⁹.

Kuvvet kullanma yasağı aynı zamanda uluslararası örf ve adet niteliği kazanmıştır. Böylece Birleşmiş Milletler Şartı'na imza koymayan devlet ve süjeleri bağlar. Bu durum Nikaragua Davası kararı ile ortaya konulmuştur¹⁰. Kuvvet kullanma yasağı kapsamında verilen örnekler daha çok uluslararası hukukun genel ilkeleri bağlamında değerlendirilmektedir. Oysa jus cogens açısından bakıldığında, aksine sözleşme yapılamayacak olan normlar göz önüne alınmalıdır. Böylece daha önce yapılmış bazı sözleşme ve andlaşmaların durumlarının ne olacağı gündeme gelecektir. Bu yüzden jus cogensin kapsamının olabildiğince dar tutulması gerekmektedir.

Köle ticaretinin, deniz haydutluğunun, soykırımın yasaklanması ve devletlerin egemen eşitliğine aykırı davranma, halkların kendi kaderlerini belirlemesi gerektiği kuralına aykırı davranma gibi konular bu kapsamda değerlendirilmesi gereken diğer ilkelere¹¹. Örneğin, 1856 Paris Andlaşması'nın korsanlığın kaldırılmasına ilişkin beyannamesini ABD. ile İspanya imzalamamışlardır. Buna rağmen 1898 yılında birbirleri ile savaşa başlayınca uluslararası hukukun bu kuralına uyararak korsan kullanmayacaklarını açıklamışlardır¹². Sebepsiz biçimde üçüncü bir devletin ülke bütünlüğüne saldırı için andlaşma yapılamaz. Yapılırsa başlangıçtan itibaren batıl olacaktır. Hukukun genel ilkeleri kabul edilen hususlara aykırı andlaşmalar da batıldır¹³. Örneğin, yargı bağımsızlığı ulusların egemen eşitliği ilkesine dayanmakta ve Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından aksi kararlaştırılmayacak ilkeler arasında sayılmaktadır¹⁴.

⁹ Hersch Lauterpacht, Function of Law in the International Community, 1933, s.64 (Aktaran, **Frank**, s.1).

¹⁰ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua V. United States of America) Merits Judgement, I.C.J. Reports, 1986, p.14 (www.studiperlapace.H-control@studiperlapace.it) (1999), (24.3.2004); s.100, p.188.

¹¹ **Pazarıcı**, Jus Cogens, s.376.

¹² **Alsan**, s.51.

¹³ **Lütem**, s.96; Meray andlaşmanın konusunun uygulama imkansızlığı ya da ahlaka aykırılığının (pacta contra bonos mores) butlan sebebi olamayacağı kanısında olup, bu konuda Kelsen'in yaklaşımını benimsemektedir. Bir devlet yaptığı andlaşmanın ifa imkansızlığı ile ya da ahlaka aykırı olduğunu ileri sürerek bozma yoluna gidememelidir. Aksi halde verilen söze sadakat anlamına gelen ahde vefa ilkesine aykırı davranmış olur ki bu da ahlak dışı bir eylemdir (**Meray**, 1975, s.87-88).

¹⁴ Annuaire, CDI, 1966, Vol.I, s.270 (Aktaran, **Pazarıcı**, 2006, s.81, dn.184).

Taraflar kendi aralarında üçüncü devletlerin haklarını ihlal etmeden veya devletler hukukunun temel ilkelerine dokunmadan, teamül olan bir devletler hukuku hükmünü değiştirebilirler. Örneğin kendi aralarında diplomatik dokunulmazlıkları kısmen veya tamamen kaldırabilirler¹⁵. Bu durumda uluslararası toplumun düzenini bozacak ve toplumun haklarını zedeleyecek bir sonuç doğmayacaktır.

Emredici ilkelerin tam olarak belirlenmesi sanıldığından daha zordur. Genel olarak uluslararası toplumun yararını ilgilendiren ve insan haklarını korumaya yönelik kurallar olmalıdır¹⁶. Ancak bu her zaman yeteri kadar açık olmayabilir. Örneğin, kuvvete başvurma yasaklanması ilkesinin istisnası Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer almaktadır. Buna göre devletlere tek başına ya da ortaklaşa meşrû müdafâ hakkı tanınmaktadır. Devletlerin böyle bir hükme imza koyması, doğaldır ki, kuvvet kullanma yasağına aykırı sözleşme anlamına gelmemektedir. Birleşmiş Milletler Şartı'nda kademeli olarak barışçı çözümlerden başlanarak, denetimli biçimde kuvvet kullanmak, durumun özelliğine göre, koşulları gerçekleştiğinde meşrû müdafâ olarak düzenlenmektedir (BM Şartı, m.39-42).

İnsan haklarının korunması konusunda bazı ilkelere jus cogens niteliği tanımak mümkünken, bazıları için bu söz konusu olamaz. Örneğin, 4.11.1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi ile, savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike durumunda, taraf devletlerin, insan haklarına bazı kısıtlamalar getirebileceği kabul edilmiştir. Bu kısıtlamalar, yaşam hakkı, işkence ve kölelik dışında kalan önlemler olabilir¹⁷. O halde burada, sözü edilen kısıtlamaların istisnası olarak sayılan bu üç ayırık durum jus cogens olmalıdır.

Bir suç faili olarak küçüklere idam cezası uygulanamaması, uluslararası hukukta emredici kural olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husustur. Aslında suçun işlendiği tarihte henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuk suçluların idam edilememesi kuralı emredici bir uluslararası hukuk normu niteliği kazanmıştır. Çünkü bu konuda dört İnsan Hakları Sözleşmesi vardır. Bunlardan biri, ABD ve Somali dışında tüm uluslararası toplum (192 ülke) tarafından onaylanan ve iç hukuklarında bağlayıcılık kazanan Çocuk Hakları

¹⁵ Lütem, s.87.

¹⁶ M.K. Yassen, s.8; M.Villary, s.965-968 (Aktaran Pazarıcı, Jus Cogens, s.376, dn.32'deki eserler); Gündüz, s.36.

¹⁷ Pazarıcı, Jus Cogens, s.376.

Sözleşmesi'dir. Bu ülkelerde çocuklara fiilen de idam cezası verilmemesi yolunda çalışmalar yapılmakta, kamuoyu oluşturulmaktadır¹⁸.

Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarı tartışmaları sırasında emredici kuralların varlığını benimseyen devletlerden İtalya, görüşlerini açıklarken, bu kuralları belli bir sınıflandırmaya tabi tutmuştur. En başta insan haklarının savunulmasına ilişkin olanlar gelmektedir. Ardından kuvvet kullanımını engelleme ve barışı korumaya yönelik olanlar yer almaktadır. Son olarak da devletlerin bağımsızlığını koruyan emredici kurallar bulunmaktadır¹⁹.

B. ULUSLARARASI HUKUKUN EMREDİCİ KURALLARI (JUS COGENS) İLE İLGİLİ TEMEL KURAMSAL YAKLAŞIMLAR

Uluslararası hukukun oluşumu ve gelişimi konusunda tarihsel tartışma ekseninin uçlarında doğal hukuk taraftarları ve pozitivistler yer almaktadır²⁰. Tüm kurumlar olduğu gibi andlaşmalar ve bunların geçersizliğine neden olan jus cogens olgusu da bu tartışmadan etkilenmektedir. Taraflar arasındaki irade beyanlarının açıklandığı belgelere genel olarak "andlaşma" adı verilmektedir. Terimsel anlamı, uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun biçimde hak ve yükümlülükler doğuran, değiştiren veya sonlandıran yazılı irade beyanlarıdır²¹. Emredici kuralın belirlenmesi açısından, sadece taraflarını bağlayan iki taraflı andlaşmalardan çok; uluslararası hukuku oluşturan (law-making) andlaşmalar önem taşımaktadır. Bir ilkenin emredici norm niteliği kazanabilmesi için, uluslar ailesinin tamamının ya da tamamına yakın bir kısmının andlaşmayı kabul etmesi gerekmektedir²². Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi, andlaşmaları bu bakımdan "genel" ve "özel" olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Ancak bu tanım ve ayırım açıklayıcı niteliktedir. Uluslararası hukuk kuralı oluşturmak bakımından ikisi arasında fark bulunmamaktadır. Bazen iki taraflı andlaşma ile de uluslararası hukuk kuralı oluşturulabilir.

Hukukun kaynağı ile ilgili ilk açıklayıcı kuramlar doğal hukuk doktrinleridir. İradeci kuramlar, özellikle pozitivism, temelde doğal hukuku reddet-

¹⁸ www.amnesty.org.tr

¹⁹ www.amnesty.org.tr

²⁰ **Oppenheim**, s.89-94; **Meray**, (1960), s.33-36.

²¹ **Meray**, (1960), s.81; **Pazarıcı**, 2006, s.43.

²² **Oppenheim**, s.23; **Crozat**, s.124.

mektedir²³. Hukuk kuralları iradenin ürünüdür. Buradaki irade uluslararası arenada devletlerin iradeleridir. Uluslararası hukuk devletlerin iradelerine bağlı olarak oluştuğuna göre, bu iradenin dışında bir güç tarafından var edilmiş ya da doğada önceden oluşmuş bazı genel kurallara dayanılarak açıklanamaz. Emredici kuralların dayanağı bu genel kurallar olamaz. Devletler, kendi iradeleriyle oluşumuna katıldıkları bir kural söz konusu olduğu zaman kendini onunla bağlı kılabilir. Bir kuralın emredici olduğu tüm devletlerin ortak iradeleriyle kabul edilen bir üst kuralla belirlenmelidir. Nitekim Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinde emredici kuralın, uluslararası toplumun tümü tarafından, andlaşma ile ya da teamül olarak kabul edilmiş ve tanınmış olması gerektiği belirtilmektedir²⁴. Bunun sağlanması son derece zordur.

Pozitivist düşünce, uluslararası hukukta emredici kuralların kabulü gereğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu konuda doğal hukuk doktrini daha açıklayıcı görünmektedir²⁵. Aksi halde, her devletin iradelerinin aynı anda sağlanamayabileceği düşüncesinden hareketle, emredici kuralların kabul edilmesi anlamını yitirmektedir²⁶.

İç hukuktaki normlar hiyerarşisine göre, üst norm anayasadır. Ardından yasa, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler gelmektedir. Bunlar arasında en alttan üste doğru birbirine uygun olma, aykırı hüküm barındırmama şeklinde bir uyum ve hiyerarşi vardır. Her aşama için uygunluk denetimi mekanizmaları öngörülmüştür. Fakat uluslararası hukuk düzeninde bu türden üst düzey normların var olup olamayacağı öğretilerde tartışılmıştır. Çünkü devletlerin ortak iradeleri ile oluştuğu varsayılan uluslararası hukukun, bu ortak iradelerin üstünde yer alan bir başka grup kuralı belirleme ve

²³ Ayrıntılı bilgi için bk. **Crozat**, s.94 vd; **D'amato**, s.33 vd; **Pazarci**, 2006, s.11-15; **Ünal**, s.36-46

²⁴ m.53: "Yapılışı sırasında, genel uluslararası hukukun bir emredici kuralı ile çatışan her andlaşma batıldır. Bu sözleşmenin amaçları bakımından, genel uluslararası hukukun buyruk kuralı, devletlerin uluslararası topluluğunun bütünü tarafından, aksine hiçbir kuralın konulması olanağı bulunmadığı ve ancak genel uluslararası hukukun aynı nitelikteki yeni bir kuralı ile değiştirilebileceği kabul edilen ve tanınan bir kuraldır."

²⁵ **Çelik**, s.198; **Sur**, s.45; **Bozkurt-Kütükçü-Poyraz**, 68.

²⁶ Uluslararası hukukun oluşumunu sadece subjektif ve dolayısıyla değişken olan devlet iradesinde aramayı yeterli görmeyenler, hukukun esasını kendi kaynağında bulunan bir norm ile açıklarlar (Normativist Kuram). Bundan başka Pacta Sund Servanda esasına dayalı doktrinler vardır (**Crozat**, s.99-100).

sabitlenmesinin yolunun ne olduğu tam olarak çözülebilmemiş değildir²⁷. Bunlar kuramsal tartışmalardır. Çünkü uygulamada yazılı olarak yer almadığı eski dönemlerde bile, bu türden kurallar geleneksel olarak vardır. Fakat kaynağı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu konuda birbirine karşıt görüşte olan Schwarzenberger ve Verdross'tur. Schwarzenberger uluslararası hukukta jus cogens karşı çıkarken, Verdross ise olması gerektiğini düşünmektedir²⁸.

Schwarzenberger'e göre, egemenlik, rıza, tanıma, iyi niyet, uluslararası sorumluluk, denizlerin serbestliği ve meşrû müdafaa konularında teamül (yapılageliş) kuralları, andlaşmalar ve uluslararası hukukun genel ilkeleri tam olarak özümsemiştir. Bu bağlamda andlaşmalar ile ilgili olarak böyle özel bir düzenlemeye gerek de yoktur²⁹. Gerçekten de Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde emredici hukuk kurallarına aykırılık düzenlenmeden önce, örneğin, denizin bir kısmından geçilmesini yasaklayan bir andlaşmanın mutlak biçimde batıl olduğu kabul edilmekteydi. Çünkü denizlerin serbestliği kuralı bir örf ve adet ilkesidir. Buna aykırı bir andlaşma yapılamayacağı gibi Uluslararası Adalet Divanı tarafından da uygulanamaz³⁰.

Emredici kuralların muğlak da olsa Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne girmesi, tarihsel süreç içerisindeki iki doğal tartışma eksenini yeniden harekete geçirmiştir. Doğal hukuk doktrini ile pozitivizm arasındaki tarihsel çatışmaya, burjuva hukukçuları ile sosyalist hukukçular arasındaki çatışma eklenmiştir³¹.

Biçimsel tartışmalarla zaman kaybetmek yerine, onlar devam ettiği sırada, haksızlığa yol açan durumların bertaraf edilmesini sağlayacak pragmatik önlemlerin alınması zorunludur. Ancak hiyerarşik bakımdan üst düzey kurallara sahip bulunmayan bir hukuk düzeninde, hukuk kişilerinin aralarında serbestçe yapacağı anlaşmaları, tarafların, üçüncü kişilerin, kuruluşların, uluslararası başka düzenleyici işlemlerin veya normların geçersiz sayma/saydırma imkanının bulunması bir yönden sakıncalıdır. Çünkü andlaşmalar tek taraflı olarak, yerinde olmayan bir gerekçe ile, tanımsız bir

²⁷ Pazarci, 2006, s.81; Çelik, s.198 vd.

²⁸ Çelik, s.196.

²⁹ Pazarci, Jus Cogens, s.10, dn.14'deki eser.

³⁰ Scelle'nin bu görüşü için bk. Crozat, 120, 124.

³¹ Sosyalist hukukçuların yaklaşımı için bk. Pazarci, Jus Cogens, s.376; Danilenko, s.2.

geçersizlik sebebine dayanılarak feshedilebilir hale gelecektir³². Ancak tam tersine örneğin, “doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenlik” ilkesi üçüncü dünya ülkeleri lehine ileri sürülebilir olduğundan, ileride zayıf devletleri güçlüler karşısında koruyucu etkisinin olabileceği de göz ardı edilmemelidir³³.

II. TARİHSEL GELİŞİM

Eski hukukumuzda Tanzimata kadar olan dönemde, uluslararası hukukta, İslam devletler hukukuna ilişkin hükümlerin uygulandığı görülmektedir. Tanzimattan sonra ise, Avrupa hukuku esas alınarak uygulamalar yapılmaya başlanmıştır. Klasik dönemin en önemli eseri 1549’da Halebî tarafından yazılan Mültek’al Ebhür adlı eserdir. 1687’de Osmanlı Devleti’nin “kanun mecmuası” olarak açıklanmıştır. Bu eserde “siyer” başlığı altında, uluslararası hukukta uygulanacak hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca İmam Muhammed’in yazmış olduğu devletler hukuku kitabı olan “Siyer-i Kebir”in açıklaması mahiyetini taşıyan, Serahsî’nin şerhi diğer önemli kaynaktır. Osmanlı Devleti’nin resmen tanıdığı hukuk ekolü, İmam Muhammed’in de görüşlerini benimsemiş olduğu Hanefîlik’tir. Bu nedenle Hicrî dokuzuncu yüzyıldan beri bu eserin elyazmaları Osmanlı’da çoğalmıştır. Şerhin en erken tarihli elyazması, Hicrî 631 tarihli Beyrut Amerikan Üniversitesi Kütüphanesi’ndedir³⁴.

1856 Paris Andlaşması’na kadar modern devletler hukukunun dünya üzerinde var olmadığı ve bu tarihten sonra, Hıristiyan dünyasında ortaya çıktığı tezi³⁵, aslında uzun yıllar savaşlardan bitkin düşmüş olan ve bir bütünleşme çabası içine giren ama bir türlü başaramayan Avrupa’nın durumunu anlatmak için kullanılmaktadır. Savaşı sona erdirmeye ve bütünleşme çabaları takdire şayandır. Bu görüş, ulusların sınır bütünlüğüne zarar vermeme kuralının bu tarihten itibaren batılı devletler arasında kabul görmeye başlamış olması yönü ile haklı da olabilir. Hiçbir devletin sınırlarına tecavüz etmeme

³² Charles Rousseau’nun tedbirli yaklaşımı hk. bk. Çelik, s.201.

³³ Sur, s.45.

³⁴ Serahsî, Şerh, s.21.

³⁵ Cin-Akgündüz, s.378; Paris Andlaşması’nın ilk üç maddesi bu bakımdan önemlidir. Osmanlıdevleti artık devletler genel hukukunun bir parçasıdır. m.1’e göre taraflar savaş sırasında işgal ettikleri toprakları iade edeceklerdir. m.2’ye göre, Osmanlı Devleti Avrupa Devletler Topluluğu’nun bir üyesi olacak, toprak bütünlüğü ve bağımsızlığı Avrupa devletlerinin ortak garantisi altına girecektir. m.3’e göre, uyuşmazlık durumunda taraflar kuvvet kullanmadan önce diğer imzacı devletlerin aracılığını kabul edeceklerdir (www.turkebilgi.com).

düşüncesinin oluşması ulusal devletlerin oluşmasına bağlıdır. Bu da üç ila beş yüzyıl öncesine dayanır³⁶.

Tarih bir bütün olarak algılanmalıdır. Başka bir ifade ile modern uluslararası hukuk teorisinin oluşturulmasında yararlanılan kaynaklar, doğu ve İslam kaynaklarıdır³⁷. Doğu ve batı düşüncesinin birini diğerinden ayırmak mümkün olamamaktadır. Devletlerin sınırlarına saygı esası getirilmeden uygulanan İslam hukuku kuralları ne kadar adil olursa olsun, sonuçta uluslararası ilişkileri savaş temelinde değerlendirmek zorundadır. Batı dünyasının gelişmeleri de ne kadar modern olursa olsun, sadece kendi inancında ya da kültüründe olanlara uygulanıp, diğer ulusları veya inançları dışarıda bırakırsa, hiç de adil olmayacaktır.

A. İSLAMİYETTEN ÖNCE TÜRKLERDE ULUSLARARASI HUKUKA AİT EMREDİCİ KURALLAR

Eski Türkler'in diğer devletlerle olan ilişkilerinde kendileri açısından emredici norm kabul edilebilecek ilkeleri benimsemiş olmaları, uygarlık düzeyini ortaya koymaktadır. Hunlarda barış hali, diğer topluluklarla ilişkilerde esastır. Eğer karşı taraftan bir kötü niyetli girişim olmaz ise, saldırı yapılmaz. Önce karşı tarafın uyarılması ve uyuşmazlığın barışçı yollar ile halli denir³⁸.

Uluslararası ilişkilerde düzenleme aracı andlaşmadır. Andlaşmanın ihlal edilmesi savaş sebebidir. Elçilik kurumu ve garantileri gelişmiştir. Andlaşmalara uymayı zorunlu kılan saik, Tanrı'nın laneti ve savaştır. Fakat her halde ahde vefa ilkesi uygulanmaktadır. Andlaşmanın tarafları akit ile bağlandıklarını, özel ritüeller eşliğinde bir tören ile ilan ederler ve aleniyet kazandırır³⁹.

B. İSLAM HUKUKUNDA ULUSLARARASI HUKUK VE EMREDİCİ KURALLAR

Eski hukukumuzda Tanzimat dönemine kadar devletler hukuku ile ilgili hükümler, cihad, magâzi (savaşlar) ve siyer (hal, durum, gidiş, yol, davranış)

³⁶ Dervort, s.29.

³⁷ Batı literatüründe bu konudaki ilk kaynakları 1532-1577 yılları arasına rastlamaktadır. Doğuda ilk eserler 770-804 tarihlerine denk gelmektedir (Cin-Akgündüz, s.378).

³⁸ Çin ile akdedilmiş bir uluslararası andlaşma metni için bk. Arsal, s.216.

³⁹ Arsal, s.219 vd.

adı altındaki kitaplarda ya da konu başlıklarında ele alınmıştır⁴⁰. Siyer kısmı, fikhın uluslararası ilişkilerde egemen olan esaslarını içermektedir. Siyerin temel kavramları, Dar-ül İslam⁴¹, Dar-ül Harp⁴², Dar-ül Ahd⁴³, Cihad, Zimmet⁴⁴ ve Aman⁴⁵’dır.

1. Klasik Kuram

Hukukun klasik kuramı biçimseldir. Temelde ilahî kaynaklar egemendir. Yöneticilerin ve yargıçların, bunlara uymaları zorunludur. Kaynakların yorumunu yaparak hüküm çıkarabilmek için, müçtehit olmak yani hukuku ve metodolojiyi iyi bilmek gerekmektedir.

Öncelikle İslam hukukunda kuramsal anlamda, “uluslararası hukuk-iç hukuk” ilişkisinde tekçi (monist) yaklaşımın esas olduğu belirtilmelidir. İç hukuk ile uluslararası hukuk birbirinden ayrı değildir. Hatta teoride, ülkesel ayırım da yoktur. İslam hukukunun geçerli olduğu tüm coğrafi alanlarda -farklı yönetimler olsa da- İslam hukuku uygulanır. O nedenle hukukun kaynaklarının yorumu çok önemlidir. Uluslararası hukuka ilişkin bir sorun hakkında da, iç hukukta olduğu gibi, öncelikle Kur’an’da hüküm bulunup bulunma-

⁴⁰ **Cin-Akgündüz**, s.375.

⁴¹ Müslümanların hür ve güven içinde yaşayabildikleri, İslam egemenliği altındaki ülke topraklarıdır (**Üçok-Mumcu-Bozkurt**, s.69); **Umur**’a göre, İslam topraklarının belirlenmesinde esas alınması gereken kriter, coğrafya anlamında ülke değil, kişilerin itikadidir. Milliyet ya da vatandaşlık, bugünkü anlamından çok farklıdır (s.194).

⁴² Müslümanların özgür ve güven içinde yaşamadıkları düşman ülke topraklarıdır (**Üçok-Mumcu-Bozkurt**, s.69).

⁴³ Dar-ül Sulh de denilen bu yerler, doğrudan doğruya İslam egemenliği altında olmayan fakat İslam devleti ile andlaşma yapan gayrimüslim topraklardır (**Üçok-Mumcu-Bozkurt**, s.69).

⁴⁴ Müslüman siyasal otorite ile gayrimüslim vatandaşlar arasında, gayrimüslim vatandaşlara Müslümanların himayesini ve onlarla barışçı ilişkiler kurulmasını sağlayan bir tür sürekli sözleşmedir. Dar-ül İslam durumuna getirilen ülkelerde yaşayan, ehl-i kitap olan veya olduğu varsayılan İslam devletinin egemenliğine karşı gelmeyip, devletin koruması altına girmek karşılığında belli miktar vergi ödeyenlerin kazandıkları statüdür. Müslüman halk da benzer bir vergi ödemektedir (Öşür ve haraç arazileri arasındaki farklar için bk. **Ebu Yusuf**, s.190). Bunlar devletin güvencesi altında olmakla, dinlerine saygı gösterilir. Özel hukuk konularındaki uyuşmazlıklarında kendi cemaat mahkemelerinde yargılanabilirler. Kamu hukuku alanında İslam hukuku hükümlerine tabi olurlar. (**Üçok-Mumcu-Bozkurt**, s.70); Zimmilik hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Bozkurt**, “Zimmî”, s.115-154.

⁴⁵ Gayrimüslimlerin İslam topraklarına ticaret gibi geçici amaçlarla girmelerinin düzenlendiği durumdur (**Üçok-Mumcu-Bozkurt**, s.84-85; Eman konusunda ayrıntılı bilgi için bk. **Bozkurt**, “Müste’menler”, s.361-379).

diğına bakılır. Eğer yoksa veya kapalı ise, Sünnet ile tamamlanıp tamamlanmadığına bakılır. Ancak doktrinde İslam'ın klasik kuramı denildiği zaman kastedilen çoğunlukla, Peygamber dönemi uygulaması ve Kur'an değil; ortaçağ İslam uygarlığının zirve noktası olan Abbasîler ve dört ekolün ortaya çıktığı dönemdir⁴⁶. Çünkü bu dönemde hukuk ve bilim en gelişkin çağını yaşamıştır.

Uluslararası ilişkiler alanını da kapsamak üzere klasik metodolojiye bağlı olan İslam düşüncesi, taklid, fetva ve telif tekniklerini uluslararası hukukta kullanmıştır⁴⁷. Yukarıda sözü edilen ekoller dönemine gelinceye kadar İslam hukuku, ilk ortaya çıktığı şekliyle oldukça farklı bir hal almıştır. Bu farklılaşma temel kurumlara da yansımıştır. Örneğin "cihad", kavram olarak, yalnızca dışa yönelik bir hareket değil, insanın içsel-ruhsal düzelmesini sağlayıcı uygulamaları yapmasıdır⁴⁸. Sözcük olarak tehd etmek, iç-çaba göstermek, gayret etmek, bir işi başarmak için elinden geleni yapmak, gibi anlamlar taşımaktadır⁴⁹.

Cihadın bu içsel anlamı, sanıldığı aksine, İslamiyetin ilk yıllarında kullanılan, o dönemin hukukunun kaynağı olarak hadislere konu olan biçimidir. Ancak zaman geçtikçe ve koşullar değiştikçe, hukukçular ve yöneticiler sözcüğün, maddî anlamda silahla "savaşmak" biçimine dönüşmesine neden olacak yorumlar ve uygulamalar yapmışlardır⁵⁰. Benzer durum devlet yöne-

⁴⁶ **Ebû Süleyman**, s.30, 68.

⁴⁷ Taklid: delilini bilmeksizin bir hukukçunun görüşü ile karar vermektedir. Ancak İslam hukukunda körükörüne inanma uygun bulunmaz.

İfta: Bir sorunun çözümü için sorulan soruya içtihad yolu ile verilen cevaptır.

Teflik: İki veya daha fazla ekolün birbirine zıt ve aykırı hükümlerinin aynı işte uygulamasıdır. (Ayrıntılı bilgi için bk. **Atar**, s.319, 325, 327)

⁴⁸ İslam dinsel düşüncesinde ruhbanlığın olmadığı konusu açıklanırken Peygamber'in, "Müslümanların ruhbanlığının cihad olduğunu" söylediği rivayet edilmektedir. Devamında yapılan açıklamada cihadın anlamının, dünya işlerini bırakıp, sadece ibadetle uğraşmak olduğu açıklıkla belirtilmiştir. Bundan kasıt, kişinin içsel anlamda kendisini ve dışsal anlamda diğer insanları iyiliğe yönlendirecek işler tasarlaması ve yapması; kötülüğü engelleyici işler yapması veya tasarlamasıdır (**Serahsî**, s.46). Dinsel literatüre de bu anlamıyla girmiştir (**Özel**, s.527); **Crozat**, 201.

⁴⁹ **Özel**, s.527; Aksi kanıdaki Brockelmann'a göre, İslam Peygamberi, kendisine inananları kutsal savaşa ikna eden bir yaklaşımı benimsemiştir. Asıl amacı savaş açmaktır ve bunun şartlarını kendi hazırlamıştır (s.21 vd).

⁵⁰ Evrim-dönüşüm süreci için hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Ebu Süleyman**, s.33 vd; İslam hukukunda bu konuda yazılmış eserlerin dökümü için bk. **Crozat**, s.199-200; **Ruelland**, s.55.

ticiliği olan “emîrlik” kurumunun, önce “halifelîğe” sonra da “saltanat”a dönüşmesinde yaşanmıştır. Silahlı savaşın benimsenmesi ve ön plana çıkarılması, dönemin savaş eksenli yapısından ve henüz ülke bütünlüğüne saygı kavramının netlik kazanmamış olmasından kaynaklanmaktadır⁵¹.

İslamiyetin ortaya çıktığı dönemlerde Arap yarımadasında devlet biçiminde bir örgüt yapısından henüz söz etmek mümkün değildir. Zira Medine anayasal metni ile bir tür ortak iradeye dayalı kent devleti ya da buna benzer bir “birlik” özelliği taşıyan yapı meydana getirilmiştir. O halde Kur’an ile gelen esaslar sadece temel ilkeler bazında değerlendirilmelidir. Müslümanlar, kendi toplumlarından dışlanma ve yok edilme karşısında, hayatta kalabilmek için sürekli bir savunma halinde bulunmuşlardır. Ancak hiçbir topluluğa karşı, hiçbir sebep yokken savaş açılmaması genel kuraldır. Barış halinin tek istisnası meşrû müdafaa⁵². Aslında bu esas, bilinçli olmamakla birlikte, herkesin toprak bütünlüğüne saygı ilkesinin ilksel temellerini oluşturmaktadır⁵³.

Uluslararası ilişkilerde savaşın asıl oluşu, devletler arasındaki ilişkilerin savaş ve barış durumuna göre düzenlenişi, İslam dünyasına has bir olgu değildir. Eski Roma ve diğer Avrupa devletleri için, üstelik tarihin her devrinde geçerlidir. Özellikle dünyanın iki büyük savaşı yaşamasında, hep bir devletin, diğerinin topraklarını ele geçirme çabası vardır. Savaşların temel nedeni aslında sanıldığı gibi din ya da inanç yaymak değil, dünyevî etkinlik alanını genişletmektir. Çünkü aynı din içerisinde de zaman içinde ayrılaşmalar ve çatışma noktaları yaratılmakta; hatta Hristiyanlıkta olduğu gibi, dinsel temsil gücü bulunan papalık ile yönetici sınıf arasında dünyevî egemenlik savaşı olmaktadır. Savaşların çoğunluğunun dünyanın stratejik açıdan önem taşıyan ve eski uygarlıkların yerleştiği alanlarda çıkması da bu tezi doğrulamaktadır. Savaşlardan büyük zarar görmüş olan devletlerin bir araya gelerek, ulusların toprak bütünlüğüne saygı ilkesini -kuramsal olarak da olsa- kabulü için modern zamanları beklemek gerekmiştir. Ancak İslam

⁵¹ Özel, s.530.

⁵² Osmanlı Devleti’nin klasik döneminde, Fatih’in Karaman Devleti’ne, Yavuz’un İran ve Mısır Memlükleri’ne savaş açması durumunda; ‘olası bir karşı girişim hali ve anarşi çıkarma’ gibi hususlar dayanak yapılarak, savaşın İslam’a uygunluğu sağlanmıştır: Demek ki temelde savaş, istenen ve hukuksal olan bir durum değildir. (Cin-Akgündüz, s.382); Ruelland, s.56/2.

⁵³ Cin-Akgündüz, s.381; Savaş hukukuna ilişkin esaslar Kur’an’a göre düzenlenmiştir. Bunlar ilk kez Şeybanî tarafından 8. yüzyılda kayıt altına alınmış ve dünya literatürüne geçmiştir (D’amato, s.17).

hukuku bu konuda, İslamiyet öncesi ortamın hukukuna göre daha yumuşak hükümler getirmiştir.

Tarihsel olayları tarihsel koşulları içinde değerlendirmek gerekmektedir. İslam düşüncesi yeni bir hukuk sistemi kurma amacı taşımaz. Eski müesseseleri adil olduğu oranda devam ettirmek, adaletsiz uygulamalara son vermek; önceden var olan ve toplum tarafından uygulanagelen örf-adetleri, genel ilkelere aykırı değilse korumak yöntemini kullanmıştır. Örneğin, savaş sonunda, eskiden olduğu gibi sağ kalanların öldürülerek kentin yağmalanması yerine; savaşa daha adil kurallar getirilmiştir. Zimmet andlaşması bunların başında gelmektedir. Bu yolla farklı dinden olan insanların, aynı ortamı yaşam alanı olarak kullanmaları mümkün olabilmıştır. Emredici kural olarak ahde vefa ilkesine vurgu yapılmıştır. Benzer biçimde esaret hükümleri, dönemine göre ileri ahlakî kriterlere kavuşturulmuştur. Önceden insanlar pek çok sebeple yasal anlamda köle olabilirken, İslamiyet bu sebepleri, sadece savaş esirliği ile sınırlamış, onların da azad edilmesini bir tür ibadet olarak düzenleyerek, tamamen ortadan kaldırmıştır. Uluslararası ilişkilerde cihad olgusunun sadece meşrû müdafaa anlamındaki kullanımı öne çıkartılmıştır. Daha sonraki yüzyıllarda İslam hukuk hükümleri yenilenemediği için nesilden nesle bu şekilde aktarılmıştır⁵⁴.

İslam hukuk teorisinde özel hukuk-kamu hukuku ayrımı olmadığı gibi, uluslararası hukuk-iç hukuk ayrımının da bulunmamasının sonucu olarak, uluslararası özel hukuk ve uluslararası kamu hukukunun tanımları değişmektedir. Hukuksal olay, işlem veya uyumsuzluk iki devlet arasında ya da birey ile devlet arasında meydana gelmiş ise, uluslararası kamu hukukunun konusunu; farklı iki devletin vatandaşları arasında meydana gelmişse, uluslararası özel hukukun konusunu oluşturmaktadır⁵⁵.

Eski devletler hukukumuz, ulusal-iç hukukun bir parçası sayıldığı için, iç hukuktaki yaptırımlar uluslararası hukukta da geçerlidir. İç kamu hukukunda var olan sözleşmelere dair sınırlayıcı hususlar, uluslararası hukukta varlığını sürdürmektedir. Kur'an, Sünnet, icma ve kıyas hukukun ana kaynaklarıdır. Hiçbir norm, hüküm ve uygulama Kur'an'a ve burada açıkça belirlenmiş olan hukukun genel ilkelerine aykırı düzenlemeler içerememelidir. Aksi halde batıl olacaktır.

⁵⁴ **Ebu Yusuf**, s.55; Cihadın savaşmak anlamında kullanılmasına Hicretten bir veya iki yıl sonra izin verilmiştir (s.57).

⁵⁵ **Hamidullah**, s.51; **Cin-Akgündüz**, I, s.376.

2. Genel İlkeler

Uluslararası ilişkiler barışta, savaşta ve tarafsızlık durumunda olmak üzere farklı düzenlemelere tâbidir. Ancak her halde uyulması zorunlu olan ilkeler vardır. Bunlar, adalet ilkesi, ahlak değerlerine uygun davranma ilkesi, verilen sözlere uyma ilkesi, eşitlik ve özgürlük ilkesi, barışın esas olduğu ilkesidir.

a. Adalet İlkesi

Adalet ilkesi hemen hemen tüm hukuk ve inanç sistemlerinde yeri olan, soyut bir üst normdur. Bir devlet ile arada daha önceden husumetin olması, adalet ilkesine aykırı hareket etmeyi gerektirmez. Karşılıklılık (mukabele-i bilmisil) bu ilkeye aykırılık oluşturmaz. Uluslararası hukukta kabul görmüş bir uygulamadır⁵⁶.

Birden fazla devletin aynı andlaşmaya imza koyması halinde bir veya bir kaç sözleşmeden dönerse, aleyhe hükümlerin sadece dönenler için uygulanacağı kuralı da adalet ilkesinin bir görünümüdür⁵⁷. Tarafların imza koyduğu bir andlaşmadan hariç ve gizli, bu andlaşma hükümlerine aykırı başka sözleşmeler yapılması, genel ahlak ve kamu düzenine aykırılık oluşturup, İslam hukukunda yasaklanmıştır. Bu türden akitler geçersiz sayılacağı gibi tarafların andlaşmaya bağlılıkları da ortadan kalkacaktır.

b. Ahlakî Esaslara Uygunluk İlkesi

Ahlakî esaslara uygunluk ilkesi, uluslararası hukukun emredici normlarını içinde barındıran bir kapsayıcılığa sahiptir. İslam hukukuna göre, uluslararası hukukun temeli açıklanırken tekçi (monist) görüş esas olduğu için, ahlaka uygun işlem yapmanın, bireyler arası ilişkilerdeki durumu ne ise, uluslararası ilişkilerde de aynı hüküm ve sonuçları doğurmaktadır. Andlaşmalara titizlikle uyulması, zalimane uygulamalar yapılmaması ve andlaşmalara bu türden hükümler konulmaması gerekmektedir. Karşılıklılık esasının amacını aşacak biçimde ve karşı tarafı yıkıma uğratabilecek kadar acımasız boyutlarda kullanılmaması gerekmektedir. Karşılıklılık esasını, misillemenin şeklinin bu boyuta varmasını zorunlu kılsa bile, başka bir ifade ile ilk yapılan

⁵⁶ Mü'min:40-42; Bakara:219; **Hamidullah**, s.256.

⁵⁷ **Cin-Akgündüz**, s.379.

eylem zalimane ise, bunu uygulamak ya da andlaşmalara bu türden hükümler koymak yasaktır. Konulursa da geçerli olmayacaktır⁵⁸.

c. Ahde Vefa (Evfü bil ahd=Pacta Sund Servanda) İlkesi

İslam andlaşmalar hukukunda en önemli ilke, ahde vefadır. Tanrısal kurallar arasında, insanların, üzerinde en çok hemfikir oldukları ilke budur⁵⁹. Andlaşmada verilen sözler, borçlanılan edimler açıkça belirlenmelidir. Sözcüklerin gizli manalarından faydalanılarak tevil ve genişletme yapılmamalıdır⁶⁰.

Siyer kaynaklarında ahde vefa ve aleniyet ilkesinin ihlal edilmemesi için yöneticilere son derece temkinli davranması önerilmiştir. Daha önce akdedilen andlaşmanın hiçbir surette bozulamayacağı kuralı esastır. Kuramsal tartışmalar, zorunlu kalınan hallerde -örneğin, karşı tarafın andlaşmaya aykırı hareketler içerisinde bulunması durumu gibi- ahdin yerine getirilmesine devam edilip edilemeyeceği konusunda yoğunlaşmaktadır. Böyle bir durumda bile doğrudan andlaşmanın feshi değil, belirli bir biçimsel süreç içerisinde karşı tarafa durumun bildirilmesinin ardından fesih işleminin tek taraflı olarak yerine getirilebileceği hükme bağlanmıştır⁶¹.

En az akde riayet kadar önemli ve hiçbir şekilde inkarı ve ihlali söz konusu edilemeyecek olan bir kural daha vardır. Düşmanlar kendileriyle akdedilen barışın şartlarını bozsalar bile, barışı sağlamak için alınmış adamlar öldürülemez. Hatta akdin bozulması durumunda böyle bir şart akitte yer almış olsa bile uygulanamaz. Şart batıl olur. Bu durum emredici kuralların, andlaşma iradesini sınırlamasının en belirgin örneğidir⁶².

d. Özgürlük ve Eşitlik İlkesi

İslam hukukuna göre, tüm insanlar aynı kökten geldikleri için, birinin diğerine üstünlüğü olamaz. Birey bazındaki bu esas toplumlara da yayılabilir. Hiçbir toplumun diğerine üstünlüğü yoktur. Bu biyolojik eşitlik, hukuksal anlamda da eşitliği doğurmaktadır. Hükümdar ile vatandaş arasında "haklara sahip ve borçlara ehil olabilme" anlamlarına gelen hak ve eda ehliyeti bakı-

⁵⁸ Cin-Akgündüz, s.379.

⁵⁹ Ebu Yusuf, s.459; Roma hukukundaki görünümü için bk. Dervort, s.5.

⁶⁰ Ebu Yusuf, s.459.

⁶¹ Serahsi, s.60-62; Umur, s.198.

mından fark bulunmaz. Yargı makamları önünde eşit statüdedirler. Uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler bu ilkeyi zedelemeyiz. Tam tersine bir tür denge sağlama mekanizması oluşturmaktadır. Kölelik sebepleri sadece savaş esareti ile sınırlanmış; uygulamada bir tür bakım ve yardım yükümlülüğüne dönüşmüştür⁶³.

e. Uluslararası İlişkilerde Barışın Esas Olması

Siyerin temel konularından biri, dünya barışıdır⁶⁴. Dünya barışı, farklı inanç, farklı köken ve diğer farklılıklar dahilinde değişik kavimlerin ya da toplulukların insanlığın ortak çıkarları için dayanışma ve barış içinde olabilmeleridir. Öncelikle farklılıkların, farklarını kaybetmeden bir arada yaşamaları önemlidir. Eğer bir hukuk sisteminde din esas alınarak bir çatı oluşturuluyorsa, dünya üzerinde ayrı inançların da var olacağı baştan kabul edilmiş demektir⁶⁵. Bu konuda İslam hukukunun aslı kaynağı olan Kur'an'da farklı ulusların bir düzen dahilinde bir arada yaşamaları, "te'aruf" sözcüğü ile ifade edilmektedir. Yeryüzünün güzelliklerinden tüm insanların yararlanması için birbirleriyle yardımlaşmaları anlamına gelmektedir⁶⁶.

Medine anayasal metnindeki esaslara ve yazılış yöntemine göre, farklı kabileler, aynı koşullar altında metne imza koymuşlardır. Bunların din ve

⁶² Crozat, s.201.

⁶³ Ebu Yusuf, s.55-56, 83.

⁶⁴ Aksine görüşler de bulunmaktadır (Cin-Akgündüz, s.379; 380, dn.20). Fakat bunlardan özellikle Turnagil, kuramsal olarak devletler arasındaki ilişkilerde savaşın esas olmadığını kabul etmekle birlikte (s.80), tarihe ve yazarın eserini yayınladığı dönemlere (1937-1944) bakıldığında insanlığın savaştan bir türlü vazgeçemediği, yıkıcı dünya savaşlarının yaşandığı dönemler olduğu görülmektedir. Bu durumda hala savaşın olmadığını iddia etmek çok da anlamlı gelmemektedir. Günümüzde bile hala haksız savaşların yaşandığı izlenmektedir. Başka bir ifade ile insanlar ve devletler, asla savaş olmayacakmış gibi rahat davranmamaktadırlar. O nedenle uluslararası hukukun gelişimi olması gerektiği gibi değil, somut durum ne gerektiriyorsa o şekilde devam etmek zorundadır. Tarihte uluslararası hukuk kitapları yazılırkenki savaş koşulları gereği, yazılan eserler genellikle harp hukuku başlığını taşımaktadır. Örneğin modern Avrupa hukukunun temelini oluşturan Gentini'nin kitabı "De Jure Belli" (Savaş Hukuku); uluslararası hukukun asıl kurucusu kabul edilen Groot'un ünlü eserinin de adı "De jure Belli"dir (Turnagil, s.77-79); Crozat, 201.

⁶⁵ "İslam hukuku insanların yeryüzünde ayrı milletler, devletler ve bloklar halinde kümeleşmesini"ni doğasından gelen bir özellik olarak kabul etmektedir (Hucurat:13; Maide:5; Rum:13); Yaman, 140.

⁶⁶ Yaman, s.44.

inançlarının değiştirilmesi gerekmemiş, böyle bir talepte bulunulmamıştır. Ayrıca savaş sırasında da olsa, manastırlara zarar verilmemesi ve buralardaki din adamlarına dokunulmaması genel kuraldır⁶⁷. Çocuklar, kadınlar ve yaşlılar gibi savaşa gücü olmayanlar, korunması gereken grupta değerlendirilmektedir. İnsanların yaşam alanlarına, hayvanlarına ve tarlalarına zarar verilmemesi kuraldır⁶⁸. Bunlar aksine andlaşma yapılamayacak olan hususlar olduğu gibi aynı zamanda uluslararası hukukun genel ilkeleridir.

İnsanlar arasında fark gözetilmeyen bir düzenin kurulabilmesi için, genel bağlayıcı ilkeler oluşturulması gerekmektedir. Buna göre, bazı esaslar andlaşmalarda yer almasa bile, var kabul edilmektedir. Örneğin, savaş dışında kölelik sebepleri tayin eden bir andlaşma -açıkça belirtilmese- bile batıldır⁶⁹.

Hukuk sisteminin monist yaklaşımı benimsemesi, yaptırım gücünü arttırmaktadır. İslam dinine inananlar bakımından çift etkili bir yaptırım vardır. Bir yandan iç hukuk ile aynı maddî yaptırımlar geçerli olurken, öte yandan aşkın evrende maruz kalınacak olan cezalar bulunmaktadır⁷⁰.

İslam hukukunda andlaşmaların yapılmasında geçersizlik nedeni olacak emredici kurallar, hukukun genel ilkeleri bağlamında değerlendirilmelidir. Aslına bakılırsa emredici kurallar, hukukun genel ilkelerinin andlaşmalar gibi özelleşmiş bir alanda yansımalarından başka bir şey değildir. Örneğin zimmet andlaşmasına zimmilerin ibadet özgürlüğünü kısıtlayıcı hükümler konulamaz. Osmanlı tarihi bunun örnekleriyle doludur.

f. İyiniyet İlkesi

Peygamber andlaşmalarının ancak iyi niyetle yapılmış olanlarının değerli olduğunu vurgulamıştır. İyi niyetli oluşumlara ve teşekküllere dahil olunması tavsiye edilmektedir. Bu kuruluşların oluşum biçimi, emredici kuralların tespiti açısından önemlidir. Her şeyden önce konusu yasak (haram) olmamalıdır. Bunlara örnek olarak uyuşturucu kullanımını teşvik eden, insanlığa ya da çevreye zarar verici bilimsel araştırmalar yapmak gibi konularda ortak andlaşma yapılamaz. Haksızlığa uğrayan ya da belli bir ulusun aleyhine andlaşmada birleşilemez.

⁶⁷ Serahsi, s.61; Crozat, s.202.

⁶⁸ Serahsi, s.63-66; Cin-Akgündüz, s.391.

⁶⁹ Serahsi, s.64vd. (Aktaran, Cin-Akgündüz, s.395 dn.76); Hamidullah, s.411-412.

⁷⁰ Yaman, s.31.

C. OSMANLI DEVLETİNDEKİ DURUM

Osmanlı Devleti'nde klasik dönemde, iki hükümdar veya kumandan arasında, siyasal veya ekonomik konularda yapılan sözleşmelere ahitname denmektedir. Çünkü bunlar Osmanlı'nın tek taraflı olarak bahsettiği haklar ve ayrıcalıkları kapsamaktadır. Verilen sözün yazılı hale getirilmesidir. Bunlar tek taraflı bağlayıcılığa sahip ve lehe tasarruf hükmünde olduğundan, karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Bu durum devletin güçlü olmasından kaynaklanmaktadır. Bu yöntem Zıvatoruk Andlaşması ile değişmiştir. Bu tarihten itibaren ahitnameler sırasında, çevirisi de düzenlenip, karşı tarafa bildirilmiştir. 1699 Karlofça Andlaşması ile ikinci dönüm noktası yaşanmıştır. Bu dönemden sonra artık Avrupa devletlerine ihsanda bulunmak anlamında ahitnameden değil; eşitler arası karşılıklı andlaşma demek olan "muahede"den bahsedilmektedir⁷¹.

Andlaşmaya karşılık olarak ahd, eman, sulh, musalaha, hüdne ve muhadene gibi farklı sözcükler de kullanılmaktadır. Her biri terim olarak farklı bir anlam taşımaktadır. Örneğin, hüdne ve muhadene, süre ile sınırlı olan andlaşma demektir. Devletin güçlü olduğu yükselme döneminde, bunlar Osmanlı Devleti'nin, karşı tarafa tek taraflı haklar bahsetmesi biçiminde yapılmışlardır. Tüm imzalanan ahitnamelerde belli biçimsel şartlar aranmaktadır. Bunlardan en önemlisi, ahde sadakat temennisidir. Andlaşma metninin sonunda yer almaktadır⁷².

Osmanlı Devleti'nde hukukun emredici kuralları vardır. Örneğin savaş esirliği konusunda, esaretin sadece savaşan kişiler için bir statü olduğu kuralı geçerlidir. Aksine sözleşme yapılamaz. Esirler öldürülmez. Çünkü savaşın amacı karşı tarafı imha etmek değildir. Osmanlı hukukunda savaştan önce, ilan etmek zorunluluğu vardır. Çünkü karşı taraf savaşmak istemezse onunla savaşılmaz. Bu uygulama Osmanlı fetihlerinde çok rastlanan bir uygulamadır. Fetih başlamadan önce karşı tarafa gönderilen bir elçi ile, savaş olmadan teslim olunması çağrısında bulunulur. Eğer kabul görürse, bu tür fetihlere vira (inanç) yolu ile bir yerin ele geçirilmesi denir. Aksi halde savaş gerçekleşir ve Osmanlı Devleti kazanırsa, dönemin geçerli uluslararası hukuk kuralına uygun olarak şehri yağmalama hakkı vardır. Ayrıca savaşta esir düşenler köle statüsü kazanırlar. Çünkü iki taraf için de maddî ve manevî bir yıkım yaşanmıştır. Fakat Osmanlı Devleti bu kuralı uygulamamıştır. Örneğin

⁷¹ Kütükoğlu, s.540.

⁷² Uzunçarşılı, s.290 vd; Kütükoğlu, s.540.

İstanbul vira ile alınmış olmasına rağmen, Fatih Sultan Mehmet tarafından ganimet yağmasına izin verilmemiştir⁷³. Elde edilen topraklardan boş olanlar daha sonra liyakate göre dağıtılmıştır. Vergi karşılığında kentin ve halkın korunması üstlenilmektedir. Gayrimüslim vatandaş konumuna giren bu kimselerin malları kendi özel mülkiyetlerinde kalır. Özel hukuklarında serbest olup, askere gitmezler. Osmanlı Devleti'nde farklı unsurlar bir arada yaşayabilmişlerdir. Hatta köle statüsünde olanların en üst devlet görevlerine, hatta askerlik kademelerine geldiği bilinmektedir.

Kanunî Sultan Süleyman'ın 1535'te Fransa Kralı I. François ile ortak düşmanları Charles Quint'e karşı akdettikleri barış andlaşması karşılıklı saygı, ticaret ve işbirliğine dayanmaktadır. Osmanlı Devleti nezdinde Fransa diğer devletlere nazaran ayrıcalıklı konuma geçtiği için, bundan yararlanmak isteyen Fransız olmayan Hristiyanlar Fransa himayesine girmişlerdir. Bu andlaşma, taraflarına ticaret ve denizlerde seyrüsefer serbestisi tanımaktadır. O güne dek Papa'nın emri ile hristiyan olmayanlarla andlaşma yapmak yasak olduğu gibi, yapılan andlaşmalarda ahde vefa ilkesi de çığnenebilirdi. Buna karşı bir hukuksal durum yaratılması bakımından bu andlaşma ayrı önem taşımaktadır⁷⁴.

Osmanlı Devleti uygulamasında da emrediciliği her halde kabul edilen kurallar, andlaşmada yer almasa bile var kabul edilen kurallardır. Savaş dışındaki kölelik sebepleri, andlaşmada açıkça belirtilmese bile yok kabul edilir⁷⁵.

Tanzimattan sonra Osmanlı Devleti'nde önceden uygulanan hukuk aynen kalsa da, modern Batı hukukunun etkisi hızla yayılmıştır. Yayınlanan eserlerdeki sistematik ve içerik batı sistemi ile aynıdır. Ancak önceden akdedilmiş andlaşmalar, daha yerinde bir ifade ile, Batılı devletlere tek taraflı olarak verilmiş imtiyazlar -Osmanlı Devleti'ni zarara uğrattığı olsa bile- ahde vefa gereği varlıklarını aynen devam ettirmiştir.

D. ROMA HUKUKU VE AVRUPA HUKUKUNDA DURUM

İç hukukumuzdaki emredici-tamamlayıcı kural ayrımının kökeni Roma Hukuku'na dayanmaktadır. Bir hukuksal kurumun tarihçesini o devletin tari-

⁷³ Ortaylı, Son İmparatorluk, s.189-190.

⁷⁴ Crozat, s.204.

⁷⁵ Cin-Akgündüz, s.395.

hinden ayrı ve bağımsız düşünmek mümkün değildir. O nedenle Avrupa hukukunun tarihini ele alırken de siyasal tarihini göz ardı etmemek gerekmektedir. Günümüz uluslararası hukuk araştırmalarında tarih ile uluslararası hukuk kurumlarının iç içe olduğu dikkat çekicidir⁷⁶.

Roma devletler hukuku, Roma Devleti ile karşı taraf arasında önceden akdedilmiş olan bir “kardeşlik andlaşması” (treaty of friendship) olup olmadığı esası üzerine kuruludur. Herhangi bir andlaşma yok ise, bu durumda yabancı devletin vatandaşı veya ticaret malları için Roma devleti içinde legal bir korunma sağlanmaz. Kişi köle edilebilir veya mallarına el konulabilir. Bu durum karşılıklıdır. Elçiler bunun istisnasını oluşturmaktadır⁷⁷.

Roma’da kurallar emredici kural (jus cogens), tamamlayıcı kural (jus dispositivum) olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım Roma vatandaşlarına uygulanan özel hukuka ait bir ayrımdır. Roma’da Roma hukuku sadece vatandaş olanlara uygulanmaktadır. Bu anlamda insanlar, Roma vatandaşı olanlar ve yabancılar olmak üzere ayrıma tabi tutulmaktadır. Jus civile adı verilen hukuk vatandaşlara (civitas) özgü kısımdır. Yabancılara jus gentium (kabileler hukuku), kuralları uygulanmıştır⁷⁸.

Roma’da kabul edilen doğal hukuk, Romalı olmayan yabancılarla ilişkilerde her zaman jus gentium ile birlikte uygulanmıştır. Eski çağlarda kimse hukukun bir kişi ya da üstün irade tarafından yapıldığını düşünmemiştir. Bu devirde insan düşüncesi hukukun kaynağının insanlığın veya toplumun doğasından gelen bir oluşum olduğunu varsaymıştır. Normlar insanın rasyonel doğasından türemiş ilkelere (jus naturale). Jus gentium Roma İmparatorluğunun her yerindeki farklı grupların bir arada yaşamaları pratiğinden kaynaklanan, devletin yönetimine uygulanmış kurallardır. Eskiçağ Yunan Stoacı düşüncesi ile jus gentiumun pratik kurumsallaşması, erken modern Avrupa siyasal kuramını oluşturan teorisyenlerin kurgularına etki yapmıştır⁷⁹. Uluslararası Adalet Dinamisi’nin statüsünde yer alan “genel ilkeler” olgusunun Roma’daki jus gentium fikrinin türevi olduğu ifade edilmektedir⁸⁰.

⁷⁶ **Umur**, s.69.

⁷⁷ **Oppenheim**, s.51, § 40.

⁷⁸ Uluslararası hukuk düşüncesinin evriminde jus gentium kavramının tarihsel gelişimi özellikle önemlidir (**Dervort**, s.4).

⁷⁹ **Devort**, s.4, 5; Bunlar arasında Erasmus, Thomas More, The Duc de Sully, Grotius, William Penn, Rousseau ve Kant vardır (**Ruelland**, s.78).

⁸⁰ **Devort**, s.5.

Roma'da yabancılar ancak bir yerli kabile veya aile ile anlaşma (foedus) yaparsa o aile ile arasında kan bağı var kabul edilerek, onun bir üyesi sayılabildi⁸¹.

Roma devri, fetihlerin yaşam tarzı ve belirleyici olduğu bir dönemdir. Pax romana (Roma Barışı) savaşı kaldırdığı zaman, zaten Roma ile ilişki kurmuş tüm uluslar veya topluluklar Roma'nın egemenliği altına girmiştir. Ortada savaşılacak kimse kalmamıştır. Ancak Roma barışı yine de, kilise barışına (pax ecclesiae) oranla daha fiili, etkili ve yumuşaktır⁸².

Eski çağda modern anlamda uluslararası hukuk kurumlarının varlığından söz etmek zordur. Roma imparatorluğunun sınırlarında daima savaş olduğu bir gerçektir. Ancak, yapılan anlaşmalarda, uluslararası hukukun bazı temel esasları yer aldığı için öncü ve katkı sayılmalıdır⁸³. Sulh, genel olarak savaş sonu barış anlaşmaları anlamında kullanılmıştır. Roma'nın 395'te Doğu ve Batı olmak üzere ikiye ayrılması ile devam eden süreçte, Avrupa'nın barbarlar tarafından işgali sırasında bu kavimlerin savaş başta olmak üzere kendi kurallarını oluşturdukları görülmüştür⁸⁴. Bunlarda belirleyici olan, savaşı kimin kazandığıdır.

Avrupa kendiliğinden oluşmuş coğrafi ve doğal bir birlik değil; tarihin zorladığı bir oluşumdur. Farklı yerlerden gelip, ortak bir kültür kurmuş insanlar birliğidir. Bu kültür birliği Orta Çağ'da doğmuştur. Sınırı bu çağda Bizans imparatorluğuna kadar gelmiştir. Tarihte Bizans Avrupa'nın dışında -dinsel açıdan karşısında- kalan bir alanı ifade etmektedir⁸⁵. Roma imparatorluğu ise esasen Avrupa'dan çok, bir Akdeniz Devleti ve uygarlığının adıdır. Kurduğu devlet düzeni o kadar etkileyici ve ileridir ki, Roma'yı istila eden Cermen kralı, 414 yılında Roma'yı tamamen silerek bir Goth imparatorluğuna dönüştürmek istediğini fakat, barbarlıkta sınırın olmadığını, bunun asla hukukla uyummayacağını, kanunsuz devlet (respublica) olamayacağını ifade

⁸¹ **Umur**, s.191; yabancı uluslarla Roma arasında akdedilen anlaşmalar; kardeşlik (friendship/amicitia), konukseverlik (hospitality/hospitium) ve birleşme (alliance/foedus) olmak üzere üç türüdür (**Oppenheim**, s.51-52, § 40).

⁸² Protestanlığın ortaya çıktığı dönemlerde, Avrupa'da yaşanan uzun savaşlar hk. bk. **Turnagil**, s.79.

⁸³ **Oppenheim**, s.53, § 41.

⁸⁴ Batı Roma 476'da Romulus Augustus son imparator iken, Cermen kralı Odoacer tarafından ortadan kaldırılmıştır. Artık İtalya'da onun kuralları egemendir. Gallia'da Franklar, İspanya'da Vizigotlar, Britanya'da Saxonlar vd. iktidarı ele geçirmişlerdir (**Oppenheim**, s.53-54, § 41).

⁸⁵ **Umur**, s.76-77; Avrupa sözcüğünün kökeni hk. bk. s.78 vd.

ederek, Roma ismini Gothların gücü ile birleştirip tarihe geçmeyi umduğunu belirtmiştir⁸⁶.

Avrupa’da ortaya çıkan bu yeni dengede hukuksal bakımdan imparator varlığını sürdürmektedir. Eskiden var olan andlaşmalar (foederati) yine vardır. Anglosaksonlar hariç, imparatorluğun gücü kabul görmektedir. Frank imparatoru Charlemagne 800 yılında Roma-Cermen İmparatorluğu’nu kurduktan sonra, çok uzun yaşamamıştır. Verdun Andlaşması’na göre devlet, 843’te üç parçaya ayrılmıştır. Böylece Avrupa’da yine parçalanma devri başlamıştır⁸⁷. Bu yıllarda İstanbul (Constantinopolis), Visigoth, Ostrogoth, Vandal, Burgond vd.nden oluşan devletler kalabalığının önderi durumunu korumaktadır. Bunlar arasında çıkacak hukuksal uyuşmazlıkların çözümünde imparator hakem görevi görmektedir. Bu insan toplulukları henüz birer ulus oluşturma ya da devlet kurmuş toplum olma aşamasında değillerdir. O nedenle büyük bir uygarlık ve devlet örgütü kurmuş olan Roma’nın içinde erimişlerdir⁸⁸.

Avrupa orta çağda hristiyandır⁸⁹ ve uluslararasıdır. Daha topluluklar, ulus bilincini kazanmadan hristiyanlığın birleştiriciliğini tanımışlardır. Başka bir deyişle “orta çağ insanı için bir Fransızla bir İtalyan, bir İspanyolla bir Alman arasındaki fark; hristiyan ile hristiyan olmayan arasındaki farka nisbetle, hiç mesabesinde idi”. Bu yüzden Roma’nın, insanları bir arada tutma konusunda işi kolay olmuştur. Roma hukuku bunları bir arada tutan unsurların başında gelmektedir. Özellikle XI. Yüzyıldan sonra Bologna’da doğan ve gelişen okul, Roma hukukunu yenilemiştir. Avrupa’nın her yerinde buna bağlı olarak kurulan okullar Roma Hukukunu yeniden canlandırmıştır. Batıda hukuk bilimi glossatorların bu çabaları ve Corpus Iuris Civilis’i, Digesta’yı, Institutiones’leri yeniden ve birbirleri ile doğrulayarak, gerektiğinde yeni ve açıklayıcı eserler yazarak ortaya koymaları ile doğmuştur⁹⁰.

Orta çağ Avrupa’sında, Papalık ve feodalite olmak üzere iki faktör egemen olmuştur. Papalık, uluslararası ilişkilerde farklı inançtaki insan topluluklarına hak tanınmayacağını beyan etmiştir. 1179’da Latran Concile’i tüm batı hristiyanlarını Müslümanlarla ticaretten alıkoymuş, yasaklamıştır. Bu

⁸⁶ **Umur**, s.83.

⁸⁷ **Oppenheim**, s.54, § 41.

⁸⁸ **Umur**, s.84; **Dervort**, s.7 vd.

⁸⁹ Barbarlar dahi hristiyanlığı benimsemişlerdir (**Oppenheim**, s.54, § 41).

⁹⁰ **Umur**, s.126, 129.

yasak XIV. yüzyılın ortalarına kadar sürmüştür⁹¹. Uygulama bu yolda oluşmuştur. Oysa hristiyanlığın ilk devirlerinde papalık kurumsallaşmamışken, tüm savaşlar ahlak dışı kabul edilen bir zihniyete dayalıdır. Ancak her nasılsa V. yüzyılın sonunda gelinen yerde savaşın “adil” olanı (just) ve “adil olmayanı” (unjust) ayrımı yapılmaktadır⁹².

Post Klasik dönemde pek çok insan grubuna aynı anda hitap eden bir uluslararası ortak hukuk şekline bürünmesi, Roma Hukuku'nun en önemli özelliğidir. Bu durum Roma'nın sınırlarının çok geniş olmasından, bu sınırlar dahilinde ve tek kralın egemenliğinde bulunulmasından kaynaklanmaktadır. Yoksa İslam hukukundaki gibi dinsel hukukun bir kuralı değildir. İslam hukukunda farklı yöneticilerin idaresi altında bulunan farklı siyasal örgütlenmeler (devletler) de olsa, coğrafya gözetilmeksizin, her birinde İslam hukukunun ilkeleri uygulanmaktadır⁹³.

III. MODERN ZAMANLARDA EMREDİCİ KURALLARIN ULUSLARARASI HUKUKTA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A. MODERN ZAMANLARDAKİ YAKLAŞIM VE ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU TASARISI

Avrupa'da, Luther ve Calvin'in önderliğinde gerçekleştirilen Protestan Reformu gibi, otuz yıl süren din savaşlarını ortaya çıkaran gelişmeler olmuştur. Papalığın teklifi yıkılmıştır. Westphalia Barışı (1648) ile savaşlar bitmiş, hükümdarların halklarını özgürce yönetme hakları meşrûlaşmıştır. Bu köktenci Avrupa andlaşması ile birlikte yeni ulus-devlet sisteminin, seküler, ulusal ve ülkesel temelleri atılmıştır. Halklar için tek belirleyici ve hakem papalık değildir. Artık krallar ülkelerini rahatça yönetebileceklerdir. Ulusal devletler güçlenmiştir. Bu kez birleştirici harç hukuk olmuştur⁹⁴.

⁹¹ “Esasen bu devirde (X.asır) umumiyetle makbul olan müsellemler tutulan fikirlere göre, Müslümanlar...hukuk-u adiyeye veya müşterekeden bile müstefid değillerdi” (yararlana-mazlardı) (Daru'dan aktaran **Turnagil**, s.87); Bu Concile'in birincisi 1122, ikincisi 1139, üçüncüsü 1215 yıllarında toplanmıştır. Ayrıca Birinci ve ikinci Lyon Concile'leri ile birlikte savaş hukukuna ilişkin ilkeleri düzenlemişlerdir (**D'amato**, s.17).

⁹² **Dervort**, s.9; Kutsalsavaş-haklı savaş ve koşulları hk. Bk. Ruelland, s.39 vd.

⁹³ Bu yaklaşımın uygulanmasının imkansızlığını ileri süren bilim adamları vardır (**Umur**, s.190).

⁹⁴ **Dervort**, s.30.

Amerikan ve Fransız devrimleri halkların egemenliği ve self-determinasyon hakkını ortaya çıkarmıştır. Bu düşünce Amerika'da yeni bir özgürlük anlayışı getirirken, Avrupa'da nasyonal emperyalizmle sonuçlanmış ve Napolyon savaşlarını doğuran saik olmuştur. Ardından gelen Avrupa Birliği (Concert of Europe) düşüncesi ile Napolyon dizginlenirken, Avrupa barışını yaklaşık bir yüzyıl kadar koruyacak bir güçler dengesi sistemi kurulmuş olmaktadır. Fakat bunun aynı zamanda dünyaya etki eden bir Avrupa sömürgeciliğinin de itici gücü olduğu kabul edilmelidir⁹⁵.

Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarının ardından barış yolunda, Birleşmiş Milletler'in yapılandırılması gibi çok önemli adımlar atılmıştır. Uluslararası hukukun kodifikasyonu çalışmaları yapılmıştır. Viyana Konvansiyon serisi bunlardan en başarılılarındandır. Birçok uzmana göre, andlaşmaların uluslararası hukukun ana kaynağı olması nedeniyle Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi en başarılı ve köklü kodlaştırmadır. Bu sayede andlaşmalara ilişkin örf ve adet hukukundaki kuşkulu durumların çoğu ayıklanmış ve çıkarılmıştır⁹⁶.

Tam metni ortaya çıkıncaya kadar, iki dönem halinde toplanan komisyon tasarısı değerlendirilmiş ve tartışılmıştır. Bu tartışmalar, birinci dönemi 26 Mart-24 Mayıs 1968, ikinci dönemi 9 Nisan-22 Mayıs 1969 tarihlerinde toplanan Birleşmiş Milletler Andlaşmalar Hukuku Konferansı'nda gerçekleşmiştir. Komisyonun Andlaşmalar Hukuku Tasarısı hazırlaması sırasında tasarı metninin 50. maddesi (daha sonra andlaşma metninin 53. maddesi olacaktır) tartışılırken, aksi kararlaştırılmayacak kuralların uluslararası hukukun özüne ve ilişkilerin niteliğine aykırı olduğu tezinin artık savunulamayacağı, bazı özel normlar örnek gösterilerek açıklanmıştır. Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın kuvvet kullanma yasağının jus cogens kabul edilmesi bu konuda en bariz örnektir.

Komisyonla göre, her zaman, kuvvet kullanmada olduğu gibi, açık ve net durumlarla karşılaşılmayabilir. Çalışmalar sırasında, genel uluslararası hukuk kurallarından jus cogens özelliği taşıyanların tespit edilmesinin zorluğu vurgulanmıştır. Bu zorluk karşısında emredici kurala aykırı sözleşmelerin veya hükümlerinin batıl sayılacağına hükme bağlanması ile yetinilmiştir. Bu tür emredici kurallar zamanla uygulana uygulana ve uluslararası yargı organları kararları ile kendiliğinden oluşmalıdır⁹⁷.

⁹⁵ Dervort, s.30.

⁹⁶ Dervort, s.73.

⁹⁷ Çelik, s.197.

Komisyon tartışmaları sırasında sosyalist hukukçular, aslında savundukları ve taraftar oldukları iradeci yaklaşımlara ters bir biçimde, emredici kurallara karşı çıkmamışlardır. Bu durum, sosyalist hukukçularla burjuva hukukçuları arasında hukukun kaynağı konusundaki görüşler açısından bir yakınlaşma ortaya çıktığı biçiminde yorumlanabilir⁹⁸. Uluslararası hukukun aslında menfaatler zinciri olduğu unutulmamalıdır. Rusya gibi güçlü devletlerin emredici kuralları kendi lehlerine kullanmaları daha kolay ve muhtemeldir.

Andlaşmaların tümünün hukukun genel ilkelerine uygun olması gereği, sosyalist olanlar da dahil, genel kabul görmüş bir kuraldır. Kurallarının devletler arasındaki anlaşmalardan oluşması, uluslararası hukukta emredici kuralların olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu anlamda Sosyalist hukukçular aslında iradeci görüşü benimsemelerine rağmen, bu konuda doğal hukuku benimsemiş olmakta, fakat onun yerine “sosyal evrimin objektif yasaları” ifadesini ikame etmektedirler⁹⁹.

Konferans Genel Kurulu’nun 12 Mayıs 1969 gün ve yirminci birleşiminde yapılan oylama sonucunda andlaşma hükmü 12 çekimser ve 8 olumsuz oya karşı, 87 olumlu oy ile kabul edilmiştir. Olumsuz oy kullanan Türkiye’nin düşüncesine temel oluşturan nokta, 53. madde ile uluslararası hukuka daha önce var olmayan yeni bir kavram getirildiğidir. Emredici kural kavramı iç hukuk kaynaklı ve iç kamu düzenini ilgilendiren bir husustur. Türkiye iç hukuktan uluslararası hukuka böyle bir aktarım prosedürünün varlığını sorgulamış, bu konudaki olumsuz fikrini belirterek kendisini bu madde hükümleri ile bağlı saymayacağını beyan etmiştir¹⁰⁰.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin detaylı hükümlerine rağmen, uluslararası uygulamada emredici kurallara aykırılık nedeniyle bir uluslararası andlaşmanın geçersiz sayıldığına örnek uygulamasına rastlanılmamaktadır. Bunun temel nedeni sadece “uluslararası hukukun eşit ve bağımsız süjelerden oluşması niteliği” değildir. Bu durum aslında jus cogensin kötüye kullanılabilmesi endişesidir. Andlaşma dışı hallerde, örneğin diplomatik uygulamada jus cogensin ileri sürüldüğü olmuştur. Kıbrıs Rum

⁹⁸ Avrupalı bir sosyalist hukuk doktrini savunucusu olan Chaumont, andlaşma dışı bir olgu olan emredici kuralların, andlaşmanın üstünlüğü temeline dayanan bir yapı olan uluslararası hukukta yer almasını çelişki olarak görmektedir (Çelik, s.199); Ancak jus cogensin varlığını kabul eden sosyalist hukukçular, bunları “barış içinde bir arada yaşama ilkeleri” olarak ifade etmişlerdir. Savaşa karşı her türlü ilke bu kapsamda değerlendirilmelidir (Pazarci, Jus Cogens, s.376-377).

⁹⁹ Çelik, s.199.

¹⁰⁰ Çelik, s.198.

Kesimi 1960 Lefkoşe Andlaşmalarını kabul etmiş olmasına rağmen, sonradan jus cogens aykırılık nedeni ile andlaşmaları değiştirme girişiminde bulunmuştur. Gerek BM. Organları önünde gerekse VAHS'nin görüşmeleri sırasında devletlerin eşitliği, işlere karışmama, kuvvet kullanma yasağı gibi ilkelere gönderme yapmıştır¹⁰¹.

Bundan başka, KKTC'deki mal-mülk davasında Rumlar "ırka dayalı kamulaştırma yasağı" kuralına dayanmak suretiyle yükümlülüklerinden kurtulmaya çalışmaktadırlar¹⁰². Bu tür iddialara hukuksal değer atfetmek, tümü bir andlaşmalar ağı olan ve tarihsel bir çizgide oluşumunu sürdüren uluslararası hukuktaki düzenin tamamen bozulması anlamına gelecektir. Çünkü başta Avrupa olmak üzere tüm dünya devletlerinin varlığı bir andlaşmalar zincirine bağlıdır. Üstelik bunların çoğu savaş sonu barış andlaşması niteliğinde olup, kısmen bir tarafın üstünlüğüne dayanmaktadır.

Bazı yazarlara göre, UAD'nın 15.12.1949 tarihli Korfu Boğazı davası kararı¹⁰³ ve Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler konulu danışma görüşü ile 5.2.1970 tarihli Barcelona Traction Davası'na ilişkin kararında¹⁰⁴ emredici

¹⁰¹ Pazarci, Jus Cogens, s.368-369.

¹⁰² www.kibris.net/basin

¹⁰³ Bu davada İngiliz savaş gemilerinin, Korfu Kanalı'nın Arnavutluk karasularından geçerken mayına çarpması ile can ve mal kaybına yol açan bir sonuç ortaya çıkması konu edilmiştir. Kaza 22 Ekim 1946'da meydana gelmiştir. Fakat 1944 ve 1945'te iki kez bu sular İngiltere tarafından mayın taramaya tabi tutulmuş ve temizlenmiştir. O yüzden güvenli olduğu varsayılan bir bölgedir ve İngiltere zararsız geçiş hakkını kullanmakta olduğunu ileri sürer. Ancak Arnavutluk bu tür bir geçişin -ticari ya da savaş gemileri bakımından- yetkili makamlardan izin alarak yapılması gerektiğini iddia etmektedir. Divan bu açıdan İngiltere'yi haklı bulmuş ve tazminata hak kazandırmıştır. Ancak İngiltere daha sonra 12 ve 13 Kasım 1946'da tekrar buradan geçiş yapmıştır. Acil olarak delilleri toplamak amacı ile bunu yaptığını, aksi halde Arnavutluk veya başka bir devletin ya da kişinin mayınlara ilişkin delilleri yok edebileceğini bunun gerekçesi olarak göstermiştir. Her ne kadar mayın temizleme örgütlerinin izni ve bilgisi olmadan yapılmışsa da aciliyet vardır. Ancak Divan yargılamasında bu savları reddetmiş, Arnavutluk'u haklı bulmuştur. İkinci geçişi bir güç gösterisi olarak kabul etmiş ve aksini kabul durumunda, büyük devletlerce bunun kötüniyetle kullanılmaya müsait olacağını beyan edip, hükme bağlamıştır. Bunu yaparken dayanak olarak, uluslararası hukukun en temel ilkesi olan "bağımsız devletler arasında toprak bütünlüğüne saygı"yı göstermiştir (www.icj-cij.org).

¹⁰⁴ Dava konusu olayda Barcelona-Traction, Kanada yasalarına göre kurulmuş, İspanya'da elektrik üreten bir Kanada şirkettir. Ortakların %88'i Belçikalı'dır. İspanya hükümetinin aldığı ekonomik tedbirlerin ardından iflas edince, tazmini için dava açmak söz konusu olmuştur. Fakat bunun için bir devletin diplomatik himayesine ihtiyaç vardır. Önce İspanya'dan talep edilmiş, sonradan Belçika kendi vatandaşları olduğundan UAD'na

kuralların varlığının, başka terimler kullanılarak da olsa, içerik anlamında kabul edildiği ileri sürülmektedir¹⁰⁵. Ancak bu kabul ediş daha çok, uluslararası hukukun genel ilkeleri olarak düşünülmesi ve yorumlanmasıdır. Çünkü burada somut olarak bir andlaşmanın geçersizliği söz konusu değildir.

B. EMREDİCİ KURALLARIN ULUSLARARASI HUKUKTA DÜZENLENME BİÇİMİ

1. Emredici Kurallar

Emredici hukuk normları ile ilgili esaslara, 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer verilmiştir¹⁰⁶. Sözleşmenin "Genel Uluslararası Hukukun Bir Emredici Kuralı (jus cogens) İle Çatışan Andlaşmalar" başlığını taşıyan 53. maddesinde, yapılışı sırasında, genel uluslararası hukukun bir emredici kuralı ile çatışan her andlaşmanın batıl olacağı hükmü yer almaktadır.

Ardından aynı maddede, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin amaçları bakımından, jus cogens kuralının tanımı getirilmektedir: Devletlerin uluslararası topluluğun bütününe kabul edilen, aksine hiçbir kuralın konulması olanağının bulunmadığı ve ancak genel uluslararası hukukun aynı nitelikteki yeni bir kuralıyla değiştirilebilecek olan kurallardır¹⁰⁷.

Maddede yer alan "kabul etmek" ifadesi¹⁰⁸ ile "uluslararası toplumun bütünü" ifadesi tartışılmıştır. Kabul konusunun bir tür gönüllülük (voluntas)

başvurmayı kabul etmiştir. Bu davada ise bir devletin, "bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükleri" ile "bir ülkeye karşı yükümlülükleri" ayrımı vurgulanmaktadır. Uluslararası topluma karşı yükümlülükler, hakların önemi açısından, doğası gereği, tüm devletleri ilgilendirmektedir. Çünkü bu hakların korunmasında tüm devletlerin hukuksal yararı vardır. Bu nedenle bunlar herkese karşı ileri sürülebilir (erga omnes). Bu bağlamda uluslararası hukukun genel ilkelerinden bazıları sayılarak belirtilmiştir. Örneğin bunlar çağdaş uluslararası hukuktan ve temel insan hakları ilkelerinden doğabilir. Saldırganlık hukuk dışıdır. Soykırım, kölelik ve ırk ayrımı yasaktır. Bunlar genel hukuk yaratan andlaşmalar yoluyla uluslararası hukuka girmişlerdir. Barcelona Tarction davasında olduğu ifası diplomatik korumanın konusu olan yükümler bu kategoride yer alamazlar (www.icj-cij.org).

¹⁰⁵ Aynı kanıda bk. **Verdross**, s.58-59 (Aktaran, **Pazarıcı**, 1989, s.151, dn.218'deki eser); **Danilenko**, s.1.

¹⁰⁶ www.politics.ankara.edu.tr/dergi_makale

¹⁰⁷ **Çelik**, s.195; **Pazarıcı**, 2006, s.80; **Sur**, s.45; **Bos**, s.246; Gündüz, 197-198.

¹⁰⁸ Aslı "accepted and recognized" biçiminde olan metnin yorumu konusunda tartışmalar vardır (**Bos**, s.246).

değil de, opinio juris olarak anlaşılması gerekmektedir. Zorlayıcılık ve bağlayıcılık olmadığı takdirde bu konuda yapılan tüm girişimler anlamsız kalacaktır. Uluslararası toplumun “tümü”nden kasıt, tek tek her devletin bunları onaylaması, kabul etmesi olmamalıdır. Tasarı Komisyon Başkanı Yasseen’in belirttiğine göre, büyük bir çoğunluğunun kabulü yeterli olmalıdır¹⁰⁹.

Emredici kuralların yer aldığı bir diğer hüküm aynı sözleşmenin 64. maddesidir. Maddenin içeriği aslında yeni emredici kuralların oluşması halinde, halihazırda bununla çatışan andlaşma hükümlerini nasıl etkileyeceği hususudur. Bu durumda çatışan her andlaşma batıl olacak ve sona erecektir¹¹⁰.

Sözleşmenin 66. maddesi kurulan sistemi tamamlamaktadır. Yukarıda belirtilen 53 ve 62. maddelerin uygulanması ya da yorumlanmasına ilişkin bir uyumsuzluğu, taraflardan her biri dilekçe ile Uluslararası Adalet Divanı’na götürebilir. Ancak eğer ortak andlaşma ile tahkime sunmayı kararlaştırmışlarsa bu yolu da denemekte özgürdürler¹¹¹.

Bu konuda iç hukuklardaki uygulamada, üç temel durum ortaya çıkmaktadır. Söz konusu işlemin yoklukla sakat olması, başka bir deyişle yok (keenlemyekün) kabul edilmesi, işlemin daha baştan hiç yapılmamış gibi sonuçlar doğurmasına yol açmaktadır. İşlemin batıl sayılması (butlan), mutlak veya nisbî olabilir. Sakat işlemin hukuk düzeninin çok temel bir kuralına aykırılık içermesi durumunda olmaktadır. İşlem yapılmıştır, vardır, fakat toplumun yararı, genel ahlakın korunması gibi nedenlerden dolayı ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu iptali taraflar ileri sürebildiği gibi, yargıç re’sen (kendiliğinden) de göz önünde bulundurabilir. Nisbî butlan halindeki fark, ihlal edilen yararın kamu yararı değil, sadece o hukuk düzeni tarafından korunan kişinin hakları olmasıdır. Bunun sonucu, butlanı sadece ilgililerin talep edebilmesidir. Yargıç kendiliğinden göz önünde bulunduramaz.

Uluslararası hukukta mutlak butlan sebebi ile yargıçların uluslararası andlaşmaları geçersiz saymaları durumu ile karşılaşmamıştır. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku sözleşmesinin getirdiği anlayış doğrultusunda, mutlak ve nisbî butlan ayırımının olması gerektiği belirtilmiştir. Sözleşmenin nisbî butlanı düzenlediği hükümler, iç hukuka dayalı yetkisizlik halleri (m.46-47), aldatma (m.49), hata (m.48), temsilcinin ayartılması (m.50) durumlarıdır.

¹⁰⁹ United Nations Conference on The Law of Treaties, Official Records, First Session, 80th meeting (12 May 1968), pp.471 et seq. (Aktaran **Bos**, s.246, dn.101).

¹¹⁰ Metin için bk. **Gündüz**, s.201.

¹¹¹ Metin için bkz. **Gündüz**, s.201-202.

Mutlak butlan halleri ise, temsilci üzerinde zor kullanılarak iradesinin yok edilmesi (m.51), doğrudan doğruya devlet üzerinde maddî veya manevî zor kullanılması, tehdit edilmesi (m. 52) ve jus cogense aykırı andlaşmalardır (m.53 ve 64).

2. Emredici Normlara Aykırı Andlaşmaların Durumu

Bir andlaşmanın aykırılık nedeni ile geçersizlik durumunun belirlenerek iptali konusunda izlenen yöntem, uluslararası hukukun kendine özgü yapısına uygun olarak gelişmiştir. Öncelikle tarafların birlikte bir çözüm yolu üretmeleri beklenmelidir¹¹². Bir diğer yöntem, tarafların uyuşmazlığı barışçı yollarla giderme konusunda çaba harcamalarıdır. Örneğin, yeni bir andlaşma yaparak aykırılığı gidermek mümkün olabilir. Bu mümkün olamıyorsa, zarar gören süje, tek taraflı olarak andlaşmayı feshedebilir¹¹³.

Ancak bu durum daha çok jus cogense aykırılık dışında kalan butlan sebepleri için söz konusu olabilir. Örneğin temsilcinin ya da devletin iradesinin zorlanması gibi hallerde, zarar gören devlet tek taraflı feshe gidebilecektir. Ancak jus cogense aykırı konusu olan çok taraflı bir uluslararası andlaşma vaki olduğunda, eğer taraflar durumdan memnun iseler ve andlaşmanın geçersiz olması konusunda da bir talep ve beklentileri yok ise, geçersizliği kimin ileri süreceği tartışılmalıdır. Konusu uluslararası toplumun yararını zedeleyen, çevrenin kirlenmesine neden olan, kişisel hak ve özgürlükleri zedeleyici, insan haklarının ihlaline yönelik olan ya da hukuk dışı kuvvet kullanımını öngören bir andlaşmaya imza koyan taraflar, kendi çıkarları doğrultusunda bunun iptalini ya da batıl sayılmasını doğal olarak talep etmeyeceklerdir. Böyle bir durumda uluslararası örgütler ya da ilgililer tarafından geçersizliğin ileri sürülebilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi butlan konusunda jus cogense aykırılık durumunu diğer butlan hallerinden ayrı tutmuş ve 71. maddesinde düzenlemiştir¹¹⁴. “Genel uluslararası hukukun emredici bir normu ile çatışan

¹¹² **Sur**, s.46.

¹¹³ Andlaşmanın geçersiz olduğunu iddia eden devlet, bu konudaki düşüncesini, almak istediği önlemin biçimini yazılı olarak andlaşmanın tarafı olan diğer süjelere bildirmekle yükümlü kılınmıştır (m.67/1; m.65/1). Konudan haberdar olan diğer taraf devletler üç ay içinde cevap vermezler ise, itirazda bulunan devletin öngördüğü tedbir yürürlüğe girecektir (m.65/2).

¹¹⁴ **Gündüz**, s.203.

bir andlaşmanın geçersizliğinin sonuçları” başlıklı madde, konuyu, geçersiz sayılacak hükmün ya da andlaşmanın m.53’e göre mi yoksa m.64’e göre mi batıl addedilmiş olmasına göre iki farklı durumda değerlendirmektedir. Birinci fıkraya göre, m.53 bağlamında batıl sayılan bir andlaşmanın varlığı halinde taraflar;

- a. Genel uluslararası hukukun emredici normu ile çatışan herhangi bir hükme güvenerek uygulanan herhangi bir işlemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldıracaklardır.
- b. Karşılıklı ilişkilerini genel uluslararası hukukun emredici normuna uygun hale getireceklerdir.

İkinci fıkraya göre, m.64’ün ihlali ile batıl sayılan ve sona eren uluslararası andlaşmanın varlığı halinde;

- a. taraflar bundan sonra andlaşmayı uygulama konusunda tüm yükümlülüklerden kurtulurlar.
- b. tarafların andlaşmanın sona ermesinden önceki uygulanması suretiyle doğan herhangi bir hak, yükümlülük veya hukuksal durumlarını etkilemez. Şu kadar ki, bu hak, yükümlülük ve durumların daha sonra muhafaza edilmeleri genel uluslararası hukukun emredici normu ile çatışmadığı oranda mümkündür.

Bir andlaşma geçersiz sayıldığında kural olarak yürürlüğe girdiği andan itibaren (ab initio) herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaması gerekmektedir¹¹⁵. Çünkü burada amaç, her şeyin, mümkün olabildiğince, andlaşma yapılmadan önceki durumuna iadesidir. Ancak istisnaen iç hukuk bakımından yetkisizlik ya da hata¹¹⁶ gibi bazı durumlarda daha önceden bu andlaşmaya dayanılarak yapılan iyi niyetli işlemlerin muhafaza edilmesi mümkündür (m.69/2). Çok taraflı andlaşmalarda geçersizlik durumu sadece bir ya da birkaç devlet tarafından ileri sürülüyorsa, andlaşma sadece onlar bakımından geçersiz olabilir. Diğerleri için varlığını sürdürebilir (m.69/4).

Emredici kurallara aykırılık nedeniyle butlan için bu yaklaşım doğru değildir. Bu durumda, belki andlaşmanın sadece belli bir hükmünün emredici kurallara aykırılığı durumu tartışılabilir. Tüm andlaşmayı geçersiz saymak

¹¹⁵ **Sur**, s.46.

¹¹⁶ **Pazarci**, 2006, s.82.

hukuka uygun olmayabilir. Somut olayın özelliği, tarafların iradesi göz önüne alınmalıdır. Eğer bir tek aykırı hükmün iptali ile andlaşma geçerli bir biçimde varlığını sürdürebilecek ise, bu yol tercih edilerek andlaşmaya geçerlilik kazandırılabilir. Ancak söz konusu hüküm andlaşmanın temelini oluşturan ve kaldırıldığında andlaşmayı ortadan kaldıran nitelikte bir hüküm ise andlaşmanın tamamının iptali mümkün olmalıdır (m.44).

SONUÇ

Uluslararası hukuk kendine özgü kuralları ve oluşum biçimi olan bir hukuk dalıdır. Uluslararası hukuka bu niteliği kazandıran hususlar, devletlerin egemen ve eşit süljeler oluşu, uluslararası hayatın karşılıklı güvene dayanması ve süreklilik göstermesidir. Bu koşullar altında hukuk, uluslararası hukukun süljelerinin açıklanmış iradesi dışında bir kaynaktan doğamaz. İradelerin açıklandığı hukuk kaynağı, iki veya çok taraflı andlaşmalar ve bazen de tek taraflı bağlayıcı irade beyanlarıdır. Uluslararası hukukta irade beyanları dışında teamül ve hukukun genel ilkeleri de birer hukuk kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunların kaynak olarak bağlayıcı olabilmeleri, uluslararası toplum tarafından ortak biçimde benimsenmiş olmalarına bağlıdır.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan uluslararası hukukun emredici kuralları terimi, uluslararası hukukun en önemli ve temel kaynağı olan andlaşmaların, uluslararası hukukun kendi başına egemen ve bağımsız süljelerinin irade serbestliğine getirilmiş bir sınırlama gibi görünmektedir. Bu nedenle de tartışma konusu olmaktadır.

Andlaşma dışı bir kavram ya da olgu olmasına rağmen, bu tür emredici kuralların ilke olarak, tüm uluslararası toplumun katılacağı bir ortak andlaşma ile kabul edilmesi gerekmektedir. Aslına bakılırsa burada sözü edilen ilkeler kimsenin aksine andlaşma yapma konusunda direnmeyeceği, hukukun genel ilkeleridir. Jus cogensin doğasında, ancak inatla itiraz edenler hariç, herkesin olması gerektiğine "inandığı" ve tarihsel gerçeklikler göz önüne alındığı zaman bu gereği "bildiği" bir özellik vardır. İtirazlar ise hep, uygulamanın zorluğundan, suiistimale açık oluşundan, uluslararası hukukun ve düzenin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Hiç de haksız sayılmayacak olan bu endişelerin temelinde, emredici hükümlere dayanılarak andlaşma fesihlerinin gerçekleştirilmesi durumunda daha önceden yapılan andlaşmaların zarar görmesi vardır. Ahde vefa uluslararası hukukun en temel birkaç esasından biridir. Bu yüzden jus cogens dar yorumlanmalıdır.

K a y n a k ç a

- Alsan**, Zeki Mesud; Yeni Devletler Hukuku, Prensipler-Şahıslar, İstanbul 1955.
- Arsal**, S.Maksudi; Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947.
- Atar**, Fahrettin; Fıkıh Usûlü, İstanbul 2002.
- Bos**, Maarten; A Methodology of International Law, North Holland-Amsterdam-New York-Oxford 1984.
- Bozkurt**, Gülnihal; “İslam Hukukunda Müste’menler”, Prof. Fadıl Hakkı Sur’un Anısına Armağan, Ankara 1983, s.361-379 (Müstemen)
- _____ ; “İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri”, Kudret Ayiter’e Armağan, Ankara 1988, s.115-154 (Zimmi).
- Bozkurt** Enver-**Poyraz** Yasin-**Kütükçü** M. Akif; Devletler Hukuku, Genişletilmiş 4.Baskı, Ankara 2004.
- Brockelmann**, Carl; İslam Milletleri ve Devletleri Tarihi, I, (Çev. N. Çağatay), Ankara 1964.
- Cin Halil-Akgündüz** Ahmet; Türk Hukuk Tarihi, Kamu Hukuku, Konya 1989.
- Crozat**, Charles; Devletler Umumi Hukuku (C.I) Umumi Prensipler ve Tarihçe (Çev. E. Çelik), İstanbul 1950.
- Çelik**, Edip F.; Milletlerarası Hukuk Dersleri,
- D’amato**, Anthony; International Law Anthology, Andersen Publishing Company (Tarihsiz).
- Danilenko**, Gennady M.; “International Jus Cogens: Issues of Law-Making”, EJIL, Vol.2, No: 1, art 3.
- Dervort**, Thomas R. Van; International Law and Organization An Intraduction, Thousand Oaks London New Delhi (Tarihsiz).
- Ebu Süleyman**; A.Ahmed; İslamın Uluslararası İlişkiler Kuramı, İstanbul 1985.
- Frank**, Thomas M; Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks, Cambridge University Pres, 2003.
- Gündüz**, Aslan; Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, İstanbul 2003.
- Hamidullah**, Muhammed; İslam’da Devlet İdaresi, (Çev. K. Kuşçu), Ankara 1979.

- İmam ebu Yusuf;** Kitabü'l Harac, (Çev. Müderriszade Muhammed Ataullah Efendi), (Sadeleştiren: İ. Karakaya), Ankara 1982.
- İmam Muhammed;** Siyer-i Kebir İslam Devletler Hukuku, Şerh:İmam Serahsî, (Çev. M. S. Şimşek-İ. Sarmış), Ankara 1980.
- Kütükoğlu,** Mübahat; Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, "Ahidnâme" maddesi, s.537-540, İstanbul 1988.
- Lütem,** İlhan; Devletler Hukuku Dersleri, I.Kitap, Mahiyet Gelişme Kaynaklar Şahıslar, Ankara 1959.
- Meray,** Seha L; Devletler Hukukuna Giriş, C.I, Ankara 1960.
- _____ ; Devletler Hukukuna Giriş, 1975.
- Oppenheim,** L.; International Law, Vol.I, Peace, Longmans, Green And Co.London NewYork, Bombay, Calcutta 1912.
- Ortaylı,** İlber; Son İmparatorluk Osmanlı, Osmanlıyı Yeniden Keşfetmek:2, İstanbul 2006.
- Özel,** Ahmet; "Cihad", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.7, İstanbul 1993.
- Pazarcı,** Hüseyin; Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Ankara 1989. (1989).
- _____ ; Uluslararası Hukuk, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara 2006. (2006)
- _____ ; "Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı, Prof. Dr. Bülent N. Esen'e Armağan, Ankara 1977, s.365-379 (Jus Cogens).
- Ruelland,** Jacques G.; Kutsal Savaşlar Tarihi, (Çev. T. Tunçdoğan), İstanbul 2004.
- Sur,** Melda; Uluslararası Hukukun Esasları, Genişletilmiş 2.Baskı, İzmir 2006.
- Tekinay Sulhi-Akman Sermet-Burcuoğlu Haluk-Altın Atilla;** Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1985.
- Tunçomağ,** Kenan; Borçlar Hukuku Dersleri I, İstanbul 1961.
- Turnagil,** A. Reşit; İslamiyet ve Milletler Hukuku, İstanbul 1977.
- Umur,** Ziya; Türk Hukuk Tarihi Dersleri, I.Cilt, İstanbul 1993.

Uzunçarşılı, İ. Hakkı; Osmanlı Devleti'nin Saray Teşkilatı, Ankara 1984.

Üçok Coşkun-Mumcu Ahmet-Bozkurt Gülnihal; Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1999.

Ünal, Şeref; Uluslararası Hukuk, Ankara 2005.

www.belgenet.com

www.studiperlapace.H-centrol@studiperlapace.it

www.amnesty.org.tr

www.politics.ankara.edu.tr/dergi_makale

www.ejil.org/journal

www.icj-cij.org

www.kibris.net/basin