

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

ULUSLARARASI HUKUKUN EMREDİCİ NORMLARI



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ayşe Nur AFACAN

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM

MAYIS 2022

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın gerçekleştirilmesi, her şeyden önce, beni her zaman destekleyen saygıdeğer hocalarım, değerli arkadaşlarım ve sevgili ailem sayesinde mümkün olmuştur.

Başta tez danışmanım, değerli hocam Doç. Dr. Ceren Zeynep Pirim'e yoluma ışık olduğu için, tüm sorularıma hep büyük bir sabırla ve nezaketle cevap verdiği için, pandemi döneminin zorlu koşullarında erişemediğim kaynakları okuyabilmemi mümkün kıldığı için ve desteğiyle her zaman yol gösterdiği için sonsuz teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Her zaman tüm sorularıma sabırla ve nezaketle cevap veren, tez savunma jürimde bulunmayı kabul ederek ve desteğiyle beni onurlandıran değerli hocam Prof. Dr. Oktay Uygun'a teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Tez savunma jürimde bulunmayı kabul ederek beni onurlandıran saygıdeğer hocam Prof. Dr. Akif Emre Öktem'e teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Manevi desteklerini esirgemeyen, teze ilişkin düşüncelerimi ve sonu gelmeyen konuşmalarımı dinleme nezaketini gösteren değerli arkadaşlarıma da teşekkür ederim.

Üzerimde çok büyük emekleri olan sevgili aileme de desteklerini her zaman hissettiğim için ne kadar teşekkür etsem azdır.

Tüm bu süreçte yanımda olan ve her türlü kahrımı çeken, desteğini her zaman hissettiğim sevgili eşim Kaan Afacan'a her şey için çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	v
RÉSUMÉ.....	vii
ABSTRACT.....	xii
ÖZET.....	xvii
GİRİŞ.....	1
I. ULUSLARARASI HUKUKTA EMREDİCİ NORM KAVRAMININ DÜŞÜNSEL TEMELLERİ.....	6
A. Emredici Norm Kavramının Tarihsel Arka Planı.....	7
1. Genel Olarak Emredici Norm Kavramı.....	9
2. Uluslararası Hukukta Emredici Norm Kavramı.....	13
B. Emredici Norm Kavramının Pozitif Uluslararası Hukukta Kabulü.....	31
1. Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışmaları.....	32
2. Emredici Norm Kavramının Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Kapsamına Girmesi.....	39
II. ULUSLARARASI HUKUKUN EMREDİCİ NORMLARININ İÇERİĞİ VE MAHİYETİ.....	47
A. Uluslararası Hukukta Emredici Norm Kavramının Unsurları.....	47
1. Şekli Unsurlar.....	49
a. Bir Bütün Olarak Devletlerin Uluslararası Toplumu Tarafından Kabul Edilme ve Tanınma.....	51
b. Hiçbir Surette Sapmaya Müsaade Edilmeme.....	57
c. Aynı Nitelikte Takip Eden Bir Kural ile Değiştirilebilme.....	59
2. Maddi Unsurlar.....	61
a. Uluslararası Toplumun Ortak ve Üstün Gelen Menfaatleri.....	62
b. Emredici Norm ve Ahlakilik İlişkisi.....	66
c. Uluslararası Kamu Düzeni.....	69
B. Uluslararası Hukukun Emredici Normlarının Uluslararası Hukuk Kaynakları ve Bazı Hukuki İşlemler ile İlişkisi.....	72
1. Emredici Normların Uluslararası Hukukun Asli Kaynakları ile İlişkisi.....	74
a. Emredici Normların Uluslararası Andlaşmalar Hukuku ile İlişkisi.....	77
i. Uluslararası Andlaşmalar Emredici Normların Kaynağı Olabilir mi?.....	77
ii. Emredici Normların Uluslararası Andlaşmalar Üzerindeki Hukuki Etkisi.....	80
b. Emredici Normların Uluslararası Teamül Hukuku ile İlişkisi.....	86

i. Uluslararası Teamül Kuralları Emredici Normların Kaynağı Olabilir mi?.....	87
ii. Emredici Normların Uluslararası Teamül Kuralları Üzerindeki Hukuki Etkisi.....	91
iii. Emredici Normlar Devlet Dokunulmazlığının Sınırı mı?.....	94
c. Emredici Normların Hukuk Genel İlkeleri ile İlişkisi.....	99
i. Hukuk Genel İlkeleri Emredici Normların Kaynağı Olabilir mi?.....	99
ii. Emredici Normların Hukuk Genel İlkeleri Üzerindeki Hukuki Etkisi.....	102
2. Emredici Normların Uluslararası Hukukta Bazı Hukuki İşlemler ile İlişkisi.....	103
a. Emredici Normların Devletlerin Tek Taraflı İşlemleri Üzerindeki Hukuki Etkisi.....	104
b. Emredici Normların Birleşmiş Milletler Güvenlik Konsey Kararları Üzerindeki Hukuki Etkisi.....	107
III. ULUSLARARASI HUKUKUN EMREDİCİ NORMLARININ KAPSAMI.....	111
A. Kuvvet Kullanma Yasağı.....	113
B. Soykırım Yasağı.....	117
C. İnsanlığa Karşı Suçlar Yasağı.....	121
D. İnsancıl Hukukun Temel Kuralları.....	125
E. Irk Ayrımcılığı ve Apartheid Yasağı.....	129
F. Kölelik Yasağı.....	132
G. İşkence Yasağı.....	134
H. Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı.....	136
İ. Deniz Haydutluğu Yasağı.....	139
J. Çevrenin Korunmasına İlişkin Kurallar.....	142
K. Geri Göndermeme İlkesi.....	145
IV. ULUSLARARASI HUKUKUN EMREDİCİ NORMLARININ İHLALİNDEN DOĞAN ULUSLARARASI SORUMLULUK: AĞIRLAŞTIRILMIŞ SORUMLULUK.....	148
A. Ağırlaştırılmış Sorumluluğa Sebebiyet Veren Olgular: Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ağır İhlali.....	153
1. Emredici Normlardan Doğan Yükümlülüklerin Niteliği: <i>Erga Omnes</i>	154
2. Emredici Normlardan Doğan Yükümlülüklerin İhlal Edilme Şekli: Ağır İhlal.....	159
B. Ağırlaştırılmış Sorumluluğun Kapsamı ve Uygulanması.....	162
1. Emredici Normlardan Doğan Yükümlülüklerin Ağır İhlalinin Ortaya Çıkardığı Özel Sonuçlar.....	163
2. Ağırlaştırılmış Sorumluluğun İleri Sürülmesi.....	176
SONUÇ.....	184
KAYNAKÇA.....	191
ÖZGEÇMİŞ.....	210

KISALTMALAR

AAİHK:	Amerikalar Arası İnsan Hakları Komisyonu
AAİHM:	Amerikalar Arası İnsan Hakları Mahkemesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJCL:	The American Journal of Comparative Law
AJIL:	The American Journal of International Law
AÜSBFD:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Chinese JIL:	Chinese Journal of International Law
Cf.:	<i>confer</i>
çev.:	çeviren
der.:	derleyen
DEÜHFD:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DJILP:	Denver Journal of International Law and Policy
düz.:	düzenleyen
ECHR:	European Court of Human Rights
EJIL:	European Journal of International Law
et al.:	<i>et alii</i>
et seq.:	<i>et sequentes</i>
EYUCM:	Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
GYIL:	German Yearbook of International Law
IACHR:	Inter American Commission on Human Rights
IACtHR:	Inter American Court of Human Rights
Ibid.:	<i>ibidem</i>
ICJ:	International Court of Justice
ICRC:	International Committee of the Red Cross
ICTY:	International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia
IJRL:	International Journal of Refugee Law
ILC:	International Law Commission
ISIP:	World Bulletin: Bulletin of the International Studies of the Philippines
KKTC:	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
LGDJ:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LJIL:	Leiden Journal of International Law
loc. cit.:	<i>loco citato</i>
MJIL:	Michigan Journal of International Law
MSHS:	Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
op. cit.:	<i>opus citatum</i>
para.:	paragraf
PCIJ:	Permanent Court of International Justice
PPIL:	Public and Private International Law Bulletin
PYIL:	Polish Yearbook of International Law
q. v.:	<i>quod vide</i>
RBDI:	Revue Belge de Droit International

RCADI:	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RHDI:	Revue Hellenique de Droit International
RUCM:	Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
s.:	sayfa
ss.:	sayfalar
Sri Lanka JIL:	Sri Lanka Journal of International Law
TLR:	Texas Law Review
UAD:	Uluslararası Adalet Divanı
UCM:	Uluslararası Ceza Mahkemesi
UDAD:	Uluslararası Daimî Adalet Divanı
UHK:	Uluslararası Hukuk Komisyonu
UN:	United Nations
UNHCR:	United Nations High Commissioner for Refugees
v.:	<i>versus</i>
VAHS:	Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
Vol.:	Volume
YbILC:	Yearbook of the International Law Commission
ZaöRV:	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZÖR:	Zeitschrift für öffentliches Recht

RÉSUMÉ

Le sujet de cette thèse est un agenda contemporain sur les normes impératives du droit international lequel a eu un rôle important pour le développement et le changement du droit international. Les normes impératives du droit international démontrent une compréhension à laquelle le droit international classique est étranger. Donc celles-ci évoquent une évolution du droit international. Tous les états sont souverains dans la construction du droit international classique. Par conséquent les états ont l'autonomie de la volonté. Cependant, les normes impératives du droit international sont devenues la limite de leur volonté depuis l'accueil de ce concept dans la sphère de la Convention de Vienne sur le droit des traités en 1969. Donc l'objet de cette thèse est d'examiner le développement, la matière, la nature et le cadre des normes impératives du droit international ainsi que la responsabilité internationale qui survient quand ces normes sont violées. A cet égard, la thèse comporte quatre chapitres sur la base théorique du concept des normes impératives dans le droit international, la matière et la nature des normes impératives du droit international, le cadre des normes impératives du droit international et la responsabilité aggravée, c'est à dire la responsabilité internationale survenue en cas de violation des normes impératives du droit international.

Le but du premier chapitre est de montrer la base théorique du concept des normes impératives dans le droit international. Pour cela, le processus de développement du concept des normes impératives a été examiné par une approche théorique et historique. A cet égard, le contexte historique du concept des normes impératives et l'accueil du concept des normes impératives dans le droit international positif ont été étudiés.

Le contexte historique du concept des normes impératives comporte deux étapes: le concept des normes impératives en général et le développement du concept des normes impératives dans le droit international. Les sentiers menant au concept des normes impératives en général ont été trouvés, bien que sous un nom différent, en droit Romain. Le principe d'inaltérabilité du droit public par les contrats privés en droit Romain chevauche la nature du concept des normes impératives. Le concept qui a existé depuis lors a été affirmé par les écrivains de la période des balbutiements du droit international au 17^{ème} et 18^{ème} siècles pendant lesquels le droit naturel dominait le droit international. A l'époque, Grotius a indiqué qu'il y avait des règles auxquelles les états ne pouvaient pas déroger. Wolff et Vattel séparaient les règles du droit international en deux groupes tels que le droit international nécessaire et le droit international volontaire et ils ont indiqué que les règles en conflit avec le droit international nécessaire étaient invalides. Ensuite, le concept des normes impératives a été suffisamment discuté dans la littérature de droit international pendant le 20^{ème} siècle du fait des conséquences dévastatrices des guerres mondiales. A l'époque, Lauterpacht a indiqué que la construction du droit international n'était pas suffisante pour répondre aux besoins de l'humanité qui augmentaient et qu'il y avait une tendance à accepter les individus ayant d'une personnalité juridique dans le droit

international. Verdross a aussi indiqué que les états ne pouvaient pas conclure un accord immoral. En revanche, Schwarzenberger a exigé que les normes impératives du droit international puissent recouvrir seulement les règles qui sont présumées en soi par les états. Weil a aussi souligné la possibilité de leur détermination par seulement un groupe d'états privilégiés. En conclusion, tous les arguments ont formé la base théorique de la période se concrétisant par l'accueil du concept des normes impératives dans le droit international positif.

L'accueil du concept des normes impératives dans le droit international a été examiné en deux étapes. En premier lieu, les rapports de la Commission du Droit International sur le droit des traités et par la suite les commentaires des états dans le cadre de la Conférence de Vienne qui en a résulté avec l'accueil de la Convention Vienne sur le Droit des Traités. Dans le cadre du travail de la Commission du Droit International, Lauterpacht, le rapporteur spécial, a indiqué l'invalidité des traités dont le but était en conflit avec le droit international. Ensuite, Fitzmaurice, le rapporteur spécial, a proposé l'idée selon laquelle l'invalidité des traités dépendait de leur conformité avec les normes impératives en utilisant le terme *jus cogens* pour la première fois. Enfin, Waldock, le rapporteur spécial, a conservé la position de son prédécesseur et il a de plus proposé une liste des exemples des traités en conflit avec les normes *jus cogens*. Pourtant, aucune de ces suggestions n'a été complètement acceptée par la Commission. Finalement, un projet d'article pratiquement similaire à la version finale de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités a été présenté à l'Assemblée Générale des Nations Unies. Les états ont commenté ce projet d'article dans le cadre de la Conférence de Vienne. Il y avait non seulement des états qui ont soutenu l'idée de l'inclusion du concept des normes impératives dans la codification du droit des traités, mais aussi ceux qui se sont opposés à cette idée. La suggestion d'une reconnaissance des normes impératives par la communauté internationale était la seule parmi toutes les suggestions faites pour améliorer le projet d'article. En conclusion, le concept des normes impératives est devenu une part du droit international positif au moyen de son acceptation par une majorité des états.

En tenant compte de tout cela, on en a conclu qu'il n'y avait pas de suspicion aujourd'hui quant à l'existence des normes impératives du droit international grâce à la base théorique et que le concept des normes impératives avait altéré la construction du droit international classique pendant tout le processus expliqué ci-dessus.

Le but de chapitre deux est de déterminer la matière et la nature des normes impératives du droit international. Pour cela, les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités ont été acceptés comme le point de départ et les éléments, les sources et les effets juridiques des normes impératives du droit international ont été recherchés en adoptant une méthode déductive. A cet égard, les éléments du concept des normes impératives dans le droit international ainsi que la relation des normes impératives avec les sources du droit international et certains actes juridiques ont été examinés.

Il a été observé que les éléments contenus dans l'article 53 montraient seulement les aspects normatifs des normes impératives mais il y avait en même temps d'autres éléments concernant les intérêts juridiques protégés par les normes impératives. Donc, au début, les éléments formels des normes impératives ont été discutés et ensuite les éléments matériels des normes impératives ont été recherchés. En suivant la définition faite dans l'article 53, les éléments formels des normes

impératives ont été identifiés comme l'acceptation et la reconnaissance par la communauté internationale des états dans son ensemble, n'étant permise à aucune dérogation, n'étant modifiée que par une nouvelle norme ayant le même caractère. Le fait que les normes impératives soient les normes du droit international général n'a pas été retenu dans les éléments formels parce qu'il était totalement clair dans la définition faite dans l'article 53. C'est pour cette raison que ce fait, d'abord et avant tout, a été expliqué. De plus, les éléments matériels des normes impératives, à la lumière de la littérature et de la jurisprudence, ont été déterminés comme les intérêts communs et capitaux de la communauté internationale, la relation entre les normes impérative et la moralité et l'ordre juridique international.

En recherchant la relation entre les normes impératives et les sources du droit international et certains actes juridiques, le fait que les normes impératives soient essentiellement les normes du droit international général et le fait qu'elles annulent les traités en conflit avec elles ont été pris en compte. A cet égard, la relation entre les normes impératives et les sources primaires du droit international a été discutée parce qu'il n'y avait aucune relation observable entre les normes impératives et les sources subsidiaires. Donc, la relation des normes impératives avec le droit international des traités, le droit international coutumier et les principes généraux de droit ont été examinés. Dans la sphère de la relation avec le droit international des traités, en première place, la question sur l'aptitude des traités à être les sources d'une norme impérative de droit international général a été abordée. Ensuite, l'effet juridique des normes impératives sur les traités en conflit avec elle a été examiné. Dans la sphère de la relation avec le droit international coutumier, précisément, la question de savoir si les règles coutumières peuvent être la source d'une norme impérative a été renseignée. D'autre part, l'effet juridique des normes impératives sur les règles coutumières partageant le même niveau avec les traités dans la hiérarchie normative a également été discuté. Enfin, la question de savoir si les normes impératives sont la limite de l'immunité des états dans le droit international a fait l'objet d'une tentative de réponse. Dans la sphère de la relation avec les principes généraux, principalement, la question de savoir si les principes généraux peuvent être la source d'une norme impérative a été discutée. De plus, l'effet juridique des normes impératives sur les principes généraux a lui aussi été examiné. En outre, la relation entre les normes impératives et certains actes juridiques a été recherchée parce qu'il a été vu que l'effet juridique d'une norme impérative apparaît non seulement dans les sources primaires du droit international mais en même temps dans quelques actes juridiques du droit international. Donc, l'effet juridique des normes impératives sur les actes unilatéraux et sur les résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies a été étudié. Pourtant, ces actes juridiques ont été vus comme éloignés d'une source de normes impératives, en conséquence, cette discussion n'a jamais été abordée dans cette partie.

A la fin, il a été considéré que le concept des normes impératives dans le droit international comporte tous les éléments formels et matériels en même temps. A part cela, on en a conclu que les traités généraux, les règles coutumières générales qui sont aussi les normes de droit international général peuvent être les sources des normes impératives du droit international ; cependant, l'aptitude des principes généraux de droit à être une source d'une norme impérative, bien que celles-ci soient des normes du droit international général, est discutée. Finalement, on est arrivé à la conclusion que les normes impératives annulent non seulement les traités mais aussi les règles coutumières et les principes généraux de droit en conflit avec elles-mêmes, parce que toutes ces normes partagent le même niveau dans la hiérarchie normative. De plus, ils

annulent *a fortiori* les actes juridiques qui ne sont pas considérés comme normes générales.

Le but du chapitre trois est d'examiner le cadre des normes impérative en recherchant la pratique des états et les décisions judiciaires. Pendant tout ce travail, la pratique des états et les décisions judiciaires ont été abordées plus avant dans ce chapitre. Du fait que la détermination du cadre des normes impératives a toujours été un problème sensible et que donc la Commission du Droit International a hésité à donner une liste de ces normes pendant longtemps. Une liste non-exhaustive dans laquelle les normes impératives apparaissent a été finalement présentée par le rapporteur spécial qui s'appelait Dire Tladi dans son dernier rapport. Les exemples donnés dans le rapport et d'autres normes qui sont acceptées en tant que tel ainsi que les normes sur lesquelles il y a encore une discussion ont été respectivement examinés dans ce travail. Néanmoins il est important de souligner que les normes examinées dans ce travail sont seulement fournies à titre d'exemple.

Les exemples de normes impératives ont donc été déterminés comme suivant : l'interdiction de l'emploi de la force, l'interdiction du génocide, l'interdiction des crimes contre l'humanité, les règles fondamentales du droit international humanitaire, l'interdiction de la discrimination raciale et de l'apartheid, l'interdiction de l'esclavage, l'interdiction de la torture, le droit à l'autodétermination, la piraterie, les règles protégeant l'environnement et le principe de non-refoulement. On a vu que la nature impérative de toutes ces normes, sauf les normes protégeant l'environnement et le principe de non-refoulement sont acceptés en général dans le droit international. Cependant il y a une tendance à les accepter d'un point de vue impératif, ils n'ont pas encore été admis comme normes impératives du droit international jusqu'à maintenant mais ils pourront être acceptés accepter en tant que tels à l'avenir.

Le bu du dernier chapitre est de déterminer, en adoptant une méthode théorique, la responsabilité internationale impliquée en cas de violation des normes impératives. A cet égard, en premier lieu, les violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international qui sont en même temps vues comme la raison de la responsabilité aggravée ont été examinées et ensuite, le cadre et l'invocation de la responsabilité aggravée ont été analysés. La nature *erga omnes* des obligations découlant de normes impératives du droit international et la gravité des violations de ces mêmes obligations ont été déterminées comme la raison de la responsabilité aggravée. D'autre part la raison pour laquelle la responsabilité aggravée s'est appelée ainsi a été recherchée en examinant son cadre et son invocation. Concernant cela, on a noté que le cadre de la responsabilité aggravée prévoit des obligations qu'on nomme des conséquences particulières non seulement pour l'état responsable mais aussi pour les états tiers. On en a donc conclu que l'obligation de coopération, l'obligation de non-reconnaissance et l'obligation de non-assistance recouvrant ces conséquences particulières sont obligatoire pour tous les états. D'ailleurs, par rapport à l'invocation de la responsabilité aggravée, on a vu qu'il pouvait être invoqué non seulement par l'état lésé directement mais aussi par les états tiers.

En conclusion générale, on en a conclu que la base théorique des normes impératives formée pendant longtemps évoque l'accueil du concept dans le droit international positif et que les normes impératives protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale afin de fournir un environnement de paix, qu'ils constituent une compréhension de l'ordre public international et qu'ils avaient accepté

et reconnu les normes auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui sont modifiées seulement par une norme postérieure ayant le même caractère au sein de la communauté internationale dans son ensemble. De plus, alors que les besoins sociaux et les valeurs fondamentales de la communauté internationale évoluent, il n'est pas possible de déterminer exactement le cadre des normes impératives parce que leur cadre évolue lui aussi. Finalement, toute la communauté internationale est lésée quand les normes impératives sont violées, donc l'état responsable affronte toute la communauté internationale.



ABSTRACT

The subject of this thesis is a contemporary agenda on the peremptory norms of international law which has played a significant role in the development and change of international law. The peremptory norms of international law reflects an understanding to which the structure of classical international law is not accustomed. Therefore it induces international law to evolve. While the states have freedom of contract as a result of their sovereignty, the peremptory norms of international law has become the limit of their will since the adoption of the Vienna Convention on the Law of Treaties in 1969. Therefore the purpose of this thesis is to analyze the development, the content, the nature and the scope of the peremptory norms of international law and the international responsibility arising when these norms are breached. In this regard, the thesis includes four chapter on the theoretical foundation of the concept of peremptory norms in international law, the content and the nature of the peremptory norms of international law, the scope of the peremptory norms of international law and the so-called aggravated international responsibility arising in case of violation of the peremptory norms of international law, respectively.

The first chapter aims to demonstrate the theoretical foundation of the concept of peremptory norms in international law. For this, the development process of the concept of peremptory norms have been analyzed through a theoretical and historical approach. In this regard, the historical background of the concept of peremptory norms and the adoption of the concept of peremptory norms in positive international law have been studied.

The historical background of the concept of peremptory norms have two aspects: the concept of peremptory norms in general terms and the development of the concept of peremptory norms in international law. The trails of the concept of peremptory norms in general terms have been founded, even though with a different name, in Roman law. The principle of inalterability of the public law by private contracts in Roman law overlaps the nature of the concept of peremptory norms. The concept which has thus been existing since then was mentioned by the early period authors of international law in 17th and 18th centuries while natural law theory was dominating international law. Grotius advised that there were those rules which could not be derogated by the States. Wolff and Vattel who mostly followed him divided international law rules into two groups as necessary and voluntary international law and asserted that the rules in conflict with necessary international law were void. Afterwards, it has amply been discussed in international law literature throughout the 20th century with the devastating consequences of the two world wars. At that time Lauterpacht claimed that the structure of international law was not adequate to fulfil the growing needs of humanity and that there was a tendency of accepting individuals as legal personalities of international law. Verdross argued that the states could not enter into immoral agreements. On the other hand, Schwarzenberger argued that the peremptory norms of international law would only be the rules assumed by the states as such and that the structure of international law would not allow any other understanding. As such, Weil acted with suspicion towards the idea of peremptory

norms due to the possibility of their determination by only a group of privileged states. In conclusion, all these arguments constituted the theoretical background of the process finalized with the acceptance of the concept of peremptory norms as positive international law.

The adoption of the concept of peremptory norms in international law has been analyzed in two stages. First, the reports of the International Law Commission on the law of treaties and second, the reviews of the states within the context of Vienna Conference resulted with the adoption of the Vienna Convention on the Law of Treaties have been studied. Within the context of International Law Commission's work, special rapporteur Lauterpacht argued that the treaties of which purpose is in conflict with international law was void. Subsequently, special rapporteur Fitzmaurice advised that the validity of the treaties depended on their compliance with peremptory norms by explicitly using the term *jus cogens* for the first time. Lastly, special rapporteur Waldock stuck by the suggestion of his predecessor only he made an additional suggestion including a couple of examples of treaties in conflict with *jus cogens*. However none of these suggestions were entirely accepted by the Commission. Finally, a draft article almost same as the final version of article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties was presented to the General Assembly of United Nations. The states commented on this draft article within the context of Vienna Conference. There were not only some of states which supported the idea of inclusion of the concept of peremptory norms in the codification of law of treaties but also those which opposed this idea. Only the suggestion of the recognition of peremptory norms by the international community from the suggestions made to improve the draft article was included in the final version of the article. In conclusion, the concept of peremptory norms has become a part of positive international law by means of the acceptance by a majority of the states.

Taking into account all of these, it has been concluded that the theoretical foundation of the concept of peremptory norms in international law has been thought for a long period of time, that there is no suspicion today on the existence of peremptory norms of international law due to those theoretical foundation and that the concept of peremptory norms has partly changed the structure of classical international law throughout the whole process explained above.

The second chapter aims to determine the content and the nature of the peremptory norms of international law. For this, articles 53 and 64 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties have been accepted as starting point and the elements, the sources and the legal effects of the peremptory norms of international law have been researched by adopting a deductive method. In this respect, the elements of the concept of peremptory norms in international law and the relation of the peremptory norms of international law with the sources of international law and some legal acts.

It has been revealed that the elements contained in article 53 reflect only normative aspects of the peremptory norms but there also exist other elements concerning the legal interests protected by peremptory norms. Therefore, first the formal elements of peremptory norms have been discussed and the material elements of peremptory norms have subsequently been looked for. According to the definition of peremptory norms given in article 53, the formal elements of peremptory norms have been identified as acceptance and recognition by the international community of

states as a whole, not being permitted any derogation, being modified only by a subsequent norm having the same character. According to the definition of peremptory norms given in article 53, the fact that the peremptory norms are basically the norms of general international law has not been included as a formal element since it was very clear. Therefore this fact, first and foremost, has briefly mentioned. In addition to all of these, the material elements of peremptory norms, in light of literature and the judicial decisions, have been determined as common and overriding interests of the international community, the relationship between peremptory norms and the morality and international public order.

While researching the relevance of peremptory norms with the sources of international law and with some of the legal acts, the fact that the peremptory norms are basically the norms of general international law and the fact that the peremptory norms invalidates the treaties in conflict with themselves have been taken into account. In this manner, first the relationship between the peremptory norms of international law and the primary sources of international law has been examined since there has not been any relevance seen between peremptory norms and subsidiary sources. Therefore the relevance of peremptory norms with the international law of treaties, customary international law and the general principles of law have been analyzed respectively. Within the context of its relevance with international law of treaties, first the question of the ability of treaties to be the source of a peremptory norm of general international law has been covered. Subsequently, the legal effect of peremptory norms on the treaties has been determined as invalidity. Within the context of its relevance with the customary international law, first the question of whether the customary rules could be the source of a peremptory norm has been answered. Then the legal effect of peremptory norms on the customary rules sharing same level with the treaties in the normative hierarchy. At last, the question of whether the peremptory norms are the limit of the state immunity in international law has been tried to be replied. Within the context of its relevance with the general principles of law, first the question of whether the general principles of law could be the source of a peremptory norm of general international law has been covered. Subsequently the legal effect of peremptory norms on the general principles of law has been examined. Second, the relationship between the peremptory norms of international law and some of the legal acts in international law. Since it has been seen that the legal effect of peremptory norms arise not only on the primary sources of international law but also on some of the legal acts of international law. In this regard, the legal effect of peremptory norms on the unilateral legal acts and on the resolutions of United Nations Security Council have been researched. However, these legal acts are far from being source of peremptory norms, this discussion has never been discussed under that part.

At the end of this process, it has been seen that the concept of peremptory norms in international law consists of both formal and material elements together. Apart from this, while general multilateral treaties, general customary rules as being norms of general international law have been concluded as being able to be a source of peremptory norms, it has been seen that there has been a suspicion on the ability of general principles of law, although being norms of general international law, to be the source of peremptory norms. Finally, it has been concluded that the peremptory norms invalidate not only treaties but also customs and general principles of law in conflict with themselves, since all these norms share the same level in normative hierarchy. Moreover they also *a fortiori* invalidate the legal acts not even seen as general norms.

The third chapter aims to examine the scope of peremptory norms in light of state practice and judicial decisions. Throughout the whole work, state practice and judicial decisions have been applied most in this chapter. Since, the determination of the scope of the peremptory norms of international law has always been a very sensitive issue and the International Law Commission has also avoided to give a list of those norms for a long time. A non-exhaustive list in which the peremptory norms are demonstrated has eventually been presented by the special rapporteur Dire Tladi in his last report. The examples given in that list and other norms accepted as peremptory in international law including the ones concerning which there are still discussions have respectively been examined in this work. However it should be underlined that the norms examined are only illustrative.

The illustrative examples of peremptory norms have therefore been determined as the prohibition of use of force, the prohibition of genocide, crimes against humanity, the basic rules of international humanitarian law, the prohibition of racial discrimination and apartheid, the prohibition of slavery, the prohibition of torture, the right to self-determination, piracy, the rules protecting the environment and the principle of non-refoulement. It has been seen that the peremptory nature of all those norms except the rules protecting the environment and the principle of non-refoulement are generally accepted and recognized in international law. However it has been concluded that the rules protecting the environment and the principle of non-refoulement, even though there exists a tendency to accept them as peremptory, have not yet been recognized as peremptory norms of international law at this moment but they would be seen as such in the future.

Last chapter aims to determine the international responsibility entailed by a violation of peremptory norms by adopting a theoretical approach in two steps. In this regard first the serious breach of an obligation arising under peremptory norms of international law seen as the reason of the aggravated responsibility has been analyzed and second the scope and the invocation of the aggravated responsibility has been discussed. The reason of the aggravated responsibility in international law has been identified as the *erga omnes* nature of the obligations arising under peremptory norms of international law and the seriousness of the breach of these obligations. On the other hand, the reasons of why aggravated responsibility is being called aggravated has been looked for in the next step while examining its scope and invocation. Regarding this, it has been seen that the scope of the aggravated responsibility foresees obligations called particular consequences not only for the responsible state but also for the third states. It has been concluded that the obligation of co-operation, the obligation of non-recognition and the obligation of non-assistance being those particular consequences are binding for all states. Besides, with respect to the invocation of aggravated responsibility, it has been seen that it can be invoked not only by the direct injured state but also by the third states.

Consequently, it has been concluded in general that the theoretical foundations of peremptory norms generated throughout a long period of time induced the adoption of the concept as positive international law, that the peremptory norms protect the basic values of the international community in order to provide a peace environment and that they constitute a general understanding of international public order and that they are thus accepted and recognized as norms from which no derogation is permitted and modified only by subsequent norms having the same character by the international community as a whole. In addition, it has been understood that it is not possible to

determine the scope of them in a certain manner because their scope evolves as the social needs and basic values of the international community change. Finally, it has been concluded that the whole international community is injured when the peremptory norms protecting the present basic values are violated and that the responsible state is confronted with the whole international community in this case.



ÖZET

Bu çalışmanın konusunu, uluslararası hukukun gelişiminde ve zaman içinde uğradığı değişimde önemli bir rol üstlenen ve bu nedenle güncelliğini korumakta olan uluslararası hukukun emredici normları oluşturmaktadır. Uluslararası hukukun emredici normları, devletlerin eşit egemenliği ilkesinin hâkim olduğu uluslararası hukukun alışık olmadığı bir anlayışın izlerini taşımakta ve böylece uluslararası hukuku belli ölçüde bir değişime sürüklemektedir. Uluslararası hukukta egemenliğin doğal bir sonucu olarak devletler irade serbestisine sahipken 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin kabulüyle uluslararası hukukun emredici normları irade serbestisinin sınırı olarak devletlerin karşısında bir fren haline gelmiştir. Bu çalışmanın amacı, devlet egemenliğini frenleme işlevini haiz uluslararası hukukun emredici normlarının nasıl bunu başarabildiği sorusundan hareketle bunların gelişimini, içeriğini, doğasını, kapsamını ve ihlal edilmesi halinde doğan uluslararası sorumluluğu incelemektir. Bu doğrultuda çalışma dört bölümden oluşmakta ve sırasıyla uluslararası hukukta emredici norm kavramının düşünsel temelleri, uluslararası hukukun emredici normlarının içeriği ve mahiyeti, uluslararası hukukun emredici normlarının kapsamı ve uluslararası hukukun emredici normlarının ihlalden doğan uluslararası sorumluluk (ağırlaştırılmış sorumluluk) incelenmektedir.

İlk bölümde uluslararası hukukta emredici norm kavramının düşünsel temellerinin ortaya konması hedeflenmektedir. Bunun için, tarihsel ve teorik bir yöntem benimsenerek emredici norm kavramının gelişim süreci aktartılmıştır. Bu kapsamda, emredici norm kavramının tarihsel arka planı ve emredici norm kavramının pozitif uluslararası hukukta kabulü incelenmiştir.

Emredici norm kavramının tarihsel arka planı iki aşamada ele alınmıştır. İlk olarak genel olarak emredici norm kavramının, ardından uluslararası hukukta emredici norm kavramının zaman içinde nasıl geliştiği ortaya konmuştur. Genel olarak emredici norm kavramının izlerine, aynı isimle olmasa da kavramsal olarak Roma hukukunda rastlanmaktadır. Roma hukukunda mevcut olan özel sözleşmelerle kamu hukuku kurallarının değiştirilemeyeceği ilkesinin emredici norm kavramının doğasıyla örtüştüğü gözlemlenmektedir. Böylece varlığını çok eski tarihlerden beri sürdürdüğü anlaşılan kavram, uluslararası hukukta 17. ve 18. yüzyıllarda, erken dönem yazarların eserlerinde düşünsel olarak ifade edilmiştir. Doğal hukuk anlayışının hâkim olduğu o dönemler Grotius tarafından devletlerin ne olursa olsun uygulamaktan vazgeçemeyeceği bazı kuralların varlığından söz edilmiştir. Büyük ölçüde onun izinden giden Wolff ve Vattel uluslararası hukuku gerekli ve gönüllü uluslararası hukuk olarak ikiye ayırmış ve gerekli uluslararası hukuka aykırı tüm uluslararası hukuk kurallarının geçersiz olacağını öngörmüşlerdir. Daha sonra 20. yüzyıl boyunca, iki dünya savaşının vahim sonuçlarının da etkisiyle öğretide daha yoğun sürdürülen tartışmalara rastlanmıştır. Bu süreçte Lauterpacht tarafından klasik uluslararası hukuk yapısının insanlığın gelişen ihtiyaçlarına cevap vermekte yetersiz kaldığından hatta bireylerin de artık uluslararası hukuk kişileri olarak görülmesi eğiliminden söz edilmiştir. Verdross tarafından devletlerin ahlaka aykırı sözleşme yapamayacağı savunulmuştur. Buna karşılık, Schwarzenberger uluslararası hukukun emredici

normlarının olsa olsa devletlerin iradesiyle öyle addettiği kurallar olabileceğini savunmuş ve uluslararası hukuk yapısının bundan başka bir anlayışla örtüşmediğini ileri sürmüştür. Weil ise uluslararası hukukun emredici normlarına bunları yalnızca bir grup ayrıcalıklı devletin belirlemesi ihtimalini vurgulayarak şüpheyle yaklaşmıştır. Bu tartışmalar, emredici normların pozitif uluslararası hukukta kabulüne giden sürecin teorik alt yapısını oluşturmuştur.

Emredici norm kavramının pozitif uluslararası hukukta kabulü ise yine iki aşamada ele alınmıştır. İlk olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun andlaşmalar hukuku üzerine çalışmaları kapsamında sunulan raporlar, ardından Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin kabul edilmesiyle sonuçlanan Viyana Konferansı kapsamında devletlerin sunduğu görüşler incelenmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarında özel raportör Lauterpacht amacı uluslararası hukuka aykırı olan andlaşmaların geçersizliğini savunmuş ve uygulanması uluslararası hukuka aykırı olan andlaşmaların geçersiz olacağına ilişkin bir öneri sunmuştur. Ardından özel raportör Fitzmaurice ilk defa açıkça *jus cogens* terimini kullanarak bir andlaşmanın geçerli olabilmesinin *jus cogens* kurallara uygun olmasına bağlı olduğunu ifade eden bir öneride bulunmuştur. Son olarak özel raportör Waldock selefının önerisine sadık kalmış ve bunun yanında *jus cogens* aykırı andlaşma örnekleri içeren bir öneride bulunmuştur. Ancak bu önerilerden hiçbiri tam olarak kabul görmemiştir. En nihayetinde, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinin neredeyse aynısı bir madde önerisi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunulmuştur. Viyana Konferansı kapsamında bu taslak maddeyi yorumlayan devletlerden andlaşmalar hukukunun kodifiye edilmesi kapsamında emredici normlara yer verilmesine sıcak bakanlar olduğu kadar şüpheyle yaklaşanlar hatta şiddetle karşı çıkanlar olmuştur. Taslak maddenin geliştirilmesi için dile getirilen önerilerden yalnızca emredici normların uluslararası toplum tarafından tanınması yönündeki öneri maddenin nihai haline dahil edilmiştir. Nihayet, devletlerin büyük çoğunluğunun kabulüyle emredici norm kavramı pozitif uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir.

Tüm bu bilgiler ışığında, uluslararası hukukta emredici norm kavramının düşünsel temellerinin çok eski zamanlardan itibaren atıldığı, bu düşünsel temeller sayesinde günümüzde uluslararası hukukta emredici normların varlığına dair herhangi bir şüphenin kalmadığı ve uluslararası hukukta emredici norm kavramının klasik uluslararası hukuku yukarıda ifade edilen süreç boyunca belli ölçüde değişime uğrattığı sonucuna varılmıştır.

İkinci bölümde uluslararası hukukun emredici normlarının içeriğinin ve mahiyetinin belirlenmesi hedeflenmektedir. Bunun için, tümdengelim yöntemi benimsenerek Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. ve 64. maddelerinden yola çıkılmış ve uluslararası hukukun emredici normlarının hangi unsurlardan oluştuğu, kaynaklarının neler olabileceği ve hukuki etkisinin neler üzerinde doğabileceği araştırılmıştır. Bu doğrultuda öncelikle uluslararası hukukta emredici norm kavramının unsurları, ardından uluslararası hukukun emredici normların uluslararası hukuk kaynaklarıyla ve bazı hukuki işlemlerle ilişkisi incelenmiştir.

Uluslararası hukukta emredici norm kavramının unsurları incelenirken 53. maddedeki unsurların emredici normların yalnızca normatif özelliklerini yansıttığı, oysa emredici normların içeriğinin bunlardan ibaret olmadığı, onu betimleyen koruduğu hukuki menfaatlere ilişkin başka unsurları da barındırdığı görülmüştür. İşte

bu nedenle emredici normların öncelikle şekli unsurları ardından maddi unsurları incelenmiştir. 53. maddedeki tanım ışığında şekli unsurlar; bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilme ve tanınma, normdan hiçbir şekilde sapmaya izin verilmeme, aynı nitelikte takip eden başka bir kural ile değiştirilebilme olarak belirlenmiştir. Uluslararası hukukun emredici normlarının 53. maddede verilen tanımına göre genel uluslararası hukuk normu olduğu malumun ilanı olacağı için buna ayrı bir başlık açılmamış ve her şeyden önce genel uluslararası hukuk normu olma ile neyin kastedildiğine değinilmiştir. Bunların yanı sıra, öğreti ve yargı kararları ışığında maddi unsurlar; uluslararası toplumun ortak ve üstün gelen menfaatleri, emredici norm ve ahlakilik ilişkisi, uluslararası kamu düzeni olarak belirlenmiştir.

Uluslararası hukukun emredici normlarının uluslararası hukuk kaynakları ve bazı hukuki işlemlerle ilişkisi incelenirken 53. maddede belirtilen genel uluslararası hukuk normu olma özelliği ile 53. ve 64. maddelerde belirtilen kendisine aykırı andlaşmaları geçersiz kılma özelliğinden yola çıkılmıştır. Bu kapsamda öncelikle emredici normların uluslararası hukukun asli kaynaklarıyla ilişkisi incelenmiştir. Zira, bu başlıkta belirlenen iki hareket noktası bakımından emredici normların tali kaynaklarla herhangi bir ilişkisi yoktur. Bunun için emredici normların sırayla uluslararası andlaşmalar hukuku ile ilişkisi, uluslararası teamül hukuku ile ilişkisi ve hukuk genel ilkeleri ile ilişkisi araştırılmıştır. Uluslararası andlaşmalar hukuku ile ilişkisi kapsamında öncelikle genel uluslararası hukuk normu olan emredici normların kaynağı uluslararası andlaşmalar olabilir mi sorusu cevaplanmıştır. Ardından emredici normların uluslararası andlaşmalar üzerindeki hukuki etkisi geçersizlik olarak belirlenmiştir. Uluslararası teamül hukuku ile ilişkisi kapsamında öncelikle genel uluslararası hukuk normu olan emredici normların kaynağı uluslararası teamül kuralları olabilir mi sorusu cevaplanmıştır. Ardından emredici normların normlar hiyerarşisinde andlaşmalarla aynı seviyede olan uluslararası teamül kuralları üzerindeki hukuki etkisi incelenmiştir. Son olarak emredici normlar bir uluslararası teamül kuralı olan devlet dokunulmazlığının sınırını oluşturur mu sorusu cevaplandırılmaya çalışılmıştır. Hukuk genel ilkeleri ile ilişkisi kapsamında ise ilk olarak genel uluslararası hukuk normu olan emredici normların kaynağının hukuk genel ilkeleri olmasının mümkün olup olmadığı araştırılmıştır. Ardından emredici normların yine andlaşmalarla aynı normatif etkiye sahip hukuk genel ilkeleri üzerinde hukuki etkisi incelenmiştir. İkinci olarak emredici normların bazı hukuki işlemler ile ilişkisi ele alınmıştır. Zira emredici normların hukuki etkisinin yalnızca uluslararası hukukun asli kaynakları üzerinde değil bazı hukuki işlemler üzerinde de doğması söz konusu olabilir. İşte buradan hareketle emredici normların tek taraflı işlemler üzerindeki hukuki etkisi ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararları üzerindeki hukuki etkisi incelenmiştir. Ancak bu hukuki işlemlerin emredici normların kaynağını oluşturmaya elverişli olmaması sebebiyle böyle bir bahse girmeye ihtiyaç duyulmamıştır.

Tüm bu süreç sonunda uluslararası hukukta emredici norm kavramının yukarıda bahsedilen şekli ve maddi tüm unsurları bir arada bulundurduğu anlaşılmıştır. Ayrıca genel uluslararası hukuk normu teşkil eden genel çok taraflı andlaşmaların, genel teamüllerin emredici normların kaynağı olabileceği görülmüş; bununla birlikte her ne kadar genel normlar olsa da hukuk genel ilkelerinin emredici normların kaynağı olabileceği konusunda şüphelerin mevcut olduğu sonucuna varılmıştır. Son olarak emredici normların normatif hiyerarşide andlaşmalarla aynı seviyede bulunan teamülleri ve hukuk genel ilkelerini geçersiz kıldığı ve norm niteliği tartışmalı olan ve genel olmayan hukuki işlemleri evleviyetle geçersiz kıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

Üçüncü bölümde, devlet uygulamaları ve yargı kararları ışığında emredici normların kapsamının incelenmesi hedeflenmiştir. Belki de tüm çalışma boyunca devlet uygulamalarına ve yargı kararlarına en çok bu bölümde başvurulmuştur. Zira emredici normların belirlenmesi meselesi uluslararası hukukta hep hassas bir konu olmuş ve Uluslararası Hukuk Komisyonu da uzunca bir süre boyunca bu normların bir listesini vermekten kaçınmıştır. Nihayet özel raportör Dire Tladi tarafından hazırlanan son raporda emredici normların sınırlı sayıda olmamak kaydıyla sıralandığı bir liste sunulmuştur. İşte bu listede belirtilen örneklerin tek tek incelenmesi, bunun yanı sıra, listede mevcut olmasa da emredici niteliği kabul gören başka bir norm ve uluslararası hukukta emredici norm olduğu zaman zaman ileri sürülse de henüz tüm şüphelerin giderilmediği başka örneklerin de tartışılması neticesinde emredici normların kapsamı yine sınırlı sayıda olmamak kaydıyla belirlenmiştir.

Uluslararası hukukun emredici normlarının sınırlı sayıda olmayan örnekleri, böylece kuvvet kullanma yasağı, soykırım yasağı, insanlığa karşı suçlar, insancıl hukukun temel kuralları, ırk ayrımcılığı ve apartheid yasağı, kölelik yasağı, işkence yasağı, halkların kendi kaderini tayin hakkı, deniz haydutluğu, çevrenin korunmasına ilişkin kurallar ve geri göndermeme ilkesi olarak belirlenmiştir. Bunlardan çevrenin korunmasına ilişkin kurallar ile geri göndermeme ilkesi haricinde hepsinin emredici niteliğinin uluslararası hukukta genel bir kabul gördüğü, bu ikisinin ise emredici norm olarak kabul edilmesi yönünde bir eğilim olmasına rağmen henüz emredici norm statüsünde genel bir kabul görmüş olmadığı ve fakat ileride bu statüye kavuşmalarının kuvvetle muhtemel olduğu sonucuna varılmıştır.

Son bölümde teorik bir yaklaşım benimsenerek, uluslararası hukukun emredici normlarının ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan uluslararası sorumluluk iki aşamada incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle ağırlaştırılmış sorumluluk olarak adlandırılan bu sorumluluğun doğmasına sebebiyet veren olgu olan uluslararası hukukun emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali incelenmiş, ardından ağırlaştırılmış sorumluluğun kapsamı ve nasıl ileri sürüldüğü araştırılmıştır. Ağırlaştırılmış sorumluluğa sebebiyet veren olgunun uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin *erga omnes* nitelikte olması ve bu nitelikteki yükümlülüklerin ihlal edilme şeklinin ağır ihlal olması hususlarından meydana geldiği görülmüştür. Ağırlaştırılmış sorumluluğun kapsamı ve nasıl ileri sürüldüğü araştırılırken ise onu ağırlaştırılmış yapan hususların ne olduğuna odaklanılmıştır. Buradan hareketle ağırlaştırılmış sorumluluğun kapsamının ihlali gerçekleştiren devletin sorumluluğunun yanında üçüncü devletler için de doğan bazı özel sonuçlardan meydana geldiği tespit edilmiştir. Zira bu özel sonuçları oluşturan iş birliği yükümlülüğü, tanımama yükümlülüğü ve yardım etmeme yükümlülüğünün tüm devletleri bağladığı görülmüştür. Ağırlaştırılmış sorumluluğun nasıl ileri sürüldüğü hakkında ise bunun yalnızca ihlalden doğrudan zarar gören devletler tarafından değil üçüncü devletler tarafından da ileri sürülebilmesi üzerinde durulmuştur.

Nihayet, bu çalışma kapsamında uzun bir süre boyunca ortaya konan düşünsel temeller neticesinde pozitif uluslararası hukuka giren uluslararası hukukun emredici normlarının uluslararası toplumun temel değerlerini bu toplumun barış içinde varlığını sürdürebilmesi için koruduğu, böylece bir uluslararası kamu düzeni anlayışını oluşturduğu, bu nedenle tüm uluslararası toplum tarafından aksi kararlaştırılamayan ve yalnızca aynı nitelikte normlarla değiştirilebilen normlar olarak tanındığı ve kabul edildiği görülmüştür. Uluslararası toplumun temel değerlerinin ihtiyaçlarına göre zaman içinde değişmesi ihtimali olduğu için uluslararası hukukun emredici normlarının kapsamının gelişime açık olduğu anlaşılmıştır. Son olarak, mevcut temel değerleri koruyan emredici normlar ihlal edildiği zaman bundan tüm uluslararası

toplumun zarar gördüğü ve bu nedenle ihlali gerçekleştirenin karşısında tüm uluslararası toplumu bulduğu sonucuna varılmıştır.



GİRİŞ

Uluslararası hukukun emredici normları, klasik uluslararası hukuk yapısından çağdaş bir uluslararası toplum anlayışına doğru atılan adımların ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletlerin egemenliğinin esas olduğu klasik uluslararası hukukta devletlerin iradesi en önemli olgudur. Oysa devletlerin iradesinin her şeye muktedir olmadığı, uluslararası toplumun temel değerlerinin korunması amacıyla sınırlandırıldığı bazı durumlar söz konusu olabilir. İşte böyle durumlarda uluslararası hukuk, klasik yapısına oldukça yabancı olan emredici normlar teorisi ile karşı karşıya gelmektedir.

Uluslararası hukuk esasında yatay bir hukuk düzenidir. Bu hukuk sistemini oluşturan kurallar hem devletlere uygulanmakta hem de bu devletlerin kendileri tarafından konmaktadır. Hal böyle olunca, egemen devletler kendi koydukları kuralların aksini de kararlaştırabilirler. Oysaki uluslararası hukukun emredici normları söz konusu olduğunda devletlerin bunların aksini kararlaştırması mümkün değildir.

Emredici norm bir hukuk sisteminde kesin bir emir ifade eden, buyurucu nitelikte bir normdur. Norm bir emir dile getirdiği için, emrin aksine bir tutumun benimsenmesi mümkün değildir. Böyle bir normdan ne vazgeçilebilir ne de normun aksi kararlaştırılabilir. Herhangi bir nedenle emredici normun uygulanmasından kaçınılamaz; koşullar ne olursa olsun emredici normun koyduğu kurala mutlak surette uymak gerekir.

Uluslararası hukukun yatay bir hukuk düzeni olmasının bir diğer sonucu ise normlar hiyerarşisinden muaf bir hukuk dalı olmasıdır. Uluslararası hukuk normlarının hepsi eşit egemen devletler tarafından oluşturulduğu için bunların hepsi aynı normatif

etkiye sahip olmaktadır. Oysaki uluslararası hukukun emredici normları diğer tüm uluslararası hukuk normlarından hiyerarşik olarak üstündür.¹

Her hukuk kuralı gibi emredici normlar da belli bir ihtiyacın doğması neticesinde oluşmaktadır. Bu ihtiyaca karşılık emredici norm belli bir hukuki menfaati veya değeri koruma altına alır. Emredici olduğu için de koruma altına aldığı hukuki menfaat veya değer hiçbir şekilde zedelenmesine izin vermez ve kendisine aykırı normları geçersiz kılar. Zira koruma altına aldığı hukuki menfaat veya değer, diğer normlarınkinden farklı olarak, o hukuk sisteminin üzerine kurulduğu temellerle yakından ilişkilidir. Uluslararası hukukun emredici normları da uluslararası toplumun temel değerlerini korumaktadır.²

Klasik uluslararası hukuk yapısını yukarıda kısaca ifade edilen doğası sebebiyle bir değişime sürükleyen emredici normlar teorisi yakın tarihten itibaren pozitif uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile uluslararası hukuk manzumesine andlaşmalar hukuku bağlamında giriş yapan emredici normlar teorisi, zamanla uluslararası hukukun başka alanlarında da kendini göstermiştir. Bunun için emredici normlar uluslararası hukukta yalnızca devletlerin sözleşme serbestilerinin sınırı olmakla kalmamış, aynı zamanda devletlerin hiçbir koşulda aşmaması gereken duvarlar haline gelmiştir.

Emredici normlar teorisine uluslararası hukuk literatüründe geniş bir yer verilmiş olsa da devlet uygulamaları ve yargı kararları literatürün yanında sönük kalmıştır.³ Yine de uluslararası hukukun emredici normları uluslararası kamu düzeninin de teminatı olarak öneminden bir şey kaybetmemiş; aksine daha da önemli hale gelmiştir. Zira uluslararası toplumun esenliğinin, huzur ve barış içinde olmasının sağlanması için gösterilen gayretler kapsamında en etkili olabilecek hukuki araç uluslararası hukukun emredici normlarıdır.

¹ ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016, s. 45.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, s. 3.

Uluslararası hukukun emredici normları Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun güncel çalışmalarına da konu olmuştur. Özel raportör Dire Tladi önderliğinde yürütülen bu çalışmalar kapsamında 2016-2022 yılları arasında uluslararası hukukun emredici normları hakkında toplam beş rapor yayınlanmıştır.⁴ Beşinci rapor ise bu çalışmanın hazırlandığı süreçte yayınlanmıştır. Hatta çok yakın zamanda çalışmalar neticesinde ulaşılan taslak sonuçlar tasarı komitesi tarafından kabul edilmiştir.⁵ Uluslararası hukukun emredici normları konusu uluslararası hukukta güncelliğini korumaktadır.

Hem uluslararası hukukun gelişimini ve belli ölçüde kabuk değiştirdiği bir süreci yansıtmaları hem de güncelliğini kaybetmemesi nedeniyle bu çalışmanın konusu uluslararası hukukun emredici normları olarak belirlenmiştir.

Diğer yandan, uluslararası hukukta devletlerin bireysel menfaatlerinin yanı sıra uluslararası toplumun menfaatlerinin de korunması hususu giderek daha önemli bir hal almaktadır. Özellikle uluslararası toplumun en temel değerlerinin korunması, barış içinde varlığını sürdürebilmesi için zaruri olup bu kapsamda ön plana çıkmaktadır. Zira günümüzde yaşanan gelişmeler yalnızca devletlerin bireysel menfaatlerini değil bir bütün olarak uluslararası toplumun menfaatlerini de ilgilendirebilmektedir. Örneğin savaş suçları ya da iklim değişikliği yalnızca bir veya birkaç devletin değil tüm uluslararası toplumun ve dolayısıyla tüm devletlerin ortak sorunu olarak görülmektedir. Uluslararası hukukun emredici normlarının koruduğu hukuki menfaatlerin sahibi olan uluslararası toplum aynı zamanda bu sorunların önüne geçmeyi hedeflemektedir. İşte bu nedenle böyle bir çalışmanın yapılması gerekli görülmüştür.

Ne var ki bu çalışmanın amacı yukarıda örnek verilen küresel sorunlara çözüm bulmak değildir. Bu çalışmanın amacı diğer tüm uluslararası hukuk normlarından

⁴ ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016; ILC, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017; ILC, Third Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/714, 70th Session, 2018; ILC, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/727, 71st Session, 2019; ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022.

⁵ ILC, Texts of the Draft Conclusions and Annex adopted by the Drafting Committee on Second Reading, Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*), A/CN.4/L.967, 73rd Session, 2022.

üstün olan uluslararası hukukun emredici normlarının gelişiminin, doğasının, içeriğinin ve kapsamının incelenmesi ve bu normlar ihlal edildiği takdirde ortaya çıkan sonucun ele alınmasıdır. Böylece uluslararası hukuku kaçınılmaz olarak değiştiren ve geliştiren hatta zaman zaman sihirli⁶ telakki edilen uluslararası hukukun emredici normlarının hikmetinin ne olduğunun ortaya konması hedeflenmektedir. Bu doğrultuda uluslararası hukukun emredici normları aşağıda dört aşamada ele alınacaktır.

İlk aşamada emredici normlar teorisinin nasıl geliştiği ve buna neden ihtiyaç duyulduğu soruları cevaplandırılmaya çalışılacak, bu teorinin uluslararası hukuk yapısına uygunluğu tartışmaları aktarılacaktır. Bu kapsamda birinci bölümde uluslararası hukukun emredici normlarının düşünsel temelleri, emredici normların tarihsel arka planı ve pozitif uluslararası hukukta kabulü başlıkları altında kronolojik bir yöntemle incelenecektir.

İkinci aşamada uluslararası hukukta emredici norm kavramının içeriğinin ve mahiyetinin ortaya konması hedeflenmiştir. Bunun için uluslararası hukukun emredici normlarının hangi unsurlardan oluştuğu, kaynaklarının neler olabileceği soruları cevaplandırılmaya çalışılacak ve diğer uluslararası hukuk normları ve bazı hukuki işlemler üzerindeki hukuki etkisi araştırılacaktır. Bu kapsamda ikinci bölümde ilk olarak uluslararası hukukun emredici normlarının unsurları ardından uluslararası hukuk kaynaklarıyla ve bazı hukuki işlemlerle ilişkisi teorik bir yaklaşımla incelenecektir.

Üçüncü aşamada uluslararası hukukun emredici normlarının kapsamı incelenecektir. Bununla birlikte, uluslararası hukukta mevcut olan tüm emredici normların belirlenmesi hedeflenmemektedir. Yalnızca uluslararası hukukta emredici olduğu kabul edilen veya bu niteliği tartışmalı olan normların neler olduğu sorusuna odaklanılmış ve gerek öğreti gerek uluslararası yargı kararları da göz önünde bulundurularak sınırlı sayıda olmayan bazı örneklerin verilmesi hedeflenmiştir. Bu kapsamda üçüncü bölümde kuvvet kullanma yasağı, soykırım yasağı, insanlığa karşı suçlar, insancıl hukukun temel kuralları, ırk ayrımcılığı ve apartheid yasağı, kölelik

⁶ Andrea Bianchi, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", **EJIL**, Cilt: 19, Sayı: 3, 2008, ss. 491-508.

yasağı, işkence yasağı, halkların kendi kaderini tayin hakkı, deniz haydutluğu, çevrenin korunmasına ilişkin kurallar ve geri göndermeme ilkesi incelenecektir.

Son aşamada ise uluslararası hukukun emredici normları ihlal edildiğinde ne olacağı sorusu cevaplandırılmaya çalışılacak ve böyle bir durumda ortaya çıkan uluslararası sorumluluk incelenecektir. Bu kapsamda son bölümde uluslararası hukukun emredici normlarının ihlali halinde ortaya çıkan ve ağırlaştırılmış sorumluluk olarak adlandırılan uluslararası sorumluluk rejimi araştırılacaktır. Bunun için önce ağırlaştırılmış sorumluluğa sebebiyet veren olgu olan uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin ağır ihlali meselesi ele alınacak ardından ağırlaştırılmış sorumluluğun kapsamı ve ileri sürülmesi ortaya konacaktır.



I. ULUSLARARASI HUKUKTA EMREDİCİ NORM KAVRAMININ DÜŞÜNSEL TEMELLERİ

Emredici norm kavramının düşünsel temelleri, her şeyden önce, hukuk sistemlerinde kişilerin iradeleriyle aşamayacağı duvarlar var mıdır sorusundan hareket edilerek atılmıştır. Her hukuk sisteminin aşılamayacak duvarlar ördüğü düşünülmüş; bunun nasıl ve neden böyle olduğu araştırılmıştır. Hukuk sistemlerinde söz konusu duvarlar aksi kararlaştırılamayan emredici normlar sayesinde örülmektedir. Zira duvarların arasında, o hukuk sisteminin özünü oluşturan en temel değerler muhafaza edilmektedir. Başka bir ifadeyle, hiçbir koşulda aksi kararlaştırılamayan emredici normların işlevi ait olduğu hukuk düzeninin temel değerlerini korumaktır. Bu düşünce çok eski zamanlardan beri varlığını sürdürmektedir.⁷

Uluslararası hukuk sisteminde emredici normların varlığının kabulü, 17. yüzyıldan başlayarak andlaşmalar hukuku kodifikasyonuna kadar geçen süreç boyunca aktarılan düşünceler sayesinde mümkün olmuştur. Uluslararası hukukla (*jus gentium*) doğal hukuku (*jus naturae*) birbirinden ayıran erken dönem yazarlar, uluslararası hukukta her zaman mutlak şekilde uyulması gereken normların varlığından söz etmişlerdir.⁸ 20. yüzyıla gelindiğinde ise uluslararası hukukta emredici normlara ilişkin tartışmalar, uluslararası hukuk yapısının böyle bir kavramın varlığına cevaz verip vermediği sorusu üzerinde yoğunlaşmıştır.⁹

⁷ Antonio Gomez Robledo, "Le Ius Cogens International: Sa Genèse, Sa Nature, Ses Fonctions", **RCADI**, Cilt: 172, 1981, ss. 9-218, s. 19.

⁸ Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis)**, çev. Seha L. Meray, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara: 1967, ss. 8 *et seq.*; Christian Wolff, **Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractum**, çev. Joseph H. Drake, Cilt 2, The Clarendon Press, Oxford: 1934; Emmerich De Vattel, **Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la Conduite & aux Affaires des Nations et des Souverains**, Cilt 1, Londra: 1758, ss. 4-5.

⁹ Uluslararası hukukta ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğu düşüncesi için bkz. Alfred von Verdross, "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on 'The Law of Treaties'", **AJIL**, Cilt: 31, Sayı: 4, 1937, ss. 571-577, *passim*; Uluslararası hukukun yapısının

Söz konusu tartışmalar devam ederken, uluslararası hukukta emredici normlar meselesi andlaşmalar hukuku kodifikasyonu çalışmalarında da gündeme gelmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) bünyesinde uzun yıllar gerçekleştirilen çalışmalar kapsamında sunulan raporlarda mesele tekrar tekrar ele alınmıştır.¹⁰ Andlaşmalar hukuku kodifikasyonu sürecinin son aşamasında, Viyana Konferansı kapsamında devletler de görüşlerini ifade etmişlerdir.¹¹ İşte tüm bunlar uluslararası hukukta emredici normların düşünsel temellerini oluşturmaktadır.

Uluslararası hukukta emredici normların düşünsel temellerinin atıldığı sürecin iki aşamada oluştuğu gözlemlenmektedir. Bunlardan ilki, genel olarak emredici normların tasvir edildiği ve uluslararası hukuka uygulandığı tarihsel arka plandır (A). İkincisi ise andlaşmalar hukukunun kodifikasyonu kapsamında yapılan bazı tartışmaları da içeren emredici normların pozitif uluslararası hukukta kabulüne giden süreçtir (B).

A. Emredici Norm Kavramının Tarihsel Arka Planı

Emredici norm kavramı hukuk sistemlerinde bir normun buyruk ve mutlak niteliğini belirtmek için kullanılır. Emredici niteliğe sahip normların söz konusu niteliğinin anlaşılabilmesi için tarihsel arka planı ortaya konmalıdır. Bu nedenle emredici norm kavramının gerek iç hukuk sistemlerinde gerek uluslararası hukukta neden ve nasıl ortaya çıktığının araştırılması gerekmektedir.

Tarihsel süreçte çeşitli toplumlarda öyle bazı değerler gelişmiştir ki bu değerlere aykırı olarak yapılan hukuki işlemlerin o toplumun menfaatlerini ve

emredici norm kavramına uygun olmadığı düşüncesi için bkz.. Georg Schwarzenberger, "International *Jus Cogens*?", **TLR**, Cilt: 43, 1965, ss. 455-478, *passim*.

¹⁰ ILC, Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63, YbILC, Vol. II, 1953; ILC, Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur, Law of Treaties, A/CN.4/115, YbILC, Vol. II, 1958; ILC, Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/156 and Add.1-3, YbILC, Vol. II, 1963.

¹¹ United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, (https://legal.un.org/diplomaticconferences/1968_lot/docs/english/sess_1.pdf Son Erişim Tarihi: 09.05.2022).

esenliğini derinden sarstığı düşünölmüştür. İşte bu nedenle söz konusu değlerlerin korunması, o toplumun huzuru için ihdas edilen hukuk düzeninin devamlılığı için zaruri görölmüştür. Emredici normlar hukuk düzeninin üzerine inşa edildiğı değlerleri korumayı amaçlamaktadır; bu normlar aslında bir hukuk düzeninin temel değlerinin teminatı niteliğindedir.

İç hukuk sistemlerinde kolaylıkla benimsenebilen emredici norm kavramının uluslararası hukukta kabulü ise beraberinde bazı zorluklar getirmiştir. Zira devletlerin eşit egemenliği ilkesi üzerine kurulu klasik uluslararası hukuk yapısında, devletlerin iradesi esas olup ne bir üst otoriteden ne de bir normlar hiyerarşisinden bahsedebilmek mümkündür. Emredici norm kavramı ise doğası gereğı iradeyi sınırlayan, üstün ve buyruk bir kuralı ifade eder.

Emredici norm kavramının klasik uluslararası hukuk yapısına uygunluğu tartışmaları çok eskiden beri süregelmiştir. Kavramın kökleri çok eskilere dayanmakla birlikte, uluslararası hukukta düşünsel temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda devletlerin her koşulda uyması gereken kurallar olduğı düşüncesinden hareketle oluşturulmuştur. Daha sonra 20. yüzyılda, özellikle iki dünya savaşı arasındaki dönemde, literatürde yer bulan çalışmalar sayesinde uluslararası hukukta emredici normlar teorisi ortaya konmuştur.¹² Aynı dönemde, uluslararası alanda insanlığın temel değlerine yapılan vurgu da gittikçe artmıştır. Elbette emredici normların uluslararası hukukta varlığı düşüncesine karşı çıkanlar da olmuştur. Ancak özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukukta emredici normların varlığı düşüncesi oldukça önem kazanmıştır.¹³

Bu bilgiler ışığında emredici norm kavramının tarihsel arka planı iki aşamada incelenecektir. Öncelikle emredici norm kavramının genel özellikleri çerçevesinde tanımı, hukuk sistemlerinde neden ve nasıl ortaya çıktığı ve terminolojisi ele alınacak

¹² Daniel Costelloe, **Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 10.

¹³ Manfred Lachs, "The Development and General Trends of the International Law in Our Time", **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 169, 1980, ss. 9-377, s. 201.

(1), sonra emredici norm kavramının uluslararası hukukta tarihsel süreçteki düşünsel gelişimi ortaya konacaktır (2).

1. Genel Olarak Emredici Norm Kavramı

Hukuk, en genel tabirle, bir topluluğun üyeleri arasındaki ilişkileri düzenler. Bunu gerçekleştirmek için bazı kuralların varlığına ihtiyaç duyar. Bu nedenle belli durumları ve bunların neticelerini öngören hukuk kuralları ihdas edilir. Hukuk terminolojisinde hukuk kuralı norm olarak adlandırılmaktadır. Bir hukuk sistemi normlar sayesinde inşa edilir.

Hukuk sistemlerinde normlar bazı kriterlere göre gruplandırılırlar. Normların bağlayıcılık kriterine göre gruplandırılması neticesinde ortaya iki temel kategori çıkar: Emredici normlar (*jus cogens*) ve yedek normlar (*jus dispositivum*).¹⁴

Hukuk terminolojisinde emredici norm (*jus cogens*) kavramı, aksi kararlaştırılamayan hukuk kurallarını ifade eder. Kavram, esas olarak iç hukuk sistemlerinde mevcut olan; bir sözleşmenin taraflarının iradesiyle değiştirilemeyen mutlak kuralları anlatır.¹⁵ Yedek norm (*jus dispositivum*) kavramı ise aksi kararlaştırılabilen hukuk kurallarını ifade eder. Bir sözleşmenin tarafları, iradeleriyle yedek normları uygulamaktan kaçınabilir; bu normları değiştirerek uygulayabilirler.

İç hukuk sistemlerinde özel hukukun temeli irade serbestisidir.¹⁶ Bireyler irade serbestisine sahip olduğu için belli bir hukuki sonuca yönelik irade beyanıyla bir hukuki işlem gerçekleştirebilirler.¹⁷ Bu şekilde bireyler karşılıklı örtüşen irade beyanlarıyla sözleşme yapabilirler. Ancak bireylerin irade serbestilerinin aşamayacağı

¹⁴ Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 376.

¹⁵ Egon Schwelb, "Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission", **AJIL**, Cilt: 61, Sayı: 4, 1967, ss. 946-975, s. 948.

¹⁶ Serozan, **op. cit.**, s. 317.

¹⁷ **Ibid.**

bir sınır mevcuttur: Sözleşmelerin içeriği emredici normlara uygun olmalıdır. Başka bir ifadeyle, bireyler taraf oldukları sözleşmelerin içeriğini belirlerken sınırsız bir özgürlüğe sahip değildir.¹⁸

Bireyler bir sözleşmeye taraf olurken emredici normlara aykırı düzenleme yapamazlar; kendi iradeleriyle bu normları bertaraf edemezler. Emredici normların uygulanmasının önüne geçilmesi hiçbir koşulda mümkün değildir.¹⁹ Aksine, bireylerin kendi iradeleriyle yaptıkları düzenlemeler emredici normlara her zaman uygun olmak zorundadır.²⁰ Sözleşmeye taraf olan bireylerin irade serbestisi esas olmakla birlikte, emredici normlar söz konusu olduğunda bu serbesti hukuk sistemi tarafından kısıtlanır. Bu nedenle emredici normlar sözleşmeler hukukunda bireylerin irade serbestisinin sınırını oluşturur.²¹

İç hukuk sistemlerinde emredici normlar konularak bireylerin irade serbestilerinin sınırlandırılmasına ihtiyaç duyulur. Zira bir hukukun belli bir toplum için öngördüğü düzenin muhafaza edilmesi gerekir. Söz konusu toplumun temel değerleri ve temel menfaatleri bu kapsamda korunur.²² Bireylerin irade serbestisi sınırsız kabul edildiği vakit, hukuk düzeninin üzerine inşa edildiği ve koruduğu temel zarar görecektir. Hukuk sistemlerinde bahsi geçen temel genellikle kamu düzeni, genel ahlak gibi kavramlar ile ilişkilidir.²³ Kamu düzeni ve genel ahlakın korunması için emredici normlar ihdas edilir.²⁴ Emredici normların bunları koruması bir toplumdaki düzenin devamlılığı için gereklidir.²⁵

Bazı durumlarda bir normun emredici niteliği onun ifade ediliş şekline anlaşılabilmektedir.²⁶ Normun düzenlenme biçimi kesin bir tutumla bir yasak koyuyorsa veya olumsuz bir emir ifadesi içeriyorsa emredici bir norm olduğu

¹⁸ **Ibid.**, s. 376.

¹⁹ **Ibid.**, s. 32.

²⁰ Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, 12. Baskı, Bursa: Ekin, 2015, s. 235.

²¹ Serozan, **op. cit.**, s. 376.

²² Gözler, **op. cit.**, s. 236.

²³ **Ibid.**

²⁴ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 22. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 88.

²⁵ Kemal Gözler, **op. cit.**, s. 236.

²⁶ **Ibid.**

düşünülebilir. Ancak buradan, anılan özellikleri haiz bir düzenleme biçiminin her zaman bir emredici normu yansıttığı sonucuna varılmamalıdır. Zira ifade şekli yanıltıcı olabilir; düzenlenen normun özüne ve koruduğu hukuki değere bakılmalıdır.²⁷ Eğer normun amacı kamu düzenini veya genel ahlakı korumaksa, bu onun emredici niteliğini gösterir.

Uluslararası hukukta da uluslararası kamu düzenini veya ahlakı koruma amacı güden emredici normlardan söz edilmektedir. Emredici norm kavramı 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 53. ve 64. maddelerinin kabulüyle pozitif uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir. Emredici normlar VAHS'nin İngilizce metninde “*peremptory norms*”, Fransızca metninde ise “*normes impératives*” olarak adlandırılmaktadır.

Peremptory sözcüğü etimolojik olarak; engellemek, önlemek, yıkmak gibi anlamlara gelen Latince *perimo* fiiline dayanmaktadır²⁸ ve İngilizce’de “*derhal ve sualsiz şekilde uyulmasını bekleyen*” anlamına gelmektedir.²⁹ *Impérative* sözcüğü ise etimolojik olarak; emretmek, buyurmak anlamına gelen Latince *imperare* fiiline dayanmaktadır³⁰ ve Fransızca’da “*belirli edimleri bir düzen içinde dayatan mutlak gereklilik*”; “*mutlak bir düzen ifade eden*” anlamlarına gelmektedir.³¹ İngilizce ve Fransızca metinlerde benzer anlamlara gelen farklı sözcükler kullanılsa da her iki metinde de *jus cogens* terimi emredici norm kavramını karşılayacak şekilde kullanılmıştır. Latince bir terim olan *jus cogens* Türkçe’ye “zorlayıcı hukuk” olarak çevrilebilir: *Jus*; “*hak, hukuk...*” anlamına gelmektedir³²; *cogens* ise “zorlamak” anlamına gelen *cogo* fiilinin bir çekimidir.³³ Uluslararası hukuk terminolojisinde ise

²⁷ Oğuzman, Barlas, **op. cit.**, s. 87.

²⁸ Sina Kabağaç, Erdal Alova, **Latince- Türkçe Sözlük**, İstanbul: Sosyal Yayınları, 1995, s. 434.

²⁹ “*peremptory*” Cambridge Dictionary, (<https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/peremptory> Son Erişim Tarihi: 15.05.2022).

³⁰ Kabağaç, Alova, **op. cit.**, s. 284.

³¹ “*impératif*” Larousse, (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/impératif/41845>, Son Erişim Tarihi: 08.05.2021).

³² Kabağaç, Alova, **op. cit.**, s. 331.

³³ **Ibid.**, s. 95.

“ *tarafların iradelerinden bağımsız olarak bağlayıcı olma anlamında emredici olan hukuk kuralı*” olarak tanımlanmaktadır.³⁴

Latince *jus cogens* teriminin kökleri konusu açık değildir; *jus cogens* terimine, bugün ona yüklediğimiz anlamı karşılayacak şekilde Roma hukukunda rastlanmasa da³⁵ kavramsal olarak köklerinin Roma hukukuna dayandığı belirtilmektedir.³⁶ Roma döneminde kabul edilen kamu hukuku kurallarının özel sözleşmelerle değiştirilememesi anlamına gelen *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* ilkesi sebebiyle³⁷ böyle bir sonuca ulaşıldığı gözlemlenmektedir. *Jus cogens*in bir terim olarak modern terminolojiye girişi³⁸ ise çok sonra Pandektistler³⁹ tarafından kullanılmasıyla gerçekleşmiştir.⁴⁰ Bugün anladığımız şekliyle *jus cogens* kuralların Roma hukukunda özel sözleşmelerle kendisinden sapmaya izin vermeyen kuralları ifade ettiği söylenebilir.⁴¹

Hukuk terminolojisinde “*jus cogens*” ve “emredici norm” kavramları birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır. Bu çalışmada temel olarak emredici norm kavramı tercih edilmiştir. Bununla birlikte, faydalanılan uluslararası raporların, belgelerin ve kararların⁴² orijinal metinlerindeki terminolojiye sadık kalınarak zaman zaman *jus cogens* kavramı kullanılmıştır. Türkçe’de emredici norm

³⁴ John P. Grant, J. Craig Barker, Parry & Grant **Encyclopaedic Dictionary of International Law**, 3. Basım, New York: Oxford University Press, 2009, s. 323.

³⁵ *Jus cogens* teriminin yalnızca bir defa Papinianus’ta geçen bağışlama ile ilgili bir metinde kullanıldığı görülse de bu kullanımın *jus cogens* bugün yüklediğimiz anlam ile bir alakası olmadığı belirtilmiştir. Erik Suy, “The Concept of Jus Cogens in International Law”, **Papers and Proceedings of the Conference on International Law**, Lagonissi (Greece), Geneva: Carnegie Endowment for International Peace, 1967, Aktaran Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 17; ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016, s. 9.

³⁶ Şule Anlar Güneş, “Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve *Jus Cogens* Doktrini”, **AÜSBFD**, Cilt: 59, Sayı: 4, ss. 123-150, s. 125; Cf. Schwelb, **op. cit.**, s. 948.

³⁷ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 19; Cezary Mik, “Jus Cogens in Contemporary International Law”, **PYIL**, Cilt: 33, 2013, ss. 27-94, s. 28.

³⁸ *Jus cogens* teriminin en erken kullanıldığı metinlerin 19. Yüzyılda Alman hukukçular tarafından yazılan Roma hukuku ve Medeni hukuk kitapları olduğu bilinmektedir. Costelloe, **op. cit.**, s. 9.

³⁹ 19. Yüzyılda Alman hukuk bilimini özel hukuk alanında etkisi altına alan, medeni hukuku Roma hukukuna dayandıran tarihçi hukuk okulu mensuplarına verilen isimdir. Helmut Coing, “German “Pandektistik” in Its Relationship to the Former “Ius Commune””, **AJCL**, Cilt: 37, 1989, ss. 9-15, s. 10.

⁴⁰ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 17; Lachs, **op. cit.**, s. 202.

⁴¹ Alexander Orakhelashvili, **Peremptory Norms in International Law**, New York: Oxford University Press, 2006, s. 8.

⁴² Özellikle UHK raporları, BM Genel Kurul kararları, uluslararası mahkeme kararları ve bu kararlara yargıçlar tarafından yazılan ayırık ve karşıt görüşlerde kullanılan terminolojiye sadık kalınmıştır.

yerine “emredici hüküm”⁴³, “emredici kural”⁴⁴, “buyruk kural”⁴⁵, “amir hüküm”⁴⁶ gibi terimler kullanılabilmektedir. Bunların hepsiyle ifade edilen ise uluslararası hukuk düzeninin en güçlü normatif etkiye sahip, devletlerin iradeleriyle aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan kurallarıdır.⁴⁷

Yukarıda açıklandığı üzere, uluslararası hukukta emredici normlar teorisinin mantığı emredici norm (*jus cogens*) ve yedek norm (*jus dispositivum*) ayrımına dayanır.⁴⁸ Emredici normlar, bir hukuk düzeninde hukuk kişilerinin irade beyanlarıyla aksini kararlaştıramadığı ve mutlak surette uymak zorunda olduğu hukuk kurallarıdır. Zira her hukuk düzeninde öyle bazı kurallar vardır ki bu kurallara uyulmadığı takdirde kamu düzeni bozulur; hukuk düzeninin üzerine inşa edildiği temeller zedelenir. Bu nedenle, o hukuk düzeni tarafından bu kuralların hiçbir durumda aksinin kararlaştırılmasına müsaade edilmez. Böylece hukuk kişilerine tanınan irade serbestisi emredici normlar ile sınırlanır.⁴⁹ Emredici normlara aykırılık teşkil eden sözleşmeler geçersizdir. Uluslararası hukukta da emredici norm teorisi, işte bu anlayıştan etkilenmektedir.⁵⁰

2. Uluslararası Hukukta Emredici Norm Kavramı

Özünde bir iç hukuk kavramı olan emredici normların uluslararası hukukta kabulü bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. İç hukukta hangi normların emredici olduğu açık veya örtülü biçimde kanunlarda belirtilirken, uluslararası

⁴³ Ceren Zeynep Pirim, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, **PPIL**, Cilt: 32, Sayı: 2, 2012, ss. 147-182, *passim*.

⁴⁴ İrem Karakoç, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, **DEÜHFD**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, ss. 87-122, *passim*.

⁴⁵ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s. 80.

⁴⁶ Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Güncellenmiş 7. Baskı, İstanbul: Beta, 2013, s. 52.

⁴⁷ Pazarcı, **op. cit.**, s. 80.

⁴⁸ ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016, s. 39.

⁴⁹ Ceren Zeynep Pirim, “*Jus Cogens* Teorisi Işığında Devletlerin Sözleşme Serbestisi ve Devlet Dokunulmazlığı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 95-96, 2012, ss. 37-66, s. 38.

⁵⁰ Pazarcı, **op. cit.**, s. 81.

hukukta hangi normların emredici olduğuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.⁵¹ Ayrıca iç hukukta hukuk kişilerinin yaptıkları sözleşmelerin bir emredici norma aykırı olup olmadığını belirlemeye hazır bulunan yargı erki mevcutken⁵² uluslararası hukukta aynı yetkilerle donatılmış zorunlu bir yargı merciinden bahsetmek mümkün değildir.

Başka bir mesele ise emredici normların varlığının kabulünün klasik uluslararası hukuk mantığı ile örtüşmemesidir.⁵³ Bunun temel sebebi ise uluslararası hukukun yapısının iç hukuk yapısından farklı olmasıdır. Farklılığın temelinde devlet egemenliği vardır.

Egemenlik mutlak bir güç olup iç hukuk anlamında yasa koyma, milletler hukuku anlamında ise savaş ve barış ilan etme olarak tezahür eder.⁵⁴ Bir başka ifadeyle devletlerin egemenliklerinin iç hukukta ve uluslararası hukukta görünüşleri ve oluşturduğu yapı farklıdır. İç hukukta devlet egemenliğini yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları ile kullanır. Egemen devlet yasama fonksiyonu ile kural koyar; kuralın muhatabı ise bireydir. Üst otorite olan devlet yargı fonksiyonu ile bireyleri yargılayabilir. Dolayısıyla iç hukukta birey ve devlet arasında dikey bir ilişki mevcuttur. Ancak uluslararası hukukta böyle bir dikey ilişkiden söz edebilmek mümkün değildir.

⁵¹ Schwelb, **op. cit.** , s. 948; UHK tarafından emredici normlar üzerine gerçekleştirilen çalışmalar kapsamında özel raportör Dire Tladi tarafından 2019'da sunulan dördüncü raporda emredici normları gösteren bir liste yapılıp yapılmaması tartışma konusu olmuş, UHK'nin daha önce varlığını kabul ettiği emredici normlar ve diğer olası emredici normlar incelenmiştir. ILC, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/727, 71st Session, 2019, ss. 21-63. Özel raportörün daha sonra sunmuş olduğu 2022 tarihli beşinci raporda ise uluslararası hukukun emredici normlarını gösteren tüketici olmayan bir liste kabul edilmiştir. ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022, s. 66.

⁵² Schwelb, **op. cit.** , s. 949.

⁵³ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.** , s. 39.

⁵⁴ Jean Bodin, **Bodin on Sovereignty Six Books of the Commonwealth**, çev. M. J. Tooley, United States of America: Seven Treasures Publications, 2009, ss. 83, 84.

1648 Westphalia Barışı ile ortaya çıkan klasik uluslararası hukuk düzeni devletlerin egemen eşitliği ilkesi üzerine kuruludur.⁵⁵ Devletlerin her biri, birbiriyle aynı ölçüde ve ayrı ayrı egemendir. Bu nedenle uluslararası hukukta devletlerin üstünde bir otoriteden bahsedilemez. Uluslararası hukuk düzeninde yer alan devletler bir araya gelip kendilerine uygulanmak üzere belli kurallar koyabilirler. Böylece devletler uluslararası hukukta hem kural koyar hem de koydukları kuralların muhatabı olurlar.⁵⁶ Devletler koydukları kuralları ihlal ettiğinde herhangi bir zorunlu yargı yetkisine tabi tutulamazlar. Dolayısıyla eşit egemen devletler arasında ancak yatay bir ilişkiden bahsedilebilir.

Uluslararası hukuk yatay bir hukuk düzeni yaratır: Birbirine eşit ölçüde egemen olan birden çok devlete üstün gelen bir otorite olmadığı için bu devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları yatay bir hukuk düzenine aittir. Bu yatay hukuk düzeninin kişileri olan devletler aynı zamanda kendilerine uygulayacakları kuralların da yaratıcısıdır. Hal böyle olunca devletler elbette kendi çıkarlarını gözetmektedir. İşte bu nedenle açıkça rıza göstermedikleri sürece egemenliklerine sınırlama getirmek istemezler.⁵⁷

Uluslararası hukukta devletlerin iradesi esastır. Egemen devletler irade açıklamaları sayesinde uluslararası hukuk kurallarını oluşturmaktadır. Uluslararası hukukun kuralları devletler tarafından iki temel biçimde yaratılır: Devletler aralarında bir uluslararası andlaşma akdederek bundan doğan hak ve yükümlülüklerle sahip olur veya devletler arasında yerleşmiş olan uygulamalar ile bunların belli yönde uygulanması gerektiğine dair inancın birleşmesiyle teamül kuralları ortaya çıkar.⁵⁸ Her iki süreçte de kurallar, egemen devletlerin bunlara rıza göstermesi sonucunda oluşur.

⁵⁵ Peter Haggenmacher, “Vitoria’dan Vattel’e Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Egemen Devlet”, çev. İdil Selçuk, düz. Çağla Tansuğ, Cemal Bali Akal (der.), **Devlet Kuramı**, 3. Basım, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2011, ss. 257-265, s. 258.

⁵⁶ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 38.

⁵⁷ Antonio Cassese, **International Law**, 2. Basım, New York: Oxford University Press, 2005, s. 198.

⁵⁸ **Ibid.**

Devletlerin irade serbestisi sayesinde diledikleri gibi uluslararası andlaşma yapma özgürlüğü egemenliğin doğal bir sonucudur.⁵⁹ Ancak emredici normların varlığının uluslararası hukukta kabulü, devlet iradesi üzerine kurulu yapıyı değiştirir; devletlerin irade serbestilerinin ve dolayısıyla egemenliklerinin sınırı emredici normlar ile çizilir. Emredici normlar devletlerin uluslararası andlaşma yapma özgürlüğünü, devletlerin buna rızası olup olmamasından bağımsız olarak sınırlamaktadır.⁶⁰ Egemenliğin, devletin rızası olmasa dahi emredici normlar ile sınırlandırılmasından çıkan sonuç ise bu normların uluslararası hukukun diğer tüm normlarından üstün olduğudur.⁶¹ Ancak böyle bir önerme, uluslararası hukukun yapısına ilişkin bazı tartışmaların kapısını aralar; uluslararası hukukta bir normlar hiyerarşisinin varlığına delalet eder.

Uluslararası hukukta normlar hiyerarşisi sorunu uluslararası hukukun temel doğası ve yapısı ile iç içedir.⁶² Uluslararası hukuk kuralları yalnızca devletlerin irade açıklamalarından ibarettir.⁶³ Devlet egemenliğini yansıtan tüm bu irade açıklamaları normatif etkileri bakımından eşit seviyededir. Bu nedenle klasik uluslararası hukuk normlar hiyerarşisinden muaf bir hukuk alanıdır. Dikey bir hukuk düzeni olan iç hukukun kaynakları veya hukuk kuralları arasındaki normatif hiyerarşiden klasik uluslararası hukukta bahsedebilmek mümkün değildir.

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün 38. Maddesinde uluslararası hukukun kaynakları düzenlenmektedir. Bu kaynaklardan andlaşma ve teamül uluslararası hukukta iki temel kural yaratma sürecidir ve her ikisi de birbirine eşit seviyededir.⁶⁴ Dolayısıyla uluslararası hukukun ne kaynakları⁶⁵ ne de kuralları arasında hiyerarşi bulunmamaktadır.⁶⁶ Bununla birlikte, emredici normların aksi

⁵⁹ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 38.

⁶⁰ Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", **AJIL**, Cilt: 100, Sayı: 2, 2006, ss. 291-323, s. 292; ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016, s. 40.

⁶¹ Shelton, **op. cit.**, s. 292; Stanislaw E. Nahlik, "Peremptory Norms (*jus cogens*) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status by Lauri Hannikainen", **AJIL**, Cilt: 84, Sayı: 3, 1990, ss. 779-782, *passim*.

⁶² Shelton, **op. cit.** s. 291.

⁶³ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 39.

⁶⁴ Cassese, **op. cit.**, s.198; Shelton, **op. cit.** s. 295.

⁶⁵ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, **Droit International Public**, 3. Basım, Paris: LGDJ, 1987, s. 106.

⁶⁶ Cassese, **op. cit.**, s. 198.

düzenlenemeyeceği için hukuki etkileri bakımından diğer kurallara göre üstün oldukları anlaşılır; bu teori ışığında uluslararası hukukta bir normlar hiyerarşisinin varlığından söz etmek kaçınılmazdır. Nitekim tüm normlarını aynı düzleme koyan klasik uluslararası hukukun bahsedilen yapısının *jus cogens* teorisi ile değişime uğradığı vurgulanmaktadır.⁶⁷ Bu değişim yatay bir hukuk düzeni olan klasik uluslararası hukukun artık kısmen dikey bir hukuk sistemine dönüşmesi olarak açıklanmaktadır.⁶⁸

Emredici normların normlar hiyerarşisinde uluslararası hukukun diğer tüm normlarından üstte bulunmasının sebebine ilişkin farklı açıklamalar mevcuttur. Bir görüş bunun sebebinin, emredici normun oluşumuna dahil olan devletlerin böyle karar vermesi⁶⁹ olduğunu bildirirken; bir diğer görüş emredici normun doğası itibarıyla üstün norm olması ve devletlerarası olağan işlemlerle bu normlardan vazgeçmenin mümkün olmaması olduğunu belirtmektedir.⁷⁰ Emredici normların uluslararası hukukun diğer tüm normlarından üstün olmasını, devlet egemenliğini devlet iradesinden bağımsız olarak sınırlama kabiliyeti belirler. Zira uluslararası hukukun diğer tüm normları ancak devletlerin iradeleri varsa o devletleri bağlarken⁷¹ emredici normlar rızası olmayan devletleri dahi bağlamaktadır.⁷² Bunun temelini devletlerin uluslararası hukuk düzeni içinde birlikte var olma zorunluluğunun oluşturduğu düşünülmektedir.⁷³ Devletler uluslararası toplum içinde barınabilmek ve diğer devletler ile ilişkilerini sürdürebilmek için emredici normu kabul etmeye mecbur kalmaktadır.⁷⁴

⁶⁷ Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law", *AJIL*, Cilt: 77, Sayı:3, ss. 413-442, s. 423.

⁶⁸ Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, New York, Oxford: North Holland Publishing Company, 1976, ss. 19-20, Aktaran Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, s. 9; A. A. Fatouros, "The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties by Christos L. Rozakis", *AJIL*, Cilt: 71, Sayı: 3, 1977, ss. 573-574, s. 573.

⁶⁹ James A. Green, "Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force", *MJIL*, Cilt: 32, Sayı: 2, 2011, ss. 215- 258, s. 217.

⁷⁰ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, s. 8.

⁷¹ *Ibid.*, ss. 8, 9.

⁷² Shelton, *op. cit.*, s. 292; Cf. Merlin M. Magallona, "The Concept of Jus Cogens in the Vienna Convention on the Law of the Treaties", *Philippine Law Journal*, Cilt: 51, Sayı: 5, 1976, ss. 521-542, s. 529.

⁷³ Pirim, *Jus Cogens...*, *op. cit.*, s. 39.

⁷⁴ Magallona, *op. cit.*, s. 529.

Uluslararası hukukta emredici (*jus cogens*) normların varlığı 1969 tarihli VAHS ile kabul edilmiş ve böylece emredici normlar teorisi pozitif bir uluslararası hukuk kuralı haline gelmiştir. Ancak uluslararası hukukta emredici normların varlığına ilişkin düşünsel temeller bu tarihten çok önce atılmıştır.

Uluslararası hukukta emredici normlarla ilgili düşüncelerin izlerine uluslararası hukukun erken dönem yazarlarının çalışmalarında rastlanmaktadır.⁷⁵ Bu çalışmalar sayesinde emredici normların 17. ve 18. yüzyıllarda düşünsel temellerinin atıldığı görülmektedir.

Erken dönem yazarlar, uluslararası hukuku büyük ölçüde doğal hukuk ile temellendirerek açıklamaktadır. Bununla birlikte uluslararası hukuk, 17. yüzyıl yazarlarından Hugo Grotius öncülüğünde doğal hukuktan ayrı olarak ve insan aklına dayalı bir doğal hukuk anlayışı çerçevesinde temellendirilmeye başlamıştır.⁷⁶ Bu doğrultuda emredici normlar teorisinin temelinde yatan, devletlerin hiçbir zaman vazgeçemeyecekleri bazı yükümlülükleri olduğuna ilişkin düşüncenin⁷⁷ de o zamanlar genel olarak doğal hukuk ile desteklendiği görülmektedir. Ancak buradan emredici normların bütünüyle doğal hukukun ürünü olduğu anlaşılmamalıdır. Yalnızca teorisinin temelleri doğal hukuk yaklaşımıyla atılmış⁷⁸ ve bu temeller sayesinde sonraları emredici normlar teorisi pozitif uluslararası hukuka girebilmiştir.⁷⁹

Grotius uluslararası hukukta emredici yükümlülüklerin varlığını, pozitif hukukun üstünde olan doğal hukuk teorisiyle açıklamaktadır.⁸⁰ Aslında bugün

⁷⁵ Bahsi geçen erken dönem yazarların Emmerich de Vattel, Christian Wolff, Georg Friedrich de Martens ve Samuel Rachel olduğu belirtilmektedir. Cassese, **op. cit.**, s. 200; Pozitif hukukta ortaya konan kurallardan daha üstün temel kurallardan bahseden erken yazarlar arasında Vitoria ve Grotius da sayılmaktadır. Stefan Kadelbach, “*Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules- The Identification of Fundamental Norms*”, Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (der.) **The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ss. 21-40, s. 21; Grotius’un görüşlerinin emredici normların doğal hukuk ile temellendirilmesinde payı büyüktür bkz. Grotius, **op. cit.**, s. 10.

⁷⁶ Pazarcı, **op. cit.**, s. 12.

⁷⁷ Grotius, **op. cit.**, s. 8.; Vattel, **op. cit.**, s. 4; Cf. Wolff, **op. cit.**, *passim*.

⁷⁸ ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016, s. 30.

⁷⁹ Cassese, **op. cit.**, s. 200.

⁸⁰ Anlar Güneş, **op. cit.**, s. 126.

emredici normlara atfedilen anlam ve işlev Grotius'ta doğal hukuk ile karşılanır.⁸¹ Ona göre devletlerin karşılıklı olarak anlaşarak kabul ettikleri hukuk kurallarından oluşan uluslararası hukuk (*jus gentium*) her devletin yalnız kendi çıkarlarını değil devletlerin evrensel birliğinin çıkarlarını da göz önünde bulundurmaktadır.⁸² *De Jure Belli Ac Pacis*'te, devletlerin barış zamanında yürürlükte olan ulusal yasalarının savaş zamanında uygulanmamasını kabul etse de “*süresiz olarak konmuş, her çağa uygun olan, sona ermez yasaların*” her zaman yürürlükte olduğunu vurgulamaktadır. İşte bu kuralları “*doğanın buyurduğu ya da ulusların üzerinde anlaştıkları hukuk kuralları*” olarak nitelemektedir.⁸³

Grotius doğal hukukun varlığını ispatlamak için birçok düşünürün görüşlerinden faydalandığını; bunu yaparken amacının farklı zamanlarda ve yerlerde farklı kimseler tarafından aynı şeyin doğruluğunu ileri sürüldüğünü tespit ederek evrensel bir nedene ulaşmak olduğunu belirtmektedir. Bu evrensel nedenin ise ya “*doğanın ilkelerinden çıkartılacak doğru bir sonuç* (doğal hukuk), *ya da herkesin katıldığı genel bir istek* (uluslararası hukuk)” olabileceğini belirtmektedir.⁸⁴ Bunun yanı sıra, doğal hukuk ve uluslararası hukuku, aralarındaki benzerliği kabul ederek birbirinden ayırmaktadır.⁸⁵ Söz konusu ayırım onu takip eden yazarların metinlerinde daha belirgin şekilde görülmektedir.

Grotius'un ardından gelen yazarların metinlerinde genel olarak hukuk düzeni *jus civile* (iç hukuk), *jus gentium* (uluslararası hukuk) ve *jus naturae* (doğal hukuk) olarak üç düzlemde ele alınmaktadır.⁸⁶ *Jus civile* milletlerin kendilerine ait hukuklarını, *jus gentium* medeni devletler arasındaki ilişkilerde uygulanan teamül hukukunu, *jus naturae* ise insan aklından türeyen doğal hukuku ifade eder.⁸⁷ *Jus gentium* devletlerin iradeleri üzerine temellendirilmektedir. Devletlerin iradesine yapılan vurgu gönüllülüğün esas alınması anlamına gelir. Bu nedenle devletlerin iradesi üzerine kurulu *jus gentium* (uluslararası hukuk) *jus voluntarium* (gönüllü

⁸¹ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 28.

⁸² Grotius, **op. cit.**, s. 8.

⁸³ **Ibid.**, s. 10.

⁸⁴ **Ibid.**, ss. 12, 13.

⁸⁵ **Ibid.**

⁸⁶ Cassese, **op. cit.**, s. 200.

⁸⁷ Grant, Barker, **op. cit.**, ss. 323, 324.

hukuk) oluşturur; böylece devletlerin iradeleri ile değiştirilebilir. Öte yandan *jus naturae* insan aklından doğal olarak türediği için tüm insanlığın hukukunu düzenleme hususunda bir gereklilik arz eder. Bu nedenle *jus naturae* (doğal hukuk) *jus necessarium* (gerekli hukuk) oluşturur. Her koşulda gerekli olduğu için değiştirilemez niteliktedir.⁸⁸ Buradan hareketle, gerekliliğin (*jus naturae*), gönüllülüğe (*jus gentium*) üstün geleceği sonucuna ulaşılmaktadır.⁸⁹

Uluslararası hukuk ile doğal hukuka ilişkin bu açıklamalar çerçevesinde emredici norm teorisine ilişkin belirgin izlere, tüm devletler için doğal olarak gerekli hukuka aykırı olan uluslararası hukuk kurallarının geçerli olamayacağı görüşünde rastlanır. Bu bağlamda özellikle Christian Wolff ve Emmerich de Vattel'in düşünceleri⁹⁰ ön plana çıkmaktadır. Wolff ve Vattel uluslararası hukukta devletlerin iradelerinden bağımsız olan kuralların ihdasını öngörmüşlerdir.⁹¹ Tüm devletler için doğal olan gerekli bir uluslararası hukuk olduğunu ve bu gerekli hukukla çatışan tüm andlaşma ve teamüllerin hukuka aykırı olduğunu savunmuşlardır.⁹²

Wolff uluslararası hukuk sistemini açıklarken birçok açıdan Grotius'tan etkilenmiştir: O da doğal hukuk ile uluslararası hukuku birbirinden ayırmaktadır. Bunu yaparken hukuku ahlaktan ayırarak uluslararası hukuk (*jus gentium*) ile doğal hukuk (*jus naturae*) arasında belirgin bir sınır çizmiştir.⁹³ Ancak Wolff bu ayrımın da ötesine geçerek uluslararası hukukta, doğal uluslararası hukuk (*jus gentium naturale*) ile gönüllü uluslararası hukuk (*jus gentium voluntarium*) arasında bir ayrım yapmayı amaçlamıştır.⁹⁴

⁸⁸ *Jus necessarium-jus voluntarium* ayrımı, *jus necessarium* değişmez nitelikte kabul edilecek şekilde Grotius tarafından yapılmıştır ve onu takip eden Wolff ve Vattel de bu ayrıma sadık kalmıştır. Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 28.

⁸⁹ Cassese, **op. cit.**, s. 200.

⁹⁰ Christian Wolff ve Emmerich de Vattel *civitas maxima* dışında büyük ölçüde benzer düşünceleri dile getirmişlerdir. Haggenmacher, **op. cit.**, s. 258.

⁹¹ Lachs, **op. cit.**, s. 202.

⁹² Shelton, **op. cit.**, s. 292.

⁹³ Otfried Nippold., "Introduction" çev. Francis J. Hemelt, Christian Wolff, **Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractum**, çev. Joseph H. Drake, Cilt 2, Oxford: The Clarendon Press, 1934.

⁹⁴ **Ibid.**

Wolff tüm devletler için gerekli olan doğal uluslararası hukuk (*jus gentium naturale*) hakkındaki görüşünü yine doğal hukuka dayandırmaktadır. Ona göre bir devlette bir arada yaşayan bireyler nasıl doğal yükümlülüklerinden vazgeçemezse, milletler de birbirlerine karşı aynı yükümlülüklerle bağlı olup bunlardan vazgeçemezler. Bu yükümlülüklerden doğan hakları tüm milletler doğal olarak haizdir. İşte doğal veya gerekli uluslararası hukuk bu hak ve yükümlülüklerden oluşmakta olup değişmez niteliktedir ve doğal hukukun milletlere uygulanmasından başka bir şey değildir. Hiçbir millet doğal uluslararası hukuktan ayrılamaz ve vazgeçemez.⁹⁵ Böylece doğal uluslararası hukuka tabi olan kuralların devletler tarafından aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılır. Aslında Wolff'un kuramındaki doğal uluslararası hukuk (*jus gentium naturale*) bugün uluslararası hukukta emredici normlara yüklemiş olduğumuz anlamı karşılar.

Öte yandan Wolff milletlerin adeta bireyler gibi bir araya gelerek kendilerini daha iyi yapmak gayretinde olduğunu ve bu nedenle doğanın bir milletler topluluğu (*société des nations*)⁹⁶ kurduğunu söyler. Üyeleri tek tek milletler olan bu topluluğu *civitas maxima* olarak adlandırır. İşte bu topluluktan, topluluğun üyelerinin her biri üzerinde bir bütün olarak milletlerin üstün bir hakkı ortaya çıkar. Bunu da *imperium universale sive gentium* olarak adlandırır. Milletler topluluğunun üstün hakkı sayesinde tüm milletlerin ortak iyiliği için kurallar ihdas edilir. Aslında doğal hukukun kendisi, bir devletler topluluğunun oluşumu ve kuralların ihdası için topluluğun üyeleri olan milletlerin rızalarını gerektirir. Milletler topluluğunun üyelerinin ortak iyilik için rızalarıyla ihdas ettiği kurallar da uluslararası hukuku (*jus gentium voluntarium*) oluşturur. Bu bilgiler ışığında Wolff'un gönüllü uluslararası hukuk (*jus gentium voluntarium*) olarak adlandırdığı hukuk kurallarının da aksi kararlaştırılabilen uluslararası hukuk kuralları olduğu anlaşılmaktadır.

Vattel de Grotius'un düşüncelerine büyük ölçüde sadık kalmıştır.⁹⁷ Ayrıca Wolff gibi doğal veya gerekli uluslararası hukuk (*droit des gens nécessaire*) ile gönüllü uluslararası hukuk (*droit des gens volontaire*) ayrımını da benimsediği

⁹⁵ **Ibid.**

⁹⁶ Aynı kavram Emmerich de Vattel tarafından da aynı anlamı karşılayacak şekilde benimsenmiştir. Bkz. Vattel, **op. cit.**, ss. 7, 8.

⁹⁷ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 28.

görülmektedir.⁹⁸ Vattel'e göre gerekli uluslararası hukuk, doğal hukukun milletlere uygulanmasından ibarettir: Doğal hukuk değişmez nitelikte olduğu için bunun milletlere uygulanmasını içeren gerekli uluslararası hukuk da değişmez niteliktedir.⁹⁹ Bu nedenle milletler aralarında yapacakları andlaşmalarla bu kurallarda hiçbir değişiklik yapamazlar.¹⁰⁰ Vattel'e göre gerekli uluslararası hukuk sayesinde hukuka uygun veya hukuka aykırı olan andlaşmalar belirlenebilir. Gerekli uluslararası hukukun söylediklerine veya savunduklarına aykırı olan tüm andlaşmalar ve tüm teamüller hukuka aykırıdır.¹⁰¹ Görülmektedir ki uluslararası hukukta 20. yüzyılda gündeme gelen *jus cogens* ve *jus dispositivum* kurallar ayrımının¹⁰² benzeri çok önceleri Wolff ve Vattel tarafından da ortaya konmuştur.

Erken dönem yazarların devletlerin vazgeçemeyecekleri yükümlülükleri olduğu düşüncesini, doğal hukukun milletler topluluğuna uygulanması neticesinde milletlerin mutlak surette uyması gereken gerekli ve doğal bir uluslararası hukuk olduğu anlayışına dayandırması temel olarak doğal hukuk ile ilişkilidir. Doğal hukukun aslında tüm dünyaya hatta evrene uygulandığı düşüncesinin izini ise Roma dönemine ve hatta Antik Yunan düşüncesine kadar sürmek mümkündür.

Roma'da benimsenen Stoacı düşüncenin önemli temsilcisi olan Cicero'ya göre her şey akıl tarafından yönetilir. Akıl yürütme ile ulaşılan doğal ilkeler (doğal hukuk) evrenin gerçek kurallarını yani gerçek hukuku oluşturur. Doğal hukuk aklın buyruqlarıdır. Nitekim insanların koyduğu yasalar (pozitif hukuk ve örf-adet hukuku) doğal hukukun temel ilkelerine uygun olmak zorundadır. Aksi takdirde meşruiyetini kaybeder.¹⁰³ Öyle ki Cicero medeni devletlerin kendi içlerindeki kuralları ile evrenin gerçek kuralları arasında konumlandığı *jus gentium* kavramını Roma Cumhuriyet

⁹⁸ Vattel, *op. cit.*, ss. 4, 12.

⁹⁹ *Ibid.*, s. 4.

¹⁰⁰ *Ibid.*, ss. 4, 5.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Infra*, s. 28.

¹⁰³ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 5. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 134.

döneminde ortaya koymuştur.¹⁰⁴ Bunun yanında, emredici normların yerel normları Roma Cumhuriyet döneminden beri yoklukla malul kıldığı bilinmektedir.¹⁰⁵

Doğal hukukun tüm evrene uygulandığı düşüncesinin kaynağını Antik Yunanda bulmak mümkündür. Doğal hukukun temeli olduğu belirtilen Stoacı düşünce¹⁰⁶, insanların evrensel yasaların yönettiği bir dünya devletinin (*kozropolis*) üyeleri olduğunu ileri sürmüştür. Stoacı düşünceye göre dünya evrensel akıl (*logos*) tarafından düzenlenir, insanlar evrensel aklın bir parçası olan akıllarını kullanarak doğayla uyumlu yaşayabilir. Herhangi bir ayırım olmadan herkes aklını kullanabilir bu nedenle aklını kullanan herkes eşittir. Ancak burada da evrensel aklın ne olduğu sorusu gündeme gelmektedir.¹⁰⁷ Evrensel akıl bilge bir azınlık tarafından mı belirlenir yoksa herkes evrensel aklın bir parçası mıdır?¹⁰⁸ Bu tartışma aslında, uluslararası hukukta emredici normların kim tarafından ve nasıl belirleneceğine ilişkin dile getirilen şüpheleri¹⁰⁹ anımsatmaktadır. Buna karşılık, günümüzde emredici normların bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından kabul edilmesi ve tanınması gerekliliğinin mevcut olduğu da unutulmamalıdır.¹¹⁰

Antik Yunanda temelleri atılan ve Roma döneminde de savunulan düşüncelerin 17. Yüzyıldan itibaren oluşturduğu doğal hukuk düşüncesi sayesinde uluslararası hukukta aksi kararlaştırılamayan emredici normların varlığı ortaya atılmıştır. Ancak iradeci görüş uluslararası hukukta devletlerin iradelerinin emredici normlar ile sınırlandırılmasına pek de sıcak bakmamaktadır.¹¹¹ Zira uluslararası hukukta devletler

¹⁰⁴ William E. Conklin, “The Myth of Premordialism in Cicero’s Theory of *Jus Gentium*”, *LJIL*, Cilt: 23, Sayı:3, 2010, ss. 479-506, s. 481.

¹⁰⁵ William E. Conklin, “The Peremptory Norms of the International Community”, *EJIL*, Cilt: 23, Sayı: 3, 2012, s. 838.

¹⁰⁶ M.Ö. 3. ve 4. Yüzyıllarda Zenon ve ilk dönem Stoacılar tarafından ortaya konan “*kozropolis*”, “dünya vatandaşlığı”, “evrensel yasalar” gibi kavramları kişinin evrensel akla (“*logos*”) uygun hareket etmesinin üzerine temellendiren düşüncedir. Daha sonra Roma’da da özellikle Cicero tarafından savunulmuştur. Uygun, *op. cit.*, s. 132.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ İlk dönem Stoacıların bu konudaki düşünceleri açık değildir ancak köleliğin yaygın bir kurum olduğu Roma’da benimsenen Stoacı düşünce haliyle bilge bir azınlığın evrensel aklı belirlediği ve cahil çoğunluğa hükmettiği bir anlayışı benimser. *Ibid.*, ss. 132-133.

¹⁰⁹ Uluslararası hukukta emredici normlar teorisi kapsamında önemli yer tutan uluslararası toplum kavramının içeriğine ilişkin tartışmalar ikinci bölümün ilk başlığı altında aktarılmıştır. *Infra*, s. 51 *et seq.*

¹¹⁰ Söz konusu gereklilik uluslararası hukukun emredici normlarının şekli unsurlarından biridir. *Infra*, s. 51 *et seq.*

¹¹¹ Pirim, *Jus Cogens...*, *op. cit.*, s. 39.

ancak kendi iradeleri ile oluşturdıkları uluslararası hukuk normlarıyla egemenliklerini sınırlandırabilirler.¹¹² Ayrıca organize olmayan bir uluslararası toplumun hukuku olan uluslararası hukukun emredici normları tanınması mümkün değildir; zira uluslararası hukukta üstün bir otorite anlamında merkezi bir hükümet olmadığı gibi zorunlu yargı yetkisi de yoktur.¹¹³

Uluslararası hukukta emredici normların varlığına ilişkin bu tartışma 20. yüzyılın başlarından itibaren daha da yoğun olarak tezahür eder. Bu tarihlerden itibaren uluslararası hukukun pozitif hukuk düzenlemeleri olarak ortaya konması çabaları artar.¹¹⁴ Somut bir emredici norm (*jus cogens*) teorisi uluslararası hukuk literatürüne girer.¹¹⁵

20. yüzyılın başlarından itibaren uluslararası hukukun kodifikasyonuna ilişkin tartışmaların yapıldığı gözlemlenmektedir.¹¹⁶ Devletlerin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin daha belirgin bir şekilde ortaya konması için pozitif hukuka yapılan vurgu artmıştır. Bununla birlikte, bazı yazarların pozitif hukukun da uluslararası ahlaka veya doğal hukuka uygun olması gerektiği inancını taşıdığı söylenebilir.¹¹⁷ Bu bağlamda medeni devletlerin bağlı olduğu evrensel kuralların varlığı ve pozitif hukukun da bu kurallara uygun olması gerektiği düşüncesinin pek de nadir olmadığı görülmektedir.¹¹⁸ Uluslararası hukukta evrensel kuralların olduğu düşüncesi emredici normlar ile yakından ilgilidir. Zira emredici normlar evrenseldir. Normun evrensel niteliği, içeriğinin tüm uluslararası topluma ait vazgeçilemez bir hukuki değeri koruması sebebiyledir. Emredici normlar sayesinde uluslararası toplumun bu değerleri korunur ve uluslararası kamu düzeni tesis edilir.

Emredici normlar uluslararası kamu düzeninin (*ordre public*) teminatıdır. Zira uluslararası hukukun emredici normları “uluslararası toplumun temel standartları”

¹¹² Cassese, **op. cit.**, s. 198.

¹¹³ Schwarzenberger, **op. cit.**, s. 476.

¹¹⁴ Shelton, **op. cit.**, s. 295.

¹¹⁵ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 41.

¹¹⁶ Shelton, **op. cit.**, s. 295.

¹¹⁷ Ernest Nys, “Codification of International Law”, **AJIL**, Cilt: 5, Sayı:4, 1911, ss. 871-900, s. 874.

¹¹⁸ Shelton, **op. cit.**, s. 295.

olarak üstün bir konumdadır.¹¹⁹ Bununla birlikte uluslararası hukukta kamu düzeni kavramının ne olduğunu belirlemek iç hukuklarda olduğu kadar kolay bir iş değildir. Nitekim kamu düzeni kavramının özü itibariyle zaman ve mekâna göre değişime açık¹²⁰ oluşu, devletlerin iç hukuklarında farklı görünümelerini de mümkün kılmaktadır.¹²¹ Birbirinden farklı birçok devletin bir arada var olduğu uluslararası toplumun hukuku olan uluslararası hukukta ise kamu düzeni, insanlığın ortak değerlerine atfedilen önem ile tesis edilecektir.

20. yüzyılın başlarından itibaren uluslararası hukukta insanlığın ortak değerlerine hukuki önem verildiği görülmektedir. Bunun bir örneğini 1907 tarihli IV numaralı Hague Sözleşmesine dahil edilen, “*insanlığın kanunları*” (*laws of humanity*) ve “*kamu vicdanının emirleri*” (*dictates of public conscience*) gibi kavramları içeren *Martens* kaydı¹²² oluşturmaktadır.¹²³ *Martens* kaydının pozitif hukukun temelinde dahi ahlakın asgari standartlarının bulunduğu düşüncesini yansıttığı ifade edilmektedir.¹²⁴

I. Dünya Savaşı sonrası dönemde uluslararası hukukta üstün normların varlığına delalet edebilecek gelişmeler yaşanmaya başlamıştır.¹²⁵ Örneğin, bu dönemde gerçekleştirilen Barış Konferansı kapsamında sunulan raporlarda savaşın “*insanlığın temel kanunlarına*” (*elementary laws of humanity*) uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğinden söz edilmektedir.¹²⁶ Nitekim aynı dönemde savaş suçlularının yargılanması ve cezalandırılması kapsamında, uluslararası hukukun üstün

¹¹⁹ ICTY, Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, s. 58-59, § 153.

¹²⁰ ICJ, Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgement, I.C.J. Reports 1958, p. 55., Seperate Opinion of Judge Hersch Lauterpacht, s. 94.

¹²¹ İç hukuk sistemlerinde kamu düzeni kavramının kapsamı konusunda asgari ortak bir ölçüt belirlemek mümkün olsa da farklı hukuk sistemlerinde değişiklik gösterebilir. Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 13.

¹²² *Martens* kaydı sözleşmede boşluk bulunan hallerde sivillerin ve muharıplerin, “...*medeni insanlar arasında yerleşmiş uygulamalardan insanlığın kanunlarından, kamu vicdanının emirlerinden doğan uluslararası hukuk ilkelerinin kuralları ve koruması altında...*” olacağını öngörür. The Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 Ekim 1907. (<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195>), Son Erişim Tarihi: 15.02.2022).

¹²³ Shelton, **op. cit.**, s. 296.

¹²⁴ Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein, “International Law- a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles”, **GYIL**, Cilt: 50, 2007, s. 11.

¹²⁵ ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016, s. 13.

¹²⁶ Shelton, **op. cit.**, s. 296.

normları yaratılmaya başlamıştır.¹²⁷ Savaş sonrası uluslararası toplumu şekillendiren ve ileride pozitif normların temelini oluşturacak olan doğal ilkeler yeniden vurgulanmıştır.¹²⁸ 1934 yılına gelindiğinde ise Uluslararası Daimi Adalet Divanı (UDAD) tarafından görülen *Chinn* davasında yargıç Schücking tarafından yazılan karşıt görüşte Divan'ın hiçbir şekilde ahlaka aykırı bir uluslararası andlaşmayı uygulamaması gerektiği belirtilmiştir.¹²⁹

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü üzere özellikle insanlığın temel değerlerine ve ahlaka yapılan vurgu uluslararası hukukta emredici normların varlığına dair görüşlerin literatürde yer bulmasına giden süreci oluşturur. Ayrıca bu süreçte bireylerin de önemi vurgulanmaya başlanır.

Hersch Lauterpacht 1937'de uluslararası hukuk kişilerini incelerken I. Dünya Savaşı'nı takip eden süreçte klasik uluslararası hukukun dayandığı devlet egemenliği teorisinin eleştirildiğini ve insanlığın yeni politik organizasyon yapısına karşılık gelen bir teorinin araştırıldığını belirtmektedir.¹³⁰ Geleneksel uluslararası hukuk bakımından yalnızca egemen devletler uluslararası hukukun kişileri; teorideki eğilimle, bireylerin de uluslararası hukuk kişileri olup olmadığı araştırılmıştır. Bunda egemen devletlerin uluslararası hukukun baskın kişisi olmasına karşı gösterilen tepkinin veya insan haklarının uluslararası alanda temellendirilmesi arzusunun payı vardır.¹³¹

Lauterpacht'a göre teoride oluşan eğilimin sebebi, devlet odaklı yapıda uluslararası yükümlülüklerin tam olarak anlaşılmasına ve verimliliğine engel teşkil etmesidir. İşte bu noktada uluslararası yükümlülüklerin kime ait olduğu sorusu gündeme gelir. Acaba devletin soyut ve metafizik kişiliğine mi aittir; yoksa bir devletin temsilcisi olarak veya kendi başına insan mıdır; yoksa uluslararası toplum

¹²⁷ **Ibid.**

¹²⁸ Gordon E. Sherman, "The Nature and Sources of International Law", **AJIL**, Cilt: 15, Sayı: 3, 1921, ss. 349-360.

¹²⁹ "*Jamais. . . la Cour n'appliquerait une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes moeurs*" PCIJ, The Oscar Chinn Case, Judgment of December 12th, 1934, PCIJ, Series A/B., Fascicule No. 63, Seperate Opinion of M. Schücking, §§ 149, 150.

¹³⁰ Hersch Lauterpacht, "Règles Générales du Droit de la Paix", **RCADI**, Cilt: 62, Sayı:4, 1937, ss. 95-422, s. 207.

¹³¹ **Ibid.**, s. 209.

mudur? Eğer uluslararası yükümlülükler yalnızca devlete ait ise bunlar bireylere karşı ileri sürülemez. Dolayısıyla uluslararası hukuk kuralları ile bunlara saygı göstermesi gereken bireyler arasında bir sorumsuzluk görüntüsü ortaya çıkar.¹³² Özellikle savaş sonrası dönemde bireylerin de uluslararası hukukta hak ve yükümlülük sahibi olup olmadığına ilişkin tartışmaların yapılması tesadüf değildir. Her ne kadar savaş devletler arasında olsa da savaştan en çok etkilenen bireylerdir. Bireyin uluslararası hukuk anlamında korunması ise ancak insanlığın temel değerlerine atfedilen önemin uluslararası hukukta somut yansımalarıyla mümkün olacaktır. Uluslararası hukuk böyle bir durumun sağlanması gayretlerine kayıtsız kalamayacak ve emredici norm (*jus cogens*) teorisine başvuracaktır.

Uluslararası hukuk literatürüne *jus cogens* teorisinin ilk olarak Alfred von Verdross tarafından 1937’de devletlerin uluslararası andlaşma akdetme serbestisinin bir sınırı olarak sunulduğu gözlemlenmektedir.¹³³ Verdross’a göre devletlerin her türlü konuda andlaşma akdetme serbestileri ancak genel uluslararası hukukta *jus cogens* normların varlığının kabulü halinde sınırlanabilir.¹³⁴ Bu niteliği haiz normlardan taraf devletlerin rızaları ile gerçekleştirilecek bir sapma söz konusu olamaz.¹³⁵ Uluslararası hukuku tamamen devletlerin iradesine dayandıran görüşü savunanların böyle normların varlığına özellikle karşı çıkmasını eleştiren Verdross, devletlerin iradesiyle akdedilen sözleşmelerin geçerlilik şartlarıyla ilgili kuralların devletlerin iradelerinden bağımsız olarak *ab initio* geçerli kabul edildiğini belirtir. İşte bu nedenle, genel uluslararası hukukta devletlerin iradeleri çerçevesinde sözleşme akdetme serbestisinin sınırlarını oluşturan normların varlığı ihtimali *a priori* reddedilemez.¹³⁶

Verdross daha sonradan, emredici normların andlaşmalar hukuku kodifikasyonu kapsamına alınması tartışmalarının çok yoğun olarak yapıldığı dönemde bu tartışmaların özünü şöyle özetlemektedir: Uluslararası hukukun tüm kuralları devletlerin yaptığı bir andlaşma hükmüyle değiştirilebilir veya geçersiz

¹³²Geleneksel öğretinin ortaya çıkardığı bu durumun Kelsen tarafından da tespit edildiği belirtilmiştir. Lauterpacht, *op. cit.*, s. 209.

¹³³ Verdross, *Forbidden Treaties...*, *op. cit.*, s. 571 *et seq.*

¹³⁴ *Ibid.*, s. 571.

¹³⁵ *Ibid.* s. 572.

¹³⁶ *Ibid.*

kılınabilir mi yoksa devletlerin andlaşma yapma yetkisini sınırlayan uluslararası hukuk normları var mıdır? Bu kapsamda uluslararası hukuk kurallarından devletlerin iradelerinin örtüşmesiyle değiştirebildikleri kuralları *jus dispositivum*; devletlerin iradeleri örtüşse dahi bir istisnaya asla izin vermeyen kuralları ise *jus cogens* olarak nitelendirmektedir.¹³⁷

Verdross, devletlerin andlaşma yapma özgürlüğünün sınırı olarak değerlendirilebilecek normları iki kategoride ele almaktadır: Uluslararası teamül hukukunun zorunlu kuralları ve devletlerin *contra bonos mores* andlaşma akdetmelerini yasaklayan hukuk genel ilkesi. İlk kategori için iki devletin bir araya gelerek genel uluslararası hukuka aykırı olarak üçüncü devletlerin egemenlik haklarını kullanmaktan alıkoyan andlaşma akdettiği bazı örnekler vermektedir.¹³⁸ Ancak zaten devletlerin üçüncü devletlerin aleyhine yaptıkları andlaşmalar, üçüncü devletlerin buna rızası olmadığı için onlara karşı hüküm doğuramaz. Zira devletler andlaşmalarla üçüncü devletlerin haklarına halel getiremez.¹³⁹ Nitekim böyle bir durumun reddi için *jus cogens* teorisine ihtiyaç duyulmaz.¹⁴⁰ İkinci kategoriye oluşturan ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersizliği ise *jus cogens* teorisinin bugün anladığımız işlevini yansıtmaktadır. Verdross bu kategoriye “*tüm medeni devletlerin hukuk düzeninde ortak olan*”, bir topluluğun üyeleri arasında o topluluğun etik ilkelerine aykırı olarak yapılan sözleşmenin geçerli kabul edilemeyeceği anlayışı ile bağdaştırmaktadır.¹⁴¹ Bu ilkenin, UDAD Statüsü’nün 38. maddesinde belirtilen “*medeni milletler tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri*” ne atıf yaparak uluslararası hukukta da geçerli olduğunu belirtmektedir. Öyle ki hiçbir ilkenin bu ilke kadar evrensel kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır.¹⁴²

Her ne kadar ahlaka aykırı sözleşme yasağı medeni devletler tarafından tanınan bir hukuk genel ilkesi olsa da hangi sözleşmelerin ahlaka aykırı kabul edileceği sorunu

¹³⁷ Alfred von Verdross, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, *AJIL*, Cilt: 60, Sayı: 1, 1966, ss. 55-63, *passim*.

¹³⁸ Verdross, *Forbidden Treaties...*, *op. cit.*, s. 572.

¹³⁹ Belirtilen kural bir uluslararası teamül kuralı olup 1969 VAHS’nin 34. ve 35. maddelerinde düzenlenmiştir.

¹⁴⁰ Cf. Shelton, *op. cit.*, s. 298.

¹⁴¹ Verdross, *Forbidden Treaties...*, *op. cit.*, s. 572.

¹⁴² *Ibid.*, s. 573.

gündeme gelmektedir. Bunun için öncelikle uluslararası toplumun ahlaki değerlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Ancak bu pek de kolay bir iş değildir; zira uluslararası toplumu oluşturan ve farklı hukuk sistemlerine sahip olan devletlerin ahlaki değerleri değişkenlik gösterebilir. Diğer yandan uluslararası toplumun ahlaki değerleri, devletlerin kendi toplumlarının ahlaki değerlerine göre daha az gelişmiştir.¹⁴³ Ancak Verdross'a göre uluslararası hukuk kişileri arasında farklı ahlaki değerler sistemlerinden bağımsız olarak belli başlı değerler üzerinde uzlaşma sağlanabilir; bunun için medeni milletlerin hukuk sistemlerinde hangi sözleşmelerin ahlaka aykırı olarak kabul edildiğine bakılmalıdır. Bu analiz sonucunda ise *“sözleşmenin taraflarından birinin özgürlüğünü aşırı veya hak edilmeyen bir tavırla sınırlayan veya en önemli haklarını tehlikeye atan”* sözleşmelerin her yerde ahlaka aykırı olarak görüldüğü tespit edilmiştir. Nitekim medeni devletlerin hukuku, kişilerinin rasyonel ve ahlaki olarak birlikte varlığını sürdürmelerinin temin edildiği bir hukuk düzenini kurmayı amaçlar.¹⁴⁴

Verdross hangi uluslararası andlaşmaların ahlaka aykırı kabul edileceği soruna pragmatik yaklaşmaktadır; uluslararası toplumun tüm devletleri tarafından benimsenen *“minimum etik” (ethical minimum)* nedir sorusunun cevabını devletlerin yerine getirmesi gereken ahlaki görevleri tespit ederek aramaktadır. Devletlerin bu ahlaki görevlerini, *“kendi içlerinde hukuku ve kamu düzenini sağlama, dış saldırılara karşı savunma, ülkesindeki vatandaşların maddi ve manevi bütünlüğünü koruma, yurtdışındaki vatandaşlarının korunması”* olarak sıralamaktadır. İşte devletleri bu ahlaki görevlerini gerçekleştirmekten alıkoyan tüm andlaşmalar ahlaka aykırıdır.¹⁴⁵ Görüldüğü üzere Verdross uluslararası hukukta devletlerin ahlaki yükümlülükleri olduğunu vurgulamıştır. Bu vesileyle uluslararası andlaşma hükümlerinin neden sınırsız bir şekilde akla gelen her şey olamayacağını açıklamış ve bunun aksini savunan pozitivist görüşü, hukuku köklerinin bulunduğu etikten keyfi olarak ayırarak yalnızca yüzeysel bir şekilde değerlendirmesi sebebiyle eleştirmiştir.¹⁴⁶

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid., s. 574.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid., s. 576.

Somut bir emredici normlar teorisinin literatürde ortaya konmasına rağmen buna karşı çıkan görüşler de olmuştur. Özellikle emredici normların andlaşmalar hukukunun kodifikasyonuna girmesinden önce yoğunlaşan tartışmalar kapsamında Georg Schwarzenberger uluslararası hukukun emredici norm kavramına yabancı olduğunu vurgulamıştır.¹⁴⁷ Zira organize olmamış uluslararası toplumun çoğulcu yapısı, iç hukuk anlamında emredici normların önkoşulu olan kamu düzenini oluşturmaya elverişli değildir.¹⁴⁸ Ayrıca uluslararası hukukta emredici olduğu iddia edilen kuralların varlığı yalnızca doğal hukuk araçları veya başka hukuk üstü olgular ile temellendirilmektedir ve bu nedenle *de lege lata* düzlemi yansıtmamaktadır.¹⁴⁹

Emredici normlara ayrıca uluslararası hukukun normatif yapısında ve işlevselliğinde bazı negatif etkiler yaratabileceği için de mesafeli yaklaşılmıştır.¹⁵⁰ Prosper Weil, uluslararası hukukta emredici normların kabulü ile oluşan “*rölatif normatiflik*” sebebiyle uluslararası hukukun belirliliği ve uluslararası toplumun çoğulculuğu konusunda bazı şüpheler oluşabileceğini vurgulamıştır.¹⁵¹ Bu bağlamda özellikle, emredici normların uluslararası toplum tarafından kabul edilmesi ve tanınması konusundaki endişeleri dikkat çekmektedir: Uluslararası toplumun tüm önemli bileşenlerinin kabul ettiği ve tanıdığı emredici normlar, uluslararası topluma ister istemez bir grup devletin ayrıcalıklı üyeliğini gündeme getirecek ve diğer devletleri bu topluma üyelik için üstün normları kabule zorlayacak hatta aksi ihtimalde onları kötü bir şöhretle damgalayacaktır.¹⁵²

Sonuç olarak, yukarıda detaylı şekilde aktarıldığı üzere, uluslararası hukukta emredici normların temellendirilmesi düşüncesinin izleri Antik Yunan’a kadar takip edilebilse de bir kural olarak varlığı belki de ancak kamu hukukuna aykırı özel sözleşmelerin geçersizliği ilkesini barındıran Roma hukukundan itibaren öne sürülebilir. Oysa emredici normlara bugün yüklediğimiz anlam ve işlevi karşılayacak düşüncelere uluslararası hukuk literatüründe 17. yüzyıldan itibaren rastlanmakta ve

¹⁴⁷ Schwarzenberger, *op. cit.*, s. 476.

¹⁴⁸ *Ibid.*, s. 468.

¹⁴⁹ *Ibid.*, s. 457.

¹⁵⁰ Weil, *op. cit.*, s. 423.

¹⁵¹ *Ibid.*, s. 441.

¹⁵² *Ibid.*, ss. 426-427.

buna ilişkin tartışmalar 20. yüzyıldan itibaren yoğun bir şekilde tezahür etmektedir. En nihayetinde, emredici norm kavramının pozitif uluslararası hukuka girişi 1969'da VAHS ile gerçekleşmiştir.¹⁵³

B. Emredici Norm Kavramının Pozitif Uluslararası Hukukta Kabulü

Uzun yıllar boyu süren teorik tartışmaların ürünü olan emredici normlar teorisinin pozitif uluslararası hukuka girişi II. Dünya Savaşı sonrası kabuk değiştiren uluslararası hukuk düzeninde önemli bir yere sahiptir. Zira bu tarihlerden itibaren uluslararası barış ve güvenliğe ve insan haklarına verilen önem artmış; devletin egemenliğini esas alan klasik uluslararası hukuk da birey odaklı hukuki düzenlemelere eğilim göstermiştir. Emredici normlar da bu yeni anlayışın teminatı niteliğindedir.

Uluslararası hukukta emredici normlar meselesi esas olarak andlaşmalar hukuku bağlamında gündeme gelmiştir. Pozitif uluslararası hukukta emredici norm kavramı ilk defa VAHS'nin 53. Maddesi'nde zikredilmiştir. Bu maddede düzenlenen genel uluslararası hukukun bir emredici normuyla çatışan uluslararası andlaşmaların geçersiz olacağı hükmü 1969'da kabul edilmiştir. Ancak hükmün kabulü UHK bünyesinde yaklaşık on beş yıl boyunca süren tartışmalardan ve 1968-1969 yıllarında gerçekleştirilen Viyana Konferansı kapsamında sunulan görüşlerden oluşan *travaux préparatoires* sonucunda gerçekleşmiştir. Tartışmaların başlangıç noktasını, klasik uluslararası hukukta egemen devletlerin diledikleri şekilde andlaşma yapma özgürlüklerinin bir sınırının olup olmadığı meselesi oluşturur. Bu bağlamda VAHS'nin hazırlanması sürecinde, UHK özel raportörleri tarafından uluslararası hukukta bazı andlaşmaların geçersiz olacağı yönünde taslak madde metinleri sunulmuştur. (1) Aynı süreçte, UHK'nin çalışmaları neticesinde sunulan taslak maddeye ilişkin devletlerin yorumları da maddenin nihai haline kavuşarak VAHS kapsamına girmesinde önem arz etmiştir. (2)

¹⁵³ Magallona, **op. cit.** s. 523.

1. Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışmaları

Emredici normların uluslararası andlaşmalar hukukunun kodifikasyonuna dahil edilmesi fikrine ilk defa, UHK özel raportörü Hersch Lauterpacht'ın 1953'te sunduğu andlaşmalar hukuku raporunda rastlanmaktadır.¹⁵⁴ Özel raportörün raporda sunduğu 15. madde metnine göre *“Bir andlaşma veya andlaşmanın herhangi bir hükmü, eğer uygulanması uluslararası hukuka aykırı bir fiili içeriyorsa ve UAD tarafından öyle olduğu belirtilmişse geçersizdir.”*¹⁵⁵

Lauterpacht 15. madde ile ortaya konan ilkenin, andlaşmaların geçerliliğini andlaşmanın amacının hukuka uygunluğu/meşruluğu bakımından inceleyen yazarlar tarafından genellikle kabul edildiğini belirtmektedir.¹⁵⁶ Ancak mesele yalnızca bununla sınırlı değildir. Andlaşmaların amacının hukuka uygunluğu bahsi kapsamında bir uluslararası teamül kuralına aykırı olan andlaşmanın geçerli olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. Böyle bir durumda uluslararası teamül hukukunun aksini düzenleyen her andlaşmanın geçersiz kabul edilmesi düşünülemez. Zira devletler, üçüncü devletlerin haklarına hâle getirmedikleri sürece, aralarında bir andlaşma ile teamül hukuku kurallarında değişiklik yapabilirler.¹⁵⁷ Buna karşılık, ortada üçüncü devletlerin haklarına hâle getiren bir andlaşma varsa bu andlaşma geçersizdir çünkü andlaşmanın amacı hukuka aykırıdır.¹⁵⁸

Diğer yandan bir andlaşma doğrudan üçüncü devletleri etkilemese bile andlaşmanın amacı hukuka aykırı olabilir ve bu nedenle geçersiz olabilir. Lauterpacht bu noktada korsanlığı yasaklayan 1856 Paris Deklarasyonu ve taraflarını köle ticaretini önlemeye zorlayan 1926 Kölelik Sözleşmesi örneklerinde de uluslararası teamül

¹⁵⁴ Schwelb, **op. cit.**, s. 949; Kavramın andlaşmalar hukukuna dahil edilmesi sürecinin 1950'de UHK'nin Kolombiyalı üyesi Jesus Maria Yepes tarafından uluslararası andlaşmaların amaçlarının hukuka uygunluğu bakımından geçerliliği sorununun ortaya konulmasıyla başladığı görüşü için bkz. Gomez Robledo, **op. cit.**, ss. 37-39.

¹⁵⁵ ILC, Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63, YbILC, Vol. II, 1953.

¹⁵⁶ **Ibid.**, s. 154.

¹⁵⁷ **Ibid.**

¹⁵⁸ **Ibid.**; Bu yorum sebebiyle özel raportör Lauterpacht'ın sözleşme serbestisinden hiçbir zaman bütünüyle bahsedebilmenin mümkün olmadığı sonucuna vardığı düşünülmektedir. Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 40.

hukuku ilkelerinin ifade edildiğini; taraflarını bu ilkeleri ihlal etmeye zorlayan bir andlaşmanın amacının hukuka aykırılığı nedeniyle geçersiz kabul edileceğini belirtmektedir.¹⁵⁹ Ancak bahsi geçen andlaşmalarda ifade edilen teamül hukuku ilkeleri sıradan teamül kuralları değildir. Zira Lauterpacht’a göre böyle bir durumda, andlaşmanın amacının hukuka aykırı olması nedeniyle geçersizliği meselesi, uluslararası kamu düzeni ilkelerini (*principles of international public policy*) oluşturduğu düşünülen bazı üstün uluslararası hukuk ilkelerine (*overriding principles of international law*) uygun olmama ile açıklanabilir.¹⁶⁰

Sonuç olarak Lauterpacht’ın sunduğu öneriye ilişkin yapmış olduğu yoruma göre bir andlaşmanın uluslararası hukuka aykırılığı, andlaşmanın amacının hukuka aykırılığı üzerinden belirlenir. Andlaşmanın amacının hukuka aykırı olması durumu ise basit bir şekilde bir uluslararası teamül hukuku kuralına aykırılıkla ilgili değil; uluslararası kamu düzenini oluşturan bazı üstün uluslararası hukuk ilkelerine aykırılıkla ilgilidir.¹⁶¹ Amacı hukuka aykırı olan sözleşmelerin geçersizliği ise bir hukuk genel ilkesidir. Bu nedenle önerilen maddeye andlaşmalar hukukunun kodifikasyonunda yer verilmesi son derece önemlidir.¹⁶²

UHK çalışmaları kapsamında *jus cogens* kavramının açıkça kullanıldığı ilk taslak madde, 1958’de özel raportör Gérard Fitzmaurice’in önerisi ile sunulmuştur. Önerinin 16. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Bir andlaşmanın geçerli olabilmesi için andlaşma, uluslararası hukukun jus cogens nitelikte olan kuralları ve ilkeleri ile uyumlu olmalı veya çatışmamalı veya andlaşmanın uygulanması bunlara halel getirmemelidir.*”¹⁶³

Fitzmaurice de bu önerisini andlaşmaların amacının hukuka uygunluğu meselesi kapsamında yapmıştır. Lauterpacht tarafından 1953 tarihli raporda değinilen

¹⁵⁹ ILC, Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63, YbILC, Vol. II, 1953, s. 154.

¹⁶⁰ **Ibid.**

¹⁶¹ **Ibid.**

¹⁶² **Ibid.**

¹⁶³ ILC, Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur Law of Treaties, A/CN.4/115, YbILC, Vol. II, 1958, s. 26.

andlaşmanın amacının hukuka aykırılığı sebebiyle geçersiz olması sonucunun, uluslararası hukuk kurallarına aykırılıktan doğmayacağı hususunu ve bunun yanında önceki bir andlaşma hükmü ile çatışmasından kaynaklanmayacağı hususunu, önerdiği 16. maddenin ilk fıkrasında belirtmiştir.¹⁶⁴ Ancak selefi Lauterpacht'tan farklı olarak, andlaşmanın geçerliliğinin uluslararası hukukun *jus cogens* niteliğindeki kurallarına uygunluğuna bağlı olduğunu madde metninde açık bir biçimde ortaya koymuştur. Fitzmaurice'in neden böyle bir yol izlediğine ilişkin olarak, taslak maddeyi sunduğu raporun yorum kısmında, uluslararası hukuk kurallarının *jus cogens* ve *jus dispositivum* olarak iki ayrı kategoride değerlendirilmesi gerektiği düşüncesi dikkat çekmektedir.¹⁶⁵

Uluslararası hukukun *jus cogens* kuralları her koşulda zorunlu ve emredici iken, *jus dispositivum* kuralları belli bir andlaşma veya hukuki rejim bulunmadığında kullanılmaktadır. Daha açık bir ifadeyle *jus dispositivum* kurallar mutlak olmadığı gibi, üçüncü devletlerin haklarını etkilememek koşuluyla bir andlaşmayla değiştirilebilir. Bu nedenle uluslararası hukuka aykırı andlaşmaların geçersiz olduğu yönündeki önerme ile kastedilen, uluslararası hukukun yalnızca *jus cogens* kurallarına aykırı andlaşmaların geçersiz olacağıdır.¹⁶⁶ Fitzmaurice'in böyle bir anlam kargaşasının önüne geçmek için de öneri kapsamına bahsi geçen maddeyi aldığı anlaşılmaktadır.¹⁶⁷

UHK'de bir andlaşmanın uluslararası hukukun emredici normlarına aykırılık sebebiyle geçersizliği hakkındaki tartışmalar, özel raportör Humphrey Waldock'un 1963'te sunduğu önerisiyle yoğunluk kazanmıştır.¹⁶⁸ Önerilen taslağın 13. maddesine göre:

¹⁶⁴ **Ibid.**

¹⁶⁵ **Ibid.**, s. 40.

¹⁶⁶ **Ibid.**; Gomez Robledo, **op. cit.**, ss. 41-42.

¹⁶⁷ ILC, Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur Law of Treaties, A/CN.4/115, YbILC, Vol. II, 1958, s. 40.

¹⁶⁸ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 43.

1. Bir andlaşmanın amacı veya uygulanması, uluslararası hukukun *jus cogens* nitelikte genel bir kuralının veya ilkesinin ihlalini oluşturuyorsa bu andlaşma uluslararası hukuka aykırıdır ve geçersizdir.

2. Özellikle andlaşmanın amacı veya uygulanması

(a) Birleşmiş Milletler Şartının ilkelerine aykırı olarak kuvvet kullanma veya tehdidi; veya

(b) Uluslararası hukuk tarafından bir uluslararası suç olarak nitelenen herhangi bir hareket veya ihmal; veya

(c) Uluslararası hukuk tarafından tüm devletlerin iş birliğini gerektiren bir durumun durdurulması veya cezalandırılmasında herhangi bir hareket veya ihmal içeriyorsa, andlaşma uluslararası hukuka aykırıdır ve geçersizdir.

3. Amacı veya uygulanması uluslararası hukukun *jus cogens* nitelikte genel bir kuralının veya ilkesinin ihlalini oluşturan hüküm, andlaşmanın temel amacı ile esasen bağlı değildir ve andlaşmanın geri kalanından açıkça ayırılır, yalnızca o hüküm geçersiz olacaktır.

4. Bu maddedeki hükümler *jus cogens* niteliğe sahip bir kuralı ortadan kaldıran veya değiştiren genel çok taraflı bir andlaşma için uygulanmaz.¹⁶⁹

Waldock'un önerisinin ilk fıkrası, o zamana kadar UHK'de yapılan tartışmaların bir sonucu niteliğindedir. Yukarıda belirtildiği üzere, bir andlaşmanın uluslararası hukuka aykırılık sebebiyle geçersiz olması önerisiyle¹⁷⁰ başlayan süreç, bir andlaşmanın uluslararası hukukun yalnızca *jus cogens* kurallarına aykırı olması halinde geçersiz olmasına evrilmiştir.¹⁷¹ Waldock'a göre, ilk özel raportör Lauterpacht'ın önerdiği "uluslararası hukuka aykırı" olma kriteri oldukça geniştir ve üçüncü devletlerin haklarını etkileyen andlaşmaları da kapsayacak şekilde yorumlanabilir.¹⁷² Oysa ikinci özel raportör Fitzmaurice'in önerisi, geçersiz olacak andlaşmaları *jus cogens* kurallara aykırılık kriteri ile sınırlandırarak bunun önüne geçmektedir. Nitekim Waldock önerisinin ilk fıkrasında kendisinin de aynı şekilde

¹⁶⁹ ILC, Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/156 and Add.1-3, YbILC, Vol. II, 1963, s. 52.

¹⁷⁰ *Supra*, s. 32.

¹⁷¹ *Supra*, s. 33.

¹⁷² ILC, Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/156 and Add.1-3, YbILC, Vol. II, 1963, s. 53.

sınırlandırma yaptığını ancak bunun uluslararası hukukun tam olarak hangi hükümlerinin *jus cogens* oluşturduğu konusunda muhtemel bir tartışmanın kapısını aralayabileceğini belirtmiştir.¹⁷³ Böyle bir tartışmanın doğması ihtimaline karşılık, 13. maddenin 2. fıkrasında üç bent halinde uluslararası hukukun *jus cogens* kurallarına aykırılık teşkil edebilecek durumları sıralamıştır.

Her ne kadar Waldock 13. maddenin 2. fıkrasında sayılan durumları tüketici bir liste olarak vermek yerine örnek teşkil etmesi amacıyla sunmuş¹⁷⁴ olsa da taslak maddenin bu kısmı bazı komisyon üyeleri tarafından eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin temelini fıkra da sayılmayan durumların *jus cogens* olarak anlaşılmayabileceği düşüncesi oluşturmaktadır.¹⁷⁵ Gerçekten de taslak madde metninin ilk fıkrasında düzenlenen hükmün, bir sonraki fıkrasında sayılan durumlarda gerçekleşeceği şeklinde yorumlanması ihtimali pek de uzak görünmemektedir.¹⁷⁶ Ayrıca uluslararası hukukta emredici normların varlığının gelişime açık olması göz önünde bulundurulduğunda, fıkranın başka örnekleri içermemesi sebebiyle bütüncül olmaması da bu eleştiriler arasında yer almaktadır.¹⁷⁷ Nihayetinde *jus cogens* örneklerinin madde metninde sayılmaması UHK tarafından daha uygun görülmüş; *jus cogens*in yalnızca genel özelliklerinin en mümkün biçimde belirtilmesi tercih edilmiştir.¹⁷⁸ Ancak somut örneklerin verilmesi gerektiğini düşünen komisyon üyeleri de olmuştur.¹⁷⁹

Taslak maddenin 3. fıkrasında ise bir andlaşma hükmünün *jus cogens* kurala aykırı olması halinde andlaşmanın tümünün değil yalnızca o hükmün geçersiz olması önerilmiştir. Bu önerinin aslında pratik bir amaca hizmet ettiği; *jus cogens* aykırı andlaşma hükmünün andlaşmanın temel amacını oluşturmadığı durumlarda, küçük bir uyumsuzluğun andlaşmanın tümünü geçersiz hale getirmesindenense hükmü

¹⁷³ **Ibid.**

¹⁷⁴ **Ibid.**; Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 45.

¹⁷⁵ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 44.

¹⁷⁶ Özel raportör sunduğu raporun yorum kısmında, sayılan durumların tüketici bir liste olmadığına fıkranın en başında bulunan “özellikle” ifadesinden anlaşılabileceğini belirtmektedir. ILC, Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/156 and Add.1-3, YbILC, Vol. II, 1963, s. 53.

¹⁷⁷ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 46.

¹⁷⁸ Komisyon’un madde metnine *jus cogens* örneklerini tek tek belirleyerek dahil etmek yerine kuralın içeriğinin devlet uygulamaları ve uluslararası mahkemelerin içtihatları ile şekillenmesini tercih ettiği anlaşılmaktadır: Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Reports of the Commission to the General Assembly, YbILC, 1966, Vol. II, s. 248.

¹⁷⁹ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 51.

andlaşmadan ayrılabilir kabul etmenin daha makul olduğu ifade edilmiştir.¹⁸⁰ Ancak bu öneri *jus cogens* doğasının belli andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesine izin vermemesi sebebiyle UHK tarafından kabul edilmemiştir.¹⁸¹

Taslak maddenin 4. fıkrasında, bir *jus cogens* kuralı değiştiren veya ortadan kaldıran çok taraflı bir andlaşma, maddedeki hükümlerden müstesna tutulmuştur. Waldock’a göre *jus cogens* olarak kabul edilen kuralların hiçbir şekilde ortadan kaldırılamayacağını veya gelecekte değiştirilemeyeceğini düşünmek doğru değildir. Bu nedenle genel çok taraflı bir andlaşma ile *jus cogens* kuralın ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün olabilir.¹⁸²

Böyle bir düzenleme bazı komisyon üyeleri tarafından da olumlu karşılanmıştır. Zira uluslararası kamu düzeni gelişen bir yapıya sahiptir ve çok taraflı andlaşmalar yoluyla uluslararası vicdan temsil edilebilir.¹⁸³ Ayrıca emredici kurallar da devletlerin iradelerinin örtüşmesi sonucu konulmuş kurallardır; doğal hukukun bahsettiği bir etkiyle en üst konumda değillerdir. Bu nedenle ortadan kaldırılmaları veya değiştirilmeleri de ancak uluslararası toplumun neredeyse tüm üyelerinin taraf olduğu çok taraflı andlaşmalar ile mümkün olabilir.¹⁸⁴

Jus cogens gelişmekte olan bir kavram olduğu¹⁸⁵ için bu görüşlerde haklılık payı vardır. Buna karşılık 4. fıkradaki düzenlemeden her çok taraflı uluslararası andlaşmanın *jus cogens* ile aynı normatif etkiye sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Oysa neredeyse tüm devletlerin taraf olması sebebiyle çok taraflı bir andlaşmanın öngördüğü kuralın her durumda *jus cogens* olduğunu söylemek kuralın içeriğini gözden kaçırmamıza sebep olabilir. Oysaki *jus cogens* bir kuralın üstün normatif

¹⁸⁰ ILC, Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/156 and Add.1-3, YbILC, Vol. II, 1963, s. 53.

¹⁸¹ Gomez Robledo, *op. cit.*, ss. 51-52; VAHS’nin andlaşma hükümlerinin ayrılabilirliğini düzenleyen 44. naddesinin 5. fıkrasına göre, 53. madde kapsamına giren durumlarda (andlaşmanın *jus cogens* kurala aykırılık nedeniyle geçersiz olması) andlaşma hükümlerinin ayrılmasına müsaade edilmez.

¹⁸² ILC, Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/156 and Add.1-3, YbILC, Vol. II, 1963, s. 53.

¹⁸³ Gomez Robledo, *op. cit.*, s. 46.

¹⁸⁴ Komisyon üyesi Tunkin’in bu yorumu için bkz. Gomez Robledo, *op. cit.*, s. 47.

¹⁸⁵ *Ibid.*, s. 46.

etkisini onu kabul eden devletlerin sayısı değil, uluslararası toplumun ve insanlığın temel değerlerini ve ilkelerini yansıtmaları belirlemektedir.¹⁸⁶

UHK'de Waldock'un önerisinin bütününe ilişkin yapılan eleştirilerden önemli bir tanesi *jus cogens* kavramı yerine uluslararası kamu düzeni kavramının tercih edilmesi gerektiğidir. Zira *jus cogens* kavramının yalnızca devletlerin irade serbestileri meselesini değil uluslararası hukuk kuralları arasında hiyerarşi sorununu da gündeme getirdiği düşünülmektedir.¹⁸⁷ Aksi görüş ise *jus cogens* kavramının taslak maddede kalmasını, *jus cogens*'in katı bir pozitivizmle anlaşılmasının zor olduğu ve pozitif bir hukuk kuralı olarak sunulmamış olsa dahi uluslararası toplumun tüm üyeleri için ortak bir dünya görüşü oluşturduğu düşüncesiyle desteklemektedir.¹⁸⁸

Jus cogens, andlaşmalar hukukunda UHK'nin çabalarıyla ortaya konmaya çalışırken buna karşı çıkan devletlerin en büyük tepkisi bir emredici normun neye göre ve nasıl belirleneceği konusunda olmuştur. Emredici normların içeriğinin belirsizliği ve uluslararası hukukta bunları belirlemeye muktedir olan bir otoritenin yokluğu tepkilerin bel kemiğini oluşturmaktadır.¹⁸⁹ Emredici normların içeriğinin mümkün olduğunca tespit edilebilmesi açısından uluslararası hukukun kamu düzeni anlayışının ortaya konması elzemdir.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Komisyon üyesi Yassen'in normlar hiyerarşisi meselesinde benimsenecek kriter hakkında benzer görüşünün değerlendirilmesi için bkz. **Ibid.**, ss. 45-46.

¹⁸⁷ *Jus cogens* kavramının kullanılmasına karşı çıkan komisyon üyelerinin Yassen, Pal, Bartos ve Tunkin olduğu bildirilmektedir. **Ibid.**, s. 45.

¹⁸⁸ Komisyon üyesi Antonio de Luna'nın taslak maddede geçen *jus cogens* kavramının kalması gerektiğini düşünen tek üye olduğu belirtilmektedir. **Ibid.**, s. 48.

¹⁸⁹ *Jus cogens*'in andlaşmalar hukukunda kabul edilmesine karşı tüm argümanları sunan Lüksemburg hükümetinin görüşleri için bkz. **Ibid.**, ss. 53-54.

¹⁹⁰ **Ibid.**, s. 58.

2. Emredici Norm Kavramının Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Kapsamına Girmesi

UHK'nin çalışmaları neticesinde Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri, 1966'da Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'na sunulmuştur. Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri'nin 50. maddesine göre “*Bir andlaşma genel uluslararası hukukun, kendisinden hiçbir sapmaya izin verilmeyen ve ancak genel uluslararası hukukun aynı niteliğe sahip takip eden bir normu ile değiştirilebilen bir emredici normu ile çatışiyorsa geçersizdir.*”¹⁹¹

UHK'nin hazırladığı taslak 50. madde, 1968'te gerçekleştirilen Viyana Andlaşmalar Hukuku Konferansı'nın ilk oturumu kapsamında devlet temsilcileri tarafından değerlendirilmiştir.¹⁹² Temsilcilerin bazıları 50. madde kapsamındaki *jus cogens* önerisine karşı çıkmaksızın, maddede yapılabilecek birtakım değişiklikler önermiştir. Bunlardan bazıları dikkat çekmektedir.

İlk olarak Meksika temsilcisi iç hukuklarda kamu düzenini tesis eden kurallardan bireylerin vazgeçmesine izin verilmediğini; uluslararası hukukun en eski yazarlarının akıldan türeyen doğal hukuk ilkelerini diğer normlardan üstün görüp mutlak nitelikleri sebebiyle andlaşmalarla bunlardan vazgeçilemeyeceğini ortaya koyduklarını belirtmiştir. Bu nedenle *jus cogens* kuralların, uluslararası toplumun bir arada var olabilmesi için zaruri olan insanlığın hukuksal vicdanından türediği düşünülmektedir. *Jus cogens* kuralların sayısı ve içeriği zamanla değişkenlik gösterse de bu kuralların tarihsel süreçte hep var olduğu belirtilmektedir. *Jus cogens* lehine yapılan tüm bu açıklamalardan sonra Meksika temsilcisi, 50. madde metnine geriye yürümezlik kuralının eklenmesini önermiştir.¹⁹³

¹⁹¹ Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, s. 247.

¹⁹² Konferansın ilk oturumunda devletlerin temsilcileri tarafından yapılan tüm yorumlar için bkz. United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, (https://legal.un.org/diplomaticconferences/1968_lot/docs/english/sess_1.pdf Son Erişim Tarihi: 13.08.2020).

¹⁹³ *Ibid.*, s. 294, para. 7-10.

İkinci olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin 50. madde metninde emredici normlara aykırı olan bir andlaşmanın yapıldığı andan itibaren geçersiz olacağının vurgulanması önerisi dikkat çekmektedir. Ancak bu husus zaten UHK önünde değerlendirilmiştir.¹⁹⁴ Gerçekten de bir andlaşmanın emredici normlara aykırılık sebebiyle geçersizliğinin sonradan bir yargı kararıyla ilan edilmesi halinde geçersizlik, ilandan itibaren değil *ab initio* hüküm doğuracaktır; geçersizliğin tespit edildiği yargı kararı ise kurucu değil açıklayıcı nitelikte olacaktır.¹⁹⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nin 50. maddeye ilişkin önerdiği değişikliklerden bir diğeri ise *jus cogens* ne olduğunun belirlenmesinde dünyanın milli ve bölgesel hukuk sistemlerinin tümü tarafından tanınma kriterinin getirilmesidir.¹⁹⁶ Bu kriterin getirilmesinin amacının 50. maddenin kötüye kullanımını engellemektir.¹⁹⁷ Her ne kadar hangi kuralların *jus cogens* olduğu meselesini öznellikten kurtarmak¹⁹⁸ hedeflense de öneri pratikte getireceği zorluklar düşünülerek eleştirilmiştir.¹⁹⁹ Ancak emredici normların belirlenmesi için bir kriterin getirilmesi çabası bu öneriyle sınırlı kalmamıştır.

Finlandiya, Yunanistan ve İspanya tarafından önerilen değişiklik *jus cogens* belirlenmesinde kullanılacak bir kriter olarak uluslararası toplum tarafından tanınma unsurunun da eklenmesini içermektedir.²⁰⁰ Uluslararası toplum tarafından tanınma kriteri *jus cogens* normun evrenselliğini de vurgulaması açısından önemlidir. Ayrıca bir normun uluslararası toplum tarafından *jus cogens* olarak kabul edilmesi bir uluslararası kamu düzeni anlayışının tesis edildiğini de gösterir.²⁰¹ Nitekim bu üç devletin ortak önerisi olan değişiklik VAHS'nin 53. maddesine alınan esasa ilişkin tek değişikliktir. Bu değişiklikten önce *jus cogens* normun tanımlanmasında normdan

¹⁹⁴ Gomez Robledo, *op. cit.*, s. 60.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 295, para. 17.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Gomez Robledo, *op. cit.*, s. 60.

¹⁹⁹ Polonya temsilcisi böyle bir önerinin pratikte emredici normları belirlemenin zorlaştıracaklarını belirterek, önerilen değişikliğin milli ve bölgesel hukuk sistemlerinin uluslararası hukuktan üstün olup olmadığı sorusunu da gündeme getirebileceğini vurgulamıştır. United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 302, para. 41.

²⁰⁰ *Ibid.*, s. 304, para. 52.

²⁰¹ *Ibid.*, s. 295, para. 20.

vazgeçilemeyeceği ve normun ancak aynı nitelikte bir başka normla değiştirilebileceği kriterleri mevcutken, bu değişikliklerle normun belirlenmesindeki subjektiflik sorununu azaltacak etkiye sahip uluslararası toplum tarafından tanınma kriteri getirilmiştir.²⁰²

Bazı devletler ise *jus cogens* kavramının iç hukuktan uluslararası hukuka aktarımını iki hukuk düzeninin siyasi ve sosyolojik olarak farkları sebebiyle sakıncalı bulmuşlardır.²⁰³ Bu görüşü savunanlar arasından Türkiye'nin temsilcisi, uluslararası hukukta bir normlar hiyerarşisi ihdas etmenin pek mümkün görünmediğini vurgulamıştır.²⁰⁴ Zira normlar hiyerarşisi, hukuk kaynaklarının hiyerarşisi anlamına gelir; uluslararası hukukta eşit egemen devletler uluslararası hukuk kurallarının kaynağıdır ve uluslararası hukukta iç hukuktaki yasama organı gibi kural koyan bir üst otorite yoktur.²⁰⁵ Ayrıca 50. madde kapsamında bir andlaşmanın emredici norma aykırılığını ve geçersizliğini tespit edecek bir mahkemenin ve usuli güvencelerin yokluğu 50. maddeyi suiistimale daha da açık hale getirmektedir.²⁰⁶

Fransa da muhafazakâr bir tutumla kavramın bütününe yönelik endişelerini dile getirmiştir. Emredici normların hukuk ve ahlak arasındaki belirgin olmayan sınırdan olduğunu ve devletlerin iradeleri dışında, kendileri tarafından yapılan andlaşmaların hukuka aykırılığı belirlenirken hangi ilkelerin esas alınacağını belirlenmesinin sorun teşkil ettiğini belirtmiştir. Ayrıca pozitif hukukun böyle bir kuralının içeriği, gelişme koşulları ve uygulanmasının denetimi düzenlenmeden, bu kuralın varlığının ve üstün bir hukuk kuralı olduğunun kabulünün ve bu kurala, başka bir normu baştan itibaren (*ab initio*) geçersiz kılma etkisinin bahsedilmesinin pek makul olmadığı belirtilmiştir.²⁰⁷ Ayrıca Fransız temsilci UAD'nin müdahalesi halinde, *jus cogens* aykırılığın tespitinde yargıca takdir yetkisi tanınacağını, bunun da yargıcı adeta

²⁰² Gomez Robledo, *op. cit.*, s. 61.

²⁰³ *Ibid.*, s. 62.

²⁰⁴ Ayrıca Türkiye 50. maddedeki *jus cogens* düzenlemesinin yerleşik bir uluslararası hukuk kuralı değil tamamen yeni bir kavram olduğunu, bunun sayesinde uluslararası hukuka kamu düzeni kavramının getirilmeye çalışıldığını ileri sürerek bu maddeyi destekleyemeyeceğini bildirmiştir. ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016, s. 21.

²⁰⁵ United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 300, para. 6.

²⁰⁶ *Ibid.*, para. 7-8.

²⁰⁷ *Ibid.*, s. 309, para. 28.

uluslararası yasa koyucu haline getireceğini ve yargıcın böyle bir rolü olmadığını altını çizmiştir.²⁰⁸

UHK'nin taslak 50. maddesi hakkında devletlerin yorumları, maddenin VAHS'de düzenlenen nihai haline gelmesinde rol oynamıştır. Özellikle *jus cogens* normun devletlerin uluslararası toplumu tarafından tanınması unsuru kavramın özü bakımından anlaşılmasını kolaylaştıracak bir etkiye sahiptir. Tüm bu tartışmaların sonunda taslak madde UHK düzeltme komitesi tarafından yeniden düzenlenmiştir. Taslak maddenin en son haline “*bir bütün olarak*” ifadesi eklenmiştir.²⁰⁹

Şu durumda *jus cogens* norm “*bir bütün olarak devletlerin uluslararası topluluğu*” tarafından tanınmalıdır. Belirtilen ifadenin eklenmesinin amacı, madde metninin, normu devletlerin oy birliğiyle emredici olarak kabul etmesi gerektiği şeklinde anlaşılmasını önlemek; normu devletlerin büyük çoğunluğunun emredici olarak kabul etmesinin yeterli olacağını vurgulamaktır. Yalnızca bir devlet veya az sayıda devlet bir kuralın emredici niteliğini tanımayı reddediyorsa bu kuralın bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından emredici nitelikte tanınmasına ve kabul edilmesine engel olmayacaktır.²¹⁰

Yapılan son değişiklikte taslak 50. madde nihayet son haline kavuşmuş ve böylece VAHS'nin 53. maddesinde kabul edilmiştir.

Emredici normlara ilişkin bir diğer hüküm ise UHK tarafından hazırlanan Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeler metninde bulunan taslak 61. maddedir. Bu maddeye göre “*Genel uluslararası hukukun 50. maddede anılan türde yeni bir emredici normu tesis edilirse, bu norm ile çatışan mevcut tüm andlaşmalar geçersiz hale gelir ve sona erer.*”²¹¹

²⁰⁸ Gomez Robledo, *op. cit.*, s. 65.

²⁰⁹ *Ibid.*, s. 67.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, s. 261.

Bu düzenleme aslında taslak 50. madde ile ortaya konan ve sonradan VAHS'nin 53. maddesine dönüşen emredici normlar hakkındaki genel hükmün devamı niteliğindedir. Taslak 61. maddenin yorum kısmında maddenin taslak 50. maddenin “*mantıksal olarak doğal sonucu*” olduğu belirtilmektedir.²¹² Nitekim Viyana Konferansı kapsamında çeşitli devlet temsilcileri de aynı yönde görüş bildirmiştir.²¹³ Özellikle Küba'nın temsilcisinin, devletlerin vazgeçemeyeceği uluslararası hukuk normlarının olmasının kaçınılmaz sonucunun yeni bir emredici norm tesis edildiğinde bu normun kendisiyle çatışan tüm andlaşmaları geçersiz kılması olduğu yönündeki ifadeleri dikkat çekmektedir.²¹⁴

Söz konusu taslak madde her ne kadar 50. maddenin devamı niteliğinde olsa da düzenlemenin aynı maddede değil, andlaşmaların sona ermesi başlığı altında müstakil bir maddede önerilmesi tercih edilmiştir. UHK'nin bu tercihinin sebebinin, hükmün etkisi bir andlaşmayı geçersiz kılmak olsa da bu etkiyi *ab initio* değil yeni emredici normun doğduğu andan itibaren göstermesi olduğu anlaşılmaktadır.²¹⁵ Bu düzenleme ile akdedildiği anda geçerli olan bir andlaşmanın, daha sonradan ortaya çıkan bir emredici norma aykırılık sebebiyle *ex nunc* geçersiz hale gelmesi hedeflenmektedir; andlaşma o ana kadar hükümlerini doğuracaktır. 50. maddede belirtilenden farklı bir durum öngörüldüğü için ayrı bir düzenleme olarak önerilmiştir.

UHK'nin emredici normlara ilişkin tartışmalarına konu olan bir diğer husus ise andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesi meselesidir. Andlaşma yapıldığı anda uluslararası hukukun emredici normlarına aykırı hükümler içeriyorsa, bu durum andlaşmanın topyekün geçersiz olmasına sebep olur.²¹⁶ Aykırılık teşkil eden hüküm bir tane olsa dahi önemli değildir çünkü andlaşma akdedilirken mevcut emredici normlara uygunluğun dikkate alınması zorunludur. Bununla birlikte, akdedildiği anda mevcut emredici normlara aykırı hüküm içermeyen bir andlaşmanın daha sonradan ortaya çıkan bir emredici norma aykırılığı başka bir meseledir. Zira o anda

²¹² **Ibid.**

²¹³ Bunun yanı sıra, İngiltere ve Fransa temsilcileri taslak 61. Maddenin, taslak 50. Madde ile yakından ilişkili olduğunu vurgulamıştır. United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 387.

²¹⁴ **Ibid.**

²¹⁵ Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, s. 261.

²¹⁶ Gomez Robledo, **op. cit.**, ss. 51, 52.

andlaşmanın aykırı olduğu mevcut bir emredici norm yoktur. İşte bu mantık çerçevesinde UHK, böyle bir durumda, andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesinin, söz konusu hükümlerin andlaşmadan ayrılmaya uygun olması koşuluyla, mümkün olduğunu düşünmektedir.²¹⁷ Böylece yeni oluşan emredici norma aykırı olan hükümler geçersiz kabul edilecek, andlaşmanın kalan hükümleri ise geçerli olmaya devam edecektir.²¹⁸

Andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesi ilke olarak taslak 61. maddenin yorum kısmında belirtilmiş olsa da taslak madde metninde bu husus açıkça ifade edilmemiştir. Nitekim Viyana Konferansı kapsamında Finlandiya temsilcisi tarafından taslak 61. maddede bu yönde bir değişiklik yapılması önerilmiştir.²¹⁹ Ancak daha sonradan taslak maddelerde andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesine ilişkin genel hüküm sayesinde bu durumun önüne geçilmiştir. Nitekim VAHS'nin 44. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesine ilişkin genel ilkenin istisnaları arasında yalnızca yapıldığı anda emredici normlara aykırı olan andlaşmaların geçersizliğini öngören 53. madde bulunmaktadır. Bu istisnalar arasında yapıldığı anda emredici normlara aykırı olmamakla beraber sonradan ortaya çıkan bir emredici norma aykırılık sebebiyle geçersiz hale gelen andlaşmalara ilişkin 64. madde sayılmamıştır.

UHK'nin önerdiği taslak 61. madde metni, yapılan değerlendirmeler neticesinde, özü bakımından muhafaza edilerek yalnızca birkaç kelime değişimiyle VAHS'nin 64. maddesinde kabul edilmiştir.

Böylece pozitif uluslararası hukukta emredici normlar, kendilerine aykırı andlaşmaları geçersiz kılma etkisini haiz normlar olarak 1969 VAHS 53. ve 64. maddelerde düzenlenmiştir. 53. madde, 12 temsilcinin yokluğunda 87 kabul oyuna karşılık 8 red oyu ile; 64. madde, 16 temsilcinin yokluğunda 84 kabul oyuna karşılık 8 red oyu ile kabul edilmiştir.²²⁰ Görülmektedir ki VAHS kapsamında devletler büyük

²¹⁷ Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, s. 261.

²¹⁸ **Ibid.**

²¹⁹ United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 387.

²²⁰ Dinh *et al.*, **op. cit.**, s. 187.

bir çoğunluk ile evrensel ve vazgeçilemez değerler üzerine kurulu uluslararası toplum anlayışını benimsemiştir.²²¹ Bunda II. Dünya Savaşı sonrasında, gittikçe bireyin ve insan haklarının önemine yapılan vurguya kayıtsız kalamayan ve bu yönde kabuk değiştiren uluslararası hukuk anlayışının payı vardır.

Uluslararası hukukta emredici normların benimsenmesi sayesinde uluslararası hukukun bazı temel kuralları diğer kurallardan daha üstte konumlandırılmıştır. Bunun hukuki boyutu dışında aslında politik bir boyutu olduğu da düşünülmektedir.²²² II. Dünya Savaşı tecrübeleriyle önemi artan ve uluslararası ilişkilerde sosyalist devletlerin etkisiyle destek bulan ahlaki ilkeler bu bağlamda anılmaktadır.²²³ Bunun yanı sıra, 1960'larda oldukça güçlenen sömürgeciliğin sonlandırılması hareketleri neticesinde²²⁴ gelişmekte olan devletlerin uluslararası alanda rolü büyük önem kazanmıştır. Bu devletlerin girişimleri sayesinde halkların kendi kaderini tayin hakkı gibi emredici normların kabulü mümkün olmuştur.²²⁵ Viyana Konferansı'nda Sierra Leone temsilcisinin taslak 50. madde hakkında dile getirmiş olduğu övgülerden de benzer bir anlam çıkmaktadır.²²⁶ Aynı şekilde Fildişi Sahili temsilcisi *jus cogens*in uluslararası hukuk tarafından tanınmasını, bağımsızlığını kazanan devletlerin sayısındaki artış ve iki dünya savaşının getirdiği tahribat neticesinde oluşan devletler arası dayanışma ve işbirliği, barış içinde bir arada var olma gerekliliği ile ilişkilendirmektedir.²²⁷

Sömürgecilikten kurtulan ve gelişmekte olan devletlerin uluslararası alanda verdiği mücadele, uluslararası hukukta emredici normların zayıf devletleri güçlü

²²¹ **Ibid.**

²²² Cassese, **op. cit.**, s. 199.

²²³ Magallona, **op. cit.**, s. 525.

²²⁴ Edward McWhinney, "Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples", **United Nations Audiovisual Library of International Law**, United Nations, 2008, s. 1 (https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dicc/dicc_e.pdf, Son Erişim Tarihi: 27.08.2021).

²²⁵ Cassese, **op. cit.**, s. 199.

²²⁶ Sierra Leone temsilcisi taslak 50. Maddeyi "*altın bir fırsat*" olarak nitelemiştir. United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 300.

²²⁷ Fildişi Sahili temsilcisi etik değerleri dışlayan, devletlerin kendi çıkarları üzerine kurulu uluslararası ilişkilerin yalnızca gücün belirleyici olduğu "*bir çeşit orman kanunu*" tarafından düzenlendiğini belirtmiştir. **Ibid.**, s. 321; Benzer şekilde Mali temsilcisi de uluslararası hukukun özellikle 1945 sonrasında devletlerin de üstünde bir uluslararası gücün bulunduğu hiyerarşik bir yapıya doğru ilerlediğini, *jus cogens*in de uluslararası toplumun bu politik ve sosyolojik değişiminin bir yansıması olduğunu bildirmiştir. **Ibid.**, s. 327.

devletler karşısında koruduğu yönündeki düşüncesi²²⁸ destekler görünmektedir. Gerçekten de o dönemde emredici normlara yoğunlukla böyle bir işlevin atfedildiği söylenebilir. Sosyalist devletler emredici normları, farklı ekonomik ve sosyal yapılardan gelen devletler arasında huzuru sağlayacak olan temel; Doğu ve Batı arasında tesis edilecek barışı sabitlemeye yarayan politik bir araç olarak görmüştür.²²⁹

Böylece uluslararası hukukta emredici normların hiyerarşik olarak diğer tüm normlardan üstün olduğu VAHS'nin 53. ve 64. maddelerinde kabul edilmiştir. Uluslararası hukukta bu hükümlerin kabulüyle gerçekleşen kısmi değişim bazı devletlerde yeni umutlara, bazı devletlerde ise korkuya sebep olmuştur.²³⁰ Bu nedenle uluslararası hukukta emredici normlar ne uluslararası hukuku kökten değiştiren mistik bir kavram ne de uluslararası hukuk düzenini bütünüyle yok eden bir araç telakki edilmelidir.²³¹

²²⁸ Sur, **op. cit.** , s. 52.

²²⁹ Cassese, **op. cit.**, s. 199.

²³⁰ Gelişmekte olan devletlerin desteği karşısında, başta Fransa olmak üzere bazı batılı devletlerin emredici norm kavramına karşı çıkması bu yönde değerlendirilmektedir. **Ibid.**, s. 202.

²³¹ Eduardo Jiménez de Aréchaga, "International Law in the Past Third of a Century", **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 159, 1978, ss. 1-343, s. 303, Aktaran Cassese, **op. cit.**, s. 202.

III. ULUSLARARASI HUKUKUN EMREDİCİ NORMLARININ İÇERİĞİ ve MAHİYETİ

1969 tarihli VAHS'nin 53. ve 64. maddeleri ile pozitif uluslararası hukuka giren emredici norm kavramı beraberinde cevaplanması gereken bazı soruları da getirmiştir. Özellikle uluslararası hukukun emredici normlarının içeriğinin belirlenmesi ve mahiyeti bu bağlamda öne çıkmaktadır.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikle uluslararası hukukun emredici normlarının içeriğinin belirlenmesi hedefiyle uluslararası hukukta hangi unsurların bir araya gelerek bir norma emredici nitelik kazandırdığı araştırılacaktır. Emredici norm kavramı pozitif uluslararası hukukta normatif özelliklerine ilişkin unsurlarla genel olarak tanımlanmış olsa da normun koruduğu hukuki değerlere uluslararası toplum tarafından atfedilen önem sebebiyle bazı maddi unsurların da belirlenmesi mümkündür. Bu ayrım göz önünde bulundurularak aşağıda emredici normların normatif özellikleri şekli unsurlar; normun koruduğu hukuki değerler ise maddi unsurlar başlıkları altında incelenecektir (A).

Ardından uluslararası hukukun emredici normlarının mahiyetini ortaya koymak hedefiyle onun uluslararası hukuk kaynaklarıyla ve bazı hukuki işlemlerle ilişkisi araştırılacaktır. Bu kapsamda uluslararası hukukun emredici normlarının hem kaynaklarının neler olabileceği meselesi ele alınacak hem de diğer normlar ve bazı hukuki işlemler üzerindeki hukuki etkisi araştırılacaktır (B).

A. Uluslararası Hukukta Emredici Norm Kavramının Unsurları

Emredici norm kavramı, VAHS'nin 53. ve 64. maddeleriyle, kendine aykırı andlaşmaları geçersiz kılan veya sona erdiren somut uluslararası hukuk normları olarak düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 53. maddesine göre:

*Bir andlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.*²³²

Bu düzenlemeye Sözleşme'nin 64. maddesi şöyle eşlik etmektedir:

*Eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma batıl hale gelir ve sona erer.*²³³

Bu düzenlemelere göre emredici normlara aykırılık teşkil eden uluslararası andlaşmalar geçersizdir. 53. maddede yapıldığı esnada mevcut olan emredici normlarla çatışan uluslararası andlaşmaların geçersiz olacağı, 64. maddede ise yapıldıktan sonra ortaya çıkan emredici normlarla çatışan uluslararası andlaşmaların geçersiz hale geleceği ve sona ereceği öngörülmektedir. Bu iki hüküm her ne kadar birbiriyle bağlantılı olsa da birbirinden farklı iki durumu düzenler. Nitekim Sözleşme'de bu hükümler farklı başlıklar altında bulunmaktadır: 53. madde “andlaşmaların geçersizliği” başlığı altında, 64. madde ise “andlaşmaların sona erdirilmesi ve yürürlüğünün askıya alınması” başlığı altında düzenlenmiştir.²³⁴ Zira ilk durumda andlaşma yapıldığı anda geçersizdir; ikinci durumda ise sonradan geçersiz hale gelmekte ve sona ermektedir.

53. madde genel uluslararası hukukun mevcut bir emredici normuyla çatışacak şekilde akdedilen andlaşmaların geçersiz olduğunu belirterek emredici normların genel uluslararası hukuk normları arasındaki üstün konumunu açıklamaktadır.²³⁵ Hemen ardından, aynı maddede genel uluslararası hukukun emredici normu

²³² Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 Mayıs 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331, (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, Son Erişim Tarihi: 10.05.2022).

²³³ **Ibid.**

²³⁴ Magallona, **op. cit.**, s. 529.

²³⁵ Conklin, **op. cit.**, s. 844.

tanımlanmıştır. Bu tanım genel uluslararası hukukun emredici normunun bağlayıcılığına vurgu yapmaktadır.²³⁶

53. maddedeki tanımda bahsedilen özellikler yalnızca normun şekli özelliklerini yansıtmaktadır. Oysa bunlar haricinde emredici normların özüne ilişkin başka özelliklerin de belirlendiği gözlemlenmektedir. Bir emredici norm hem şekli hem de maddi unsurların bir araya gelmesiyle oluşmaktadır. Bu nedenle aşağıda sırasıyla VAHS'nin 53. maddesinde belirtilen şekli unsurlar (1) ve gerek öğretide gerek çeşitli yargı kararlarında kabul görmüş olan maddi unsurlar (2) incelenecektir.

1. Şekli Unsurlar

VAHS'nin 53. maddesinde genel uluslararası hukukun emredici bir normunun tanımlanmasında üç temel unsurdan bahsedilmiştir. Bunlar bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilme ve tanınma, kendisinden hiçbir şekilde sapmaya izin verilmeme ve yalnızca genel uluslararası hukukun aynı nitelikte takip eden bir normuyla değiştirilebilmedir. Emredici normların belirtilen bu özelliklerini uluslararası hukukta emredici norm kavramının şekli unsurları olarak değerlendirmek mümkündür.²³⁷ Bununla birlikte uluslararası hukukta emredici norm kavramının unsurlarına ilişkin zaman zaman farklı gruplandırmaların yapıldığı da gözlemlenmektedir.²³⁸

Örneğin emredici normun, genel uluslararası hukuk normu olma ve bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kendisinden hiçbir sapmaya izin verilmeyen bir norm olarak kabul edilme ve tanınma olmak üzere iki unsurdan oluştuğu ifade edilmiştir.²³⁹ Benzer şekilde, genel uluslararası hukuk normu olmanın, yukarıda ifade edilen üç unsura ek başka bir unsur olarak değerlendirildiği gruplandırmalar da mevcuttur.²⁴⁰

²³⁶ **Ibid.**

²³⁷ Kadelbach, **op. cit.**, s. 29.

²³⁸ Bahsi geçen üç unsura ek olarak genel uluslararası hukuk normu olma ve emredici normlardan doğan yükümlülüklerin devletlerin uluslararası toplumuna karşı olmasının da sayıldığı görülmektedir. Nahlik, **op. cit.**, s. 779.

²³⁹ Magallona, **op. cit.**, s. 527; UHK özel raportörü Dire Tladi de aynı gruplandırmayı yapmıştır. ILC, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017, s. 19 *et seq.*

²⁴⁰ Nahlik, **op. cit.**, s. 779.

53. maddedeki tanımdan çıkarılan özellikler arasında elbette emredici normun bir genel uluslararası hukuk normu olması da mevcuttur. Bununla birlikte, bir emredici normun genel uluslararası hukuk normu olduğunu söylemek malumun ilamından başka bir şey değildir. Zira VAHS anlamında her emredici norm mantıksal olarak bir genel uluslararası hukuk normudur. Bu sonuca varmak için önce genel uluslararası hukuk normu olma özelliğinden ne anlaşıldığının ortaya konması gerekir.

Genel uluslararası hukuk ifadesinden yalnızca uluslararası teamül hukuku²⁴¹ veya uluslararası teamül hukuku yanında hukuk genel ilkeleri²⁴² ya da çok taraflı andlaşmalar²⁴³ anlaşılabilir. Genel uluslararası hukuk normu olma, bir uluslararası hukuk normunun bağlayıcılığının yalnızca belirli sayıda devlet tarafından değil devletlerin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edildiğini vurgulamaktadır.²⁴⁴ Bir kuralın bağlayıcılığının devletlerin büyük bir çoğunluğu tarafından benimsenmesi bir *opinio juris* oluştuğuna delalet eder. Bu nedenle genel uluslararası hukuk ifadesinin temel olarak uluslararası teamül hukukunu çağrıştırması olağandır.²⁴⁵ Bununla birlikte uluslararası hukukun gelişimi neticesinde birçok devletin katılımıyla gerçekleşen çok taraflı andlaşmalar da bir *opinio juris* oluşturacak niteliğe sahiptir. Zira çok taraflı andlaşmalar yoluyla da birçok devleti bağlayan genel normlar oluşturulabilir.²⁴⁶ Ayrıca birçok devlet tarafından benimsenen hukuk genel ilkelerinin de genel uluslararası hukuk normu oluşturabileceği düşünülmektedir.²⁴⁷ Dolayısıyla bir genel uluslararası hukuk normundan söz edildiğinde söz konusu norm bir teamül kuralı, hukuk genel ilkesi veya çok taraflı uluslararası andlaşma olabilir.

²⁴¹ Birçok yazarın genel uluslararası hukuku uluslararası teamül hukuku ile eşdeğer gördüğü belirtilmektedir. Yoram Dinstein, *The Interaction Between Customary International Law and Treaties*, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 322, 2006, ss. 243-427, s. 284.

²⁴² Costelloe, **op. cit.**, s. 1; Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 104; ILC, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017, s. 27.

²⁴³ Grigory Tunkin, "Is General International Law Customary Law Only?", **European Journal of International Law**, Cilt: 4, Sayı: 4, 1993, ss. 534-541, s. 538.

²⁴⁴ Yalnızca birkaç devletin kendi aralarında benimsediği kurallar özel bir hukuki rejimi yansıtır. Bu bağlamda iki veya belirli sayıda devletin arasında yaptığı andlaşma ile koyduğu kurallar ve yerel teamüller tüm devletlere uygulanabilir olmadığı için genel uluslararası hukuk olarak değerlendirilemezler. Costelloe, **op. cit.**, s. 1.

²⁴⁵ Dinstein, **op. cit.**, s. 284.

²⁴⁶ Tunkin, **op. cit.**, s. 538.

²⁴⁷ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 104.

Bir emredici norm bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilen ve tanınan bir normdur.²⁴⁸ Başka bir ifadeyle, zaten devletlerin büyük bir çoğunluğu tarafından emredici normların bağlayıcılığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu normlar genel teamüller ve genel çok taraflı andlaşmalar yoluyla ifade edilebileceği gibi²⁴⁹ hukuk genel ilkeleriyle de ilişkilendirilebilir.²⁵⁰ Bu nedenle bir emredici normun kaynağı ne olursa olsun genel uluslararası hukuk normu olduğu konusunda herhangi bir şüphe yoktur.

İşte bu husus göz önünde bulundurularak genel uluslararası hukuk normu olan emredici normlar, aşağıda sırasıyla, başta ifade edilmiş olan üç şekli unsur bakımından incelenecektir.

a. Bir Bütün Olarak Devletlerin Uluslararası Toplumu Tarafından Kabul Edilme ve Tanınma

Bir emredici norm uluslararası hukuk normları içinde üstün bir yere sahiptir çünkü bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından mutlak surette bağlayıcı kabul edilir. Aslında bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilen ve tanınan her norm genel uluslararası hukuk normudur.²⁵¹ Ancak bir emredici normu (*jus cogens*) diğer genel uluslararası hukuk normlarından (*jus dispositivum*) ayıran husus, bu normun uluslararası toplum tarafından aksi hiçbir şekilde kararlaştırılamayacak şekilde kabul edilmesi ve tanınmasıdır.

Normun emredici niteliği, uluslararası toplumun o normun içeriğine atfettiği önem ile belirlenir.²⁵² Bu nedenle bir normun emredici niteliğini belirleyen özne²⁵³

²⁴⁸ Levan Alexidze, Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 172, 1981, ss. 219-270, s. 256.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ UHK Özel Raportörü Lauterpacht'ın ilk öneriye ilişkin yorumunda kullandığı “*bunlar bir uluslararası mahkemenin medeni milletler tarafından genellikle kabul edilen hukuk ilkelerinin bir parçasını oluşturacak şekilde güçlü olan uluslararası ahlakın kurallarının ifade edilişi olabilir*” sözlerini de bu kapsamda düşünmek mümkündür. ILC, Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63, YbILC, Vol. II, 1953, s. 154.

²⁵¹ Alexidze, **op. cit.**, s. 256.

²⁵² Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 75.

²⁵³ Alexander Orakhelashvili, “Peremptory Norms of the International Community: A Reply to William E. Conklin”, **EJIL**, Cilt: 23, Sayı: 3, 2012, ss. 863-868, s. 864.

olarak uluslararası toplumun ne olduğu sorusunun cevaplanması ve hikmetinin ortaya konması gerekir.

Uluslararası toplum, uluslararası alanda devletlerin bir araya gelerek oluşturduğu devletlerin ortak menfaatlerini yansıtan kavramsal bir yapıdır.²⁵⁴ Üst bir otoritenin bulunmadığı uluslararası hukuk sisteminin temel kişileri olan devletler, aralarındaki ilişkilerde çoğunlukla kendi menfaatlerine odaklansa da birçok devletin birlikte varlığını sürdürdüğü uluslararası arenada devletlerin ortak menfaatlerinin olduğu durumlar gündeme gelebilir.²⁵⁵ İşte böyle durumlarda devletlerin bireysel menfaatleri değil ortak menfaatleri önem kazanır. Devletlerin her birini ilgilendiren bu ortak menfaatler ise olsa olsa hepsini kapsayacak soyut bir yapı vesilesiyle ifade edilebilir: Uluslararası toplum.²⁵⁶

Uluslararası toplumunun devletlerin belli iradelerinin kümelenmesinden meydana geldiği düşünülmektedir.²⁵⁷ Birbirlerine eşit ölçüde ayrı ayrı egemen olan devletler bir arada varlığını sürdürmesi gerekir. İşte devletler bir arada var olabilmek için iradelerini belli yönde ifade ettiklerinde bu iradelerin kümelenmesi uluslararası toplumu oluşturur.²⁵⁸ Buna karşılık uluslararası toplumun devletlerin ortak menfaat ve değerleri üzerine kurulu bir yapı olmasının bu çatı altında devletlerin bireysel iradelerinin kümelenmesine izin vermeyeceği de belirtilmektedir.²⁵⁹

Uluslararası toplum kavramının kapsamını esas olarak devletler oluştursa da kavramın anlamının giderek genişlediği gözlemlenmektedir. Devletlerden oluşan uluslararası toplum anlayışından, devletlerin yanında bireylerden ve sosyal gruplardan

²⁵⁴ Costelloe, **op. cit.**, s. 30.

²⁵⁵ Thomas Weatherall, **Jus Cogens: International Law and Social Contract**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 25.

²⁵⁶ VAHS'nin İngilizce metninde “*international community of states*”, Fransızca metninde “*communauté internationale des états*” kavramları kullanılmıştır. Aslında bu kavramların doğrudan Türkçe çevirisi “devletlerin uluslararası topluluğu” olarak yapılabilir. Ancak bu çalışmada James Crawford tarafından önerilen uluslararası topluluğu uluslararası toplum olarak değerlendirmede “*ubi societas, ibi jus*” ilkesinin kullanılması düşüncesi benimsenerek, Türkçe metindeki “*devletlerin uluslararası toplumu*” çevirisine sadık kalınmıştır. Bahsi geçen ilkenin bu bağlamda kullanılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Weatherall, **op. cit.**, s. 25.

²⁵⁷ Conklin, **op. cit.**, s. 848.

²⁵⁸ **Ibid.**

²⁵⁹ Weatherall, **op. cit.**, s. 29.

da oluşan bir uluslararası toplum anlayışına doğru eğilim gösterilmiştir.²⁶⁰ Zira klasik uluslararası hukuk zaman içinde kabuk değiştirmiş ve artık belli ölçüde bireyler de uluslararası hukuk kişisi haline gelmiştir.²⁶¹

Aslında uluslararası toplum anlayışı çok eski tarihlerden beri kendisine yüklenen anlamlar değişkenlik gösterse de varlığını sürdürmüştür. Uluslararası toplum önceden medeni milletlerden oluşan dünya ile eş değer görülmüştür.²⁶² Bu doğrultuda medeni milletler kavramına hukuki önem atfedildiği görülmektedir.²⁶³ Bunun dışında uluslararası toplumun insanlığın vicdanı ile de ilişkilendirildiği olmuştur.²⁶⁴ Yine uluslararası toplumun ahlakilik veya kamu düzeni kavramları ile bağdaştırılması da mümkündür.²⁶⁵

Tüm bu kavramlar uluslararası toplumu tanımlamaktan ziyade onun yakından ilişkili olduğu bazı olgular olarak belirlemektedir. Bu olguların içeriğini tespit etmek, uluslararası toplumu tanımlamaktan da zordur. Medeni milletler kapsamına girmenin ölçütü nedir, insanlığın vicdanı onu oluşturan insanların vicdanı mı yoksa devletlerin vicdanı mıdır? Eğer söz konusu vicdan devletlerin ise düşünsel bir aygıt olan devletin vicdanından bahsedebilmek mümkün müdür? Keza ahlakilik ve kamu düzeni olguları açısından objektif bir ölçüt belirlemek de pek kolay görünmemektedir. Yine de uluslararası toplum anlayışıyla bağdaştırılan bu kavramların dile getirilmesinin ortak amacı evrensel değerlerin tespiti açısından önemlidir. Zira bir uluslararası toplumdan söz edildiğinde bu toplumun evrensel değerlerinden teşekkül eden bir uluslararası kamu düzeni anlayışı oluşturulmaktadır.²⁶⁶

²⁶⁰ Conklin, **op. cit.**, s. 855.

²⁶¹ Lauterpacht, **op. cit.**, ss. 207-209.

²⁶² Conklin, **op. cit.**, s. 845.

²⁶³ UAD Statüsü 38-1 (c) “*medenî milletler*” tarafından benimsenen hukuk genel ilkelerini uluslararası hukukun kaynağı olarak düzenlemektedir. Ayrıca Yargıç Lauterpacht tarafından yazılan bir ayırık görüşte kamu düzeni kavramının içeriğinin belirlenmesinde medenî milletlerin iç hukuklarındaki uygulamaların göz önünde bulundurulabileceği savunulmaktadır. ICJ, Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweeden), Judgment, I.C.J. Reports 1958, p. 55, Seperate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, s. 92.

²⁶⁴ Eichmann davasında söz konusu suçların tüm insanlığa zarar verdiği ve ulusların vicdanını şoke ettiği belirtilmiştir. Jerusalem Bölge Mahkemesi, İsrail Hükümeti Adalet Bakanı v. Adolf Eichmann, 11 Aralık 1961, § 12, Aktaran Conklin, **op. cit.**, s. 846.

²⁶⁵ Conklin, **op. cit.**, s. 846.

²⁶⁶ United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 295.

Emredici normların koruduğu değerlerin evrensel olduğu kabul edilmektedir.²⁶⁷ Uluslararası toplum tarafından kabul edilme ve tanınma ölçütü, normun koruduğu hukuki menfaatin evrensel bir değer olarak tezahür ettiğini gösterir. Bununla birlikte bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilme ve tanınma ölçütü ile kastedilen istisnasız bir şekilde tüm devletler tarafından kabul edilme ve tanınma değildir.²⁶⁸ “*Bir bütün olarak*” ifadesinin amacı, böyle bir yorumun önüne geçmektir: Normun devletlerin büyük bir çoğunluğu tarafından emredici olarak kabul edilmesi ve tanınması yeterlidir.²⁶⁹

Aslında bu anlayışın başka bir yansıması uluslararası teamül hukuku oluşumunda da görülür. Bir uluslararası teamülden bahsedebilmek için söz konusu kuralın uluslararası toplumun her bir üyesi tarafından kabul edilmesi gerekli değildir.²⁷⁰ Devlet uygulamalarında evrensellik aramak yerine bir *opinio juris* olup olmadığı araştırılır.²⁷¹ “*Bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu*” tarafından kabul edilme ve tanınma bu açıdan normun koruduğu hukuki menfaatin uluslararası toplumun ortak ve genel olarak benimsediği bir değer olduğunu gösterir.²⁷²

Emredici normların devletler tarafından oybirliği ile emredici olarak tanınması ve kabul edilmesi koşulunun aranmaması “*bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği sorusunu da ortaya koymaktadır.²⁷³ Viyana Konferansı kapsamında bu ifadenin yalnızca sayısal bir değer olarak devletlerin büyük bir çoğunluğunu anlattığı belirtilmiştir.²⁷⁴ Bununla birlikte, öğretide

²⁶⁷ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 40.

²⁶⁸ Magallona, **op. cit.**, s. 528; Gomez Robledo, **op. cit.**, ss. 67, 106.

²⁶⁹ United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 472. Madde normun emredici olarak kabul edilmesi ve tanınmasında hiçbir devlete veto hakkı vermez. Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 106.

²⁷⁰ Dinstei, **op. cit.**, s. 398.

²⁷¹ Weatherall, **op. cit.**, s. 28.

²⁷² **Ibid.**, s. 29.

²⁷³ Alexidze, **op. cit.**, s. 257.

²⁷⁴ Andlaşmanın hazırlanmasında görev alan Tasarı Komitesi’nin “*bir bütün olarak*” ifadesiyle bir normun emredici olması için devletlerin tamamının onu emredici olarak kabul etmesi gerekmediğini vurgulamayı amaçladığı belirtilmiştir. Ayrıca devletlerin büyük bir çoğunluğunun normu emredici kabul etmesi ve tanınmasının yeterli olduğu ve eğer bir devlet söz konusu normun emredici olduğunu kabul etmezse ve bu konuda yalnızca az sayıda devlet tarafından desteklenirse bu durumun bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından tanınan ve kabul edilen normun emredici niteliğini etkilemeyeceği bildirilmiştir. United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 472.

bu düşüncenin uluslararası alanda politik güçlerin gerçek konumunu göz ardı ettiği vurgulanmıştır.²⁷⁵ Aleksidze bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumunun yalnızca sayısal bir değeri ifade etmesinin yeterli olmayacağını, bu kavram kapsamında çeşitli sosyoekonomik sistemlerden gelen birçok devletin anlaşılması gerektiğini savunmuştur.²⁷⁶ Ago ise “...bir kuralın emredici niteliği olduğu düşüncesinin, yalnızca Batı devletleri veya Doğu devletleri; gelişmiş ülkeler veya gelişmekte olan ülkeler ya da bir kıtadan veya diğerinden olanlar tarafından değil, uluslararası toplumun tüm temel unsurları tarafından paylaşılması gerektiğini...” düşünmektedir.²⁷⁷

Uluslararası hukukta emredici norm kavramına getirilen en büyük eleştirilerden biri kavramın içeriğinin belirlenmesi meselesinin sübjektifliğidir.²⁷⁸ Devletlerin dilediği normu emredici telakki etmesinin bazı olumsuz sonuçları olabilir. Nitekim bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından kabul edilme ve tanınma ölçütünün sübjektivizme karşı bir fren olduğu düşünülmektedir.²⁷⁹

Bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilme ve tanınma unsurunun emredici normların belirlenmesinde usule ve esasa ilişkin olmak üzere iki işlevi bulunmaktadır. Usul bakımından emredici norm, uluslararası toplumun üyeleri olan devletlerin bütünsel bir biçimde gerçekleştirdikleri eylemlerden doğmaktadır. Esas bakımından emredici norm uluslararası toplumun üyeleri olan devletlerin ilişkileri neticesinde doğan bütünsel ihtiyaçları karşılayan ortak değer ve menfaatleri korumaktadır.²⁸⁰

²⁷⁵ Alexidze, **op. cit.**, s. 257.

²⁷⁶ **Ibid.**; Genel uluslararası hukuk kurallarının oluşum sürecinde “farklı politik, ekonomik ve hukuki sistemlere sahip devletlerin” rol aldığı düşüncesine Yargıç Lachs tarafından Kuzey Denizi Kıta Sahranlığı davasında yazılan karşıt görüşte de rastlanmaktadır. ICJ, North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3., Dissenting Opinion of Judge Lachs, s. 227.

²⁷⁷ Roberto Ago, “Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne”, **RCADI**, Cilt: 134, Sayı: 3, 1971, ss. 297- 331, s. 323, Aktaran Alexidze, **op. cit.**, s. 258.

²⁷⁸ Ulf Linderfalk, “The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?”, **EJIL**, Cilt: 18, Sayı: 5, 2008, ss. 853-871, s. 855.

²⁷⁹ Gomez Robledo, **op. cit.**, ss. 61-62.

²⁸⁰ Weatherall, **op. cit.**, s. 29.

Belirtmek gerekir ki, bir normun emredici olarak “*bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından*” tanınması ve kabul edilmesi özelliğinden, VAHS anlamında bir “*bölgesel jus cogens*” veya evrensel olmayan emredici bir normdan bahsedilemeyeceği²⁸¹ sonucuna varılır. Zira bir normun yalnızca emredici olarak tanınmasına ve kabul edilmesine değil bunun kimler tarafından gerçekleştirildiğine önem atfedilmektedir. Elbette, bölgesel gruplarda başka değerlere üstün gelen bazı değerlerden söz edilebilir. Böyle değerleri koruyan normların bölgesel olarak emredici nitelikte olduğu kabul edilebilir.²⁸² Bununla birlikte, bir normun emredici olduğunun kabulü yalnızca bölgesel bir gruba mensup devletler tarafından değil bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından gerçekleştirildiğinde VAHS’nin 53. maddesi anlamında bir emredici normdan söz edilebilecektir. Zira ancak bu takdirde uluslararası toplumun bütünsel ihtiyaçlarına hizmet eden ortak değer ve menfaatlerin korunmasından bahsedilebilir.²⁸³ İşte bu nedenle UHK de bölgesel emredici normların var olmadığı görüşünü benimsemektedir.²⁸⁴

“*Bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilme ve tanınma*” özelliğinin tüm bunların yanında bir uluslararası kamu düzeni anlayışını vurguladığı da düşünülmektedir.²⁸⁵ Ancak belirtilmelidir ki böyle bir çıkarıma bir normun yalnızca uluslararası toplum tarafından kabul edilmesi ve tanınması ile varılamaz. Önemli olan uluslararası toplum tarafından normun hangi nitelikte kabul edildiği ve tanındığıdır. Zira uluslararası toplum tarafından kabul edilen ve tanınan her norm kamu düzenine ilişkin olmayabilir: Uluslararası kamu düzenine ilişkin bir normdan bahsedebilmek için söz konusu normun uluslararası toplum tarafından emredici bir norm olarak tanınması gerekir. Bu nedenle emredici normların tanımlanmasında bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilme ve tanınma unsuru, normdan hiçbir şekilde sapmaya izin verilmeme unsuru ve

²⁸¹ Giorgio Gaja, “*Jus Cogens Beyond the Vienna Convention*”, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 172, 1981, ss. 271- 316, s. 284.

²⁸² **Ibid.**; Bölgesel teamüllerin zaman içinde *jus cogens* statüsüne ulaşabileceğinin teorik olarak mümkün olduğu ifade edilmektedir. Emre Öktem, **Uluslararası Teamül Hukuku**, İstanbul: Beta, 2013, s. 81.

²⁸³ Kaldı ki bölgesel grupların böyle menfaatleri daha geniş çapta uygulanan emredici normların koruduğu genel menfaatlerle çatışmayacaktır. Gaja, **op. cit.**, s. 284.

²⁸⁴ ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022, s. 20.

²⁸⁵ United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, s. 295; Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 10.

aynı nitelikte takip eden bir norm ile değiştirilebilme unsuru bütünsel olarak düşünülmelidir.

b. Hiçbir Surette Sapmaya Müsaade Edilmeme

VAHS'nin 53. maddesinde genel uluslararası hukukun bir emredici normunun *“kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen”* bir norm olduğu belirtilmiştir. Bu niteleme ile vurgulanan şudur: Emredici normlara hiçbir istisna olmaksızın uyulması gerekir.²⁸⁶ Emredici normların aksi kararlaştırılmaz.

Bir normun herhangi bir istisnaya cevaz vermemesi onun mutlak niteliğini gösterir. Normu uygulayacak olan hukuk kişilerinin mutlak olana uymak dışında bir seçenekleri yoktur. Oysa uluslararası hukukta devletler rızalarıyla kendilerine uygulanacak kuralları belirlerken farklı seçeneklere sahiptir. Bunun bir diğer anlamı ise devletlerin irade serbestisine sahip olup, özgürce andlaşma yapabilmeleridir. Ancak hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen bir norm olarak kabul edilen ve tanınan bir emredici normdan söz edildiği vakit, devletlerin özgürce andlaşma yapma yetkilerinin kısıtlandığı anlaşılmaktadır. Hatta devletlerin bu yetkisi bizzat kendileri tarafından kısıtlanmaktadır.²⁸⁷ Zira devletlerin uluslararası toplumu, emredici normları hiçbir sapmanın gerçekleştirilemeyeceği normlar olarak tanımakta ve kabul etmektedir.

Diğer yandan bu unsurdan, sapmaya izin vermeyecek şekilde düzenlenen tüm normların emredici norm olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Zira devletlerin iradeleriyle herhangi bir konuda herhangi bir andlaşma hükmünü bu şekilde düzenlemelerinin önünde bir engel yoktur. Bir andlaşma hükmü yalnızca tarafların o hükümden hiçbir sapmaya izin verilmemesi üzerinde anlaşması nedeniyle emredici norm olarak

²⁸⁶ Kadelbach, **op. cit.**, s. 29.

²⁸⁷ Magallona, **op. cit.**, s. 527.

nitelenemez²⁸⁸: “Bir genel uluslararası hukuk kuralına *jus cogens* niteliğini veren kuralın biçimi değil ele aldığı konunun özel doğasıdır.”²⁸⁹

Emredici normdan sapan bir andlaşma yapılırsa geçersiz olur. Hatta emredici normdan sapmaya yönelik bir konsensüs olsa dahi, normun emredici doğası gereği hiçbir istisnanın yapılması mümkün değildir. İki veya çok taraflı andlaşmayla emredici normdan sapma yapılamayacağı için tek taraflı bir işlemle gerçekleştirilecek olan sapma da evleviyetle geçersizdir.²⁹⁰

Normdan hiçbir şekilde sapmaya izin verilmemesinin en temel sonucu, emredici normu ifade eden bir andlaşma hükmüne konulacak olan çekincenin kabul edilememesidir. Aslında devletler irade serbestileri sayesinde taraf oldukları andlaşmalarda bulunan bazı hükümlere çekince koyabilirler. Ancak emredici normlar söz konusu olduğunda böyle bir imkân mevcut değildir. Uluslararası hukuk devletlerin belli andlaşma hükümlerine çekince koyma hakkını böylece kısıtlamaktadır.²⁹¹

Gerçekten de emredici normlara çekince konulduğu takdirde o normun varlığı anlamsız hale gelir. Öyle ki emredici norma ilişkin bir uluslararası andlaşmaya çekince konması, o andlaşmanın varlığının bütünüyle anlamsızlaşmasına sebep olabilir. UAD *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler* danışma görüşünde, bir sözleşmenin konu ve amacının çekince koyma özgürlüğünü sınırlandırdığını belirtmiştir.²⁹²

Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere emredici normların aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Ancak bu, emredici normların hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği veya ortadan kaldırılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bir

²⁸⁸ **Ibid.**; Buna karşılık Schwarzenberger’e göre bir kural yalnızca bir andlaşmaya taraf olan devletler o kurala *jus cogens* statüsünü verdiği için üstün hukuk oluşturur. Bu düşünce normun içeriğinden bağımsız olarak tamamen devletlerin rızasını esas almaktadır. Schwarzenberger, **op. cit.**, s. 460.

²⁸⁹ Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, s. 248.

²⁹⁰ Kadelbach, **op. cit.**, s. 29.

²⁹¹ **Ibid.**

²⁹² ICJ, Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15, s. 24.

emredici norm yalnızca kendisiyle aynı nitelikte olan takip eden bir genel uluslararası hukuk kuralı ile değiştirilebilir.

c. Aynı Nitelikte Takip Eden Bir Kural ile Değiştirilebilme

VAHS'nin 53. maddesinde genel uluslararası hukukun bir emredici normunun *“ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm”* olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle emredici normların değiştirilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılır. Nitekim her norm gibi emredici normlar da belli sosyal ihtiyaçlar doğrultusunda ortaya çıkar ve global ölçekte yaşanan gelişmeler ile bu sosyal ihtiyaçlar değişebilir; bir emredici norm da yeni ihtiyaçlara cevap verecek şekilde değiştirilebilir²⁹³ meğerki onu değiştiren yeni bir emredici norm olsun.

Uluslararası hukukta emredici olmayan uluslararası andlaşma ve uluslararası teamül hukuku kurallarının değiştirilmesi söz konusu olduğunda, bunların mutlaka kendileriyle aynı nitelikte bir kural ile değiştirilmeleri gerekmez. Örneğin emredici olmayan bir andlaşma hükmü, emredici olmayan başka bir andlaşma ile değiştirilebileceği gibi emredici olmayan bir teamül ile de değiştirilebilir. Zira normatif etkileri bakımından emredici olmayan teamül ve andlaşmalar normlar hiyerarşisinde birbirine eşit seviyededir. Bunun yanı sıra, emredici nitelikte olmayan tüm normların emredici normlarla değiştirilebileceği konusunda şüphe yoktur. Zira emredici normlar bunlardan üstündür. Dolayısıyla emredici olmayan normların kendileriyle aynı nitelikte olmayan bir kuralla değiştirilmeleri mümkündür.

Diğer yandan uluslararası hukukta emredici normlar söz konusu olduğunda devletlerin bunların aksini kararlaştırması mümkün olmadığı için, emredici normlar ne emredici olmayan bir andlaşma ne de emredici olmayan bir teamül ile değiştirilebilir. Bununla birlikte eğer söz konusu değişikliği yapacak andlaşma veya teamül emredici

²⁹³ Magallona, **op. cit.**, s. 540.

nitelikte ise, aynı nitelikte takip eden bir kural olacağı için emredici normun değiştirilmesi mümkün olur.

Bir emredici normun ancak kendiyle aynı nitelikte bir normla değiştirileceğinin kabulü aslında onun üstün normatif etkisini teyit etmekten başka bir şey değildir. Şöyle ki, iki norm çatıştığında üstün normatif etkiye sahip olan her zaman galip gelecektir. Bir emredici norm işte hep galip gelendir. Oysa birbirine eşit normatif etkiye sahip olan iki norm çatıştığında durum aynı değildir.

Bu noktada öğretide de bazı tartışmalara konu olan iki emredici normun birbiriyle çatışması hususuna²⁹⁴ değinmek gerekir. Birbirine eşit normatif etkiye sahip iki emredici norm çatıştığında bunlardan biri galip gelemeyecektir. Öyleyse aralarındaki öncelik sonralık ilişkisine başvurulabilir. Nitekim böyle bir durumda çatışan yeni emredici norm VAHS'nin 53. maddesi uyarınca halihazırda mevcut olan emredici normu değiştirecek nitelikte olan daha sonraki emredici bir norm olacaktır.

VAHS'nin 53. maddesindeki bu unsur aynı zamanda emredici normların değiştirilmesinin sıradan normlara göre daha zor olduğunu vurgulamış olmaktadır. Keza uluslararası hukukta bir kamu düzeni anlayışını tesis eden bu normların kolayca değiştirilememesi gerekir. Aksi takdirde uluslararası hukukun emredici olmayan kurallarından normatif olarak bir farkları da kalmaz. Bununla birlikte, mevcut emredici normların yalnızca aynı doğaya sahip normlarla değiştirilebilmesi pek gerçekçi olmayacak kadar katı bir ölçüt olması sebebiyle eleştirilmektedir.²⁹⁵

Emredici normun yeni ortaya çıkacak başka bir emredici norm ile değiştirilebilmesi için devletlerin büyük bir kısmının bir araya gelerek, söz konusu normun emredici doğasını tanıması ve buna göre hareket etmesi gerekir. Böyle bir durum çok taraflı bir andlaşma kapsamında meydana gelebileceği gibi *opinio juris*

²⁹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Robert Kolb, **Peremptory International Law-Jus Cogens: A General Inventory**, Portland: Hart Publishing, 2015, s. 116 *et seq.*

²⁹⁵ Rozakis'in bu yöndeki görüşleri için bkz. Fatouros, **op. cit.**, s. 573.

çok kuvvetli bir teamülün oluşumu süreci ile de gerçekleşebilir.²⁹⁶ Elbette bu ihtimaller iki devletin bir araya gelerek bir andlaşma akdetmesinden veya bir teamülün oluşmasından daha meşakkatlidir. Yine de bu durum, yeni bir emredici normun oluşmasına engel değildir. Nitekim her toplumda olduğu gibi uluslararası toplumda da yeni ortak menfaatler ve yeni değerler ortaya çıkabilir. Bu menfaatlerin ve değerlerin korunması sayesinde uluslararası kamu düzeninin tesisi mümkün olur.

2. Maddi Unsurlar

Uluslararası hukukta emredici normlar yalnızca normatif özelliklerini tasvir eden şekli unsurlarla tanımlanmamaktadır. Bunun yanında emredici normların maddi unsurlarını içeren tanımlara da rastlanmaktadır.²⁹⁷

VAHS'nin 53. maddesinde genel uluslararası hukukun emredici bir normuyla çatışan andlaşmaların geçersiz olacağı belirtilmiştir. Kendine aykırı bir normu geçersiz kılma etkisine sahip norm, üstün bir normdur. Dolayısıyla uluslararası hukukta emredici normlar, andlaşmalara ve andlaşmalarla aynı normatif etkiye sahip olan tüm uluslararası hukuk normlarından üstündür. 53. maddede ifade edilmiş olan ve yukarıda incelenen özellikler, uluslararası hukukta emredici normların kendine aykırı olan diğer tüm normları neden geçersiz kılma etkisine sahip olduğunu açıklamamaktadır.²⁹⁸

53. madde kapsamında, belirtilen özelliklerin yanında emredici normların normatif etkisi ortaya konmaktadır. Ancak bu normatif etki, normun emredici nitelikte olmasının nedeni değil sonucudur.²⁹⁹ Nitekim 53. maddenin emredici normları tanımlama konusunda yeterli olmadığı yönünde eleştirilerin varlığı da bu bağlamda

²⁹⁶ Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, s. 248.

²⁹⁷ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 10; Alexidze, **op. cit.**, s. 261.

²⁹⁸ Christian Tomuschat, "Obligations Arising for States without or against Their Will", **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 241, 1993, ss. 195-374, s. 223, Aktaran Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 43.

²⁹⁹ Georges Abi-Saab, "The Concept of Jus Cogens in International Law", **Papers and Proceedings of the Conference on International Law**, Lagonissi (Greece), Cilt: 2, Geneva: Carnegie Endowment for International Peace, 1967, s. 15, Aktaran Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 44.

göz ardı edilemez.³⁰⁰ Bu nedenle uluslararası hukukta emredici normların içeriğine ilişkin maddi unsurların da incelenmesi önem arz etmektedir.

Sıkça yapılan maddi tanımlara göre uluslararası hukukta emredici normlar “uluslararası toplumun üstün gelen menfaatlerini ve değerlerini” korumak için vardır.³⁰¹ Uluslararası toplumun üstün gelen menfaatleri ve değerleri, devletlerin uluslararası arenada bireysel menfaatlerinden ziyade tüm uluslararası toplumun yararına olan ortak ve üstün menfaatlerini ifade eder. Bu ortak ve üstün menfaatlerin ve değerlerin belirlenmesinde ahlakilik kavramının önemli bir rolü vardır.³⁰² Bu şekilde belirlenen ortak ve üstün gelen menfaatlerin korunması ile kamu düzeni tesis edilebilir. Emredici normlar uluslararası kamu düzenini oluşturan uluslararası hukuk kurallarıdır.³⁰³ Kamu düzeninin tesisi bir toplumun barış içinde varlığını sürdürmesi için gereklidir; uluslararası toplumun barış içinde varlığını sürdürebilmesi için de emredici normlar devreye girmektedir.

Uluslararası hukukun emredici normlarının işlevine ilişkin bu açıklamalar emredici normları oluşturan maddi unsurları belirlemektedir. Emredici normların maddi unsurlarını oluşturan uluslararası toplumun ortak ve üstün gelen menfaatleri, ahlakilik ve uluslararası kamu düzeni sırasıyla aşağıda incelenecektir.

a. Uluslararası Toplumun Ortak ve Üstün Gelen Menfaatleri

Her hukuk normu gibi uluslararası hukuk normları da belli hukuki menfaatleri korumaktadır. Uluslararası hukuk normlarının koruduğu menfaatlerin devletlerin bireysel menfaatleri ve uluslararası toplumun menfaatleri olarak ayrıştığı gözlemlenmektedir.

³⁰⁰ Kadelbach, *op. cit.* s. 29.

³⁰¹ Lauri Hannikainen, **Peremptory Norms (jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status**, Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, s. 2, Aktaran Ulf Linderfalk, “Normative Conflict and the Fuzziness of the International *ius cogens* Regime”, *ZaöRV*, Cilt: 69, 2009, ss. 961- 977, s. 976.

³⁰² Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, s. 48.

³⁰³ *Ibid.*, s. 30.

Devletlerin özel hukuki ilişkileri kapsamında oluşturdıkları normlar yalnızca kendi bireysel menfaatlerini ilgilendirir. Örneğin iki devlet bir araya gelip ticari ilişkilerini güçlendirmek için bir andlaşma yapabilir. Bu durumda yaptıkları andlaşma yalnızca kendi bireysel menfaatlerine hizmet eder. Diğer yandan uluslararası toplumun oluşturduğu genel normlar ise onların ortak menfaatlerini ilgilendirir. Örneğin bir uluslararası teamül kuralı olan açık denizlerin serbestliği kuralı devletlerin ortak menfaatlerine hizmet etmektedir.

Uluslararası toplumun menfaatlerini koruyan normlar içinde öyle bazı normlar vardır ki, bunların koruduğu menfaatlerin diğer tüm menfaatlere üstün geldiği düşünülmektedir.³⁰⁴ İşte bu hukuki menfaatler uluslararası toplumun tüm üyeleri için ortak olan ve üstün gelen menfaatler olup emredici normlar tarafından korunmaktadır.

Klasik uluslararası hukuk bağlamında egemen devletler bireysel menfaatleri doğrultusunda bazı hukuki işlemler gerçekleştirmektedir. Örneğin iki veya çok taraflı taraflı uluslararası andlaşmalar sayesinde devletler kendi bireysel menfaatlerini koruyabilmektedir. İki veya çok taraflı andlaşmanın konusu olan bireysel menfaatlerden doğan hak ve yükümlülükler münhasıran andlaşmanın taraflarına aittir. Böyle bir durumda üçüncü devletlerin herhangi bir menfaati veya yükümlülüğü yoktur.³⁰⁵

Benzer durum birkaç devlet arasında oluşan yerel teamüller bakımından da söz konusudur. Yerel teamülü uygulayan devletler bu konuda bütünüyle iradeleri doğrultusunda hareket etmektedir; kurala bağlanma iradesi göstermek tamamen bu devletlerin takdirindedir. Yerel teamül ile korunan hukuki menfaat yalnızca onu uygulayan birkaç devlete aittir; yerel teamül sınırlı sayıda devlete uygulanır.³⁰⁶

³⁰⁴ Linderfalk, Normative Conflict..., **op. cit.**, s. 976.

³⁰⁵ Anthea Roberts, Sandesh Sivakumaran, "The Theory and Reality of the Sources of International Law", Malcolm D. Evans (der.), **International Law**, 5. Basım, New York: Oxford University Press, 2018, ss. 89-119, s. 91.

³⁰⁶ Öktem, **op. cit.**, s. 66.

Belli durumlarda genel uluslararası hukuk normu ile korunan ortak menfaat ile bir devletin bireysel menfaati elbette çatışabilir. Örneğin uluslararası teamül ile korunan ortak menfaat ile bir devletin bireysel menfaati çatıştığında devletlerin iradesi esas olduğu için, söz konusu devlet oluşan uluslararası teamüle en başından beri ısrarlı itirazcı olabilir.³¹¹ Böylece bu teamülden doğan hak ve yükümlülöklere tabi olmaz.³¹²

³⁰⁷ Lachs, *op. cit.*, s. 175.

³⁰⁸ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 113.

³⁰⁹ Bu anlaşmalar genel çok taraflı anlaşma olarak nitelenmiştir. ILC, Summary Records of the Fourteenth Session, A/C.N.4/Ser.A/1962, YbILC, Vol. I, 1962, s. 239.

³¹⁰ Tunkin, **op. cit.**, s. 538.

³¹¹ Öktem, *op. cit.*, s. 455.

312 **Ibid.**

Yukarıda açıklanan tüm ihtimallerde genel norm ile korunan uluslararası toplumun ortak hukuki menfaati, devletin irade serbestisi çerçevesinde vazgeçilebilir niteliktedir. Bu ihtimallerde uluslararası toplumu derinden sarsan bir durum söz konusu değildir. Oysaki bazı genel uluslararası hukuk normları açısından durum farklıdır: Bazı normların koruduğu ortak menfaatler diğer tüm menfaatlere üstün gelir³¹³ ve bu nedenle bunlar ihlal edilirse tüm uluslararası toplum zarar görür. İşte bu normlar emredicidir.

Emredici normlar uluslararası toplumun ortak ve üstün gelen menfaatlerini koruyan normlar olduğu³¹⁴ için bunlardan sapmaya hiçbir şekilde izin verilmemektedir. Devletlerin bireysel menfaatleri ile emredici normların koruduğu ortak ve üstün gelen menfaatler çatıştığında, devletlerin irade serbestisi sınırlanmaktadır.³¹⁵ Kaldı ki böyle bir durumda devletlerin bireysel menfaatlerinden dahi söz edilemeyecektir; yalnızca ortak menfaatleri mevcut olacaktır.³¹⁶ Bu nedenle emredici normlara ne ısrarlı itirazcı olmak³¹⁷ ne de bunlardan çekince koyarak veya başka bir andlaşma yaparak sapmak mümkün değildir.³¹⁸

Emredici normların koruduğu hukuki menfaatin niteliği, emredici normu oluşturan unsurlardan biridir. Tüm emredici normların ortak özelliği, korudukları hukuki menfaatin uluslararası toplumun ortak ve üstün gelen menfaatleri olmasıdır. Uluslararası toplumun ortak ve üstün gelen menfaatleri özellikle birey odaklı menfaatlerdir. Çoğu emredici norm “*bireyin korunması için oluşturulmuş*” normlardır.³¹⁹

³¹³ Linderfalk, Normative Conflict..., **op. cit.**, s. 976.

³¹⁴ ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016, s. 44.

³¹⁵ Orakhelashvili, Peremptory Norms..., **op. cit.**, s. 44.

³¹⁶ ICJ, Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15, s. 23.

³¹⁷ Costelloe, **op. cit.**, s. 21.

³¹⁸ Yargıç Lachs, Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği davasında yazdığı karşıt görüşte *jus cogens* olmayan bir genel kuralın, devletlerin o kuraldan ayrı bir tutum benimsemesine engel olamayacağını bildirmiştir. ICJ, North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, Dissenting Opinion of Judge Lachs, s. 229.

³¹⁹ ILC, Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur Law of Treaties, A/CN.4/115, YbILC, Vol. II, 1958, s. 40.

Uluslararası hukuk özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında birey odaklı üstün hukuki menfaat ve değerlere önem atfetmiştir. Klasik uluslararası hukukun devlet odaklı anlayışı herkesi kapsayan bir uluslararası toplum anlayışına evrilmektedir. Nitekim uluslararası hukukun rızaya dayalı devletler arası iki taraflı hukuki ilişkilerden (*bilateralism*), uluslararası toplumun menfaatlerine (*community interests*) önem veren bir hukuk düzeni anlayışına eğilim gösterdiği düşünülmektedir.³²⁰ Ortaya çıkan bu eğilim, “*insanlığın temel mülahazaları*” gibi kavramların da artık uluslararası hukuk terminolojisinde yer bulmasıyla pekişmiştir.³²¹ Söz konusu kavramların hukuki boyutu olduğu kadar ahlakilik üzerinden temellendirilmesi de mümkündür.

b. Emredici Norm ve Ahlakilik İlişkisi

Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere emredici normlar bireyin korunması gayesi ile yakından ilişkilidir. Dolayısıyla emredici normların koruduğu üstün hukuki menfaatlerin belirlenmesinde ahlakilik de rol oynamaktadır.³²² Ahlakilik her ne kadar zaman zaman hukuk ötesi bir kavram olarak değerlendirilmekte olsa da emredici normlar ile olan yakın bağı sebebiyle bu çalışmada emredici normların maddi unsurlarından biri olarak ifade edilmiştir.

Emredici normların “*hiyerarşik üstünlük*” özelliği “*uluslararası hukuk düzeninin en önemli haklarını tanıyan uluslararası hukukun yüksek ilkelerini onaylaması*” ve “*uluslararası toplumun en temel ilkelerine ve amaçlarına hukuki form vermesi*” ile açıklanmaktadır.³²³ İşte bu ilkelerin ve amaçların belirlenmesinde

³²⁰ Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, **RCADI** Cilt: 250, 1994, ss. 217- 384, Aktaran Benedict Kingsbury, Meghan Donaldson, “From Bilateralism to Publicness in International Law”, Ulrich Fastenrath *et al.* (der.), **From Bilateralism to Community Interest- Essays in Honour of Judge Bruno Simma**, New York: Oxford University Press, 2011, ss. 79-89, s. 79.

³²¹ UAD, Korfu davasında Arnavutluk’un bildirim yükümlülüğünün “*insanlığın temel mülahazalarına*” dayandığını belirtmiştir. ICJ, Corfu Channel Case, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 4, s. 22.

³²² Orakhelashvili, Peremptory Norms..., **op. cit.**, s. 48.

³²³ ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, Seperate Opinion of Judge ad hoc Dugard, s. 89, § 10.

ahlakilik önemli bir rol oynar³²⁴; emredici normlar ahlaki düşüncelerin uluslararası hukukta vücut bulmasını sağlamıştır.³²⁵

Ahlaki düşüncelere pozitif uluslararası hukukta yer verilmesi, aslında emredici norm kavramının kodifikasyonundan bağımsız olarak devletlerin insancıl değerlerden doğan ahlaki yükümlülükleri olduğu düşüncesi ile boy göstermiştir.³²⁶ Bunun örneğini 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmelerinin başlangıç metninde bulunan Martens kaydı oluşturur. Martens kaydına göre “...(sözleşmede) *düzenlenmemiş hallerde, siviller ve muharipler, medeni insanlar arasında yerleşmiş uygulamalardan, insanlığın kanunlarından ve kamu vicdanının gereklerinden doğan milletler hukuku ilkelerinin koruması ve emri altındadır.*”³²⁷ Martens kaydının insan onurunu koruma gayesiyle düzenlendiği ve uluslararası hukukta ahlakilik konusunda sonraları emredici normlar ile doldurulacak olan boşluğu doldurduğu düşünülmektedir.³²⁸

Uluslararası hukukta emredici normların ahlakilik ile olan bağına ilişkin bir başka ifadeye 1934’te UDAD tarafından görülen *Oscar Schinn* davasında Yargıç Schükking tarafından yazılan ayırık görüşte rastlanır. Buna göre “*Divan, içeriği ahlaka aykırı olan bir sözleşmeyi asla uygulamaz.*”³²⁹ Ayırık görüşün yazıldığı tarihte her ne kadar emredici norm kavramı pozitif andlaşmalar hukukunun bir parçası olmasa da bir uluslararası mahkemenin ahlaka aykırı bir sözleşmeyi uygulamayacağı düşüncesi açıkça ifade edilmiştir. Zira içeriği ahlaka aykırı bir sözleşmenin, ait olduğu hukuk

³²⁴ Weatherall, **op. cit.**, s. 83.

³²⁵ Andrea Bianchi, “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*”, **EJIL**, Cilt: 19, Sayı: 3, 2008, ss. 491-508, s. 495.

³²⁶ Weatherall, **op. cit.**, s. 80.

³²⁷ The Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 29 Temmuz 1899, (<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=9FE084CDAC63D10FC12563CD00515C4D>), Son Erişim Tarihi: 02.03.2022); The Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 Ekim 1907, (<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=BD48EA8AD56596A3C12563CD0051653F>), Son Erişim Tarihi: 02.03.2022).

³²⁸ Weatherall, **op. cit.**, s. 80.

³²⁹ PCIJ, The Oscar Chinn Case, Judgment of December 12th, 1934, PCIJ, Series A/B., Fascicule No. 63, Separate Opinion of M. Schükking, §§ 149, 150.

düzeninin temel değerlerini zedeleyeceği konusunda o zaman dahi bir şüphe bulunmamaktadır.

Uluslararası yargı kararlarında emredici normların ahlakilik unsuruna ilişkin düşüncelere ilk defa UAD tarafından verilen 1951 tarihli *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler* danışma görüşünde rastlanır. Divan’a göre uluslararası hukukta soykırım suçu “...insanlığın vicdanını şoke eden ve insanlığa büyük kayıplar verdiren ve ahlaki hukuka aykırı olan...bir ret” içermektedir.³³⁰ Ayrıca Soykırım Sözleşmesi’nin amaçlarından biri de “*ahlakiliğin en temel ilkelerini doğrulamak ve desteklemektir.*”³³¹ Böylece Divan bir emredici norm olan soykırım yasağı bağlamında, insanlığın temel değerlerinden türeyen normların ahlaki niteliğini vurgulamıştır.³³² Ahlakilik unsuru bir normu, uluslararası toplumun tüm üyelerini bağlayan ve aksi kararlaştırılamayan bir emredici norm yapmaktadır.³³³

UHK özel raportörü Lauterpacht 1953 tarihli ilk raporunda emredici normları “*uluslararası ahlakiliği ifade eden normlar*” olarak değerlendirmiştir.³³⁴ Öyle ki Lauterpacht, amacı uluslararası hukukun üstün ilkelerine aykırı olan andlaşmaların geçersizliği bahsinde, söz konusu ilkelerin uluslararası ahlakın açık ifadesi olduğunu ve bir uluslararası mahkemenin bunları hukuk genel ilkeleri olarak uygulayabileceğini ifade etmiştir.³³⁵ Bununla birlikte ahlakilik unsuru içeren emredici norm niteliğinin bir hukuk genel ilkesinde bulunabileceği gibi, andlaşma ve teamül gibi uluslararası hukukun diğer kurallarında da pek tabii bulunabileceği unutulmamalıdır. Yalnızca o tarihlerde andlaşmalar hukuku kodifikasyonu için çalışmalara yeni başlanmıştır ve henüz emredici norm kavramı uluslararası hukukun kaynaklarına özgülenmeksizin pozitif hukukun bir parçası haline gelmemiştir.

³³⁰ ICJ, Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15, s. 23.

³³¹ **Ibid.**

³³² Weatherall, **op. cit.**, s. 82.

³³³ **Ibid.**

³³⁴ ILC, Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63, YbILC, Vol. II, 1953, s. 155, para. 4.

³³⁵ A/CN.4/63, “Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur”, **Yearbook of the International Law Commission**, Vol. II, 1953, s. 155, para. 4.

UHK'nin bir sonraki özel raportörü Fitzmaurice 1958 tarihli raporunda emredici normların ortak özelliğinin “*yalnızca hukuki kuralları değil, ahlaki düşünceleri ve uluslararası kamu düzenini de içermesi*” olduğunu belirtmiştir.³³⁶ Böylece Fitzmaurice de selefi Lauterpacht gibi emredici normları ahlakilik unsuru ile tanımlamıştır.

Tüm bu bilgiler ışığında her ne kadar VAHS'de yapılan emredici norm tanımında ahlakilik unsuruna dair bir iz olmasa da emredici normların içeriğinin ahlaki değerlerle yakından ilişkili olduğu kabul edilmektedir.

c. Uluslararası Kamu Düzeni

Hiçbir şekilde aksi kararlaştırılamayan uluslararası hukukun emredici normları, uluslararası kamu düzenini oluşturmaktadır.³³⁷ Böylece uluslararası hukuk sistemini korumayı amaçlamaktadır.³³⁸

Hukuk sistemlerinde kamu düzeninin bozulmaması için bazı kuralların hiçbir şekilde aksinin kararlaştırılmasına müsaade edilmez. Bu kurallar kamu düzeni kurallarıdır ve bunların her hukuk sisteminin vazgeçilmezi olduğu düşünülmektedir.³³⁹ Kamu düzeni kavramının tanımına 1958 tarihli UAD *Çocukların Velayeti* davasında³⁴⁰ yargıç Moreno Quintana tarafından yazılan ayrık görüşte rastlanır. Bu tanıma göre kamu düzeni “...*özel sözleşmelerle veya yabancı hukukla bir kenara bırakılamayacak hukuki ilkelerden...*” oluşan tüm hukuki manzume anlamına gelmektedir.³⁴¹

³³⁶ ILC, Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur Law of Treaties, A/CN.4/115, YbILC, Vol. II, 1958, s. 41, para. 76.

³³⁷ VAHS 53. Madde metninde uluslararası kamu düzeni kavramının kullanılmasından imtina edilmiş olmasına yapılan vurgu ve merkezi olmayan yapıdaki uluslararası hukuka kamu düzeni kavramı dahil olmak üzere iç hukukta mevcut olan *jus cogensin* tüm özelliklerinin sunulmasının uygun olmadığı görüşü için bkz. Alexidze, **op. cit.**, s. 255.

³³⁸ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 10.

³³⁹ **Ibid.**, s. 11.

³⁴⁰ ICJ, Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgement, I.C.J. Reports 1958, p. 55.

³⁴¹ ICJ, Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgement, I.C.J. Reports 1958, p. 55, Separate Opinion of Judge Moreno Quintana, s. 105.

Kamu düzeni kavramı iç hukuk sistemlerinde yerleşik bir anlayış haline gelmiştir.³⁴² Herhangi bir devletin hukuk sisteminde kamu düzeni kavramı, genellikle o devlette baskın olan anlayışa göre şekillenir. Buna karşılık, uluslararası hukuk sistemi içinde kamu düzeni kavramının içeriğini belirlemek daha meşakkatlidir. Zira uluslararası hukuk, farklı kamu düzeni anlayışına sahip olan birçok ulus devlet arasındaki ilişkilerin hukukudur.³⁴³ Yine de farklı hukuk sistemlerinde kamu düzeni anlayışının içeriğini tespit etmek için asgari ve ortak bir ölçüt mevcuttur: Tüm kamu düzeni kuralları belli bir değer yargısına dayanır.³⁴⁴ Buradan hareketle uluslararası kamu düzeni kavramının somutlaştırılması mümkün görünmektedir. Bir devletin iç hukukunda kamu düzeni kavramı toplumun değer yargıları ile somutlaştırıldığı gibi uluslararası hukuk sisteminde de uluslararası toplumunun değer yargıları ile uluslararası kamu düzeni kavramının içeriği belirlenir.

Uluslararası hukukta kamu düzeni kavramı iç hukuktaki kamu düzeni ile analogi yapılarak ifade edilse de ikisi birbirinden ayrılmaktadır. Uluslararası kamu düzeni, uluslararası hukuk çatısı altında bulunan tüm milletler için ortak bir kamu düzeni anlayışını vurgulamaktadır.³⁴⁵ Nitekim 1958 tarihli UAD *Çocukların Velayeti* davasında yargıç Lauterpacht tarafından yazılan ayrık görüşte, kamu düzeni anlayışının yalnızca devletlerin bireysel hukuk sistemleri esas alınarak değil “UAD Statüsü 38. madde anlamındaki tüm hukuk genel ilkeleriyle aynı şekilde, yani, medeni milletlerin iç hukuktaki deneyimlerinin ve uygulamalarının esas alınarak” tespit edilebileceğini belirtmiştir.³⁴⁶ Tüm bu açıklamalar ışığında uluslararası kamu düzeni kavramının farklı hukuk sistemlerinde benimsenen temel ilkelerden teşekkül ettiği düşünülmektedir.³⁴⁷

³⁴² Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 11.

³⁴³ Kamu düzeni kavramının ulusal hukuklarda farklı içeriklere sahip olabileceğini ifade eden “*kamu düzeninin göreceliği doktrini*” kapsamında bazı yaklaşımların mevcut olduğu ve bu yaklaşımların normun niteliğinden ziyade normun içerdiği durumun kamu düzeni ile olan ilişkisini esas aldığı ifade edilmektedir. **Ibid.**, s. 20.

³⁴⁴ **Ibid.**, ss. 13, 14.

³⁴⁵ **Ibid.**, s. 17.

³⁴⁶ ICJ, *Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, Judgment, I.C.J. Reports 1958, p. 55, Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, s. 92.

³⁴⁷ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 18.

Uluslararası hukukta bir kamu düzeninin varlığına ilişkin düşünceler, bütünün üstün menfaatlerinin hukuk kişilerinin yaptıkları özel sözleşmelerle zedelenmesini engelleyen ilkelerin her hukuk sisteminde var olduğunun kabulüne dayanmaktadır.³⁴⁸ Hatta böyle bir kabul, hukuki bir gereklilik olarak görülmektedir.³⁴⁹ Zira uluslararası kamu düzeninin ortaya koyduğu ilkelere saygı “uluslararası toplumu oluşturan siyasi birimlerin hukuki olarak bir arada var olabilmeleri için zaruridir.”³⁵⁰

Uluslararası kamu düzeninden ancak emredici normlar sayesinde söz edilebilmektedir; emredici normlar kendilerine aykırı andlaşma hükümlerini geçersiz kılarak bir uluslararası kamu düzeni oluşturma işlevini yerine getirmektedir.³⁵¹ Öyle ki uluslararası hukukta emredici normların zaman zaman uluslararası kamu düzeni kavramıyla aynı olduğu dahi düşünülmektedir.³⁵² Gerçekten de emredici normlar ile uluslararası kamu düzeni kavramı arasında çok güçlü bir bağ vardır. Özellikle emredici normların andlaşmaları geçersiz kılma etkisini haiz olması uluslararası kamu düzeni ile temellendirilir. Nitekim VAHS’nin 53. maddesinin oluşumuna giden süreçte özel raportör Lauterpacht bir andlaşmanın amacının hukuka aykırılığı sebebiyle geçersizliğini uluslararası kamu düzenine aykırı olmasıyla bağdaştırmış³⁵³; özel raportör Fitzmaurice *jus cogens* kavramını “yalnızca hukuki kuralları değil... uluslararası kamu düzenini de” kapsayacak şekilde değerlendirmiş³⁵⁴; özel raportör Waldock ise andlaşmaların hukuka aykırılık sebebiyle geçersizliği bahsinde modern uluslararası hukukun “...*jus cogens kuralları içeren bir uluslararası kamu düzeninin varlığını varsaydığını*” vurgulamıştır.³⁵⁵

Uluslararası toplum, kendi için çok önemli olan ve ihlal edildiği takdirde içinde bulunduğu barış ortamını derinden sarsacak temel değerleri korumayı hedefler. İşte bu

³⁴⁸ **Ibid.**, s. 28.

³⁴⁹ **Ibid.**

³⁵⁰ ICJ, Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgement, I.C.J. Reports 1958, p. 55, Separate Opinion of Judge Moreno Quintana, s. 106.

³⁵¹ Orakhelashvili, Peremptory Norms..., **op. cit.**, s. 30.

³⁵² Pierre-Marie Dupuy, “L’unité de l’ordre juridique international”, **RCADI**, Cilt: 297, 2002, ss. 282-283, Aktaran Orakhelashvili, Peremptory Norms..., **op. cit.** s. 30.

³⁵³ ILC, Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63, YbILC, Vol. II, 1953, s. 155, para. 4.

³⁵⁴ ILC, Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur Law of Treaties, A/CN.4/115, YbILC, Vol. II, 1958, s. 41, para. 76.

³⁵⁵ ILC, Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/156 and Add.1-3, YbILC, Vol. II, 1963, s. 52, para. 1.

temel değerlerin korunması sayesinde oluşan barış ortamı uluslararası kamu düzenidir. Uluslararası kamu düzeninin tesisi emredici normlarla gerçekleştirilmektedir.³⁵⁶ Zira aksi kararlaştırılamayan emredici normların sağladığı koruma normatif olarak en güçlü korumadır.

Her hukuk sisteminde mevcut kamu düzeni anlayışı zaman içinde o toplumun temel değerlerine göre şekillenir. Dolayısıyla uluslararası toplumun ihtiyaçları ve değerleri değiştikçe³⁵⁷ uluslararası kamu düzeni kavramının kapsamı da değişebilir. Nitekim VAHS'nin 64. maddesinde belirtilen yeni bir emredici normun ortaya çıkması ihtimali de bu düşüncüyü destekler görünmektedir. O halde uluslararası hukukun emredici normlarının içeriği sayesinde belli bir dönemde uluslararası toplumun uluslararası kamu düzeni anlayışını tespit etmek mümkündür.

B. Uluslararası Hukukun Emredici Normlarının Uluslararası Hukuk Kaynakları ve Bazı Hukuki İşlemler ile İlişkisi

Uluslararası hukukun emredici normlarının, yukarıda açıklandığı üzere, uluslararası hukukta bir normlar hiyerarşisi yarattığı ve bu hiyerarşide en üst konumda olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple klasik uluslararası hukuk yapısına belli ölçüde yabancı olduğu düşünülen emredici normların mahiyetinin ortaya konması önem kazanmaktadır. Hiyerarşinin en üstünde bulunan bu uluslararası hukuk normlarının kaynaklarının neler olabileceği ve diğer normlar üzerinde hukuki etkisi meseleleri bu bağlamda incelenmelidir. Bunun yanı sıra, emredici normların hukuki etkisinin yalnızca diğer uluslararası hukuk normlarına değil, uluslararası hukukta bazı hukuki işlemlere de sirayet etmiş olması sebebiyle bu incelemenin kapsamı genişletilmelidir. Bu iki mesele aşağıda emredici normların uluslararası hukukun asli kaynakları ile

³⁵⁶ Dupuy, *op. cit.*, s. 282, Aktaran Elif Başkaracaoğlu, **Uluslararası Hukukta “Jus Cogens” (Emredici Kurallar)**, Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 63.

³⁵⁷ Christian Tomuschat, “Reconceptualizing the Debate on *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*-Concluding Observations”, Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (der.), **The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes***, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ss. 425-436, s. 428.

ilişkisi ve emredici normların bazı hukuki işlemler ile ilişkisi başlıkları altında incelenecektir.

İlk mesele olan emredici normların kaynaklarının neler olabileceği sorusu andlaşmalar hukuku, uluslararası teamül hukuku ve hukuk genel ilkeleri bağlamında, emredici normların uluslararası hukukun asli kaynakları ile ilişkisi başlığı altında cevaplanacaktır. Ancak emredici normlar bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilip tanınan normlar olduğu için, bunların zaten tek taraflı hukuki işlemler veya BM Güvenlik Konseyi kararı ile oluşabilmesi mümkün olmadığından, bu meselenin emredici normların bazı hukuki işlemlerle ilişkisi başlığı altında incelenmesine gerek görülmemiştir.

Belirtmek gerekir ki, VAHS sayesinde uluslararası hukukun emredici normlarının hukuki etkisinin en başta yalnızca andlaşmalar hukuku kapsamında doğduğunu söylemek mümkün olsa da zamanla emredici normların hukuki etkisi uluslararası hukukun diğer alanlarına da yayılmıştır.³⁵⁸ Bu etkinin oluşabileceği alanlara, uluslararası teamül hukuku³⁵⁹ ve hukuk genel ilkeleri³⁶⁰ gibi uluslararası hukukun diğer asli kaynaklarının yanında, uluslararası hukukta adeta bir hukuk kuralı gibi hak ve yükümlülük yaratabilen ancak salt iradeci görüş tarafından kaynak olarak nitelendirilmeyen³⁶¹ devletlerin tek taraflı işlemleri³⁶² ve BM Güvenlik Konseyi kararları³⁶³ gibi hukuki işlemler de dahil olmuştur.

Bu bilgiler ışığında ikinci mesele olan emredici normların hukuki etkisi ise hem emredici normların uluslararası hukukun asli kaynakları ile ilişkisi hem de emredici normların bazı hukuki işlemlerle ilişkisi başlığı altında ele alınacaktır. Zira emredici normlar kendisiyle çatışan tüm normları ve hukuki işlemleri geçersiz kılmaktadır.

³⁵⁸ Alexander Orakhelashvili, “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions”, *EJIL*, Cilt: 16, Sayı: 1, 2005, ss. 59- 88, s. 63.

³⁵⁹ ILC, Third Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/714, 70th Session, 2018, s. 43.

³⁶⁰ Sten Verhoeven, *Norms of Jus Cogens in International Law a Positivist and Constitutionalist Approach*, Doktora Tezi, Leuven, 2011, s. 187.

³⁶¹ Pazarcı, *op. cit.*, s. 34.

³⁶² Kadelbach, *op. cit.*, s. 29.

³⁶³ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, ss. 415-416.

1. Emredici Normların Uluslararası Hukukun Asli Kaynakları ile İlişkisi

UAD Statüsü'nün 38. maddesinde uluslararası hukukun asli kaynakları "...a) ...genel veya özel nitelikli uluslararası andlaşmalar, b) ... uluslararası teamül, c) ... hukukun genel ilkeleri..." olarak belirtilmiştir.³⁶⁴ Bu kaynaklar arasında herhangi bir hiyerarşi bulunmamaktadır.³⁶⁵

Uluslararası hukukun asli kaynaklarından andlaşma ve teamül ile konulan uluslararası hukuk normları birbirine eşit normatif etkiye sahiptir.³⁶⁶ Tamamlayıcı nitelikte olan hukuk genel ilkelerinin³⁶⁷ normatif etkisi de farklı değildir. Bununla birlikte emredici normların aksi kararlaştırılmadığı için normatif etkisi diğer tüm normlarınkinden daha güçlüdür. Bu nedenle emredici normların kabulüyle birlikte uluslararası hukukta oluşan normlar hiyerarşisinde, emredici normlar en üstte yer almaktadır.³⁶⁸

Emredici normlar haricindeki tüm uluslararası hukuk normları birbirlerine eşit seviyededir.³⁶⁹ Birbirine eşit seviyede olan uluslararası hukuk normlarının çatışması halinde tüm hukuk sistemlerinde benimsenen kanunlar ihtilafı kuralları kullanılabilecekken³⁷⁰ çatışan normlardan biri emredici norm ise buna gerek

³⁶⁴ Statute of the International Court of Justice, 18 Nisan 1946, (<https://www.icj-cij.org/en/statute> , Son Erişim Tarihi: 02.03.2022)

³⁶⁵ Cassese, **op. cit.**, s. 198; Alexidze, **op. cit.**, s. 259.

³⁶⁶ Cassese, **op. cit.**, s. 198; Uluslararası hukukta normatif hiyerarşiye ilişkin felsefi yaklaşımlar için bkz. J. H. H. Weiler, Andreas L. Paulus, "The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?", **EJIL**, Cilt: 8, Sayı: 4, 1997, ss. 545-565.

³⁶⁷ Dinh *et al.*, **op. cit.**, s. 127.

³⁶⁸ Cassese, **op. cit.**, s. 199.

³⁶⁹ **Ibid.**, s. 198.

³⁷⁰ Kanunlar ihtilafı kuralları sonraki kuralın öncekine, özel kuralın genele üstün olduğu; sonraki genel kuralın ise önceki özel kurala üstün olmadığı anlamına gelen *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. İlkelerinden oluşmaktadır. **Ibid.**, s. 199.

kalmamaktadır. O halde teknik olarak emredici norm kavramı farklı uluslararası hukuk kurallarının çatışması halinde bu çatışmayı çözmek için kullanılır.³⁷¹

Emredici normlardan bir devletin iradesi o yönde olsa dahi feragat edememesi, onları diğer tüm normlardan üstün kılar ve bu özellik çatışan andlaşma hükümleri, teamül kuralları ve hukuk genel ilkelerinin tümü bakımından geçerlidir.³⁷² Bir başka ifadeyle hangi uluslararası hukuk kaynağı söz konusu olursa olsun, çatışan kurallardan biri emredici ise diğerine üstün gelecektir.

VAHS'nin 53. ve 64. maddeleri emredici normlar ile diğer normlar arasında gerçek bir normlar hiyerarşisi yaratmıştır. Ancak bu emredici normların yeni bir uluslararası hukuk kaynağı olduğu anlamına gelmemektedir.³⁷³ Uluslararası hukukta emredici norm kavramı müstakil bir uluslararası hukuk kaynağını belirtmekten ziyade³⁷⁴, bir uluslararası hukuk kuralının normatif niteliğini anlatmaktadır.

Diğer tüm normlara üstün gelen emredici normların kaynağının ne olduğu meselesi birçok yazar tarafından tartışılmış ve farklı sonuçlara varılmıştır: Uluslararası hukukun üç asli kaynağının tekli³⁷⁵, ikili³⁷⁶ ve üçlü³⁷⁷ kombinasyonları şeklinde yapılan gruplandırmalarla emredici normların kaynağının araştırıldığı çeşitli görüşler

³⁷¹ Ulf Linderfalk, The Effect of..., **op. cit.**, s. 854. Cf. Annika Tahvanainen, "Hierarchy of Norms in International and Human Rights Law", **Nordisk Tidsskrift For Menneskerettigheter**, Cilt: 24, Sayı: 3, ss. 191-205, s. 193.

³⁷² James Crawford, **Creation of States in International Law**, Oxford University Press, 2006, s. 102, Aktaran Conklin, **op. cit.**, s. 837.

³⁷³ Dinh *et al.*, **op. cit.** s. 187.

³⁷⁴ Emredici normların müstakil bir kaynak teşkil ettiği yönündeki aksi görüşün ve emredici normların yeni bir *sui generis* kaynak gerektirdiği yönünde başka bir görüşün de varlığından söz edilmektedir. Kolb, The Formal Source..., **op. cit.**, s. 70.

³⁷⁵ Emredici normların yalnızca uluslararası teamül hukukuyla oluştuğu görüşü için bkz. Ian Brownlie, **Principles of Public International Law**, New York: Oxford University Press, 2002, s. 515.

³⁷⁶ Emredici normların kaynağının her zaman genel bir uluslararası teamül kuralı olduğu ve bir andlaşmanın genel bir uluslararası teamül kuralını yansıtmaları mümkün olduğu için bunun da emredici normun kaynağı olabileceği düşüncesi için bkz. Linderfalk, Normative Conflict..., **op. cit.**, s. 966.

³⁷⁷ Emredici normların kaynağının genel uluslararası hukuku yansıtan teamüller ve andlaşmalar yanında hukuk genel ilkeleri de olabileceği yönündeki görüş için bkz. Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 103 *et seq.*

mevcuttur.³⁷⁸ Tüm bunlara ek olarak emredici normların müstakil veya kendine has bir kaynak olduğunu savunan görüşlere de rastlanmaktadır.³⁷⁹

İlk bakışta uluslararası hukukun asli kaynakları olan andlaşmalar, teamüller ve hukuk genel ilkelerinin bir emredici normun kaynağı olmasının önünde bir engel olmadığı düşünülebilir. Zira üç asli kaynağın da genel uluslararası hukuk normu oluşturması mümkündür. Bununla birlikte öğretide bazı uluslararası hukuk kaynaklarının emredici norm oluşturmak için uygun bir yapıya sahip olmadığı yönünde bazı düşüncelere rastlanmaktadır.³⁸⁰ Emredici normların kaynağının neler olabileceği, bu çerçevede, emredici normların genel uluslararası hukukun temel ilkeleri olduğu göz önünde bulundurularak³⁸¹ incelenmelidir.

Hiçbir şekilde aksi kararlaştırılamayan emredici normların üstün normatif etkisi, kendisiyle çatışan diğer norm üzerinde sonuçlarını doğurur. Doğurduğu sonuç ise emredici norma aykırılığın yaptırımıdır: Emredici norm kendisiyle çatışan tüm normları geçersiz hale getirir.³⁸² Kendisiyle çatışan normun kaynağı andlaşma, teamül veya hukuk genel ilkesi olabilir.

Emredici normların kaynaklarının neler olabileceği ve kendisiyle çatışan diğer normları oluşturan kaynaklar üzerindeki hukuki etkisi birbirinden ayrı iki konudur. Ancak emredici normların uluslararası hukukun asli kaynakları ile olan ilişkisi temel olarak bu iki konu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle belirtilen iki temel konu aşağıda emredici normların sırasıyla; andlaşmalar hukuku, teamül hukuku ve hukuk genel ilkeleri ile olan ilişkisi başlıkları altında incelenecektir.

³⁷⁸ Emredici normlarının kaynaklarına ilişkin tartışmalar için bkz. Kolb, *The Formal Source...*, **op. cit.**, s. 70 *et seq.*

³⁷⁹ **Ibid.**, s. 70.

³⁸⁰ **Ibid.**, s. 70 *et seq.*

³⁸¹ Alexidze, **op. cit.**, s. 260.

³⁸² Devletlerin irade birliği olsa dahi emredici normlardan sapamadığı düşünüldüğünde, yalnızca bir devletin iradesini yansıtan tek taraflı işlemler emredici normlarla çatışmaları halinde *a fortiori* geçersiz kabul edilir. Kadelbach, **op. cit.**, s. 29.

a. Emredici Normların Uluslararası Andlaşmalar Hukuku ile İlişkisi

Emredici normların andlaşmalar hukuku ile ilişkisi araştırılırken ilk olarak andlaşmaların bir emredici normun kaynağı olup olamayacağı sorusu cevaplanacak ikinci olarak ise emredici normların kendisiyle çatışan andlaşmalar üzerindeki hukuki etkileri incelenecektir.

i. Uluslararası andlaşmalar emredici normların kaynağı olabilir mi?

Uluslararası hukukta andlaşmaların bir emredici normun kaynağını oluşturması çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Andlaşmalar ile emredici normların oluşturulabileceği düşünüldüğü gibi andlaşmaların bir emredici normun kaynağı olma kabiliyeti belli özellikleri sebebiyle sorgulanmıştır.

Emredici normlar genel uluslararası hukukun aksi kararlaştırılamayan normları olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından tanınır ve kabul edilirler.³⁸³ Emredici niteliğin belli normlara atfedilmesi yine devletlerin ortak iradesi neticesinde gerçekleşir. Bununla birlikte, bahsi geçen ortak iradenin yalnızca iki veya birkaç devlete özgü olması yeterli değildir; devletlerin uluslararası toplumunun belli bir normun emredici olduğu yönünde ortak ve genel iradesinin olması gerekmektedir.³⁸⁴ Böylece bu norm, bir genel uluslararası hukuk normu olan emredici norm niteliğini kazanacak ve tüm devletleri bağlayacaktır.

İki veya daha fazla devlet arasında akdedilen uluslararası andlaşmalar yalnızca andlaşmanın tarafları için hak ve yükümlülük doğurur³⁸⁵; taraf olmayan devletlerin rızası olmadığı sürece onlara hak ve yükümlülük vermez.³⁸⁶ Bu nedenle bir andlaşma

³⁸³ Alexidze, **op. cit.**, s. 256.

³⁸⁴ **Ibid.**, s. 254.

³⁸⁵ Roberts, Sivakumaran, **op. cit.**, s. 91.

³⁸⁶ VAHS 34. maddesinde “Bir andlaşma, rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır” şeklinde ifade edilen *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* ilkesi uluslararası hukukta geniş çapta kabul görmektedir. P. K. Menon, “Primary, Subsidiary and other Possible Sources of International Law”, **Sri Lanka JIL**, Cilt: 1, 1989, ss. 113- 150, s. 117.

ile konulan norm yalnızca andlaşmanın taraflarını bağlar meğerki söz konusu norm uluslararası hukukta kabul edilen bir teamül kuralı olsun. Şu durumda iki veya daha fazla devlet arasında akdedilen bir andlaşmada düzenlenen ve teamül olarak kabul edilmeyen bir norm genel uluslararası hukuk kuralı değildir. Oysaki bir emredici normun genel uluslararası hukuk normu olduğu ve tüm devletleri bağladığı konusunda şüphe yoktur. Bu nedenle iki taraflı andlaşmaların ve teamül olmayan çok taraflı andlaşmaların bir emredici normun kaynağı olamayacağı düşünülmektedir.

Genel çok taraflı uluslararası andlaşmaların emredici normların kaynağı olması ise mümkün görülmektedir.³⁸⁷ Zira emredici normun evrensel nitelikte olması ve tüm devletleri bağlaması özelliği genel çok taraflı andlaşmalar yoluyla sağlanabilir.³⁸⁸ Bu düşünce, genel çok taraflı andlaşmaların genel uluslararası hukuk normu olduğunun kabulüne dayanır.³⁸⁹ Bununla birlikte genel uluslararası hukuk kavramı UAD'nin içtihadında çoğunlukla yalnızca evrensel niteliğe sahip uluslararası teamül hukuku kurallarını ifade etmek için kullanılmıştır.³⁹⁰ Uluslararası andlaşmalar genel uluslararası hukuk oluşturmadığı için bunların emredici normların kaynağı olamayacağı görüşünün daha baskın olduğu ifade edilmektedir.³⁹¹ Buna karşılık UHK, genel çok taraflı andlaşmalar ile bir emredici normun değiştirilebileceğini kabul etmiştir.³⁹² Bu nedenle genel çok taraflı andlaşmalar ile bir emredici normun oluşturulabileceği sonucuna varılmaktadır.³⁹³

Uluslararası andlaşmaların emredici normların kaynağı olamayacağının düşünülmesine sebep olan bir olgu ise andlaşmalarda fesih veya çekilme hükümlerinin

³⁸⁷ Alexidze, **op. cit.**, ss. 262, 263.

³⁸⁸ Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, s. 248.

³⁸⁹ Grigory Tunkin ve Viyana Konferansı esnasında bazı devlet temsilcileri andlaşmalar hukukunun da genel uluslararası hukuk oluşturabileceğini savunmuştur. ILC, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017, s. 27.

³⁹⁰ ICJ, Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, § 132; ICJ, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, § 90; ICJ, Nottebohm Case (Preliminary Objection), Judgment, I.C.J. Reports 1953, p. III, s. 120; ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, § 150.

³⁹¹ ILC, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017, s. 28.

³⁹² Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, s. 248.

³⁹³ Çok taraflı bir andlaşmanın *jus cogens* oluşturabilmesi için tüm uluslararası hukuk kişilerinin ona taraf olması gerektiği yönündeki düşünce için bkz. Schwarzenberger, **op. cit.**, s. 470.

bulunabilmesidir.³⁹⁴ Bu açıdan bakıldığında çok taraflı bir andlaşmanın taraflarının andlaşmadan çekilmesi ihtimalinde söz konusu andlaşmanın genel uluslararası hukuk normu olma niteliğini kaybedebileceği akla gelmektedir.³⁹⁵ Bu nedenle çok taraflı andlaşmaların bir emredici norm oluşturmak için elverişli olmadığı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, çok taraflı andlaşmalarda düzenlenecek bir andlaşmadan çekilme yasağı ile böyle bir durumun önüne geçilebileceği de ifade edilmiştir.³⁹⁶

Çok taraflı bir andlaşmadan çekilme imkanının bulunması bu andlaşmanın emredici bir norm ihdas etmesinin önünde bir engel olarak görülmemelidir; bir devlet emredici normu içeren bir andlaşmadan çekilse dahi emredici normla hala bağlı olmaya devam edebilir.³⁹⁷ Zira emredici normların genel çok taraflı andlaşmalar veya genel teamüllerle olduğu kadar “*karışık norm*” olarak adlandırılan; bir yandan andlaşmanın taraflarını, diğer yandan teamül olarak andlaşmanın tarafı olmayan devletleri bağlayan normlarla da gösterilebileceği düşünülmektedir.³⁹⁸ Böyle bir ihtimalde taraf devletler çekildiği andlaşmanın yalnızca emredici olmayan hükümlerinden doğan yükümlülüklerinden kurtulabilecek; emredici hükümlerle ise uluslararası teamül hukuku çerçevesinde bağlı olmaya devam edecektir.

Sonuç olarak uluslararası hukukta emredici normların uluslararası toplumun ortak iradesini gösteren genel çok taraflı andlaşmalar vesilesiyle oluşturulabileceği düşünülmektedir.³⁹⁹ Bunun yanında, mevcut emredici normların uluslararası andlaşmalar ile kodifike edilebilmesi de mümkün görülmektedir.

³⁹⁴ Başkaracaoğlu, **op. cit.**, s. 42.

³⁹⁵ **Ibid.**

³⁹⁶ Hannikainen, **op. cit.** s. 218, Aktaran Başkaracaoğlu, **op. cit.**, s. 43.

³⁹⁷ UAD Nicaragua davasında verdiği bir örnekte, içeriği aynı zamanda teamül kuralı olan andlaşma hükümleri söz konusu olduğunda tarafların, “*andlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlal edilmesi*” (VAHS 60/3-b) nedeniyle andlaşmayı sona erdirmesi veya andlaşmanın yürürlüğünü askıya alması durumunda andlaşma hükmünün teamül kuralı niteliğini sürdüreceğini vurgulamıştır. *Mutatis mutandis* ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 1986, p. 14, s. 95.

³⁹⁸ Alexidze, **op. cit.**, s. 256.

³⁹⁹ **Ibid.**, ss. 262, 263.

ii. Emredici normların uluslararası andlaşmalar üzerindeki hukuki etkisi

Bir emredici normun andlaşmalar üzerinde hukuki etkisi iki farklı şekilde tezahür eder: Yapıldığı sırada mevcut emredici normlarla çatışan andlaşmaları geçersiz kılar (VAHS, Madde 53) ve sonradan ortaya çıkan bir emredici norm kendisiyle çatışan mevcut andlaşmaları geçersiz hale getirir ve sona erdirir (VAHS, Madde 64). Ayrıca, emredici normların andlaşmalara konulan bazı çekinceler üzerinde de hukuki etkisi doğar. Bunlar aşağıda sırayla incelenecektir.

VAHS'nin 53. maddesine göre *“bir andlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır.”*⁴⁰⁰ Bu hüküm ile mevcut bir emredici normla çatışacak şekilde akdedilen andlaşmaların geçersiz olacağı düzenlenmiştir.⁴⁰¹ Böyle bir andlaşmayı geçersiz kılan olgu mevcut bir emredici norma aykırılıktır. Emredici norm, kendisiyle çatışan hükümler içerecek şekilde akdedilen bir andlaşma üzerindeki hukuki etkisini onu geçersiz kılarak doğurur.⁴⁰²

Uluslararası hukukta yaptırım kavramının açık bir tanımı olmamakla birlikte⁴⁰³ geçersizlik, andlaşmaların emredici normlara aykırılığının yaptırımı olarak değerlendirilmektedir.⁴⁰⁴ Nitekim bir hukuk kuralının etkinliğini sağlamak amacıyla bu kurala aykırı bir hukuki işleme geçersizlik sonucunun bağlanması da bir yaptırımdır.⁴⁰⁵ VAHS'nin 53. maddesi bu doğrultuda, emredici normlara aykırı olarak

⁴⁰⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 Mayıs 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

⁴⁰¹ Andlaşma ile emredici normun çatışması durumuyla kastedilenin andlaşmanın içeriğiyle emredici normun içeriğinin örtüşmemesi olduğu, andlaşmanın uygulanmasının emredici normun içeriğiyle örtüşmemesinin bu kapsamda olmadığı görüşü için bkz. Başkaracaoğlu, **op. cit.**, s. 138.

⁴⁰² ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 184, para. 365.

⁴⁰³ Pazarcı, **op. cit.**, s. 407.

⁴⁰⁴ Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, s. 239, para. 8; Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 134 *et seq.*

⁴⁰⁵ Pazarcı, **op. cit.**, s. 408.

yapılacak andlaşmaları en baştan itibaren geçersiz kılarak etkinliğini sağlamaktadır. Böylece *ab initio* geçersiz andlaşma hiçbir şekilde hukuki sonuç doğurmayacaktır.⁴⁰⁶

Geçersizlik bağlamında gündeme gelen bir başka mesele ise bir emredici normla çatışan andlaşmanın bütünüyle mi yoksa yalnızca çatışan hükümlerinin mi geçersiz olacağıdır. VAHS'nin 44. maddesi, andlaşma hükümlerinin belli koşullarda ayrılabilmesini düzenlemektedir. Söz konusu maddenin son fıkrasına göre 53. maddenin kapsamına giren hallerde andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesi mümkün değildir.⁴⁰⁷ Bu düzenlemeden, mevcut bir emredici normla çatışan hükümler içerecek şekilde akdedilen bir andlaşmanın topyekûn geçersiz olacağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, UHK'nin 2006 tarihli “*Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Çeşitlendirilmesi ve Yayılmasından Kaynaklanan Zorluklar*”⁴⁰⁸ raporunda *jus cogens*in çatışan norm üzerindeki geçersizlik etkisinin tüm andlaşmanın geçersiz olmasını gerektirmediği; *jus cogens* ile çatışmayan ve çatışanlardan ayrılabilen hükümlerin geçerliliğini koruyabileceği belirtilmiştir.⁴⁰⁹ Benzer düşünce⁴¹⁰ öğretide çeşitli yazarlar tarafından da savunulmuş⁴¹¹; hatta uluslararası mahkemelerin bir andlaşmanın yalnızca *jus cogens*e aykırı hükümlerini uygulamaktan kaçınabileceği ileri sürülmüştür.⁴¹²

Mevcut bir emredici normla çatışan andlaşmanın geçersizliğinin hukuki sonuçları VAHS'nin 71. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre 53. madde gereği geçersiz olan bir andlaşmanın tarafları, andlaşmanın emredici normla

⁴⁰⁶ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 184, para. 365.

⁴⁰⁷ VAHS 44 (5), “*ellibirinci, elliikinci ve elliüçüncü maddelerin kapsamına giren hallerde, andlaşma hükümlerinin hiçbir şekilde ayrılması caiz değildir.*” Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 Mayıs 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. Bu hükümde müstesna tutulmadığı için koşulları sağladığı takdirde 64. Madde kapsamına giren durumlarda andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesi mümkündür. Gomez Robledo, *op. cit.*, s. 122.

⁴⁰⁸ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, s. 184.

⁴¹⁰ Yalnızca *jus cogens*le çatışan andlaşma hükümlerinin geçersiz olması önerisi özel raportör Waldock tarafından da dile getirilmiştir. ILC, Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/156 and Add.1-3, YbILC, Vol. II, 1963, s. 52.

⁴¹¹ Gaja, *op. cit.*, s. 285; Gomez Robledo, *op. cit.*, s. 122; Schwelb, *op. cit.*, s. 972.

⁴¹² Cassese, *op. cit.*, s. 206.

çatışan herhangi bir hükmüne dayanarak gerçekleştirdikleri tüm eylemlerin sonuçlarını mümkün olduğunca bertaraf etmelidir ve karşılıklı ilişkilerini emredici norma uygun hale getirmelidir.⁴¹³ Bu düzenlemenin amacı, devletlerin emredici normlara aykırı olarak gerçekleştirdikleri hukuki işlemleri tümüyle ortadan kaldırmaktır.⁴¹⁴

Emredici normların andlaşmalar üzerindeki hukuki etkisinin bir diğer tezahürü ise VAHS'nin 64. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “*eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma batıl hale gelir ve sona erer.*” Yeni ortaya çıkan bir emredici norm, böylece, kendisiyle çatışan mevcut bir andlaşma üzerinde hukuki etkisini onu geçersiz kılarak ve sona erdirerek doğurur. Bu durumda andlaşmanın geçersizliği emredici normun ortaya çıkmasıyla birlikte başlayacaktır; andlaşma *ex nunc* geçersizdir.⁴¹⁵

53. ve 64. maddelerde belirtilen iki farklı durum için öngörülen geçersizlik yaptırımlarını nitelikleri bakımından birbirinden ayırmak gerekir. İlkinde andlaşma akdedildiği andan itibaren geçersizken ikincisinde andlaşma yeni emredici normun ortaya çıktığı andan itibaren sonradan geçersiz hale gelmektedir. Bir başka ifadeyle, ilk durumda andlaşma hiç var olmaz; ikinci durumda ise andlaşma yeni emredici normun doğduğu ana kadar varlığını sürdürüp sonradan geçersiz hale gelir ve sona erer. Nitekim VAHS’de ilk durum “*andlaşmaların geçersizliği*” başlıklı kısım altında; ikinci durum ise “*andlaşmaların sona erdirilmesi ve yürürlüğünün askıya alınması*” başlıklı kısım altında düzenlenmiştir.⁴¹⁶

53. madde ile 64. maddede belirtilen iki farklı durum için öngörülen geçersizlik yaptırımlarının bir diğer farkına andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesi konusunda

⁴¹³ VAHS 71 (1), “53 cü maddeye göre batıl olan bir andlaşma durumunda taraflar: a- genel milletlerarası hukukun emredici bir normu ile çatışan herhangi bir hükme güvenerek icra edilen herhangi bir işlemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde bertaraf edeceklerdir ve b- karşılıklı ilişkilerini genel milletlerarası hukukun emredici normuna uygun hale getireceklerdir.” Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 Mayıs 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

⁴¹⁴ Başkaracaoğlu, **op. cit.**, s. 142.

⁴¹⁵ Gomez Robledo, **op. cit.**, s. 114.

⁴¹⁶ **Ibid.**

rastlanır.⁴¹⁷ Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere VAHS'nin 44. maddesi, andlaşma hükümlerinin ayrılabilmesine 53. madde kapsamına giren durumlarda müsaade etmemektedir. Buna karşılık, 64. madde kapsamına giren durumlar için böyle bir istisna öngörülmemiştir.⁴¹⁸ Eğer bir andlaşmanın yalnızca belli hükümleri yeni ortaya çıkan emredici bir normla çatışıyorsa ve andlaşmanın diğer hükümlerinden ayrılabiliriyorsa yalnızca bunlar geçersiz hale gelecektir; andlaşmanın geri kalan hükümleri ise geçerliliğini koruyacaktır.

53. madde ile 64. maddede öngörülen geçersizlik yaptırımlarını geriye yürümezlik ilkesi bağlamında da ayrı ayrı ele almak gerekir.⁴¹⁹ 53. maddede belirtilen durumda geçersizlik etkisi, mevcut bir emredici normla akdedildiği anda çatışan bir andlaşma üzerinde en baştan itibaren doğmaktadır. Dolayısıyla geçersizlik etkisinin geriye yürüyebileceği bir durum söz konusu değildir. Bununla birlikte 64. maddede öngörülen durumda geçersizlik etkisi, halihazırda var olan ve yeni oluşan emredici normla çatışan bir andlaşma üzerinde sonradan ortaya çıkmaktadır. Yeni emredici normun ortaya çıktığı ana kadar andlaşma geçerliliğini sürdürmektedir. Nitekim 64. Maddede geçen “...*batıl (geçersiz) hale gelir ve sona erer*” ifadesinin, bu maddede öngörülen geçersizlik yaptırımının bir andlaşmanın geçerliliği üzerinde geriye etkili olmadığını açıkça gösterdiği kabul edilmiştir.⁴²⁰ Sonuç olarak, emredici normların hiyerarşik olarak üstün konumu hiçbir şekilde geriye etkili değildir.⁴²¹

Bir andlaşmanın hükümlerinin sonradan ortaya çıkan bir emredici normla çatışması durumunda geçersiz hale gelmesinin hukuki sonuçları VAHS'nin 71. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.⁴²² Buna göre 64. madde altında geçersiz hale

⁴¹⁷ *Ibid.*, s. 119.

⁴¹⁸ *Ibid.*, s. 120.

⁴¹⁹ *Ibid.*, s. 123.

⁴²⁰ Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries 1966, YbILC, 1966, Vol. II, ss. 248, 249, para. 6.

⁴²¹ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 184.

⁴²² VAHS 71 (2) “64 cü maddeye göre batıl olan ve sona eren bir andlaşma halinde, andlaşmanın sona ermesi, a- tarafları andlaşmayı bundan sonra icra etme konusunda herhangi bir yükümlülüğten kurtarır; b- tarafların andlaşmanın sona ermesinden önceki icrası suretiyle doğan herhangi bir hak, yükümlülük veya hukuki durumlarını etkilemez, şu kadar ki bu hak, yükümlülük veya durumların daha sonra muhafaza edilmeleri genel milletlerarası hukukun emredici normu ile çatışmadığı oranda

gelen ve sona eren bir andlaşma, taraflarını andlaşmayı uygulama yükümlülüğünden azat eder ve andlaşmanın sona ermesinden önce tesis edilen hiçbir hakka, yükümlülüğe veya hukuki duruma, bunlar yeni ortaya çıkan emredici normla çatışmadığı sürece hâlel getirmez.⁴²³

Emredici normların andlaşmalar üzerindeki hukuki etkisi bağlamında, gündeme gelen bir diğer husus ise andlaşmalara emredici normlarla çatışacak şekilde konan çekincelerin akıbetidir. VAHS'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde “çekince” kavramı tanımlanmıştır.⁴²⁴ Bununla birlikte emredici normlara aykırı çekince ileri sürülmesi hakkında herhangi bir düzenleme getirmemiştir.

VAHS'nin yürürlüğe girmesinden önce, UAD 1951 tarihli *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler* danışma görüşünde⁴²⁵, doğrudan bu konuyu ele almasa da söz konusu sözleşmenin, soykırımı “...bütün insan gruplarının var olma hakkının reddini içeren...bir suç olarak kınamak ve cezalandırmak...”⁴²⁶ için “tamamen insancıl...amaçla”⁴²⁷ yapıldığını göz önünde bulundurarak “...sözleşmenin konusunun ve amacının çekince koyma özgürlüğünü sınırlandırdığını...”⁴²⁸ belirtmiştir.

Emredici normlara aykırı çekince ileri sürülemeyeceği düşüncesine ise UAD'nin 1969 yılında vermiş olduğu *Kuzey Denizi Kıta Sahahlığı* davasında yargıç Padilla Nervo tarafından yazılan ayırık görüşte rastlanır. Burada “jus cogens kategorisinde olan teamül kurallarının tek taraflı çekincelere müsaade etmediği” ifade

mümkündür.” Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 Mayıs 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

⁴²³ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 185.

⁴²⁴ VAHS 2 (1) “...d- “çekince”, nasıl kaleme alınırsa alınsın veya nasıl isimlendirilse isimlendirilsin, Devletin bir andlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya andlaşmaya katılırken, bazı andlaşma hükümlerinin hukuki etkisini kendisi bakımından ihraç etmek veya değiştirmek için yaptığı tek taraflı bir beyan demektir.” Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 Mayıs 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

⁴²⁵ ICJ, Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15.

⁴²⁶ *Ibid.*, s. 23.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ *Ibid.*, s. 24.

edilmiştir.⁴²⁹ Aynı davada yargıç Tanaka ve yargıç Sørensen tarafından yazılan iki karşıt görüşte de benzer düşüncelere yer verilmiştir.⁴³⁰

BM İnsan Hakları Komitesi'nin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS) hakkında 1994 tarihli 24 sayılı Genel Yorumu, emredici normlara aykırı çekincelerin Sözleşme'nin konu ve amacı ile uygun kabul edilemeyeceğini; Sözleşme'nin uluslararası teamül hukukunu yansıtan hükümlerine ve evleviyetle emredici norm özelliğine sahip hükümlerine çekince konulamayacağını bildirmektedir.⁴³¹

UHK bünyesinde andlaşmalara çekince konması hakkında gerçekleştirilen uygulama rehberi çalışmaları kapsamında özel raportör Alain Pellet tarafından bir andlaşmanın emredici norm içeren hükümlerine konulan çekincelerin *ipso jure* geçersiz kabul edilmesinin en iyi yöntem olduğu bildirilmiştir.⁴³² Ancak bu düşünce oldukça yoğun tartışmalara neden olmuş⁴³³ ve en nihayetinde emredici normlara ilişkin 4.4.3 numaralı taslak düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre, bir emredici normu yansıtan bir andlaşma hükmüne konulan çekince o normun bağlayıcılığını etkilemez; söz konusu norm çekince koyanlar arasında da uygulanmaya devam eder.⁴³⁴ UHK, bu düzenlemenin yorum kısmında da “*Bir çekince, genel uluslararası hukukun emredici bir normuna aykırı bir biçimde andlaşmanın hukuki etkisini dışlayamaz veya değiştiremez.*” ilkesini de açıkça kabul etmiştir.⁴³⁵

⁴²⁹ ICJ, North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, Seperate Opinion of Judge Padilla Nervo, s. 97.

⁴³⁰ ICJ, North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, s. 182; Dissenting Opinion of Judge Sørensen, s. 248.

⁴³¹ UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 52nd Session, 4 November 1994, para. 8. (<https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html> , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022)

⁴³² ILC, Tenth Report on Reservations to Treaties by Special Rapporteur Alain Pellet, A/CN.4/558 and Add.1-2, 2005, s. 174, para. 136.

⁴³³ Alain Pellet, “The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties: A General Presentation by the Special Rapporteur”, *EJIL*, Cilt: 24, Sayı: 4, 2013, ss. 1061-1097, s. 1089.

⁴³⁴ UN General Assembly, Report of the International Law Commission: Sixty-second session, General Assembly Official Records, Sixty-fifth session, Supplement No. 10, A/65/10, 2010, s. 174, (https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_65_10.pdf Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

⁴³⁵ *Ibid.*

Emredici normlara aykırı çekince meselesi UAD tarafından 2006 yılında sonuçlanan *Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler* davasında da gündeme gelmiştir. Kongo, Ruanda'nın Soykırım Sözleşmesi'nin 9. Maddesine⁴³⁶ koyduğu çekincenin, söz konusu sözleşmenin emredici normlar içermesi⁴³⁷ ve konulan çekincenin Divan'ı emredici normları korumaktan alıkoyması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmüştür.⁴³⁸ Buna karşılık Divan, Soykırım Sözleşmesi'ne ilişkin uyumsuzlukların Divan'a getirilmesini zorunlu kılan bir emredici normun varlığından bahsedilemeyeceği için bu iddiayı reddetmiştir.⁴³⁹ Buradan Divan'ın çekincenin doğrudan bir emredici norma aykırı olmasını aradığı anlaşılrsa da böyle bir durumda nasıl hareket edeceğine ilişkin bir veriye rastlanmamaktadır.

b. Emredici Normların Uluslararası Teamül Hukuku ile İlişkisi

Emredici normların uluslararası teamül hukuku ile ilişkisi bağlamında ilk olarak uluslararası teamül hukukunun bir emredici normun kaynağı olma kabiliyeti ele alınacaktır. Sonra emredici normların kendisiyle çatışan uluslararası teamül hukuku kuralları üzerindeki hukuki etkisi incelenecektir. En nihayetinde, emredici normların bir uluslararası teamül olan devlet dokunulmazlığı üzerindeki hukuki etkisi araştırılacaktır.

⁴³⁶ 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, Madde 9- “*Sözleşmeciler Devletler arasında bu Sözleşmenin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya Üçüncü maddede belirtilen fiillerin herhangi birinden bir Devletin sorumluluğu ile ilgili olarak çıkan uyumsuzluklar, uyumsuzluğun taraflarından birinin talebi üzerine UAD önüne götürülür.*” Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 Aralık 1948, United Nations, Treaty Series, vol. 78, p. 277, (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf) Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

⁴³⁷ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, s. 29, para. 56.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ *Ibid.*, s. 30, para. 69.

i. Uluslararası teamül kuralları emredici normların kaynağı olabilir mi?

Uluslararası teamül, uluslararası hukukun temel kaynaklarından biridir. Hatta en eski dönemlerden beri⁴⁴⁰ uluslararası hukukun teamüllerden meydana geldiği düşünülmektedir.⁴⁴¹ UAD Statüsü'nün 38. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde “uluslararası teamül, hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın delili olarak” ifade edilmiştir.⁴⁴² Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere uluslararası teamül kümülatif⁴⁴³ iki unsurdan oluşmaktadır.⁴⁴⁴ Bunlar “genel bir uygulama” ile ifade edilen maddi unsur⁴⁴⁵ ve bu uygulamanın “hukuk olarak kabul edilmesi” ile belirtilen psikolojik unsurdur.⁴⁴⁶ Teamülün maddi unsurunu devlet uygulamaları⁴⁴⁷, psikolojik unsurunu ise *opinio juris* oluşturur.⁴⁴⁸

Bir uluslararası teamülden söz edebilmek için maddi ve psikolojik unsurun birlikte bulunması gerekmektedir.⁴⁴⁹ Nitekim UAD, *Kıta Sahanelığı (Libya/Malta)* davasında uluslararası teamül hukukunu oluşturan olgular için devletlerin mevcut uygulamalarına ve *opinio jürisine* bakılacağını bildirmiştir.⁴⁵⁰ Bu doğrultuda, belli bir konuda bir uluslararası teamülün varlığından bahsedebilmek için, devletlerin tutarlı ve uyumlu olarak gerçekleştirdikleri uygulamaların (devlet uygulamaları)⁴⁵¹ yanında, bu

⁴⁴⁰ Uluslararası teamüllere Grotius ile başlayarak devam eden süreçte büyük önem atfedilmiştir. Lachs, **op. cit.**, s. 175.

⁴⁴¹ Suarez teamüllerin uluslararası hukuka kaynaklık ettiğini ve teamül oluşturan milletlerin bununla bağlı olduğunu düşünmektedir. Öktem, **op. cit.**, s. 7.

⁴⁴² Statute of the International Court of Justice, 18 Nisan 1946, (<https://www.icj-cij.org/en/statute>), Son Erişim Tarihi: 02.03.2022)

⁴⁴³ Öktem, **op. cit.**, s. 53.

⁴⁴⁴ Malcolm N. Shaw, **International Law**, 8. Basım, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 55; Grant, Barker, **op. cit.**, s. 137; Lachs, **op. cit.**, s. 176.

⁴⁴⁵ ILC, Fifth Report on Identification of Customary International Law by Special Rapporteur Micheal Wood, A/CN.4/717, Seventieth Session, 2018, s. 30.

⁴⁴⁶ Shaw, **op. cit.**, s. 55.

⁴⁴⁷ Öktem, **op. cit.**, s. 57.

⁴⁴⁸ **Ibid.**, s. 85.

⁴⁴⁹ Yeni bir teamül kuralının oluşması için “... yalnızca söz konusu davranışların yerleşik bir uygulama olması değil, aynı zamanda bunların... bu uygulamayı gerektiren bir kuralın varlığı tarafından bu uygulamanın zorunlu hale geldiği inancına delil şeklinde olması gerekir.” ICJ, North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, s. 44, § 77.

⁴⁵⁰ ICJ, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports, 1985, p.13, s. 29.

⁴⁵¹ Öktem, **op. cit.**, s. 59

uygulamaların böyle gerçekleştirilmesini gerektiren bir hukuki yükümlülükleri olduğuna dair inancın (*opinio juris*) bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.⁴⁵²

Emredici normların kaynağı bir uluslararası teamül olabilir. Hatta emredici normların doğası itibariyle ister istemez teamül olduğu sonucuna varılması dahi mümkündür.⁴⁵³ Zira emredici normların genel uluslararası hukuk normları olduğu⁴⁵⁴ ve uluslararası teamüllerin genel uluslararası hukuku oluşturduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.⁴⁵⁵ Bu doğrultuda uluslararası teamül, genellikle emredici normların en çok kabul gören kaynağıdır.⁴⁵⁶ Nitekim UHK çalışmaları kapsamında özel raportör Dire Tladi tarafından hazırlanan emredici normlar üzerine ikinci raporda sunulan beş numaralı taslak sonucun ikinci fıkrasında “*Uluslararası teamül hukuku, uluslararası hukukun jus cogens normlarının oluşumunda en ortak dayanaktır.*” ifadesine yer verilmiştir.⁴⁵⁷

Uluslararası teamül, yukarıda belirtilmiş olduğu üzere devletler arasında genel bir uygulamayı ifade etmektedir.⁴⁵⁸ Zira pek çok devlet tarafından belli bir uygulamanın yaygın olarak benimsenmesi genel bir kabule işaret eder.⁴⁵⁹ Örneğin UAD, *Balıkçılık Yargı Yetkisi (Birleşik Krallık v. İzlanda)* davasında “*Balıkçılık konusundaki devlet uygulamasının, kıyı devletlerinin imtiyazlı hakları mefhumunun*

⁴⁵² ILC, Second Report on Identification of Customary International Law by Special Rapporteur Micheal Wood, A/CN.4/672, 66th Session, 2014, s. 56; Shaw, *op. cit.*, s. 62.

⁴⁵³ N.G. Onuf, Richard K. Birney, “Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future”, *DJILP*, Cilt: 4, Sayı: 2, ss. 187- 198, s. 191.

⁴⁵⁴ Emredici normların genel uluslararası hukuk normları olduğu VAHS 53. maddede açıkça belirtilmiştir. Bu konunun uluslararası hukukta tartışmasız bir biçimde kabul gördüğü UHK özel raportörü Dire Tladi tarafından bildirilmektedir. ILC, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017, ss. 19-20.

⁴⁵⁵ UAD kararlarında genel uluslararası hukuk kavramı ile uluslararası teamül hukukunun kastedildiği anlaşılmaktadır. ICJ, Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, § 132; ICJ, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, § 90; ICJ, Nottebohm Case (Preliminary Objection), Judgment, I.C.J. Reports 1953, p. III, s. 120; ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, § 150.

⁴⁵⁶ Kolb, The Formal Source..., *op. cit.*, s. 80; BM Genel Kurulu Altıncı Komitesi kapsamında devletlerin büyük bir çoğunluğunun, uluslararası teamül hukukunun emredici normların en bariz dayanağı olduğu konusunda uzlaştığı bildirilmektedir. ILC, Third Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/714, 70th Session, 2018, s. 6; Mik, *op. cit.*, s. 50.

⁴⁵⁷ ILC, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017, s. 46.

⁴⁵⁸ Öktem, *op. cit.*, s. 61.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, s. 62.

*artan ve geniş çapta bir kabulünü ortaya çıkardığını...*⁴⁶⁰ belirterek bir devlet uygulamasının genel kabul gördüğünü doğrulamıştır.⁴⁶¹ Bir uluslararası teamül, pek çok devlet tarafından benimsendiği ve genel bir uygulamayı yansıttığı için genel uluslararası hukuk kuralı telakki edilir. Bununla birlikte, genel uluslararası hukuk kuralı olma özelliği her teamül açısından söz konusu değildir: Bölgesel ve yerel teamüller genel uygulamanın istisnasını oluşturur.⁴⁶²

Uluslararası hukukta birçok devlet tarafından kabul gören genel uygulamaların yanı sıra, yalnızca belirli bir bölgede bulunan devletler tarafından benimsenen⁴⁶³ veya sınırlı sayıda devlete özgü bir uygulamaya⁴⁶⁴ rastlamak mümkündür. Eğer bu şekilde bazı devletler tarafından gerçekleştirilen sürekli bir uygulama ve bu uygulamanın hukuk olduğuna dair bir inanç söz konusuysa bir bölgesel veya yerel teamülün varlığından söz edilir.⁴⁶⁵ Bu nitelikleri haiz teamüller yalnızca belirli devletlerin uygulamasını yansıtmakta olup tüm devletlerin genel bir kabulü olarak addedilemez. İşte bu nedenle bölgesel ve yerel teamüller genel uluslararası hukuk kapsamında değildir.⁴⁶⁶

Uluslararası teamül hukuku kurallarından emredici normlara kaynak olma kabiliyetini haiz olanlar yalnızca genel nitelikte olan uluslararası teamül kurallarıdır; bölgesel ve yerel teamüllerin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira bölgesel ve yerel teamüller yalnızca belirli sayıda devlet tarafından kabul edilmektedir.⁴⁶⁷ Diğer yandan, bölgesel ve yerel teamüller yalnızca bağlanma iradesini

⁴⁶⁰ ICJ, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3, s. 26.

⁴⁶¹ Lachs, **op. cit.**, s. 176.

⁴⁶² Öktem, **op. cit.**, s. 65.

⁴⁶³ Latin Amerika devletleri bölgesel teamüllerin oluşumu konusunda bir örnek teşkil etmektedir. **Ibid.**, s. 67; Shaw, **op. cit.**, s. 68.

⁴⁶⁴ Andora mahkemeleri tarafından mahkûm edilenlerin cezalarını Fransa'daki cezaevlerinde çekmesi AİHM tarafından bir yerel teamül addedilmiştir. ECHR, Drozd and Janousek v. France and Spain, 12747/87, 26 Haziran 1992, §§ 106-107, Aktaran Öktem, **op. cit.**, s. 75.

⁴⁶⁵ UAD, Hindistan Ülkesinden Geçiş Hakkı davasında, Portekiz ve Hindistan arasında bir yerel teamül olduğunu tespit ederken “*sürekli ve yeknesak bir uygulama*” olduğu ve “*bu uygulamanın taraflarca hukuk olarak kabul edildiği*” hususlarına önem vermiştir. ICJ, Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment, I.C.J. Reports 1960, p. 6., s. 40.

⁴⁶⁶ Costelloe, **op. cit.**, s. 1; Bununla birlikte bölgesel ve yerel teamüllerin zamanla yayılarak genel uluslararası hukuk oluşturması önünde bir engel yoktur. Öktem, **op. cit.**, s. 69.

⁴⁶⁷ Shaw, **op. cit.**, s. 68.

ortaya koyan belirli sayıda devlet için yükümlülük doğurmaktadır.⁴⁶⁸ Tıpkı andlaşmalarda olduğu gibi, kuralla bağlanma iradesi göstermeyen üçüncü devletler için doğacak yükümlülüklerden bahsetmek mümkün değildir. Buna karşılık, emredici normların doğurduğu yükümlülükler *erga omnes*dir.⁴⁶⁹ Bu sebeplerle genel uluslararası hukuk kapsamında olmayan bölgesel ve yerel teamüllerin⁴⁷⁰ bir emredici normun kaynağı olması da mümkün görünmemektedir.

Uluslararası teamüllerin emredici normların kaynağı olması konusunda şüphe doğurması muhtemel bir mesele, bazı teamüller söz konusu olduğunda devlet uygulamalarının teamülü ihlal eden örnekler içermesidir. Örneğin kuvvet kullanma yasağı bir uluslararası teamüldür.⁴⁷¹ Üstelik emredici norm niteliğindedir.⁴⁷² Buna rağmen, devletlerin bu kuralı ihlal eden münferit uygulamalarına rastlamak mümkündür. Yine de bu durum, kuvvet kullanma yasağının bir uluslararası teamül olarak kabulüne engel olmamaktadır.

UAD *Nikaragua* davasında, uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağı konusunda bir *opinio juris* tespit etmiş⁴⁷³ ve aksi örnekler içeren devlet uygulamalarını incelemeksizin,⁴⁷⁴ bu kuralın bir emredici norm olduğundan yola çıkarak teamül olduğunu kabul etmiştir.⁴⁷⁵ Şu durumda, bir konudaki teamüle ilişkin devlet uygulamasının her zaman teamülle uyumlu şekilde gözlemlenememesi sebebiyle o konuda bir teamül olmadığı sonucuna doğrudan varmak pek uygun görünmemektedir.⁴⁷⁶ Hatta böyle bir durumda, söz konusu teamülün emredici norm

⁴⁶⁸ Shaw, *op. cit.*, s. 69.

⁴⁶⁹ UHK özel raportörü Dire Tladi tarafından sunulan emredici normlar hakkındaki taslak sonuçlardan 17 numaralı taslak sonuca göre emredici normlardan doğan yükümlülükler *erga omnes* niteliktedir. ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022, s. 52.

⁴⁷⁰ Shaw, *op. cit.*, s. 69.

⁴⁷¹ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14., § 190.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ UAD kuvvet kullanma yasağı konusunda *opinio juris*in "...devletlerin BM Genel Kurul kararlarına ve özellikle de 2625 (XXV) sayılı kararına karşı tavırlarından çıkarılabileceğini" belirtmiştir. *Ibid.*, § 188.

⁴⁷⁴ Orakhelashvili, Peremptory Norms..., *op. cit.* s. 118.

⁴⁷⁵ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14., § 188.

⁴⁷⁶ Orakhelashvili, Peremptory Norms..., *op. cit.*, s. 119.

olma özelliğini koruması elbette mümkündür. Zira o kurala ilişkin *opinio juris* varlığını sürdürmektedir.

Benzer durum uluslararası hukukun bir emredici normu olan işkence yasağı bakımından da söz konusudur. İşkence yasağı da bir teamül kuralıdır; üstelik emredicidir.⁴⁷⁷ Buna rağmen devletlerin bu yasağa aykırı biçimde işkence yaptığı uygulamalara rastlamak mümkündür. Ancak bu durum söz konusu teamülün ortadan kalktığı veya emredici niteliğini kaybettiği anlamına gelmez. Zira devletler bu ihlali gerçekleştirirken yaptıkları fiilin hukuka aykırı olduğu bilincini muhafaza etmektedirler.⁴⁷⁸ Hiçbir devletin alenen işkence yaptığını ilan etmemesi veya kendini aklamaya çalışmaması bunu göstermektedir.⁴⁷⁹ Bir kurala ilişkin *opinio juris* devam ettiği sürece o kural varlığını sürdürmeye devam edecektir.⁴⁸⁰

Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda uluslararası teamül hukukunun, bölgesel ve yerel teamüller hariç olmak üzere bir emredici normun kaynağı olması mümkün görünmektedir. Bir teamül kuralı kapsamında devlet uygulamasının o kuralın ihlalini de içerecek şekilde belirmesi, teamül kuralının varlığını sürdürmesine engel olmadığı gibi, emredici bir teamülün emredici niteliğine de halel getirmemektedir.

ii. Emredici normların uluslararası teamül kuralları üzerindeki hukuki etkisi

VAHS kapsamında emredici normların yalnızca andlaşmalar üzerindeki hukuki etkisi düzenlenmiştir. Ancak emredici normların hukuki etkisi bununla sınırlı değildir.⁴⁸¹ Emredici normlarla çatışan andlaşmalar nasıl geçersiz oluyorsa, diğer uluslararası hukuk normları da geçersiz olabilir. Uluslararası teamül de bu kapsamda

⁴⁷⁷ ICTY, Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, s. 58-59, § 153.

⁴⁷⁸ Öktem, *op. cit.*, s. 132.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ *Ibid.*, s. 131.

⁴⁸¹ ILC, Third Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/714, 70th Session, 2018, s. 56.

incelenmelidir. Bu kapsamda aşağıda önce bir emredici normun kendisiyle çatışan uluslararası teamül üzerindeki etkisi sonra ise ısrarlı itirazcı olma durumu üzerindeki etkisi incelenecektir.

Bir uluslararası teamül ile bir emredici norm çatıştığında, emredici normun uluslararası teamül üzerindeki hukuki etkisi geçersizliktir.⁴⁸² Bu hukuki etki, hem mevcut bir emredici normla çatışan bir teamülün oluşması durumunda hem de bir teamülün sonradan ortaya çıkan bir emredici normla çatışması durumunda söz konusu olur.⁴⁸³ UHK bünyesinde gerçekleştirilen çalışmalar kapsamında özel raportör Dire Tladi, *Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları (jus cogens) Üzerine Üçüncü Rapor*'da, mevcut emredici normlarla çatışan teamüllerin geçersizliği sonucuna andlaşmalar hukuku ile analogi yaparak şöyle ulaşmıştır:

“...1969 Viyana Sözleşmesi altında, önceden var olan bir jus cogens norm ile çatışan andlaşma da ab initio geçersizdir, başka bir deyişle, hiç vücut bulmaz. Andlaşma hükmünün hiç vücut bulmamasının sebebi önceden var olan bir jus cogens norm ile çatışmasıdır. Aynı şekilde, yaygın bir uygulama, devletler bu uygulamanın hukuk olduğuna inansa dahi uluslararası teamül hukuku oluşturmaz çünkü böyle bir kural hiyerarşik olarak üstün bir jus cogens norm ile çatıştığı için ab initio geçersiz olur. Devletlerin böyle bir uygulamayı hukuk olarak kabul etmesinin pek mümkün olmadığı iddia edilebilir. Yine de burada andlaşmalar hukuku ile analogi yerindedir çünkü, uygulamanın da gösterdiği gibi, devletlerin jus cogens ile çatışan andlaşma yapması da pek mümkün değildir. Bu gerçek, bununla birlikte, bir jus cogens norm ile çatışması nedeniyle uluslararası teamül hukukunun geçersizliğini, her ne kadar pek mümkün olmasa da böyle bir çatışmanın doğması halinde, öngören bir kuralın gerekliliğini çürütmez.”⁴⁸⁴

Bir emredici normla çatışan uluslararası teamülün geçersiz olmasının sebebi, tıpkı andlaşmalar hukukunda olduğu gibi, emredici normun hiyerarşik olarak diğer tüm normlara üstün gelmesidir. Emredici normların bu özelliği çeşitli uluslararası mahkeme kararlarında da vurgulanmıştır. Örneğin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza

⁴⁸² *Ibid.*, s. 58.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*, ss. 56, 57.

Mahkemesi (EYUCM) tarafından *Furundzija* davasında, bir emredici normun “...uluslararası hiyerarşide andlaşmalar hukukuna ve hatta ‘sıradan’ teamül kurallarına göre daha üst kademedede...” olduğu ve bu nedenle emredici normdan “...devletlerin, aynı normatif güce sahip olmayan uluslararası andlaşmalarla veya yerel ya da özel ve hatta genel teamül kurallarıyla sapma gerçekleştiremeyeceği...” belirtilmiştir.⁴⁸⁵ Aynı ifadelere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından görülen *Al-Adsani* davasında da yer verilmiştir.⁴⁸⁶

Mevcut bir emredici normla çatışan uluslararası teamülün olduğu andan itibaren geçersiz kabul edilmesine engel olabilecek tek ihtimal, oluşan uluslararası teamülün de bir emredici norm olarak kabul edilmesi ve tanınmasıdır. Böyle bir durumda VAHS’nin 64. maddesi gereği, yeni ortaya çıkan ve emredici norm olarak kabul edilen teamül, önceden beri varlığını sürdüren emredici normu değiştirebilecek niteliğe sahip olacaktır.⁴⁸⁷

Emredici normların teamüller üzerindeki etkisi kapsamında tartışılan başka bir mesele ise ısrarlı itirazcı doktrininin emredici normlara uygulanıp uygulanamayacağıdır.⁴⁸⁸ Uluslararası hukukta bir teamül kuralının oluşumundan itibaren söz konusu kurala karşı çıkan devletlere bu kuralın uygulanamayacağı kabul edilmektedir.⁴⁸⁹ Böylece birçok devlet tarafından kabul gören genel teamül kuralları, ona en başından beri ısrarlı itirazcı olan devletlere karşı ileri sürülememektedir.⁴⁹⁰ Oysaki emredici normlar devletlerin iradesinden bağımsız olarak tüm devletlere karşı ileri sürülebilmektedir.⁴⁹¹ Emredici normlar “evrensel olarak uygulanabilir” özelliğe sahiptir ve tüm devletleri bağlar.⁴⁹²

⁴⁸⁵ ICTY, Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, s. 58-59, § 153.

⁴⁸⁶ ECHR, Al-Adsani v. The United Kingdom, 35763/97, 21 Kasım 2001, § 30.

⁴⁸⁷ ILC, Third Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/714, 70th Session, 2018, s. 58.

⁴⁸⁸ **Ibid.**

⁴⁸⁹ ICJ, Fisheries Case, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 116, s. 131.

⁴⁹⁰ **Ibid.**

⁴⁹¹ ILC, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016, s. 40.

⁴⁹² ILC, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017, s. 14, para. 28.

Emredici nitelikte bir uluslararası teamüle ısrarlı itirazcı olma imkânı kabul edildiği takdirde, emredici normun ısrarlı itirazcı olan devlete karşı ileri sürülemeyeceği sonucuna ulaşılır ki bu emredici normun adeta bir istisnasını oluşturur. Oysaki emredici normların doğası itibariyle hiçbir istisnası olmadığı gibi, bunlardan herhangi bir sebeple sapmak da mümkün değildir.⁴⁹³ Nitekim bu yönde hiçbir devlet uygulamasına rastlanmadığı özel raportör Dire Tladi tarafından da dile getirilmiştir.⁴⁹⁴ Bu yönde bir devlet uygulamasının olmaması ile emredici normun istisnaya cevaz vermeyen doğası göz önünde bulundurulduğunda, emredici bir teamül kuralına ısrarlı itirazcı olmanın mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bir ısrarlı itirazcının varlığı halinde bir emredici normun doğmasının mümkün olup olmadığı ise başka bir tartışma konusudur.⁴⁹⁵ Bununla birlikte, bir devletin ısrarlı itirazcı olması bir emredici normun oluşumuna engel olarak addedilmemelidir.⁴⁹⁶ Zira önemli olan bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından bir normun emredici olarak kabul edilmesi ve tanınmasıdır.⁴⁹⁷ Kaldı ki oluşan kurala itiraz eden yeterli sayıda devlet olduğu takdirde zaten söz konusu kuralın uluslararası toplum tarafından kabul gördüğünden bahsedilemeyecektir.

iii. Emredici normlar devlet dokunulmazlığının sınırı mı?

Emredici normların bir uluslararası teamül olan devlet dokunulmazlığı⁴⁹⁸ üzerinde herhangi bir hukuki etkisinin olup olmadığı meselesi uluslararası hukukta yakın geçmişte yapılan tartışmaların ürünüdür.⁴⁹⁹ Özellikle insan haklarının uluslararası hukuk kapsamına girmesi ile yargılanma hakkı ve devlet dokunulmazlığı

⁴⁹³ ILC, Third Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/714, 70th Session, 2018, s. 59, para. 144.

⁴⁹⁴ *Ibid.*; Emredici normların, karşı çıkma, tanıma veya zımni kabulden bağımsız olarak, bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından tanındığı AAİHK tarafından da belirtilmiştir. IACHR, Michael Domingues v. United States, Case 12.285, Report No. 62/02, 22 Ekim 2000, para. 49.

⁴⁹⁵ Mik, *op. cit.*, s. 50.

⁴⁹⁶ ILC, Third Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/714, 70th Session, 2018, s. 58, para. 142.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ Pirim, *Jus Cogens...*, *op. cit.*, s. 49.

⁴⁹⁹ Isabelle Pingel, “L’immunité des Etats”, Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (der.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ss. 239- 248, s. 239.

karşı karşıya gelmiştir.⁵⁰⁰ Uluslararası hukukta emredici normların devlet dokunulmazlığının sınırını oluşturup oluşturmadığı böylece önemli bir soru haline gelmiştir.

Devlet dokunulmazlığı⁵⁰¹, bir devletin kendisine eşit olan başka bir egemen devlet üzerinde yargı yetkisi olmadığı anlamına gelir.⁵⁰² Bunun temelinde devletlerin eşit egemenliği ilkesi ve iç işlerine karışma yasağı bulunmaktadır.⁵⁰³ Klasik uluslararası hukuk yapısının temellerini oluşturan bu ilkelerin bir sonucu olan devlet dokunulmazlığı⁵⁰⁴, emredici normlar çerçevesinde tartışmaya açık hale gelmiştir. Bu tartışmanın özünü, uluslararası hukukun bir emredici normunu ihlal eden bir devletin başka bir devlet tarafından yargılanıp yargılanamayacağı sorusu oluşturur.⁵⁰⁵

Bir emredici normu ihlal eden devletin başka bir devlet tarafından yargılabileceği düşüncesinin temelinde emredici normların devlet dokunulmazlığı ilkesinin sınırını oluşturabileceği yönünde verilen bazı yargı kararları bulunmaktadır.⁵⁰⁶

EYUCM 1998 yılında verdiği *Furundzija* kararında işkence yasağının bir emredici norm olduğunu kabul etmiş ve bunun devletler arası etkisinin “*işkenceye izin veren her türlü yasal, idari veya yargısal işlemi uluslararası hukuka aykırı kılmaya yaradığını*”⁵⁰⁷ belirtmiştir. Mahkeme bu konuda ayrıca şöyle bir değerlendirme yapmıştır:

⁵⁰⁰ **Ibid.**

⁵⁰¹ Birbirine eşit hukuk kişilerinin uyumsuzluklarının bunlardan birinin mahkemelerinde görülemeyeceğini ifade eden *par in parem non habet jurisdictionem* ilkesinin bir tezahürüdür. Brownlie, **op. cit.**, s. 327; Devlet dokunulmazlığı başlarda mutlak bir biçimde uygulansa da zamanla devletlerin özel hukuk ilişkileri içine daha çok girmesi nedeniyle, devletlerin egemenlik yetkilerini kullandıkları fiillerinde (*acta de jure imperii*) dokunulmazlığın bulunduğunu; özel hukuk kişisi gibi hareket ettikleri fiillerinde (*acta de jure gestionis*) ise dokunulmazlığın bulunmadığını ifade eden sınırlı dokunulmazlık anlayışına geçilmiştir. Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 49.

⁵⁰² Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 49.

⁵⁰³ Brownlie, **op. cit.**, s. 327.

⁵⁰⁴ **Ibid.**

⁵⁰⁵ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 49.

⁵⁰⁶ **Ibid.**

⁵⁰⁷ ICTY, Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, s. 58-59, § 155.

...İşkenceye yetki veren veya göz yuman milli tedbirler alan veya failleri bir af kanunu ile bağışlayan bir devlet için...işkenceyi öngören andlaşma ve teamül kurallarının hükümsüz ve geçersiz olduğunu iddia etmek...anlamsızdır...Böyle bir durum hasıl olursa...yetkili bir uluslararası veya ulusal yargı organı önünde...potansiyel mağdurlar tarafından...ulusal tedbirin uluslararası hukuka aykırı olarak değerlendirilmesi talebiyle dava açılabilir; veya mağdur uğradığı zarar için yabancı bir mahkemede hukuk davası açabilir...⁵⁰⁸

Furundzija kararında kullanılan bu ifadeleri, emredici normları ihlal eden bir devletin başka bir devletin mahkemelerinde yargılanabileceği şeklinde yorumlamanın mümkün olmadığını düşünenler⁵⁰⁹ kadar emredici normların tüm teamüllere üstün geleceğini savunanlar⁵¹⁰ da olmuştur. Her ne kadar bu davanın konusu işkence sebebiyle bireysel cezai sorumluluk olsa da kararda özellikle mağdurların uğradıkları zarar için yabancı mahkemelerde hukuk davası açabileceğinin belirtilmesi dikkat çekmektedir.

Devlet dokunulmazlığı ile emredici normları karşı karşıya getiren bu bahiste, devlet dokunulmazlığını bir kenara bırakan ulusal yargı kararlarına da rastlamak mümkündür.⁵¹¹ Yunanistan Yüksek Mahkemesi 2000 tarihli *Voiotia v. Federal Almanya Cumhuriyeti* kararında⁵¹², II. Dünya Savaşı esnasında yaptığı eylemlerden dolayı Almanya'yı, emredici normları ihlal ederek devlet dokunulmazlığından vazgeçtiği gerekçesiyle mahkûm etmiştir.⁵¹³ İtalyan Temyiz Mahkemesi ise 2004 tarihli *Ferrini v. Almanya Federal Cumhuriyeti* kararında⁵¹⁴, II. Dünya Savaşı esnasında yaptığı eylemler emredici normlara aykırı olduğu için ve uluslararası

⁵⁰⁸ **Ibid.**

⁵⁰⁹ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 50.

⁵¹⁰ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 340.

⁵¹¹ *Pinochet* davasında Lordlar Kamarası tarafından devlet dokunulmazlığının uygulanmaması için emredici norm argümanı kullanılmıştır. Kadelbach, **op. cit.**, s. 23.

⁵¹² Yunanistan Yüksek Mahkemesi, *Voiotia v. Almanya Federal Cumhuriyeti*, Karar no: 11/2000, 4 Mayıs 2000.

⁵¹³ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, ss. 51-52.

⁵¹⁴ İtalyan Temyiz Mahkemesi, *Ferrini v. Almanya Federal Cumhuriyeti*, Karar no: 5044/4, 11 Mart 2004.

hukukta emredici normlar devlet dokunulmazlığı dahil tüm teamül kurallarının üstünde olduğu için Almanya'yı mahkum etmiştir.⁵¹⁵ Bu iki kararda da devletin başka bir egemen devleti yargıladığı gözlemlenmektedir. Bununla birlikte, *Ferrini v. Almanya Federal Cumhuriyeti* kararında, uluslararası hukukta bir normlar hiyerarşisinin varlığından hareketle devlet dokunulmazlığının bir kenara bırakılmış olması önemlidir.⁵¹⁶

Diğer yandan AİHM 2001 yılında verdiği *Al-Adsani v. Birleşik Krallık* kararında, tıpkı EYUCM'nin *Furundzija* kararında olduğu gibi, işkence yasağının emredici norm olduğunu kabul etmiştir.⁵¹⁷ Bununla birlikte, henüz uluslararası hukukta bir devletin işkence sebebiyle doğan zarar hakkında başka devlette açılan hukuk davalarında dokunulmazlığa sahip olmadığı yönünde bir kabulün yerleşmediğini bildirmiştir.⁵¹⁸

AİHM'nin *Al-Adsani v. Birleşik Krallık* davasında, işkence yasağının emredici norm olma özelliğinin devlet dokunulmazlığını ortadan kaldırmadığı⁵¹⁹ yönündeki kararına temel olan gerekçeden, işkence yapan bireylerin cezai sorumluluğuna ilişkin davalar ile işkenceden doğan zararlar nedeniyle yabancı devlet mahkemelerinde açılan hukuk davaları arasında ayrıma gittiği anlaşılmaktadır.⁵²⁰ Bunun yanında ulusal mahkemelerin, emredici nitelikte insan hakları normlarının ihlallerine ilişkin davalarda devlet dokunulmazlığının öne sürülmesi durumunda “*Dokunulmazlığın kabulünün, esasa ilişkin bir hak olarak değil, ulusal mahkemelerin hakkı tespit etme*

⁵¹⁵ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 52.

⁵¹⁶ **Ibid.**

⁵¹⁷ ECHR, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, 35763/97, 21 Kasım 2001, § 61.

⁵¹⁸ **Ibid.**, § 66.

⁵¹⁹ Pirim, *Jus Cogens...*, **op. cit.**, s. 50.

⁵²⁰ AİHM bahsi geçen kararında, Lordlar Kamarası tarafından verilen ve işkence sebebiyle bir devlet başkanının cezai sorumluluğu kapsamında İspanya'ya iadesini konu alan *Pinochet* kararı ile karşılaştırma yaparak, ciddi insan hakları ihlalleri halinde devlet yetkililerinin dokunulmazlığının sınırlı olmasının, böyle bir durumda devletlerin başka devletlerdeki hukuk davalarında dokunulmazlığını ortadan kaldırmayacağını bildirmiştir. ECHR, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, 35763/97, 21 Kasım 2001, § 61-63.

yetkilerine usule ilişkin bir engel olarak görüleceğini”⁵²¹ bildirerek, dokunulmazlığın usule ilişkin bir mesele olduğunun sinyallerini vermiştir.⁵²²

Devlet dokunulmazlığının emredici normlar sebebiyle ortadan kalkmadığı yönünde UAD tarafından 2012 yılında verilen *Devletin Yargısal Bağımsızlığı (Almanya v. İtalya)* kararı⁵²³ yapılan tüm tartışmalara son noktayı koymasıyla önem kazanmaktadır.⁵²⁴ Divan’a göre, bir emredici norm ile teamül olan devlet dokunulmazlığı arasında bir çatışmadan söz edilemez⁵²⁵ çünkü bunlar farklı kulvarlardaki meselelere ilişkindir.⁵²⁶ Emredici niteliği haiz olan kurallar uluslararası hukukun esasa ilişkin kuralları iken, devlet dokunulmazlığı kuralı usule ilişkin bir kuraldır.⁵²⁷ İlki bir fiilin hukuka uygunluğu sorununa temas ederken, diğeri bir hukuk kuralının uygulanmasına ilişkindir.⁵²⁸

Böylece *Devletin Yargısal Bağımsızlığı (Almanya v. İtalya)* kararıyla, emredici normları ihlal eden bir devletin başka bir devlet mahkemesinde yargılanması girişiminin usul bariyerini aşamayacağı anlaşılmaktadır. Bu sonuca, emredici norm ile devlet dokunulmazlığı arasındaki çatışmanın galibinin devlet dokunulmazlığı olması sebebiyle değil⁵²⁹, usul kuralı olan devlet dokunulmazlığının ayrı bir mesele olması sebebiyle ulaşılmaktadır.⁵³⁰ Başka bir ifadeyle, usule ilişkin kural esas incelemesine geçilmesini engellemektedir. Ancak bu durum emredici normun ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir.

⁵²¹ *Ibid.*, § 48.

⁵²² Esas-usul ayrımı hakkında ulusal ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarının ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. Stefan Talmon, “*Jus Cogens* after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished”, *LJIL*, Cilt: 25, 2012, ss. 979-1002, s. 980.

⁵²³ ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

⁵²⁴ Pirim, *Jus Cogens...*, *op. cit.*, s. 54.

⁵²⁵ Talmon, *op. cit.*, s. 980.

⁵²⁶ ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, § 93.

⁵²⁷ *Ibid.* §§ 92-97.

⁵²⁸ Talmon, *op. cit.*, s. 986.

⁵²⁹ Pirim, *Jus Cogens...*, *op. cit.*, s. 56.

⁵³⁰ Bu durum devlet dokunulmazlığı ile emredici normun arasında herhangi bir çatışmanın olmadığını belirtilmesi olarak nitelendirilmiş ve emredici normların etkisinin sınırlandırılmasının makul bir gerekçelendirmeye dayanmadığı ifade edilmiştir. Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, ss. 340-341.

Bir usul kuralının uygulanmasının, esasa ilişkin emredici normdan sapma olarak değerlendirilemeyeceği; her ne kadar emredici norm uygulanamasa da bu normun içeriğinden vazgeçilmediği düşünülmektedir.⁵³¹ Nitekim Divan, usule ilişkin devlet dokunulmazlığı kuralının emredici nitelikte esasa ilişkin kuralların istisnası olmadığını ve bu nedenle emredici normların uygulanmaması veya değiştirilmesi sonucunu doğurmayacağını da vurgulamaktadır.⁵³²

c. Emredici Normların Hukuk Genel İlkeleri ile İlişkisi

Emredici normların hukuk genel ilkeleriyle ilişkisi araştırılırken, ilk önce hukuk genel ilkelerinin emredici normların kaynağı olup olamayacağı sorusu cevaplandırılmaya çalışılacak, sonra emredici normların kendisiyle çatışan bir normun hukuk genel ilkesi olması ihtimalinde bu norm üzerindeki hukuki etkisi incelenecektir.

i. Hukuk genel ilkeleri emredici normların kaynağı olabilir mi?

UAD Statüsü' nün 38. maddesinin 1. fıkrasına göre Divan'ın önüne gelen davalarda uygulayacağı normlardan bir tanesi de hukuk genel ilkeleridir.⁵³³ Uluslararası hukukun asli kaynakları arasında en tartışmalı olan hukuk genel ilkelerinin⁵³⁴ müstakil bir kaynak olup olmadığı sorgulanmıştır.⁵³⁵ 38. maddede anlaşma ve teamülden bağımsız olarak yer verildiği üzere uluslararası hukukun asli

⁵³¹ Talmon, **op. cit.**, s. 986.

⁵³² ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment I.C.J. Reports 2012, p. 99, § 95.

⁵³³ Statute of the International Court of Justice, 18 Nisan 1946, (<https://www.icj-cij.org/en/statute>), Son Erişim Tarihi: 02.03.2022).

⁵³⁴ Xuan Shao, "What We Talk about When We Talk about General Principles of Law", **Chinese JIL**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2021, ss. 219- 255, s. 219.

⁵³⁵ Hukuk genel ilkelerine ilişkin başka bir tartışma konusu ise bir uluslararası hukuk kaynağı olarak bunların kökeninin ne olduğudur. UHK çalışmaları kapsamında özel raportör Marcelo Vazquez-Bermudez tarafından, öğretilde mevcut olan birçok yaklaşımdan yalnızca iki tanesinin UAD Statüsü 38 (1) (c) altında kabul edilebilir olduğu ifade edilmiş ve bu iki kategorinin "ulusal hukuk sistemlerinden türeyen hukuk genel ilkeleri" ve "uluslararası hukuk sistemi içinde oluşan hukuk genel ilkeleri" olduğu bildirilmiştir. ILC, First Report on General Principles of Law by Special Rapporteur Marcelo Vazquez-Bermudez, A/CN.4/732, 71st Session, 2019, s. 6, para. 22.

kaynaklarından biri olarak görülebilecek hukuk genel ilkelerine⁵³⁶ iradeci görüşe göre tam olarak devletlerin rızasına dayanmadıkları için şüpheyile yaklaşılmalıdır.⁵³⁷

Hukuk genel ilkelerinin uluslararası hukukun başlı başına bir kaynağı olup olmadığı tartışılrsa dahi bu ilkelerin uluslararası hukuktaki varlığının ve öneminin yadsınamayacağı açıktır. Gerçekten de hukuk genel ilkeleri tarihsel olarak, andlaşma ve teamül olmayan veya bunların tam olarak gelişmediği alanlarda boşluk doldurmak için⁵³⁸ tamamlayıcı bir işlevle⁵³⁹ kullanılagelmiştir.⁵⁴⁰ En nihayetinde, hukuk genel ilkelerinin de devletlere hak ve yükümlülük bahşetme kabiliyetine sahip olduğu konusunda şüphe yoktur.⁵⁴¹

Bir emredici normun kaynağının bir hukuk genel ilkesi olup olamayacağı konusunda öncelikle söz konusu ilkenin bir genel norm olup olmadığına bakılmalıdır. Zira emredici normların genel uluslararası hukuk normu oldukları bilinmektedir.

UAD Statüsü'nün 38-1 (c) maddesinde belirtilen “*medeni milletlerce tanınan hukuk genel ilkeleri*” uluslararası hukukun genel kaynakları arasında yerini almaktadır.⁵⁴² Zira bu normlar yalnızca belirli devletler arasındaki özel bir hukuki rejim için uygulanmaz; aksine devletlere genel olarak uygulanır.⁵⁴³ O halde, hukuk genel ilkeleri de genel uluslararası hukuk normları kapsamındadır.⁵⁴⁴ Genel

⁵³⁶ Bunun yanında BM Şartı'nın başlangıç metninde geçen “...andlaşmalardan ve uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğan yükümlülükler...” ifadesinden uluslararası hukukun andlaşmaların yanında en az iki tane daha asli kaynağı olması gerektiği ve bunların da yalnızca teamül ile hukuk genel ilkeleri olabileceği düşünülmektedir. Sten Verhoeven, **Norms of Jus Cogens in International Law a Positivist and Constitutionalist Approach**, Doktora Tezi, Leuven, 2011, s. 74.

⁵³⁷ *Ibid.*, s. 73.

⁵³⁸ ILC, First Report on General Principles of Law by Special Rapporteur Marcelo Vazquez-Bermudez, A/CN.4/732, 71st Session, 2019, s. 7, para. 25.

⁵³⁹ Bu işlev “boşluk dolduran” olarak da nitelenmektedir ve özellikle özel rejimlerde bir kuralın yokluğu halinde hukuk genel ilkelerinin de genel kural olarak devreye girebileceği düşünülmektedir. *Ibid.*, s. 17.

⁵⁴⁰ Shao, *op. cit.*, s. 220.

⁵⁴¹ UHK, uluslararası yükümlülüklerin andlaşma ve teamül yanında hukuk genel ilkelerinden de kaynaklanabileceğini bildirmektedir. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 55, para. 3.

⁵⁴² ILC, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017, s. 24, para. 48.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ *Ibid.*, s. 27, para. 52.

uluslararası hukuk olan hukuk genel ilkelerinin, buradan hareketle, bir emredici norm oluşturmaya elverişli olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.⁵⁴⁵

Bu yaklaşım dışında, emredici normların kaynağını doğrudan hukuk genel ilkeleriyle ilişkilendiren görüşlere de rastlamak mümkündür. Örneğin Verdross, emredici normların kaynağının, tüm hukuk sistemleri tarafından tanınan hukuk genel ilkelerinde olduğunu savunmuştur.⁵⁴⁶

Lauterpacht ise emredici norm teorisinin temel mantığını bir hukuk genel ilkesi ile ilişkilendirmektedir. Şöyle ki Lauterpacht'a göre, amacı hukuka aykırı andlaşmaların geçersiz olması kuralı da bir hukuk genel ilkesidir.⁵⁴⁷

Orakhelashvili ise, benzer şekilde, VAHS'nin 53. maddesinde düzenlenen emredici normlarla çatışan sözleşmelerin geçersiz olacağı hükmünün, uluslararası kamu düzeniyle çatışan sözleşmelerin amacının hukuka aykırı olduğunu ve geçersiz olduğunu belirten hukuk genel ilkesine dayandığını düşünmektedir.⁵⁴⁸

Diğer yandan, hukuk genel ilkelerinin emredici normun kaynağı olmadığı düşüncesine rastlamak da mümkündür.⁵⁴⁹ İradeci görüş, yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, uluslararası hukukta hukuk genel ilkelerinin devletlerin rıza göstermesiyle oluşan normlar olduğunu düşünmemektedir. Oysaki uluslararası hukukta bir devlet ancak rıza gösterdiği kurallarla bağlı olacak ve ancak rıza gösterirse belli yükümlülükler altına girecektir. İşte bu nedenle hukuk genel ilkeleri bağımsız bir kaynak olarak devletleri yükümlülük altına sokma kabiliyetinden yoksundur. Aynı

⁵⁴⁵ Weatherall, **op. cit.**, s. 133.

⁵⁴⁶ Verdross, *Forbidden Treaties...*, **op. cit.**, s. 573; Shelton, **op. cit.**, s. 299.

⁵⁴⁷ ILC, *Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur*, A/CN.4/63, YbILC, Vol. II, 1953, s. 154.

⁵⁴⁸ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 133; Emredici normlara aykırı andlaşmaların amacının hukuka aykırı ve geçersiz olduğu düşüncesi için bkz. ILC, *Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur*, A/CN.4/63, YbILC, Vol. II, 1953, s. 155; ILC, *Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur Law of Treaties*, YbILC, Vol. II, 1958, s. 39.

⁵⁴⁹ UHK özel raportörü Dire Tladi, emredici normların kaynağının hukuk genel ilkeleri olabileceği düşüncesine mensup olanların çok az olduğunu bildirmektedir. ILC, *Second Report on jus cogens by Special Rapporteur Dire Tladi*, A/CN.4/706, 69th Session, 2017, s. 24.

gerekleşir.⁵⁵⁰ devletlerin emredici normların evrenselliği özelliğine de karşı çıktığı düşünülmektedir.⁵⁵¹ Bu nedenle emredici normların kaynağının hukuk genel ilkeleri kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.⁵⁵²

ii. Emredici normların hukuk genel ilkeleri üzerindeki hukuki etkisi

Bir emredici norm ile bir hukuk genel ilkesinin çatışması ihtimalinde, emredici normun hukuki etkisinin, çatıştığı diğer tüm normlar üzerinde olduğu gibi geçersizlik olabileceği düşünülebilir. Ancak böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi güçtür. Zira bir hukuk genel ilkesinin, yerleşik olarak kabul edilen bir emredici normdan sapması pek mümkün görünmemektedir.⁵⁵³

Hukuk genel ilkelerinin bir uluslararası hukuk kaynağı olarak kökenine ilişkin farklı yaklaşımlar mevcuttur. UHK bünyesinde gerçekleştirilen çalışmalar kapsamında, Hukuk Genel İlkeleri Üzerine Birinci Rapor'da “iki kategori” yaklaşımı benimsenmiştir.⁵⁵⁴ Özel raportör Marcelo Vazquez-Bermudez tarafından yazılan rapora göre hukuk genel ilkelerinin kökenine ilişkin birçok yaklaşımdan yalnızca iki tanesi UAD Statüsü'nün 38-1 (c) maddesi anlamında kabul edilebilir. Bu iki kategori, “ulusal hukuk sistemlerinden türeyen hukuk genel ilkeleri” ve “uluslararası hukuk sistemi içinde oluşan hukuk genel ilkeleri” olarak ifade edilmiştir.⁵⁵⁵ Kökeni bunlardan hangisi kabul edilirse edilsin, uluslararası hukukta bir hukuk genel ilkesinin emredici normla çatıştığı bir durumun ortaya çıkması oldukça düşük bir ihtimaldir.

Bilindiği üzere hukuk genel ilkeleri, uluslararası hukukta bir andlaşma veya teamülün yokluğunda, boşluk doldurmak için kullanılmaktadır.⁵⁵⁶ Eğer bir

⁵⁵⁰ Medeni milletlerce tanınan hukuk genel ilkelerinin yalnızca onu *jus cogens* olarak iradeleriyle kabul eden uluslararası hukuk kişileri için *jus cogens* oluşturacağı belirtilmektedir. Schwarzenberger, **op. cit.**, s. 468.

⁵⁵¹ Shaw, **op. cit.**, s. 94.

⁵⁵² **Ibid.**

⁵⁵³ Verhoeven, **op. cit.**, s. 187.

⁵⁵⁴ Shao, **op. cit.**, ss. 220-221.

⁵⁵⁵ ILC, First Report on General Principles of Law by Special Rapporteur Marcelo Vazquez-Bermudez, A/CN.4/732, 71st Session, 2019, s. 6, para. 22.

⁵⁵⁶ **Ibid.**, s. 7, para. 25.

uyuşmazlıkta uygulanacak bir emredici norm varsa, zaten bu emredici norm kullanılacak; ortaya herhangi bir boşluk çıkmayınca hukuk genel ilkesine başvurmaya gerek kalmayacaktır.⁵⁵⁷ Zira bu emredici norm büyük bir olasılıkla, genel çok taraflı andlaşma veya teamül olacaktır.

Diğer yandan bir hukuk genel ilkesinin, uluslararası hukuk sistemi içinde bir emredici norma aykırı olarak oluştuğunu tahayyül etmek de güçtür. Zira uluslararası hukuk sistemi, mevcut bir emredici normu kabul ettikten sonra ona aykırı olarak kendi hukuk sistemine içkin olan bir genel ilkeyi nasıl benimseyecektir?

Tüm bunların yanında, yukarıda da ifade edildiği üzere, hukuk genel ilkelerinin bağımsız bir uluslararası hukuk kaynağı olma kabiliyetinin sorgulandığını hatırlamak faydalı olacaktır. Bu düşünce benimsendiği takdirde, zaten hukuk genel ilkelerini ya bir teamül ya da bir andlaşma kapsamında kabul etmek gerekecektir. Böyle bir durumda emredici normla çatışan hukuk genel ilkesi değil andlaşma veya teamül olacaktır.⁵⁵⁸

2. Emredici Normların Uluslararası Hukukta Bazı Hukuki İşlemler ile İlişkisi

Emredici normlarla çatışan normlar, yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, emredici norm tarafından geçersiz kılınırlar. Peki bu hukuki etki yalnızca uluslararası hukukun asli kaynakları ile oluşturulan kurallar üzerinde mi doğacaktır? Acaba emredici normların hukuki etkisinin başka durumlarda da ortaya çıkması mümkün müdür?

Emredici normların hukuki etkisinin yalnızca uluslararası hukukun asli kaynakları üzerinde doğmadığı, başka durumlarda da ortaya çıktığı

⁵⁵⁷ Verhoeven, *op. cit.*, s. 187.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, s. 188.

gözlemlenmektedir.⁵⁵⁹ Bu durumların arasında uluslararası hukukta adeta bir hukuk kuralı gibi devletlere hak ve yükümlülük bahşedebilen ve fakat kaynak olarak kabul edilmeleri konusunda şüpheler bulunan⁵⁶⁰ bazı hukuki işlemlerin emredici normla çatışması bulunmaktadır. Emredici normların kendisiyle çatışan bu hukuki işlemlerden tek taraflı işlemler üzerindeki hukuki etkisi aşağıda incelenecektir. Bunun yanında emredici normların, uluslararası hukukta tek taraflı işlemlerin özel bir görünümü olan uluslararası örgüt kararlarından⁵⁶¹ bağlayıcı nitelikte olan BM Güvenlik Konseyi kararları üzerindeki hukuki etkisi ayrıca incelenecektir.

Yukarıda, emredici normların uluslararası hukukun asli kaynakları ile ilişkisi başlığı altında, emredici normların hukuki etkisi bahsinin yanında bunların kaynaklarının neler olabileceği de tartışılmıştır. Bununla birlikte, yalnızca bir uluslararası hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemlerin genel uluslararası hukuk teşkil eden emredici normların kaynağı olmasının mümkün olmaması sebebiyle, emredici normların kaynaklarının başka neler olabileceğinin incelenmesine bu başlık altında gerek görülmemiştir.

a. Emredici Normların Devletlerin Tek Taraflı İşlemleri Üzerindeki Hukuki Etkisi

Uluslararası hukukta tek taraflı işlemler, bir uluslararası hukuk süjesi tarafından ortaya konan belli bir hukuki sonuca yönelik irade beyanı anlamına gelmektedir.⁵⁶² Bu işlemlerin arasında bildirim, tanıma, söz verme, kınama, gibi tek taraflı bir irade beyanı içeren işlemler bulunmaktadır.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 465 *et seq.*

⁵⁶⁰ Pazarıcı, **op. cit.**, s. 34.

⁵⁶¹ Uluslararası örgüt kararları da kural olarak tek taraflı hukuksal işlemler kapsamında kabul edilmektedir. “Ortaklaşa işlem” adı verilen ve birçok üye devletin irade beyanlarının birleşmesiyle ortaya çıkan kararlar tek bir hukuk kişisi olan uluslararası örgütün iradesine mal edilmektedir. **Ibid.**, s. 130.

⁵⁶² **Ibid.**, s. 121.

⁵⁶³ **Ibid.**, s. 124 *et seq.*

Tek taraflı işlemlerin bir uluslararası hukuk kaynağı olarak addedilmesi tartışmalı bir konu olmuştur.⁵⁶⁴ Zira, klasik uluslararası hukukta devletlerin tek taraflı işlemlerinin hukuken bağlayıcı sonuçlar doğurmadığı düşünülmüştür.⁵⁶⁵ Devlet uygulamasında da tek taraflı işlemlerin hak ve yükümlülük kaynağı olmasına hep şüpheyile yaklaşmıştır.⁵⁶⁶ Buna karşılık, tek taraflı işlemlerin de uluslararası yükümlülük doğurabileceği UAD tarafından 1974 tarihinde verilen *Nükleer Denemeler* kararından beri kabul edilmektedir.⁵⁶⁷

Uluslararası hukukta devletlerin tek taraflı işlemleri, hukuki hak ve yükümlülük oluşturma kabiliyetine sahip olanlar ve olmayanlar olarak iki farklı şekilde belirmektedir.⁵⁶⁸ Tek taraflı işlemlerin, hukuki yükümlülük⁵⁶⁹ ve hatta bazen üçüncü kişiler lehine hak doğurabileceği⁵⁷⁰ düşünüldüğünde, bunların da emredici normlarla çatışma ihtimalinin göz ardı edilmemesi önem kazanmaktadır.

Emredici normların tek taraflı işlemler üzerinde hukuki etkisinin olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Zira, tek taraflı işlemlerin hukuki hak ve yükümlülük doğurma kabiliyetine ilişkin yapılan tespiti göre farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür.

İlk olarak, iradeci görüş benimsenerek, tek taraflı işlemlerin herhangi bir hak veya yükümlülük doğurmadığı kabul edildiğinde, emredici normun tek taraflı işlem üzerinde bir hukuki etkisi olmadığı sonucuna varılır. Zira, böyle bir durumda zaten, emredici norm ile çatışan bir hak veya yükümlülüğün varlığından bahsedilemez.⁵⁷¹ Emredici norm teorisinin tek taraflı işlemleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi

⁵⁶⁴ **Ibid.**, s. 34; Tek taraflı işlemlerin tüm kaynaklar arasında en tartışmalı olan olduğu da düşünülmektedir. Ceren Zeynep Pirim, “Uluslararası Hukukta Tek Taraflı Sözvermenin Bağlayıcı Niteliği”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 105-106, 2013, ss. 117-144, s. 118.

⁵⁶⁵ Rolando Quadri, “Cours général de droit international public”, **RCADI**, Cilt: 113, 1964, ss. 237-483, s. 363, Aktaran Ceren Zeynep Pirim, “Uluslararası Hukukta Tek Taraflı Sözvermenin Bağlayıcı Niteliği”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 105-106, 2013, ss. 117-144, s. 119.

⁵⁶⁶ Costelloe, **op. cit.**, s. 172.

⁵⁶⁷ ICJ, Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253., s. 268, para. 46.

⁵⁶⁸ Costelloe, **op. cit.**, s. 154.

⁵⁶⁹ ICJ, Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253., s. 268, para. 46.

⁵⁷⁰ Devletlerin tek taraflı işlemleri arasında tek taraflı sözvermenin üçüncü kişiler lehine hak yaratarak diğerlerinden farklılaştığı düşünülmektedir. Pirim, Uluslararası Hukukta Tek..., **op. cit.**, s. 120.

⁵⁷¹ Costelloe, **op. cit.**, s. 177.

hukuki bir aşınma olarak nitelenmektedir çünkü tek taraflı işlemler bir hukuk kuralından sapma kabiliyetine sahip değildir.⁵⁷² Bu nedenle emredici normların tek taraflı işlemlere uygulanmasının mantıksal olarak imkânsız olduğu belirtilmektedir.⁵⁷³

Diğer yandan, tek taraflı işlemlerin hak ve yükümlülük doğurduğu hallerde, emredici normların tek taraflı işlemler üzerinde hukuki etkisi olduğunu kabul etmek gerekir.⁵⁷⁴ Burada emredici normların kamu düzeniyle tanımlanması ve normlar hiyerarşisindeki konumundan yola çıkılmaktadır.⁵⁷⁵ Sözleşme serbestisi bağlamında birden fazla tarafın iradesini kısıtlayabilen emredici normların tek tarafın iradesini *a fortiori* kısıtlayabileceği⁵⁷⁶; andlaşmalara uygulanan emredici normların tek taraflı işlemlere haydi haydi uygulanabileceği düşünülmektedir.⁵⁷⁷

UHK'nin hazırladığı 2006 tarihli *Devletlerin Hukuki Yükümlülük Yaratabilen Tek Taraflı Beyanlarına Uygulanabilir Rehber İlkeler* metnindeki ilk ilkeye göre “kamuya açık olarak yapılan ve bağlanma iradesini gösteren beyanlar hukuki yükümlülük yaratma etkisine sahip olabilir”.⁵⁷⁸ Bu ilkenin yorum kısmında, amacı tek taraflı işlemlerin dar anlamda tanımlanması ve neye dayandığının belirlenmesi olan ilkenin UAD'nin *Nükleer Denemeler* kararındaki yaklaşımı benimsediği belirtilmiştir.⁵⁷⁹ Aynı metinde düzenlenen sekizinci ilkeye göre “genel uluslararası hukukun bir emredici normuyla çatışan bir tek taraflı beyan geçersizdir”.⁵⁸⁰ Bu ilkenin yorum kısmında, bir emredici norma aykırı olan tek taraflı bir işlemin geçersizliğinin VAHS'nin 53. maddesinden türediği belirtilmiştir.⁵⁸¹ Böylece tek taraflı işlemlerin yükümlülük doğurmasının mümkün olabileceği ve emredici normların yükümlülük

⁵⁷² Robert Kolb, “Théorie de Ius Cogens International (I)”, **RBDI**, Cilt: 36, Sayı: 1, 2003, ss. 5- 55, s. 17.

⁵⁷³ Prosper Weil, “Le Droit International en Quete de son Idéité”, **RCADI**, Cilt: 237, 1992, ss. 9- 370, s. 281, Aktaran Kolb, *Théorie de...*, **op. cit.**, s. 17.

⁵⁷⁴ Kolb, *Théorie de...*, **op. cit.**, s. 17.

⁵⁷⁵ **Ibid.**

⁵⁷⁶ Kadelbach, Kleinlein, **op. cit.**, s. 315; Emredici normun tek taraflı istisnalara da müsaade etmeyeceği yönünde yapılan benzer gerekçelendirme için bkz. Kadelbach, **op. cit.**, s. 29.

⁵⁷⁷ Suy, **op. cit.**, *passim*, Aktaran Kolb, *Théorie de...*, **op. cit.**, s. 17.

⁵⁷⁸ ILC, Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), YbILC, Vol. II, 2006, s. 161.

⁵⁷⁹ **Ibid.**, s. 162.

⁵⁸⁰ **Ibid.**, s. 165.

⁵⁸¹ **Ibid.**

doğuran tek taraflı işlemler üzerindeki hukuki etkisinin geçersizlik olduğu sonucuna varılmaktadır.

b. Emredici Normların Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları Üzerindeki Hukuki Etkisi

Emredici normların hukuki etkisinin ortaya çıkabileceği durumlardan biri de uluslararası örgütlerin organları tarafından verilen kararların bunlara aykırı olma ihtimalidir.⁵⁸² Uluslararası örgütler, devletler tarafından iş birliği çerçevesinde belli çalışmaları gerçekleştirmek için kurulurlar.⁵⁸³ Uluslararası örgütlerin organlarına kurucu andlaşmalar ile birtakım yetkiler verilir.⁵⁸⁴ Kurucu andlaşmaların kendisi emredici normlara aykırı olamayacağı gibi, bu andlaşma ile organlara emredici normlara aykırı hareket etme yetkisi de verilemez.⁵⁸⁵ Yine de, bir uluslararası örgüt organının emredici normlara aykırı karar vermesi durumunda ne olacağı merak konusudur.

Emredici normlardan sapma gösteren eylemlerin temel olarak devletlerin hak ve yükümlülüklerini etkileyen bağlayıcı kararlar alabilen uluslararası örgütlerden kaynaklanması beklenir.⁵⁸⁶ Zira hak ve yükümlülük doğurmayan ve bağlayıcı olmayan bir karar, devletlerin emredici normlara aykırı hareket etmesini mantıksal olarak gerektirmez.

BM'ye üye devletler, BM Şartı'nın 25. maddesine göre Güvenlik Konseyi'nin aldığı kararlara uymak ve bunları yerine getirmekle yükümlüdürler.⁵⁸⁷ BM'ye üye olan devletlerin sayısı ve Güvenlik Konseyi'nin üye devletleri bağlayan kararlar alabilme

⁵⁸² Orakhelashvili, The Impact of..., **op. cit.**, s. 63.

⁵⁸³ Pazarıcı, **op. cit.**, s. 185.

⁵⁸⁴ Orakhelashvili, The Impact of..., **op. cit.**, s. 59.

⁵⁸⁵ Orakhelashvili, Peremptory Norms..., **op. cit.**, s. 414.

⁵⁸⁶ **Ibid.**, s. 415.

⁵⁸⁷ BM Şartı'nın 25. maddesine göre: “Birleşmiş Milletler üyeleri işbu Şart’a uygun olarak Güvenlik Konseyi kararlarını kabul etmeye ve yerine getirmeye mutabık olurlar.” Charter of the United Nations, 24 Ekim 1945, (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>), Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

yetkisi göz önünde bulundurulduğunda, bu kararların emredici normlarla çatışması ihtimali öğretide göz ardı edilmemiştir.⁵⁸⁸ Güvenlik Konseyi'nin günümüzde sıklıkla, belli bir durumdan ziyade özellikle genele hitap eden nitelikte kararlar alması ve bu kararların üye devletlere genel nitelikte yükümlülükler getirmesi konuyu daha da önemli hale getirmektedir.⁵⁸⁹

Bir Güvenlik Konseyi kararının emredici normla çatışması iki ihtimalde söz konusu olur; ya söz konusu kararın kendisi emredici norma aykırıdır ya da kararın uygulanması emredici normlara aykırı olacaktır.⁵⁹⁰ Bu iki ihtimali ayırt etmek pek kolay değildir. Kararın uygulanması bir emredici norma aykırıysa bunun tespiti ancak kararın mevcut uluslararası hukuk kurallarına ve bağlama göre yorumlanmasıyla mümkün olabilir.⁵⁹¹ Her iki ihtimalde de kararın emredici normlara aykırılık sebebiyle geçersiz olup olmayacağı meselesi gündeme gelmektedir.

Bir Güvenlik Konseyi kararı ile bir emredici norm arasında çatışma olsa bile karar üzerindeki hukuki sonucun geçersizlik olacağının kesin olmadığı düşünülmektedir.⁵⁹² Zira VAHS'de emredici normların hukuki sonucu olan geçersizlik yaptırımını yalnızca andlaşmalar için düzenlenmiştir ve BM Şartı'nda da içeriği emredici normlara aykırı olan bir Güvenlik Konseyi kararının akıbeti hakkında herhangi bir veri bulunmamaktadır.⁵⁹³ Böyle bir durumda, kararın çatışmaya sebep olan kısımlarının ayrılabilmesi veya uygulanmayacağı söylenebilir veya son çare olarak kararın bütünüyle geçersiz olduğu düşünülebilir.⁵⁹⁴ Öyleyse bu çözümlerin hukuki temeli ne olacaktır?

BM Şartı'nın 24. ve 25. maddelerinin, emredici normlarla çatışan Güvenlik Konseyi kararlarının geçersizliğini temellendirebileceği düşünülmektedir.⁵⁹⁵ 24. madde Güvenlik Konseyi'nin görevlerini yerine getirirken “*BM Amaçlarına ve*

⁵⁸⁸ Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Orakhelashvili, *The Impact of...*, **op. cit.**, *passim*.

⁵⁸⁹ Costelloe, **op. cit.**, s. 128.

⁵⁹⁰ **Ibid.**, ss. 130-131.

⁵⁹¹ **Ibid.**, s. 131.

⁵⁹² **Ibid.**

⁵⁹³ **Ibid.**

⁵⁹⁴ **Ibid.**

⁵⁹⁵ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 429.

İlkelerine” uygun hareket edeceğini öngörmektedir.⁵⁹⁶ BM’nin amaçları arasında “uluslararası barış ve güvenliği sağlamak” ve “...insan hakları ve temel özgürlüklerin desteklenmesi ve teşvik edilmesinde...uluslararası iş birliğine ulaşmak” bulunmaktadır.⁵⁹⁷ 25. madde ise üye devletlerin Güvenlik Konseyi’nin BM Şartı’na uygun kararlarını yerine getireceğini bildirmektedir. Bu iki madde birlikte okunduğunda, bir Güvenlik Konseyi kararının bağlayıcı ve geçerli kabul edilmesi için emredici normlara uygunluğun bir *sine qua non* olduğu sonucuna varılmaktadır.⁵⁹⁸

BM Şartı 24. madde, geçersizliğe ilişkin hiçbir iz barındırmasa da, emredici norma aykırı bir Güvenlik Konseyi kararının geçersizliğinin olası tek dayanağı olarak görülmüştür.⁵⁹⁹ Yukarıda 24. maddeden yola çıkılarak yapılan değerlendirmenin benzerine AİHM’nin *Al-Jedda* kararında da rastlanmaktadır.⁶⁰⁰ Mahkeme’ye göre Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenliği koruma ve insan haklarının korunmasında işbirliğini sağlama amaçlarına uygun olarak hareket ettiğinin kabulü, kararlarında üye devletlere insan haklarının temel ilkelerini ihlal eden yükümlülükler getirmeyi amaçlamadığı varsayımını gerektirir.⁶⁰¹ Dolayısıyla 24. maddenin, Güvenlik Konseyi’nin kararlarının örgütün ve hatta üye devletlerin insan hakları yükümlülükleriyle, bunlar BM amaçları ve ilkeleriyle örtüştüğü sürece, çatışmadığını varsaydığı düşünülmektedir.⁶⁰²

BM örgütünün siyasi unsurlardan bağımsız düşünölemeyeceği göz önünde bulundurulduğunda Güvenlik Konseyi kararlarının emredici normlarla çatışması ihtimalini kategorik olarak reddetmek pek manalı görünmemektedir. Ne var ki Güvenlik Konseyi kararlarını denetleyen herhangi bir mekanizma bulunmamaktadır.⁶⁰³ Üstelik, UAD tarafından verilen *Namibia* danışma görüşünde “BM’nin uygunca oluşturulmuş bir organının, o organın usul kurallarına uygun

⁵⁹⁶ BM Şartı’nın 24. maddesinin 2. fıkrasına göre: “Güvenlik Konseyi bu görevlerini yerine getirirken Birleşmiş Milletlerin Amaç ve İlkelerine uygun hareket edecektir...” Charter of the United Nations, 24 Ekim 1945, (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>), Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁵⁹⁷ BM Şartı’nın 1. maddesinde örgütün amaçları düzenlenmektedir. Charter of the United Nations, 24 Ekim 1945, (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>), Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁵⁹⁸ Craig Scott *et al.*, “A Memorial for Bosnia: Framework of Legal Arguments Concerning the Lawfulness of the Maintenance of the United Nations Security Council’s Arms Embargo on Bosnia and Herzegovina”, *MJIL*, Cilt: 16, Sayı: 1, 1994, ss. 1- 140, s. 126.

⁵⁹⁹ Costelloe, *op. cit.*, s. 133.

⁶⁰⁰ ECHR, *Al-Jedda v. The United Kingdom*, 27021/08, 7 Temmuz 2011, § 102.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² Costelloe, *op. cit.*, s. 133.

⁶⁰³ *Ibid.*, s. 134.

olarak verilen ve başkanı tarafından bu şekilde verildiği ilan edilen bir kararı, geçerli şekilde kabul edilmiş varsayılır.”⁶⁰⁴ ifadeleriyle usulüne uygun verilen bir Güvenlik Konseyi kararının içeriğinden bağımsız olarak geçerli kabul edildiği de teyit edilmiştir. Buna rağmen, emredici normla çatışan bir Güvenlik Konseyi kararının muhtemel geçersizliği için belki de andlaşmalar hukuku ile analogi yapma yoluna başvurulabilir.⁶⁰⁵

Ad hoc yargıç Lauterpacht, UAD tarafından görülen *Soykırım Sözleşmesi (Bosna Hersek v. Sırbistan ve Karadağ)* davası kapsamında verilen 13 Eylül 1993 tarihli mahkeme emrine yazdığı ayrık görüşte genel uluslararası hukukun emredici normlarının hukuki etkilerinin Güvenlik Konseyi kararları üzerinde de doğacağını ifade etmiştir.⁶⁰⁶ Hatta BM Şartı’nın 103. maddesinin Güvenlik Konseyi’ne, onun karalarıyla başka andlaşma yükümlülükleri çatıştığında tanımış olduğu önceliğin bir Güvenlik Konseyi kararıyla emredici norm çatıştığında normlar hiyerarşisi gereği söz konusu olamayacağını vurgulamıştır.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., s. 22, § 20.

⁶⁰⁵ Costelloe, **op. cit.**, s. 134.

⁶⁰⁶ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 325, Seperate Opinion of Judge *ad hoc* Lauterpacht, para. 100.

⁶⁰⁷ **Ibid.**

III. ULUSLARARASI HUKUKUN EMREDİCİ NORMLARININ KAPSAMI

VAHS’de emredici normlardan bahsedilmiş olsa da bu normların neler olduğu belirtilmemiş, örnekleri verilmemiştir. Buna karşılık, emredici normların neler olduğu ve bunların sözleşme metninin kapsamına alınmasının gerekip gerekmediği, sözleşmenin hazırlık çalışmaları esnasında UHK’nin gündemini oluşturan önemli meselelerden biri olmuştur.⁶⁰⁸ Komisyon’un kimi üyeleri emredici norm oluşturan bazı örneklerin gösterilmesinin faydalı olacağını düşünse de en nihayetinde Komisyon, madde kapsamında belirtilmeyen örneklerin emredici olmadığına anlaşılmasının önüne geçmek ve kendini de andlaşmalar hukuku konusunun dışında, oldukça uzun bir çalışmadan kurtarmak amacıyla bunu tercih etmemiştir.⁶⁰⁹ Böylece Komisyon, emredici normlara aykırı andlaşmaların geçersizliği kuralının kapsamının belirlenmesini devlet uygulamalarına ve uluslararası mahkeme kararlarına bırakmıştır.⁶¹⁰

VAHS metninde olmasa da yorum kısmında emredici normların bazı örneklerine rastlamak mümkündür: Bu kapsamda emredici normların en bariz ve yerleşik olarak kabul gören bazı örnekleri arasında kuvvet kullanma, uluslararası suçlar, köle ticareti, deniz haydutluğu ve soykırımın yasaklanması sayılmıştır.⁶¹¹

⁶⁰⁸ Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Reports of the Commission to the General Assembly, YbILC, 1966, Vol. II, s. 248.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ *Ibid.*

Ayrıca insan hakları, devletlerin eşitliği ve halkların kendi kaderini tayin hakkı da diğer olası örnekler olarak bildirilmiştir.⁶¹²

UHK bünyesinde gerçekleştirilen güncel çalışmalar kapsamında özel raportör Dire Tladi, *Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları (jus cogens) Üzerine Beşinci Rapor*'da, emredici normların tüketici olmayan bir listesini sunmuştur.⁶¹³ Buna göre saldırı yasağı,⁶¹⁴ soykırım yasağı, insanlığa karşı suçlar yasağı, uluslararası insancıl hukukun temel kuralları, ırk ayrımcılığı ve apartheid yasağı, kölelik yasağı, işkence yasağı ve halkların kendi kaderini tayin hakkı; genel uluslararası hukukun başka emredici normlarının varlığına veya sonradan oluşmasına halel getirmeksizin emredici norm olarak kabul edilmiştir.⁶¹⁵

Bu başlık altında emredici normlar incelenirken bunların yalnızca şekli unsurlarının değil maddi unsurlarının da göz önünde bulundurulması benimsenmiştir. Zira UHK da meseleye benzer bir şekilde yaklaşmış ve bir emredici norma bu özelliği veren olgunun, normun evrensel olarak kabul görmesi değil içeriği olduğunu birçok kez vurgulamıştır.⁶¹⁶ Bu doğrultuda, aşağıda özel raportör Dire Tladi'nin tüketici olmamak kaydıyla sunduğu listedeki emredici normlar sırasıyla incelenecektir. Bu listedekilere ek olarak VAHS yorumunda da emredici normların en belirgin örnekleri arasında değerlendirilen deniz haydutluğunun yasaklanmasına yer verilecektir. Nihayet, emredici norm niteliği uluslararası hukukta çeşitli tartışmalara konu olan çevrenin kirletilmesi yasağı ve geri göndermeme ilkesi incelenecektir. Savaş suçları ise özel raportör Dire Tladi'nin yöntemi benimsenerek insancıl hukukun temel kuralları başlığı altında ele alınacaktır.

⁶¹² **Ibid.**

⁶¹³ ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022, s. 66.

⁶¹⁴ Saldırı yasağı kavramı yerine daha bilinen ifadeyle kuvvet kullanma yasağı kavramı kullanılacaktır.

⁶¹⁵ ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022, s. 66.

⁶¹⁶ Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Reports of the Commission to the General Assembly, YbILC, 1966, Vol. II, s. 248, para. 2; Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 112; ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 189.

A. Kuvvet Kullanma Yasağı

Uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağı, devletlerin uluslararası ilişkilerinde kuvvet kullanma tehdidine ve kuvvet kullanımına başvuramayacağı anlamına gelen, uluslararası düzenin hukuki temeli olan bir teamül kuralıdır.⁶¹⁷

Uluslararası hukukta kuvvet kullanımının yasaklanması ilk olarak 1925 yılında Almanya, İngiltere, Fransa, Belçika ve İtalya arasında imzalanan Ren Misakı ile kabul edilmiş,⁶¹⁸ ardından 1928 yılında imzalanan Briand-Kellogg Paktı ile birçok devlet tarafından benimsenmiştir.⁶¹⁹ Kuvvet kullanımı 1945 yılında BM Şartı ile evrensel olarak yasaklanmıştır.⁶²⁰ Şart'ın 2. maddesinin 4. fıkrasına göre:

Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek BM'nin Amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvuraktan kaçınırlar.

BM Şartı'ndaki bu düzenleme çoğunlukla, emredici normların arketipi olarak görülmektedir.⁶²¹ Kuvvet kullanma yasağının emredici niteliği, uluslararası hukukta geniş çapta kabul edilmektedir.⁶²² Hatta kuvvet kullanma yasağının emredici norm olduğu hususunda herhangi bir şüphe olmadığı dahi bildirilmektedir.⁶²³ Zira, UAD da kuvvet kullanma yasağının bu niteliğini kabul etmiştir.⁶²⁴ Divan 1986 yılında *Nicaragua* davasında vermiş olduğu kararda kuvvet kullanma yasağına ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmıştır:

⁶¹⁷ Merlin M. Magallona, "Some Remarks on the Use of Force in International Law", *ISIP*, Cilt: 3, Sayı: 2- 3, 1987, ss. 1- 25, ss. 1, 2.

⁶¹⁸ Pazarcı, *op. cit.*, s. 517.

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ Green, *op. cit.*, s. 216.

⁶²² *Ibid.*; Kadelbach, *op. cit.*, s. 30.

⁶²³ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, s. 50.

⁶²⁴ *Ibid.*

BM Şartı'nın 2. maddesinin 4. paragrafında belirtilen kuvvet kullanmanın yasaklanması ilkesinin uluslararası teamül hukuku olarak geçerliliğinin başka bir teyidi, buna sıklıkla devlet temsilcileri tarafından yalnızca bir uluslararası teamül hukuku ilkesi olarak değil aynı zamanda böyle bir hukukun temel veya başlıca bir ilkesi olarak başvurulması gerçeğinde bulunabilir. UHK, andlaşmalar hukukunun kodifikasyonu hakkında çalışması esnasında, “kuvvet kullanma yasağı hakkındaki Şart hükmü bizatihi jus cogens niteliği haiz olan bir uluslararası hukuk kuralının belirgin bir örneğini oluşturmaktadır” görüşünü ifade etmiştir.⁶²⁵

Her ne kadar Divan yalnızca UHK'nin tespitine atıf yapmakla yetinmiş ve sonrasında düşüncesini teyit etmemiş olsa da başka davalarda çeşitli yargıçlar tarafından yazılan ayırık görüşlerde kuvvet kullanma yasağının emredici niteliği onaylanmıştır.⁶²⁶ *Petrol Platformu* davasında yargıç Simma, tek taraflı kuvvet kullanımını sınırlandıran genel uluslararası hukuk kurallarının emredici niteliğini vurgulamış;⁶²⁷ yargıç Kooijmans da kuvvet kullanma yasağının emredici niteliğe sahip olduğunun düşünüldüğünü belirtmiştir.⁶²⁸ Yargıç Elaraby ise *Duvar* danışma görüşüne yazdığı ayırık görüşünde kuvvet kullanma yasağının evrensel olarak *jus cogens* bir ilke olarak tanındığını ve şüphesiz yirminci yüzyılda ortaya çıkan en önemli ilke olduğunu ifade etmiştir.⁶²⁹

UHK tarafından 2001 yılında kabul edilen *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler* metninin 26. maddesinin yorum kısmında, “açıkça tanınan ve kabul edilen emredici normlar” arasında saldırı

⁶²⁵ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986, p. 14, s. 100, § 190.

⁶²⁶ Green, *op. cit.*, s. 224.

⁶²⁷ ICJ, *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161, Separate Opinion of Judge Simma, ss. 329-330, § 9.

⁶²⁸ *Ibid.*, Separate Opinion of Kooijmans, s. 260, § 46.

⁶²⁹ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, Separate Opinion of Elaraby, s. 254, § 3.1.

yasağı da sayılmıştır.⁶³⁰ Aynı metnin 40. maddesinin yorum kısmında da “*saldırı yasağının emredici olarak görüleceğinin genellikle kabul edildiğini*” ifade etmiştir.⁶³¹

UHK çalışmaları kapsamında özel raportör Martti Koskenniemi tarafından neticelendirilen 2006 tarihli “*Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Çeşitlendirilmesi ve Yayılmasından Kaynaklanan Zorluklar*”⁶³² raporunda “*saldırı kuvveti kullanma yasağı*” en sık *jus cogens* olduğu belirtilen normlar arasında kabul edilmiştir.⁶³³

Diğer yandan kuvvet kullanma yasağının emredici niteliği öğretide iki farklı gerekçeyle sorgulanmaktadır. Bunlardan ilki, kuvvet kullanma yasağı emredici kabul edildiğinde bunun kuvvet kullanma tehdidi yasağını da kapsaması konusundaki şüphelerdir.⁶³⁴ Daha yaygın dile getirilen ikinci gerekçe ise kuvvet kullanma yasağının istisnalarının mevcut olmasıdır.⁶³⁵

BM Şartı’nın 2. maddesinin 4. fıkrasıyla devletlerin uluslararası ilişkilerinde yalnızca kuvvet kullanması değil aynı zamanda kuvvet kullanma tehdidinde bulunması da yasaklanmıştır. Divan’a göre kuvvet kullanma ile kuvvet kullanma tehdidi arasında önemli bir bağ vardır; eğer bir kuvvet kullanma eyleminin gerçekleştirilmesi hukuka aykırı olacak ise bu kuvvetin kullanılması yönünde tehditte bulunulması da hukuka aykırıdır.⁶³⁶ Yine Divan’a göre kuvvet kullanma ile kuvvet tehdidinde bulunma esasen hukuki olarak aynı şekilde yasaklanmıştır.⁶³⁷ Buna rağmen öğretide, devletlerin kuvvet kullanma ile kuvvet kullanma tehdidinde verdiği tepkinin aynı olmadığı, hatta devlet

⁶³⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 85, para. 5.

⁶³¹ *Ibid.*, s. 112, para. 4.

⁶³² ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006.

⁶³³ *Ibid.*, s. 189, para. 374.

⁶³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Green, *op. cit.*, s. 225 *et seq.*

⁶³⁵ Linderfalk, The Effect of..., *op. cit.*, s. 859 *et seq.*; Green, *op. cit.*, s. 229 *et seq.*

⁶³⁶ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, s. 246, § 47.

⁶³⁷ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Reports 1986, p. 14, s. 118, § 227.

uygulamasında kuvvet kullanma tehditlerinin çoğunlukla bir tepkiyle veya hukuki bir yorumla dahi karşılaşmadığı ve bu nedenle kuvvet kullanma tehdidi yasağının emredici norm telakki edilmesi konusunda bazı şüphelerin bulunduğu ifade edilmiştir.⁶³⁸

BM Şartı'nın 51. maddesinde, üye devletlerin silahlı saldırıya uğramaları durumunda meşru müdafaa haklarını kullanabilecekleri,⁶³⁹ 42. maddesinde ise Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya tesisi için gerekli görüldüğünde kuvvet kullanma içeren girişimlerde bulunabileceği düzenlenmiştir.⁶⁴⁰ Bu hükümler sayesinde meşru müdafaa ve kolektif güvenlik tedbirleri söz konusu olduğunda kuvvet kullanmanın hukuka aykırılığı ortadan kalkmaktadır.⁶⁴¹ Başka bir ifadeyle, meşru müdafaa ve kolektif güvenlik tedbirleri kuvvet kullanma yasağının istisnasını oluşturmaktadır. Buradan hareketle Şart'ın kendisinin kuvvet kullanma yasağından sapılmasına açıkça izin verdiği, oysaki emredici normlardan sapmanın hiçbir şekilde mümkün olmadığı vurgulanmış ve kuvvet kullanma yasağının emredici niteliği sorgulanmıştır.⁶⁴²

Öğretide, yalnızca kuvvet kullanma yasağı emredici norm olarak kabul edildiğinde, meşru müdafaa hakkını kullanan bir devletin hukuka aykırı olarak bir emredici normdan saptığı sonucuna varmak gerektiğini ve bunun çok anlamlı olmadığını belirtenler de olmuştur.⁶⁴³ Böyle bir sonucun önüne geçmek için kuvvet kullanma yasağının istisnalarını da emredici normun kapsamında kabul etmek gerekmektedir. Ancak bu kez de 42. maddeye göre alınan bir Güvenlik Konseyi kararı

⁶³⁸ Green, **op. cit.**, ss. 226, 227.

⁶³⁹ BM Şartı'nın 51. maddesine göre: “*Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hâlel getirmez...*” Charter of the United Nations, 24 Ekim 1945, (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>), Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁶⁴⁰ BM Şartı'nın 42. Maddesine göre: “*Güvenlik Konseyi 41. Madde'de öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir.*” Charter of the United Nations, 24 Ekim 1945, (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>), Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁶⁴¹ Green, **op. cit.**, s. 229.

⁶⁴² **Ibid.**

⁶⁴³ Linderfalk, The Effect of..., **op. cit.**, s. 860.

da emredici norm kabul edileceği için Güvenlik Konseyi'nin, devletlerin böyle bir yetkiye rızası olup olmamasından bağımsız olarak tüm devletler için bağlayıcı karar alabilen supranasyonal bir yapı telakki edilmesi gerektiği ve bunun arzulanan bir sonuç olmadığı öne sürülmüştür.⁶⁴⁴

Halbuki, kuvvet kullanma yasağının istisnalarının da emredici olduğunu kabul etmek, yalnızca bu normların da aksinin kararlaştırılamayacağı sonucuna varmaktan ibaret olup devletlerin rızası olmayan bir süper gücü Güvenlik Konseyi'ne bahşetmeyecektir. Kaldı ki, tüm *jus ad bellum* emredici olduğu savunularak da bu problemin üstesinden geldiği gözlemlenmektedir.⁶⁴⁵

UHK çalışmaları kapsamında özel raportör Dire Tladi tarafından gösterilen emredici norm listesinde kuvvet kullanma yasağı ifadesinin değil “*saldırı yasağı*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.⁶⁴⁶ Belki de bu tercih, yukarıda aktarılan tartışmalara bir son vermek ve uluslararası hukukta aksi kararlaştırılamayacak şekilde yasaklanan kuvvet kullanımının, saldırı kuvveti kullanılması olduğunu vurgulamak amacıyla yapılmıştır. Mesele bu şekilde ele alındığı takdirde, meşru müdafaa ve kolektif güvenlik tedbirleri, saldırı amacıyla kullanılan kuvvet teşkil etmediği için zaten emredici normdan herhangi bir sapma hiçbir zaman gerçekleşmiş olmayacaktır.

B. Soykırım Yasağı

Soykırım kavramı, II. Dünya Savaşı'nda yaşanan vahşetlere tepki olarak⁶⁴⁷ uluslararası hukuk terminolojisine girmiştir. Irksal, ulusal, etnik veya dini grupların yok edilmesi anlamına gelen, soykırım (*genocide*) kavramı, Yunanca'da ırk, ulus veya

⁶⁴⁴ Kuvvet kullanma yasağının emredici norm niteliğine sahip olduğu varsayımının geleneksel hukukçuları istenmeyen tercihler yapmak zorunda bıraktığı düşünülmekte ve emredici norm kavramının getirdiği zorluklar “*Pandora'nın kutusu*”nun açılması olarak nitelenmektedir. **Ibid.**, *passim*.

⁶⁴⁵ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.** s. 51.

⁶⁴⁶ ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022, s. 66.

⁶⁴⁷ Weatherall, **op. cit.**, s. 228.

kavim anlamına gelen *genos* kelimesi ile Latince’de öldürmek anlamına gelen *cide* ekinin birleştirilmesiyle oluşturulmuştur.⁶⁴⁸

Soykırım, ilk defa 11 Aralık 1946 tarihli ve 96 (I) sayılı BM Genel Kurul kararı ile bir uluslararası suç olarak kabul edilmiştir.⁶⁴⁹ Bu kararda soykırım suçunun cezalandırılması uluslararası bir mesele olarak addedilmiş ve soykırımın medeni dünya tarafından kınandığı bildirilmiştir.⁶⁵⁰ Ardından, 9 Aralık 1948 tarihli ve 260 A (III) sayılı BM Genel Kurulu kararı ile Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme⁶⁵¹ kabul edilmiştir. Sözleşme’nin 1. maddesine göre taraf devletler savaş veya barış zamanında gerçekleştirilmesi fark etmeksizin soykırımın uluslararası hukukta bir suç olduğunu teyit ederler. Sözleşme’nin 2. maddesine göre ise soykırım şöyle tanımlanmıştır:

Bu Sözleşmede soykırım ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri anlamına gelir:

- a) *Grubun üyelerinin öldürülmesi;*
- b) *Grubun üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar verilmesi;*
- c) *Grubun fiziksel yıkımını bütünüyle veya kısmen gerçekleştirmek için hesaplanarak grup yaşam şartlarının kasten kötüleştirilmesi;*
- d) *Grup içinde doğumları engellemeyi amaçlayan tedbirler uygulamak;*
- e) *Grubun çocuklarını bir başka gruba zorla nakletmek.*

⁶⁴⁸ *Genocide* kelimesini oluşturan Raphael Lemkin bu kelimenin oluşumunda ve insan gruplarının yok edilmesi hakkında hukuki bir kavramın ortaya çıkmasında, 1933-1945 yılları arasında Avrupa’da yaşanan gerçeklerin payı olduğunu belirtmektedir. Raphael Lemkin, “Genocide as a Crime under International Law”, *AJIL*, Cilt: 41, Sayı: 1, 1947, ss. 145-151, s. 147.

⁶⁴⁹ UN General Assembly, The Crime of Genocide, A/RES/96, 11 Aralık 1946, (<https://www.refworld.org/docid/3b00f09753.html>), Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 Aralık 1948, United Nations, Treaty Series, vol. 78, p. 277.

Bu tanım, EYUCM Statüsü'nün⁶⁵² 4. maddesinin 2. fıkrasında ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) Statüsü'nün⁶⁵³ 2. maddesinin 2. fıkrasında ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) Roma Statüsü'nün⁶⁵⁴ 6. maddesinde aynen kabul edilmiştir.

Soykırım yasağı uluslararası hukukun emredici normlarından biri olarak kabul edilmekte⁶⁵⁵ ve bu niteliği, özellikle maddi olarak tüm uluslararası toplumu ilgilendiren üstün ahlaki menfaatleri koruması ile temellendirilmektedir.⁶⁵⁶ UAD, bu doğrultuda, *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler* danışma görüşünde şu ifadeleri kullanmaktadır:

Böyle bir sözleşmenin amaçları da düşünülmelidir. Sözleşme açıkça, tamamen insancıl ve medenileştiren amaçlarla kabul edilmiştir. Aslında, büyük ölçüde bu ikili karaktere sahip olabilecek bir sözleşmeyi tasavvur etmek güçtür, zira bir yandan (sözleşmenin) amacı belli insan gruplarının yegâne varlığını temin etmek ve diğer yandan ahlakın en temel ilkelerini teyit etmek ve onaylamaktır. Böyle bir sözleşmede taraf devletlerin kendilerine ait hiçbir menfaati yoktur; her biri yalnızca ortak bir menfaate sahiptir. Sözleşmenin varlık sebebi olan yüksek gayelerin yerine getirilmesi. Dolayısıyla, bu çeşit bir sözleşmede devletlerin bireysel avantajlarından veya dezavantajlarından ya da haklar ve yükümlülükler arasında mükemmel bir ahdi dengenin sağlanmasından söz edilemez. Sözleşme'ye ilham olan yüksek gayeler, tarafların ortak iradesi gereğince, (onun) tüm hükümlerinin temelini ve değerini oluşturur.⁶⁵⁷

⁶⁵² Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 Mayıs 1993, (https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁶⁵³ Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 8 Kasım 1994, (https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict_r EF.pdf , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁶⁵⁴ Rome Statute of the International Criminal Court, 17 Temmuz 1998, (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁶⁵⁵ UHK çalışmalarında soykırım yasağı birçok kez emredici norm olarak nitelenmiştir. Bkz. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Reports of the Commission to the General Assembly, YbILC, 1966, Vol. II, s. 248; ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022, s. 66; Öğretide de emredici norm olarak geniş çapta kabul edilmektedir. Lachs, **op. cit.**, s. 206; Aleksidze, **op. cit.**, s. 262; Weatherall, **op. cit.**, s. 229.

⁶⁵⁶ Weatherall, **op. cit.**, s. 229.

⁶⁵⁷ ICJ, Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15, s. 23.

UAD, 1951 tarihli *Soykırım Sözleşmesine Çekinceler* danışma görüşünde soykırım yasağını açıkça bir emredici norm olarak kabul etmemiş olsa da “...insanlığın vicdanını şoke eden ve onda büyük kayıplara sebep olan bir red...” içerdiğini belirttiği soykırım suçunu uluslararası hukukta ayrı bir yere koymuştur. Şöyle ki, bu mefhum sebebiyle Sözleşme’nin ortaya koyduğu ilkelerin “*medeni milletlerce herhangi bir ahdi yükümlülük olmasa dahi devletler için bağlayıcı olarak tanındığını*” bildirmiştir.⁶⁵⁸ Buradan Sözleşme’ye taraf olmayan devletlerin dahi söz konusu ilkelerle bağlı olduğu sonucuna varılmaktadır. Gerçekten de UAD 1971 tarihli *Barcelona Traction* kararında, uluslararası hukukta *erga omnes* yükümlülüklerin doğduğu durumlara verdiği örnekler arasında soykırım yasağını da saymıştır.⁶⁵⁹ Aynı şekilde, 1996 tarihli *Soykırım Sözleşmesinin Uygulanması (Bosna Hersek v. Yugoslavya)* kararında, yukarıda belirtilmiş olan 1951 tarihli danışma görüşünde soykırım suçunu nitelediği ifadelerle atıfta bulunarak Sözleşme’den doğan hak ve yükümlülüklerin *erga omnes* olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁶⁰

UAD nihayet 2006 tarihli *Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler* davasında, yargı yetkisine ilişkin yaptığı bir değerlendirme kapsamında, soykırım yasağının genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) olduğunu açıkça kabul etmiştir.⁶⁶¹

EYUCM ise *Jelisić* kararında, Soykırım Sözleşmesi hükümlerinin uluslararası teamül hukuku olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmadığını ve hatta soykırım

⁶⁵⁸ **Ibid.**

⁶⁵⁹ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, s. 32, § 34.

⁶⁶⁰ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1996, p. 595, s. 616, § 31.

⁶⁶¹ “*Aynısı genel uluslararası hukukun emredici normları (jus cogens) ile Divan’ın yargı yetkisinin tesisi arasındaki ilişkiye uygulanır: bir uyumsuzluğun böyle bir karaktere sahip olan bir norma uygunluğa ilişkin olması, ki soykırım yasağı hakkında durum kesinlikle budur, o uyumsuzluğu görmesi için Divan’ın yargı yetkisinin dayanağını kendi başına oluşturamaz. Divan’ın Statüsü altında bu yargı yetkisi daima tarafların rızalarına dayanır.*” ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, p. 6, s. 32, § 64.

suçunun aşırı derecede ağırlığı sebebiyle *jus cogens* seviyesine yerleştirildiğini bildirmektedir.⁶⁶²

UHK tarafından 2001 yılında kabul edilen *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler* metninin 26. maddesinin yorum kısmında, “açıkça kabul edilen ve tanınan emredici normlar” arasında soykırım yasağı da sayılmıştır.⁶⁶³ Aynı metnin 40. maddesinin yorum kısmında ise emredici niteliği üzerinde geniş çapta mutabakat olan normlar arasında soykırım yasağına da yer verilmiştir.⁶⁶⁴ Aynı şekilde 2006 tarihli “*Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Çeşitlendirilmesi ve Yayılmasından Kaynaklanan Zorluklar*” adlı raporda da soykırım yasağının emredici niteliği vurgulanmıştır.⁶⁶⁵

C. İnsanlığa Karşı Suçlar Yasağı

İnsanlığa karşı suç kavramı, insan haklarının ve insancıl hukukun insan onuru anlayışını şoke eden ve zalimliğin geniş çapta veya sistematik olarak uygulanmasını oluşturan ciddi ihlalleri anlamına gelmektedir.⁶⁶⁶ İnsanlığa karşı suçun ilk hukuki tanımına ise 1945 tarihli Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı’nın⁶⁶⁷ 6. Maddesinde rastlanmaktadır.⁶⁶⁸ Buna göre insanlığa karşı suçlar “... savaştan önce veya savaş esnasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenen cinayet, imha etme, köleleştirme, tehcir ve diğer insanlık dışı fiiller veya işlendiği ülkenin iç hukukunun ihlali olup olmadığına bakılmaksızın, Mahkeme’nin yargı yetkisine giren herhangi bir suçla bağlantılı olarak veya bir suçun icrasında siyasi, ırksal veya dini temellerle

⁶⁶² ICTY, Prosecutor v. Jelisić (Trial Judgement), IT-95-10-T, 14 Aralık 1999, s. 18, § 60.

⁶⁶³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 85, para. 5.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, s. 112, para. 4.

⁶⁶⁵ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 189, para. 374.

⁶⁶⁶ İnsanlığa karşı suç kavramının içeriğine ilişkin genel konsensüsün bu yönde olduğu bildirilmektedir. Antonio Cassese, “Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematic Aspects”, Paola Gaeta, Salvatore Zappala (der.), *The Human Dimension of International Law*, New York: Oxford University Press, 2008, ss. 457-474, s. 459.

⁶⁶⁷ Charter of the International Military Tribunal, Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis (“London Agreement”), 8 Ağustos 1945, (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf), Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁶⁶⁸ Grant, Barker, *op. cit.*, s. 468; Cf. Shaw, *op. cit.*, s. 132.

yapılan zulüm” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım büyük ölçüde aynı kalacak şekilde, 1950’de UHK tarafından *Nürnberg İlkeleri*⁶⁶⁹ kapsamında da kabul edilmiştir.⁶⁷⁰

Böylece bireysel cezai sorumluluğu gerektiren bir uluslararası suç olarak uluslararası ceza hukukunun müstakil bir parçası haline gelen insanlığa karşı suçlara, ilerleyen yıllarda, Yugoslavya ve Ruanda’da işlenen suçların yargılanması için kurulan *ad hoc* mahkemelerin statülerinde de yer verilmiştir.⁶⁷¹ Bu kapsamda EYUCM Statüsü’nün 5. maddesinde ve RUCM Statüsü’nün 3. maddesinde insanlığa karşı suçlar düzenlenmiştir. Nihayet, 1998 yılında, daimî bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması amacıyla BM bünyesinde gerçekleştirilen Roma Konferansı’nda kabul edilen UCM’nin Roma Statüsü’nün 7. maddesinde insanlığa karşı suçlar kapsamlı şekilde tanımlanmıştır.⁶⁷² Bu metinlerdeki tanımlar arasında ön plana çıkan, 160 devletin katıldığı çok taraflı müzakereler sonucunda ortaya konan⁶⁷³ ve en geniş kapsamlı insanlığa karşı suç tanımı olan Roma Statüsü’nün 7. maddesine göre:

1. *Bu Statü kapsamında, “insanlığa karşı suç”, saldırı kastıyla herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş geniş çapta veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki fiiller anlamına gelir:*
 - (a) *Cinayet;*
 - (b) *İmha etme;*
 - (c) *Köleleştirme;*
 - (d) *Tecrit veya nüfusun zorla aktarılması;*
 - (e) *Hapsetme veya uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal edecek şekilde diğer ağır fiziksel hürriyetten yoksun kılma;*
 - (f) *İşkence;*

⁶⁶⁹ Text of the Nürnberg Principles Adopted by the International Law Commission, A/CN.4/L.2, YbILC, Vol. II, 1950, ss. 374-378.

⁶⁷⁰ UHK tanımı geçen “*savaş öncesi veya savaş esnasında*” ifadesine yalnızca belli bir savaşı belirtmesi nedeniyle kabul ettiği tanımıda yer vermemiştir. Fakat bu durumun insanlığa karşı suçların yalnızca savaş zamanı işlenebileceği anlamına gelmediğini belirtmiştir. Tanımda geçen “*Mahkeme’nin yetkisine giren herhangi bir suç*” ifadesi yerine ise “*herhangi bir barışa karşı suç veya herhangi bir savaş suçu*” ifadesi kullanılmıştır. “*İşlendiği ülkenin iç hukukunun ihlali olup olmadığına bakılmaksızın*” ifadesine ise yer verilmemiştir. *Ibid.* s. 377.

⁶⁷¹ Grant, Barker, *op. cit.*, s. 468; Cf. Shaw, *op. cit.*, s. 132.

⁶⁷² Darryl Robinson, “Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference”, *AJIL*, Cilt: 93, Sayı: 1, 1999, ss. 43-57, s. 43.

⁶⁷³ *Ibid.*

- (g) *Tecavüz, cinsel kölelik, fuhuşa zorlama, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkta diğer tüm cinsel şiddet türleri;*
- (h) *Bu paragrafta bahsedilen herhangi bir fiille veya Mahkeme'nin yargı yetkisine giren herhangi bir suçla bağlantılı olarak, belirlenebilir herhangi bir gruba veya topluluğa karşı, siyasi, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dini (temellerle ve), 3. Paragrafta tanımlandığı şekilde cinsiyete dayalı veya uluslararası hukukta evrensel olarak yasak olarak tanınan diğer sebeplerle zulmetme;*
- (i) *Kişilerin zorla kaybedilmesi;*
- (j) *Apartheid suçu;*
- (k) *Kasten büyük acılara veya vücuda ya da akli veya fiziki sağlığa ciddi zarara neden olan diğer insanlık dışı fiiller.*

İnsanlığa karşı suçlar yasağı uluslararası hukukun emredici bir normu olarak büyük ölçüde kabul görmüştür.⁶⁷⁴ UHK, 2001 tarihli *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler* metninin 26. maddesinin yorum kısmında, insanlığa karşı suçlar yasağının “açıkça kabul edilen ve tanınan” emredici normlardan biri olduğunu bildirmiştir.⁶⁷⁵ Aynı şekilde 2006 tarihli “*Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Çeşitlendirilmesi ve Yayılmasından Kaynaklanan Zorluklar*” adlı raporda da insanlığa karşı suçlar en sık atıf yapılan emredici normlar arasında sayılmıştır.⁶⁷⁶

İnsanlığa karşı suçlar yasağına ilişkin henüz müstakil bir çok taraflı uluslararası andlaşma mevcut olmamakla birlikte UHK böyle bir andlaşma taslağını hazırlamayı hedefleyerek⁶⁷⁷ 2019 yılında *İnsanlığa Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması*

⁶⁷⁴ Aleksidze, *op. cit.*, s. 263; Weatherall, *op. cit.*, s. 222; Lachs, *op. cit.*, s. 207; Theodor Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, *AJIL*, Cilt: 89, Sayı: 3, 1995, ss. 554-577, s. 558.

⁶⁷⁵ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 85, para. 5.

⁶⁷⁶ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 189, para. 374.

⁶⁷⁷ Sean D. Murphy, “Crimes Against Humanity and Other Topics: The Sixty-Ninth Session of the International Law Commission”, *AJIL*, Cilt: 111, Sayı: 4, 2017, ss. 970-993, s. 970.

Üzerine Taslak Maddeler metnini kabul etmiştir.⁶⁷⁸ Metnin başlangıç kısmında insanlığa karşı suçlar yasağının genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) olduğu açıkça belirtilmiştir.⁶⁷⁹ Söz konusu metnin hazırlanmasında görev alan özel raportör Sean D. Murphy, metnin başlangıç kısmının, insanlığa karşı suçların önlenmesi ve cezalandırılması hakkında taslak maddelerin oluşturulmasındaki temel amaç ve motivasyonları içerdiğini bildirmektedir.⁶⁸⁰

UAD insanlığa karşı suçlar yasağının emredici norm olma özelliğini doğrudan zikretmemesine rağmen, insanlığa karşı suçlar söz konusu olduğunda bir dış işleri bakanının yargı bağımsızlığı olup olmadığı meselesini ele aldığı 2002 tarihli *Yakalama Emri* davasında, usule ilişkin bir mesele olan yargı bağımsızlığının uluslararası teamül hukuku altında herhangi bir istisnası olmadığını tespit etmiş ancak bu durumun esasa ilişkin bir mesele olan bireysel cezai sorumluluğu da ortadan kaldırmadığını bildirmiştir.⁶⁸¹ Aynı davada, yargıç Al-Khasawneh karşıt görüşünde ağır suçlarla etkili mücadelenin *jus cogens* olarak kabul gördüğünü belirtmiştir.⁶⁸² EYUCM, *Kupreskić* davasında açık bir şekilde insanlığa karşı suçlar yasağının emredici bir norm olduğunu kabul etmiştir.⁶⁸³

⁶⁷⁸ Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, 2019, Report of the International Law Commission, Seventy-first session, (A/74/10), YbILC, 2019, Vol. II, Part Two, ss. 11-21.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, s. 11.

⁶⁸⁰ Murphy, *op. cit.*, s. 971.

⁶⁸¹ ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, ss. 24-25, §§ 58, 60; Divan'ın bu tespitiyle insanlığa karşı suçlar yasağının emredici norm olduğunu dolaylı olarak kabul ettiği düşüncesi için bkz. Weatherall, *op. cit.*, ss. 221-222.

⁶⁸² ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, s. 98.

⁶⁸³ ICTY, Prosecutor v. Kupreškić *et al.*, (Judgment) IT-95-16-T, 14 Ocak 2000, s. 203, § 520.

D. İnsancıl Hukukun Temel Kuralları

İnsancıl hukuk kuralları silahlı çatışmalarda uygulanan kurallardır.⁶⁸⁴ İnsancıl hukukun temel kuralları da emredici norm telakki edilmektedir.⁶⁸⁵ Bu kuralların neler olduğu araştırılmadan önce kısaca uluslararası hukukta insancıl hukuk kavramına değinilecektir.

Silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin kurallar yüzyıllardır var olsa da⁶⁸⁶ uluslararası hukukta insancıl hukuk kavramının ortaya çıkışı pek de eski zamanlara dayanmamaktadır.⁶⁸⁷ 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne kadar geçen süreçte uluslararası hukukta devletler arasında gerçekleştirilen silahlı çatışmalar savaş olarak algılanmış ve geleneksel olarak savaş hukuku kavramı kullanılmıştır.⁶⁸⁸ Ancak silahlı çatışmalarda özellikle bireylerin korunmasına yönelik kurallar ihtiva eden 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin kabulüyle uluslararası insancıl hukuk kavramı kullanılmaya başlamıştır.⁶⁸⁹

İnsancıl hukuk kurallarının kodifikasyonu⁶⁹⁰ önce; sırasıyla 1899 ve 1907 tarihli, II ve IV numaralı Lahey Sözleşmeleri⁶⁹¹ ile gerçekleştirilmiştir.⁶⁹² Daha sonra, 1949 tarihli I, II, III ve IV numaralı Cenevre Sözleşmeleri⁶⁹³ ve bunlara ek 1977 tarihli

⁶⁸⁴ Pazarıcı, **op. cit.**, s. 530.

⁶⁸⁵ ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022, s. 66.

⁶⁸⁶ Christopher Greenwood, "The Law of War (International Humanitarian Law)", Malcolm D. Evans (der.), **International Law**, 2. Basım, New York: Oxford University Press, 2006, ss. 783-815, s. 784.

⁶⁸⁷ Rafael Nieto-Navia, "International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law", Lal Chand Vohrah *et al.* (der.), **Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese**, The Hague: Kluwer Law International, 2003, ss. 595-640, s. 628.

⁶⁸⁸ Pazarıcı, **op. cit.**, s. 530.

⁶⁸⁹ **Ibid.**

⁶⁹⁰ 19. Yüzyılın sonlarından itibaren uluslararası alanda savaş hukuku teamüllerinin kodifikasyonu için çaba gösterildiği bildirilmektedir. Nieto-Navia, **op. cit.**, s. 628.

⁶⁹¹ The Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 Temmuz 1899; The Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 Ekim 1907.

⁶⁹² Bununla birlikte 1907 tarihli IV numaralı Lahey Sözleşmesi'nin 2. maddesinde *si omnes* kaydı olarak adlandırılan, karşılıklılık ilkesi doğrultusunda bir silahlı çatışmanın tüm tarafları bu sözleşmeye taraf ise sözleşmenin taraflar arasında uygulanacağını bildiren bir hüküm bulunduğu unutulmamalıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Nieto-Navia, **op. cit.**, s. 628.

⁶⁹³ Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Codification of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 Ağustos 1949; Geneva Convention (II) for the Amelioration of the

I ve II numaralı protokoller⁶⁹⁴ kabul edilmiştir. Günümüzde neredeyse BM'ye üye tüm devletler Cenevre Sözleşmeleri'ne taraftır.⁶⁹⁵ Sözleşmelere taraf olmayan devletler ise insancıl hukukun aynı zamanda uluslararası teamül hukuku teşkil etmesi nedeniyle bu kurallarla bağlıdır.⁶⁹⁶

Silahlı çatışmalarda insana olan saygının ve bireylerin korunmasını, gereksiz acıların büyük ölçüde ortadan kaldırılmasını hedefleyen⁶⁹⁷ teamül kurallarından oluşan insancıl hukuk kurallarının uygulanması son derece önemlidir. Nitekim UAD, *Nükleer Silahlar* danışma görüşünde silahlı çatışmalarda uygulanan insancıl hukuk kurallarının birçoğunun “*insanın saygısı için ve insanlığın temel mülahazaları için çok önemli*” olduğunu bildirmiştir.⁶⁹⁸ Buradan hareketle, sözleşmelerde bulunan hükümlerin tümüyle uluslararası teamül hukuku olmasının yanında bunlar arasından belli hükümlerin insanlığın temel mülahazalarını yansıtmaması nedeniyle ön plana çıktığı sonucuna varılmaktadır.⁶⁹⁹

Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere insancıl hukukun bütünüyle değil temel kurallarının emredici olduğu kabul edilmektedir.⁷⁰⁰ Cenevre Sözleşmeleri'nin bazı hükümlerinin, insanlığın temel mülahazalarını ve insancıl konu ve amacı belirgin bir

Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 Ağustos 1949; Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 Ağustos 1949; Geneva Convention (IV) Relative to the Prosecution of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>), Son Erişim Tarihi: 15.02.2022)

⁶⁹⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/470?OpenDocument>), Son Erişim Tarihi: 15.02.2022), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>), Son Erişim Tarihi: 15.02.2022).

⁶⁹⁵ Nieto-Navia, **op. cit.**, s. 633.

⁶⁹⁶ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, s. 35, §§ 79, 81; ICTY, Prosecutor v. Delalic *et al.*, (Judgement), IT-96-21-A, 20 Şubat 2001, s. 33, § 113.

⁶⁹⁷ Weatherall, **op. cit.**, s. 213.

⁶⁹⁸ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, s. 35, § 79.

⁶⁹⁹ Nieto-Navia, **op. cit.**, s. 632.

⁷⁰⁰ ILC, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022, s. 66; Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 113, para. 5; Hannikainen, **op. cit.**, s. 606, Aktaran Nieto-Navia, **op. cit.**, s. 636.

şekilde yansıtması nedeniyle insancıl hukukun temel kurallarını oluşturabileceği düşünülmektedir.⁷⁰¹ Verilen örnekler arasında Cenevre Sözleşmeleri kapsamında “*korunan kişiler*” kategorisine sağlanan koruma gösterilmektedir.⁷⁰² Zira I, II ve III numaralı sözleşmelerin 7. maddelerinde ve IV numaralı sözleşmenin 8. maddesinde Sözleşmeler kapsamında korunan kişilerin kendilerine özgülenen haklardan hiçbir şekilde feragat edemeyecekleri düzenlenmiştir.⁷⁰³ Ayrıca I, II ve III numaralı sözleşmelerin 6. maddeleri ile IV numaralı sözleşmenin 7. maddesi⁷⁰⁴ tarafların kendi aralarında, korunan kişilere tanınmış olan haklara hâlel getirecek andlaşma yapmalarını da yasaklamaktadır.⁷⁰⁵

Bir başka önemli husus ise, Cenevre Sözleşmeleri’nde bulunan ve ihlal edildiğinde “*ağır ihlal*” olarak addedilen hükümlerin de emredici norm olduğu yönünde⁷⁰⁶ güçlü bir kanının varlığıdır.⁷⁰⁷ Zira insancıl hukukun ağır ihlali savaş suçlarını oluşturmaktadır⁷⁰⁸; savaş suçlarının yasaklanması ise yine bir emredici norm olarak kabul edilmektedir.⁷⁰⁹ Nitekim özel raportör Dire Tladi, *Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları (jus cogens) Üzerine Üçüncü Rapor*’da yasaklanması emredici norm niteliğinde olan suçlar arasında savaş suçlarını da saymıştır.⁷¹⁰ UAD, *Nükleer Silahlar* danışma görüşünde savaş suçlarının yasaklanmasının emredici norm

⁷⁰¹ Nieto-Navia, **op. cit.**, ss. 634-639.

⁷⁰² **Ibid.**, s. 634.

⁷⁰³ Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Codification of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 Ağustos 1949; Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 Ağustos 1949; Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 Ağustos 1949; Geneva Convention (IV) Relative to the Prosecution of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf> , Son Erişim Tarihi: 02.03.2022)

⁷⁰⁴ **Ibid.**

⁷⁰⁵ Nieto-Navia, **op. cit.**, s. 634.

⁷⁰⁶ Roma Statüsü’nün 8. Maddesinin 2. Fıkrasında savaş suçu olarak tanımlanan fiillerden biri de “(a) 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin ağır ihlalleri; ilgili Cenevre Sözleşmesi’nin hükümleri altında korunan kişilere veya mallara karşı işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri...” olarak düzenlenmiştir. Rome Statute of the International Criminal Court, 17 Temmuz 1998, (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

⁷⁰⁷ Hannikainen, **op. cit.**, ss. 605-606, Aktaran Nieto-Navia, **op. cit.**, s. 636; ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, § 313.

⁷⁰⁸ Weatherall, **op. cit.**, s. 214.

⁷⁰⁹ Lachs, **op. cit.**, s. 207.

⁷¹⁰ ILC, Third Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/714, 70th Session, 2018, s. 44.

olduğunu açıkça zikretmese de bu yasağın “uluslararası teamül hukukunun ihlal edilemez ilkelerinden” olduğunu bildirmiştir.⁷¹¹

Bunun yanı sıra, Cenevre Sözleşmeleri’nde bulunan ortak 3. maddenin de emredici norm olduğu düşünülmektedir.⁷¹² Bu maddeye göre “Silahlarını bırakmış askerler ve hastalık, yaralanma, tutuklama veya başka herhangi bir sebeple hors de combat kabul edilenler dahil silahlı çatışmada aktif olarak yer almayan kişilere; ırk, renk, din veya inanç, cinsiyet, doğum veya zenginlik, veya başka herhangi bir benzer ölçütle ayırım yapmaksızın her koşulda insanca muamele edilecektir.” Maddenin devamında bu kişilere hiçbir şekilde gerçekleştirilemeyecek olan fiiller sıralanmıştır ve yaralı ve hastaların toplanacağı ve tedavi edileceği bildirilmiştir.⁷¹³

UAD, *Nikaragua* davasında ortak 3. maddenin “insanlığın temel mülahazalarını” yansıttığını ifade etmiştir.⁷¹⁴ Ortak 3. maddenin yorumunda ise “sözleşmenin amacının insancıl olduğundan... ve yalnızca, tüm medeni milletlerce her yerde ve her koşulda üstün ve savaştan bağımsız olarak geçerli kabul edilen bazı temel insanlık kurallarına saygıyı temin ettiğinden” bahsedilmektedir.⁷¹⁵ Tüm bu bilgiler ışığında ortak 3. maddenin emredici normların şekli unsurlarının yanında maddi unsurlarını da içerdiği sonucuna varılmaktadır.

⁷¹¹ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, s. 35, §§ 79, 83.

⁷¹² Hatta yalnızca ortak 3. maddenin gerçek anlamda emredici norm olduğu ileri sürülmüştür. Nieto-Navia, *op. cit.*, s. 636.

⁷¹³ Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Codification of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 Ağustos 1949; Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 Ağustos 1949; Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 Ağustos 1949; Geneva Convention (IV) Relative to the Prosecution of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>), Son Erişim Tarihi: 02.03.2022).

⁷¹⁴ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, s. 114, § 218.

⁷¹⁵ ICRC, Commentary, düz. Jean S. Pictet, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Person in Time of War, Geneva, 1958, s. 44.

Öyleyse emredici norm telakki edilen insancıl hukukun temel kurallarını, insancıl hukuk manzumesinde bulunan hiçbir şekilde feragat edilemeyen bir koruma sağlayan normlar, savaş suçları ve ortak 3. Madde oluşturmaktadır.

E. Irk Ayrımcılığı ve Apartheid Yasağı

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 1. maddesinde tüm insanların eşit olduğu, 2. Maddesinde herkesin hiçbir ayrım yapılmaksızın hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtilmiştir ve buna ırka dayalı ayrım yapılmaması da dahil edilmiştir.⁷¹⁶ Ayrımcılık ırka dayalı olarak gerçekleştirildiğinde buna ırk ayrımcılığı denilmektedir.

BM Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1965 tarihli 2106 (XX) sayılı kararıyla kabul edilen Irk Ayrımcılığının Her Türünün Ortadan Kaldırılması Hakkında Uluslararası Sözleşme 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme'nin 1. Maddesinin 1. Fıkrasına göre:

*Bu Sözleşme'de, "ırk ayrımcılığı" kavramı, politik, ekonomik, kültürel veya kamusal hayatın başka herhangi bir alanında, insan haklarının ve temel özgürlüklerin eşit bir şekilde, tanınması, kullanılması veya gerçekleştirilmesini yok eden veya zedeleyen amaç veya etkiye sahip olan, ırka, renge, soya veya ulusal ya da etnik kökene dayanan her türlü ayrım, dışlama, kısıtlama veya imtiyaz anlamına gelmektedir.*⁷¹⁷

Apartheid ise ırk ayrımcılığının sistematik ve kurumsallaşmış olarak belli bir program çerçevesinde uygulandığı rejimi ifade etmektedir.⁷¹⁸ Apartheid kavramı özellikle Güney Afrika'nın renk ve ırk ayrımı yapmak suretiyle uyguladığı siyasi

⁷¹⁶ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 Aralık 1948, 217 A (III), (https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf, Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

⁷¹⁷ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 Aralık 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, p. 195, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3940.html> Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

⁷¹⁸ Weatherall, **op. cit.**, s. 236.

program ile ilişkilendirilmektedir.⁷¹⁹ Irk Ayrımcılığının Her Türünün Ortadan Kaldırılması Hakkında Uluslararası Sözleşme'nin 3. maddesinde, taraf devletlerin ırk ayrımı yapılmasını ve apartheidi kınadığı; bunları önlemeyi ve yasaklamayı taahhüt ettiği bildirilmektedir.⁷²⁰

BM Genel Kurulu 16 Aralık 1966'da 2202 A (XXI) sayılı kararıyla apartheid rejimini insanlığa karşı suç olarak nitelendirmiştir.⁷²¹ Apartheid Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 30 Kasım 1973'te BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve 18 Temmuz 1976'da yürürlüğe girmiştir.⁷²²

Irk ayrımcılığı ve apartheid yasağı uluslararası hukukun emredici normu olarak kabul görmektedir.⁷²³ UAD, doğrudan ırk ayrımcılığı ve apartheid yasağının emredici norm olduğunu ifade etmemiş olmasına rağmen çeşitli davalarda bunu ima etmiştir.

UAD, 1970 tarihli 276 sayılı Güvenlik Konseyi kararına bağlı olmaksızın Güney Afrika'nın Namibia'daki varlığının hukuki sonuçları hakkında verdiği *Güney Batı Afrika* danışma görüşünde, apartheid rejimini doğrudan inceleme fırsatı bulmuş; ırka dayalı ayrımcılığın “*temel insan haklarının reddini ve (BM) Şartı'nın amaç ve ilkelerinin alenen ihlalini oluşturduğunu*” bildirmekle yetinmiştir.⁷²⁴

⁷¹⁹ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., ss. 44-45 §§ 128- 129; Yargıç Zafrulla Khan ek bildirisinde Güney Afrika'da apartheid rejiminin sürekli olarak beyaz ırkın üstünlüğünün sağlanmasını amaçladığını belirtmektedir. ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., s. 62.

⁷²⁰ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 Aralık 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, p. 195.

⁷²¹ UN General Assembly, The Policies of Apartheid of the Government of the Republic of South Africa, A/RES/2202, 16 Aralık 1966, (<https://www.refworld.org/docid/3b00f1d67c.html>), Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

⁷²² International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of *Apartheid*, 30 Kasım 1973, United Nations, Treaty Series, vol. 1015, p. 243, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3c00.html>), Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

⁷²³ Weatherall, *op. cit.*, s. 238; Aleksidze, *op. cit.*, s. 262; Gay McDougall, “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, **United Nations Audiovisual Library of International Law**, United Nations, 2021, s. 1.

⁷²⁴ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., s. 45, § 131.

Barcelona Traction kararında UAD, *erga omnes* yükümlülüklerin doğduğu örnekler arasında bireylerin ırk ayrımcılığına karşı korunmasını da saymıştır.⁷²⁵ Aynı karara yazdığı ayrık görüşte yargıç Ammoun, ırka dayalı ayırım yapmama ilkesinin emredici norm olduğunu açıkça belirtmiştir.⁷²⁶

Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler davasında UAD, ırk ayrımcılığı yasağının emredici norm olması sebebiyle söz konusu uyuşmazlıkta kendi yargı yetkisinin olduğu argümanı ile karşılaşmıştır; ancak UAD yalnızca bu argümana değinmekle yetinip ne bu sebeple kendi yargı yetkisini tespit etmiş ne de ırk ayrımcılığı yasağının emredici olduğunu açıkça belirtmiştir.⁷²⁷

Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi (Gürcistan v. Rusya Federasyonu) kararında UAD, ırk ayrımcılığı yasağının emredici norm niteliğine ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.⁷²⁸ Bu karara yazdığı karşıt görüşte yargıç Cançado Trindade, ırk ayrımcılığı yasağının *jus cogens* olduğunu açıkça belirtmiştir.⁷²⁹

UHK tarafından yazılan 2001 tarihli *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler* metninin 26. maddesinin yorum kısmında açıkça emredici olduğu kabul edilen normlar arasında ırk ayrımcılığı yasağını da sayılmıştır.⁷³⁰ Aynı metnin 40. maddesinin yorum kısmında, emredici norm niteliği üzerine geniş çapta uzlaşma bulunan örnekler arasında ırk ayrımcılığı ve apartheid yasağı da sayılmıştır.⁷³¹ Yine UHK'nin 2006 tarihli *Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Çeşitlendirilmesi ve Yayılmasından*

⁷²⁵ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3., s. 33, § 34.

⁷²⁶ *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Ammoun, s. 305, § 11.

⁷²⁷ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6., s. 33, § 78.

⁷²⁸ ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70.

⁷²⁹ *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, s. 311, § 180.

⁷³⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 85, para. 5.

⁷³¹ *Ibid.*, s. 112, para. 4.

Kaynaklanan Zorluklar raporunda da sıklıkla anılan emredici normlara örnek olarak ırk ayrımcılığı ve apartheid yasağı da verilmiştir.⁷³²

F. Kölelik Yasağı

Kölelik, insanın değerine olan saygıya ve onuruna aykırı bir faaliyet olarak yasaklanmıştır.⁷³³ Antik dönemlerden beri var olan kölelik uluslararası hukukta ilk defa 1815 tarihli Köle Ticaretinin Evrensel Olarak Ortadan Kaldırılması Hakkında Deklarasyon ile kınanmıştır.⁷³⁴ 19. yüzyıldan itibaren köleliğin ortadan kaldırılmasına yönelik gerek iki taraflı gerek çok taraflı birçok uluslararası andlaşma akdedilmiştir.⁷³⁵

Uluslararası hukukta köleliğin tam olarak tanımı tartışmalıdır.⁷³⁶ Kölelik, 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 1. fıkrasına göre “*üzerinde sahiplik hakkına özgülenen tüm yetkiler veya herhangi bir yetki uygulanan bir kişinin statüsü veya durumu*” anlamına gelmektedir.⁷³⁷ Bu tanımın yalnızca mağduru eşya statüsünde kılan, klasik anlamda köleliği kapsadığı düşünülmektedir.⁷³⁸ Halbuki modern anlamda köleliğin farklı görünüşleri de bulunmaktadır.⁷³⁹ Nitekim 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurumların ve Uygulamaların Ortadan Kaldırılması Hakkında Tamamlayıcı Sözleşme⁷⁴⁰ ile klasik anlamda köleliğe (*slavery*) ilave olarak

⁷³² ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 189, para. 374.

⁷³³ Weatherall, *op. cit.*, s. 209.

⁷³⁴ OHCHR, Abolishing Slavery and its Contemporary Forms, David Weissbrodt, Anti-Slavery International, HR/PUB/02/4, United Nations, New York, Geneva: 2002, s. 3.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ Verhoeven, *op. cit.*, s. 378.

⁷³⁷ Slavery Convention, Geneva, 25 Eylül 1926, (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/slaveryconvention.aspx>), Son Erişim Tarihi: 18.02.2022)

⁷³⁸ ECHR, Siliadin v. France, 73316/01, 26 Temmuz 2005, § 122.

⁷³⁹ Günümüzde insan üzerinde kullanılan mülkiyet hakkını ifade eden klasik anlamda kölelikten ziyade köleliğin bazı modern formları mevcuttur ve EYUCM köleliğin bu modern formlarının tümünü tüketici bir biçimde saymanın mümkün olmadığını belirtse de “*birinin hareket etmesinin kontrolü, fiziki çevrenin kontrolü, psikolojik kontrol, kaçmayı önlemek veya engellemek için alınan tedbirler, zor kullanma, zor kullanma tehdidinde bulunma ve zorlama, süre, münhasıran sahip olma iddiası, zalimane muamele ve tacize maruz bırakma, cinselliğin ve zorla çalıştırmanın kontrolü*” gibi bazı faktörlerin varlığını belirlemiştir. ICTY, Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12 Haziran 2002, §§ 117-119.

⁷⁴⁰ Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, 30 Nisan 1956,

kölelik benzeri diğer uygulamaları kapsayan köle gibi kullanılan statüsü (*servile status*) düzenlenmiştir.⁷⁴¹

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 4. maddesinde kimsenin köle veya kul yapılamayacağı bildirilmiş, kölelik ve köle ticaretinin tüm şekilleri yasaklanmıştır.⁷⁴² BM MSHS'nin 8. maddesi kölelik ve kulluk ve zorla çalıştırmayı yasaklamıştır.⁷⁴³ Günümüzde insan ticaretinin de kölelik yasağı kapsamında değerlendirildiği gözlemlenmektedir.⁷⁴⁴ UCM Roma Statüsü'nün 7. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde köleleştirme bir insanlığa karşı suç olarak düzenlenmiştir.⁷⁴⁵

Kölelik yasağının uluslararası hukukun emredici bir normu olduğu kabul edilmektedir.⁷⁴⁶ UAD, *Barcelona Traction* kararında *erga omnes* yükümlülük doğuran kurallar arasında kölelik yasağını da saymıştır.⁷⁴⁷ Ayrıca, *Devletin Yargısal Bağımsızlığı (Almanya v. İtalya)* kararında “silahlı çatışmalar hukukunun...sivil halkın köle işlerine sürülmesini ve savaş esirlerinin köle işlerine sürülmesini yasaklayan kurallarını” emredici norm addetmiştir.⁷⁴⁸

UHK, 2001 tarihli *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler* metninin 26. maddesinin yorumunda kölelik

(<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/supplementaryconventionabolitionofslavery.aspx>, Son Erişim Tarihi: 19.02.2022).

⁷⁴¹ OHCHR, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, David Weissbrodt, Anti-Slavery International, HR/PUB/02/4, United Nations, New York, Geneva: 2002, s. 5.

⁷⁴² UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 Aralık 1948, 217 A (III).

⁷⁴³ *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 Aralık 1996, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html>) Son Erişim Tarihi: 19.02.2022).

⁷⁴⁴ AIHM, insan ticaretinin kölelik, kulluk veya zorla çalıştırma kavramlarından hangisi olduğunu belirlemeye gerek görmeksizin, insan ticaretini genel olarak kölelik ve zorla çalıştırma yasağı kapsamında olduğuna hükmetmiştir. ECHR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 25965/04, 7 Ocak 2010, § 281.

⁷⁴⁵ *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 Temmuz 1998.

⁷⁴⁶ Aleksidze, *op. cit.*, s. 262; Lachs, *op. cit.*, s. 206; Weatherall, *op. cit.*, s. 210; OHCHR, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, David Weissbrodt, Anti-Slavery International, HR/PUB/02/4, United Nations, New York, Geneva: 2002, s. 3.

⁷⁴⁷ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3., s. 33, § 34.

⁷⁴⁸ ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, § 93.

yasağının net bir şekilde emredici norm kabul edildiğini belirtmiştir.⁷⁴⁹ Aynı metnin 40. maddesinin yorumunda ise emredici norm örnekleri arasında kölelik ve köle ticareti yasağını da saymıştır.⁷⁵⁰ 2006 tarihli *Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Çeşitlendirilmesi ve Yayılmasından Kaynaklanan Zorluklar* raporunda da kölelik ve köle ticareti yasağını sıklıkla gösterilen emredici norm örnekleri arasında saymıştır.⁷⁵¹

G. İşkence Yasağı

İşkence kavramı şiddetli fiziksel veya ruhsal acı vererek eziyet etme anlamına gelmektedir.⁷⁵² Bu özelliği sebebiyle insan onuruna aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır.⁷⁵³

İşkence yasağı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir.⁷⁵⁴ BM Genel Kurulu 1975 yılında 3452 sayılı kararıyla Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalim, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Maruz Bırakılmaktan Korunması Hakkında Deklarasyon'u kabul etmiştir.⁷⁵⁵ 1984 yılında ise 39/46 sayılı Genel Kurul kararı ile İşkence ve Diğer Zalim, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme kabul edilmiştir.⁷⁵⁶ Bu sözleşmenin 1. maddesinin 1. fıkrasına göre:

⁷⁴⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 85, para. 5.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, s. 112, para. 4.

⁷⁵¹ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 189, para. 374.

⁷⁵² Weatherall, *op. cit.*, s. 233.

⁷⁵³ *Ibid.*, s. 232.

⁷⁵⁴ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 Aralık 1948, 217 A (III).

⁷⁵⁵ UN General Assembly, Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/RES/30/3452, 9 Aralık 1975, (<https://digitallibrary.un.org/record/189613?ln=en>), Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

⁷⁵⁶ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 Aralık 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85, (<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201465/volume-1465-i-24841-english.pdf>) Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

Bu Sözleşme bakımından, “işkence” kavramı, bir kişiden veya üçüncü bir kişiden bilgi veya bir itiraf almak, bir kişinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yapmış olduğundan şüphelenildiği bir eylem için onu cezalandırmak veya bir kişiyi veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak gibi amaçlarla veya her türlü ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi yetkiyle hareket eden başka biri tarafından veya onların azmettirmesiyle veya rızası ya da muvafakatiyle, bir kişiye kasten fiziksel veya ruhsal şiddetli acı veya ızdırıp veren tüm eylemleri ifade eder. Hukuka uygun yaptırımlara özgü veya içkin olan, yalnızca bunlardan kaynaklanan acı veya ızdırıpı kapsamaz.

İşkence yasağı her zaman insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağı ile anılmaktadır.⁷⁵⁷ Nitekim BM MSHS’nin 7. maddesi bunların hepsini topyekûn yasaklamıştır.⁷⁵⁸

Uluslararası hukukta işkence yasağı bir emredici norm olarak kabul edilmektedir.⁷⁵⁹ UAD, *Yargılama ya da İade Etme Yükümlülüğü* kararında “işkence yasağının uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğunu ve bir emredici norm (*jus cogens*) haline geldiğini” bildirmiştir.⁷⁶⁰ EYUCM, *Furundzija* kararında işkence yasağının “koruduğu değerlerin önemi nedeniyle...bir emredici norma veya *jus cogens* dönüşüğünü” belirtmiştir.⁷⁶¹ AİHM ve AAİHM de işkence yasağının emredici norm olduğunu bildirmektedir.⁷⁶²

⁷⁵⁷ Verhoeven, **op. cit.**, s. 385.

⁷⁵⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, 16 Aralık 1996, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171.

⁷⁵⁹ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 54; Erika de Wet, “Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, **EJIL**, Cilt: 15, Sayı: 1, 2004, ss. 97-121, s. 98; Weatherall, **op. cit.**, s. 233.

⁷⁶⁰ ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, s. 457, § 99.

⁷⁶¹ ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement)*, IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, s. 58, § 153. EYUCM işkence yasağının uluslararası hukukun bir emredici normu olduğunu başka davalarda da belirtmiştir. Bkz. ICTY, *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, (Judgement), IT-96-21-T, 16 Kasım 1998, s. 166, § 454; *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, IT-96-23&IT-96-23/1-A, ICTY, 12 Haziran 2002, s. 158, § 466.

⁷⁶² ECHR, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, 35763/97, 21 Kasım 2001; IACtHR, *Bayarri v. Argentina*, 30 Ekim 2008, s. 23, § 81.

UHK, 2001 tarihli *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler* metninin 26. ve 40. maddelerinin yorum kısmında işkence yasağının da emredici norm olduğunu belirtmiştir.⁷⁶³ 2006 tarihli *Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Çeşitlendirilmesi ve Yayılmasından Kaynaklanan Zorluklar* raporunda da işkence yasağını da emredici norm örneklerinden biri olarak değerlendirmiştir.⁷⁶⁴

H. Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı

Halkların kendi kaderini tayin hakkı (*self-determination*), halkların siyasi statülerine özgürce karar verme hakkı anlamına gelmektedir.⁷⁶⁵ Kendi kaderini tayin etme hakkı kavramı uluslararası hukukta sömürgeciliğin bitirilmesi çabaları kapsamında gelişmiş olmasıyla bilinmektedir.⁷⁶⁶

Halkların kendi kaderini tayin etmeleri kavramından BM Şartı'nın 1. maddesinde bahsedilmiştir. Söz konusu düzenlemede örgütün amaçlarından birinin “uluslar arasında halkların eşit hakları ve kendi kaderini tayin etme ilkesine dayanan dostça ilişkiler geliştirmek” olduğu belirtilmiştir.⁷⁶⁷

BM Genel Kurulu, 1960 yılında 1514 (XV) sayılı kararıyla Sömürge Ülkelere ve Halklara Bağımsızlığın Verilmesi Hakkında Deklarasyon'u kabul etmiştir.⁷⁶⁸ Deklarasyonun 2. maddesine göre “Tüm halklar kendi kaderini tayin hakkına sahiptir; bu hak gereği siyasi statülerine özgürce karar verirler ve ekonomik, sosyal ve kültürel

⁷⁶³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 85, 112.

⁷⁶⁴ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006, s. 189, para. 374.

⁷⁶⁵ Weatherall, *op. cit.*, s. 250.

⁷⁶⁶ Verhoeven, *op. cit.*, s. 356.

⁷⁶⁷ Charter of the United Nations, 24 Ekim 1945.

⁷⁶⁸ UN General Assembly, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, 14 Aralık 1960, A/RES/1514(XV), (<https://www.refworld.org/docid/3b00f06e2f.html>), Son Erişim Tarihi: 21.02.2022).

*gelişimlerini özgürce sürdürürler.*⁷⁶⁹ Ardından 1970 yılında 2625 (XXV) sayılı kararla kabul edilen Devletler Arasında Birleşmiş Milletler Şartına Uygun Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Deklarasyon kapsamındaki ilkeler arasında halkların eşit hakları ve kendi kaderini tayin etmesi ilkesini de saymış ve bunun devletler arasında dostça ilişkilerin gelişmesi için önemini vurgulamıştır.⁷⁷⁰ Ayrıca tüm devletlerin, halkların kendi kaderini tayin etmesi ilkesine saygı gösterme ve bunun gerçekleştirilmesini destekleme yükümlülüğü altında olduğunu bildirmiştir.⁷⁷¹

Halkların kendi kaderini tayin hakkı üç durumda gündeme gelmektedir.⁷⁷² Bunlardan ilki bu hakkın uluslararası hukukta kabul edilmesine vesile olan sömürgeciliktir. Nitekim UAD, *Güney Batı Afrika* danışma görüşünde halkların kendi kaderini tayin etmesi ilkesinin sömürge rejimi altında olan bölgelere uygulanabileceğini ifade etmiştir.⁷⁷³ İkinci durum apartheid rejiminin söz konusu olmasıdır. BM Genel Kurulu, 1986 tarihli 41/35 sayılı kararında Güney Afrika'da aparteid rejimine karşı mücadele eden halkların kendi kaderini tayin hakkını tanımıştır.⁷⁷⁴ Üçüncü durum ise yabancı işgalidir. UAD, *Duvar İnşası* danışma görüşünde, İsrail tarafından işgal edilen Filistin topraklarında duvar inşasının halkların kendi kaderini tayin hakkını engellediğini bildirmiştir.⁷⁷⁵

⁷⁶⁹ Aynı hüküm 1976 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında da kabul edilmiştir. International Covenant on Civil and Political Rights, 16 Aralık 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 Aralık 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html> , Son Erişim Tarihi: 22.02.2022).

⁷⁷⁰ UN General Assembly, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/2526(XXV), 24 Ekim 1970, (https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2625-Eng.pdf ,Son Erişim Tarihi: 21.02.2022).

⁷⁷¹ **Ibid.**

⁷⁷² BM Genel Kurulu'nun 1980 tarihli 35/118 sayılı kararıyla kabul ettiği *Sömürge Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesi Hakkında Deklarasyonun Tamamen Uygulanması için Aksiyon Planı* adlı metinde temel olarak üç durum üzerinde durulmuştur. Bunlar: Sömürgecilik, ırkçı rejimler ve yabancı işgalidir. UN General Assembly, Plan of Action for the Full Implementation of the Declaration on the Granting Independence to Colonial Countries and Peoples, 11 Aralık 1980, A/RES/35/118, (<https://www.refworld.org/docid/3b00f1aa54.html> , Son Erişim Tarihi: 22.02.2022).

⁷⁷³ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., s. 31, § 52.

⁷⁷⁴ UN General Assembly, Policies of apartheid of the Government of South Africa, 10 Kasım 1986, A/RES/41/35, (<https://www.refworld.org/docid/3b00f47514.html> , Son Erişim Tarihi: 22.02.2022).

⁷⁷⁵ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, s. 184, § 122.

Halkların kendi kaderini tayin hakkının uluslararası hukukta emredici norm olarak kabul edilmesi hususu tartışmalıdır.⁷⁷⁶ Hakkın emredici norm olduğunu düşünenler⁷⁷⁷ kadar, emredici norm olarak kabul edilmediğini düşünenler⁷⁷⁸ vardır.

UAD, Güney Afrika'nın Namibia'daki varlığının hukuki sonuçları hakkında verdiği *Güney Batı Afrika* danışma görüşünde, halkların kendi kaderini tayin hakkının tüm kendi kendini yönetmeyen bölgelere uygulanabilir olduğunu belirterek bu hakkı tanımakla yetinmiş; hakkın emredici niteliğine dair herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.⁷⁷⁹ UAD, *Batı Sahra* danışma görüşünde, sömürgeciliğin bitirilmesi bağlamında halkların kendi kaderini tayin hakkını tanımış, benzer şekilde emredici niteliğinden söz etmemiştir.⁷⁸⁰ Bununla birlikte, *Doğu Timor* davasında halkların kendi kaderini tayin hakkının tartışmasız bir biçimde *erga omnes* nitelikte olduğunu kabul etmiş ve modern uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olduğunu bildirmiştir.⁷⁸¹ Benzer şekilde, *Duvar İnşası* danışma görüşünde halkların kendi kaderini tayin hakkına saygı gösterme yükümlülüğünün *erga omnes* olduğunu belirtmiştir.⁷⁸²

UAD'nin halkların kendi kaderini tayin hakkının açıkça emredici norm olduğunu bildirmemesine karşılık, hakkın *erga omnes* niteliğini vurgulamış olması önemlidir. Zira emredici normlar, bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından kabul

⁷⁷⁶ Weatherall, **op. cit.**, s. 251.

⁷⁷⁷ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 51.; Aleksidze, **op. cit.**, s. 262.

⁷⁷⁸ Weatherall, **op. cit.**, ss. 252-253; UN, *The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, Study prepared by Aureliu Cristescu, Special Rapporteur of the Sub-

Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, United Nations, New York, 1981, s. 24, para. 154.

⁷⁷⁹ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., s. 31, § 52; Söz konusu danışma görüşünün halkların kendi kaderini tayin hakkının bir görünümü olmaktan ziyade apartheid yasağının bir ürünü olduğu görüşü için bkz. Weatherall, **op. cit.**, s. 251.

⁷⁸⁰ ICJ, *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12, s. 31 *et seq.*, § 54 *et seq.*

⁷⁸¹ ICJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90, s. 102, § 29; UAD tarafından bu davada yapılan söz konusu tespitin halkların kendi kaderini tayin hakkının emredici norm olma özelliğini ortaya koymadığı, kullanılan dilin farklılaştığı ve yalnızca *erga omnes* niteliğin vurgulandığı görüşü için bkz. Weatherall, **op. cit.**, ss. 251-152.

⁷⁸² ICJ, *Legal Consequences of the Construction of A Wall in the Occupied Palestinian Territories*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2004, § 155.

edildiği ve tanındığı için tüm devletleri bağlamaktadır. Bu nedenle emredici normlardan doğan yükümlülükler *inter partes* değil *erga omnes* niteliktedir.⁷⁸³

Yargıç Ammoun, *Barcelona Traction* kararına yazdığı ayrık görüşünde halkların kendi kaderini tayin hakkının emredici norm niteliğine değinmiştir.⁷⁸⁴ *Ad hoc* yargıç Dugard ise *Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler* kararına yazdığı ayrık görüşte, emredici normların uluslararası kamu düzeninin en önemli haklarını tanıyan yüksek ilkeleri doğruladığını belirtirken bu en önemli haklar arasında halkların kendi kaderini tayin hakkını da saymıştır.⁷⁸⁵

UHK, 2001 tarihli *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler* metninin 26. maddesinin yorumunda emredici normlar arasında halkların kendi kaderini tayin hakkını da saymıştır.⁷⁸⁶ Aynı metnin 40. maddesinin yorumunda ise halkların kendi kaderine tayin hakkından emredici normlar kapsamında bahsetmiş ve bir bütün olarak uluslararası toplumun bu hakkın kullanılmasına saygı gösterme yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.⁷⁸⁷

İ. Deniz Haydutluğu Yasağı

Deniz haydutluğu, açık denizlerde herhangi bir devlet adına olmaksızın yağmalamak kastıyla özel gemiler tarafından gerçekleştirilen her türlü şiddet eylemlerini ifade etmektedir.⁷⁸⁸ Günlük dilde sıkça kullanılan korsanlık kavramı ise bir devletin izniyle gerçekleştirilen yağma ve talan eylemlerini ifade eden başka bir

⁷⁸³ *Erga omnes* nitelikte yükümlülükler doğuran kurallar büyük ölçüde emredici normlarla örtüşmektedir. Kadelbach, Kleinlein, **op. cit.**, s. 11.

⁷⁸⁴ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, Seperate Opinion of Judge Ammoun, s. 304, § 11.

⁷⁸⁵ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment I.C.J. Reports 2006, p. 6, Seperate Opinion of *ad hoc* Judge Dugard, s. 89, § 10.

⁷⁸⁶ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 85.

⁷⁸⁷ UHK, bu değerlendirmeyi yaparken UAD'nin *Doğu Timor* davasında bu hakkın modern uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olduğu yönündeki tespitini göz önünde bulundurmıştır. **Ibid.**, s. 113.

⁷⁸⁸ Hannikainen, **op. cit.**, s. 67, Aktaran Başkaracaoğlu, **op. cit.**, s. 80.

kavramdır.⁷⁸⁹ Bu başlık altında incelenecek olan, aksi kararlaştırılmayan bir emredici norm olarak kabul gören kavram deniz haydutluğu yasağıdır.

Deniz haydutluğu çok eskilerden beri insanlığın düşmanı anlamına gelen *hostis humani generis* ifadesiyle betimlenmiştir.⁷⁹⁰ Bu özelliği sebebiyle deniz haydutluğu uluslararası teamül hukuku kapsamında tüm devletlerin evrensel yargı yetkisine tabidir.⁷⁹¹ İlk uluslararası suç kabul edilen⁷⁹² deniz haydutluğu 17. yüzyıldan beri yasaklanmıştır.⁷⁹³ Deniz haydutluğunun yasaklanmasının, uluslararası toplum tarafından kabul edilen ve tanınan en eski emredici norm olduğu düşünülmektedir.⁷⁹⁴ Zira deniz haydutluğu yasağı yüzyıllardır gerek iç hukuklarda gerek devlet uygulamasında kabul edilmiş ve şimdi de uluslararası toplum tarafından emredici norm olarak tanınmıştır.⁷⁹⁵

Deniz haydutluğunun yasaklanmasına ilişkin bir uluslararası andlaşmaya yönelik ilk çalışma, daha sonradan UHK tarafından Deniz Hukuku konusunda gerçekleştirilen çalışma kapsamında benimsenecek olan deniz haydutluğu tanımını⁷⁹⁶ içeren Harvard Araştırma Taslağı metnidir.⁷⁹⁷ Tanım büyük ölçüde aynı olacak şekilde 1958 Açık Denizler Sözleşmesi'nin⁷⁹⁸ 15. maddesinde ve 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin⁷⁹⁹ 101. maddesinde kabul edilmiştir. Bu tanıma göre:

⁷⁸⁹ Emre Öktem, Bleda Kurtarcan, **Deniz Haydutluğu ve Korsanlık: Tarihi ve Hukuki Boyutlarıyla**, İstanbul: Denizler Kitabevi, 2011, ss. 13-14.

⁷⁹⁰ Elzbieta Karska, "Piracy and International Criminal Law", **Polish Review of International and European Law**, Cilt: 2, Sayı: 1, 2013, ss. 41- 68, s. 42; Deniz haydutluğunu ilk defa Cicero "*herkesin ortak düşmanı*" olarak nitelemiştir. M. Tvilli Ciceronis, **De Officiis, Liber Tertius**, § 107, (<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/off3.shtml>), Son Erişim Tarihi: 28.01.2022).

⁷⁹¹ ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, Separate Opinion of President Guillaume, s. 37, § 5.

⁷⁹² Grant, Barker, **op. cit.**, s. 468; Cf. Shaw, **op. cit.**, s. 458.

⁷⁹³ Grant, Barker, **op. cit.**, s. 468.

⁷⁹⁴ Weatherall, **op. cit.**, s. 205.

⁷⁹⁵ Lachs, **op. cit.**, s. 205.

⁷⁹⁶ ILC, Report of the International Law Commission to the General Assembly, YbILC, Vol. II, 1956, s. 282.

⁷⁹⁷ Yaron Gottlieb, **International Cooperation in Combating Modern Forms of Maritime Piracy: Legal and Policy Dimensions**, Doktora Tezi, Amsterdam, 2017, s. 17.

⁷⁹⁸ Convention on the High Seas, Cenevre, 29 Nisan 1958, (<https://www.legal-tools.org/doc/7b4abc-1/pdf/>) Son Erişim Tarihi: 28.01.2022)

⁷⁹⁹ Convention on the Law of the Sea, Cenevre, 10 Aralık 1982, (https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf) Son Erişim Tarihi: 28.01.2022)

Deniz haydutluğu aşağıdaki hareketlerden herhangi birisini teşkil eder:

- a. *Özel bir geminin veya özel bir uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından özel menfaatler için işlenen ve*
 - (i) *Açık denizlerde, başka bir gemi veya uçağa ya da bu gemi ve uçaklarda bulunan kişilere veya mallara karşı*
 - (ii) *Herhangi bir devletin yargı yetkisi dışında bulunan bir gemiye, uçağa, kişilere veya mallara karşı yöneltilen her türlü hukuka aykırı şiddet eylemleri veya alıkoyma ya da her türlü yağmalama eylemi*
- b. *Bir gemi ya da uçağı haydut gemi veya uçak yapan gerçeklerin bilgisiyle, o gemi veya uçağın işletilmesine gönüllü olarak katılma eylemleri*
- c. *(a) ve (b) bentlerinde tanımlanan eylemleri teşvik eden veya bilinçli bir şekilde kolaylaştıran her türlü eylem.*

Deniz haydutluğunun tanımında özel bir geminin özel menfaatlerle hareket etmesi aranmaktadır. Bir devlet gemisi tarafından kamu menfaatleriyle deniz haydutluğu yapılması mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte bir savaş gemisinin, devlet gemisinin veya devlet uçağının mürettebatı isyan etmişse ve o geminin veya uçağın kontrolünü ele geçirmişse, 101. maddede sayılan hareketlerin varlığı halinde bunlar da deniz haydutluğu kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁰⁰

1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne göre tüm devletlerin, açık denizlerde veya hiçbir devletin yargı yetkisinde olmayan başka herhangi bir yerde deniz haydutluğunun önlenmesinde iş birliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸⁰¹ Her ne kadar Sözleşme kapsamında deniz haydutluğu suçunun işlenmesi durumunda doğacak olan cezai sorumluluk düzenlenmemiş⁸⁰² olsa da bir yargı yetkisi rejimi oluşturulmuştur. Bu kapsamda tüm devletlerin haydut gemi veya uçağı zapt etme, haydut kişileri tutuklama ve orada bulunan mallara el koyma yetkileri tanınarak, uygulanacak cezalara karar verilmesi ve üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere el

⁸⁰⁰ *Ibid.*, Madde 102.

⁸⁰¹ *Ibid.*, Madde 100.

⁸⁰² *Gottlieb, op. cit.*, ss. 19-20.

konulan gemi, uçak veya malların akıbetinin belirlenmesi bu tedbirleri uygulayan devletin mahkemelerine bırakılmıştır.⁸⁰³

Deniz haydutluğu üzerinde tüm devletlere yargı yetkisi tanınmıştır. Zira evrensel yargı yetkisi yalnızca uluslararası toplum tarafından en çok kınanan suçlar üzerinde kullanılmaktadır ve deniz haydutluğu bunun klasik örneklerinden birini oluşturmaktadır.⁸⁰⁴

Deniz haydutluğunun yasaklanması, VAHS hazırlık çalışmaları kapsamında UHK üyeleri tarafından gösterilen, yerleşik olarak kabul gören en belirgin emredici norm örnekleri arasında yer almıştır.⁸⁰⁵ Bu örneklerin önlenmesinde tüm devletlere iş birliği yapma çağrısında bulunulduğu vurgulanmıştır.⁸⁰⁶

J. Çevrenin Korunmasına İlişkin Kurallar

Uluslararası hukukta çevrenin korunmasına ilişkin kurallara yeni gelişmekte olan alanlardan uluslararası çevre hukuku kapsamında rastlanmaktadır.⁸⁰⁷ Uluslararası çevre hukukunun gelişiminin, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde başladığı ve üç aşamada gerçekleştiği gözlemlenmektedir.⁸⁰⁸

İlk aşamada, belirli çevresel sorunlara tepkisel olarak geliştirilen düzenlemeler yer alırken ikinci aşamada uluslararası örgütler vasıtasıyla çevrenin korunmasına ilişkin bütünsel düzenlemelere eğilim gösterilmiş, son aşamada ise bu bütünsel

⁸⁰³ Convention on the Law of the Sea, Cenevre, 10 Aralık 1982., Madde 105.

⁸⁰⁴ ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, s. 81, §§ 60, 61.

⁸⁰⁵ Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Reports of the Commission to the General Assembly, YbILC, 1966, Vol. II., s. 248.

⁸⁰⁶ **Ibid.**

⁸⁰⁷ Catherine Redgwell, "International Environmental Law", Malcolm D. Evans (der.), **International Law**, 5. Basım, New York: Oxford University Press, 2018, ss. 675-716, s. 675.

⁸⁰⁸ **Ibid.**, ss. 659, 660.

yaklaşım sürdürülebilir kalkınma gibi kavramlarla bağdaştırılmaya çalışılmıştır.⁸⁰⁹ Tüm bu aşamalarda baki kalan ortak amaç ise çevrenin korunması olmuştur.

Uluslararası hukukta çevrenin korunması amacını haiz olan zarar vermeme ilkesi⁸¹⁰ uluslararası teamül hukukunun bir parçasıdır.⁸¹¹ Bu ilke öncelikle devletlerin kendi ülkelerini başka devletlerin ülkelerine zarar verecek şekilde kullanmama yükümlülüğü olarak belirmiştir.⁸¹² Söz konusu ilke yalnızca bir diğer devlete çevresel zarar vermeme yükümlülüğü olarak kalmamış ve bir bütün olarak uluslararası topluma çevresel zarar vermeme yükümlülüğüne evrilmiştir.⁸¹³ Nitekim 1972 tarihli Stockholm Deklarasyonu’nun 21. ilkesinde ve 1992 tarihli Rio Deklarasyonu’nun 2. ilkesinde, devletlerin *“kendi yargı yetkileri altında gerçekleştirilen faaliyetlerin başka devletlerin veya ulusal yargı yetkileri sınırlarının dışına uzanan alanların çevrelerine zarar vermemesini temin etmekle”* yükümlü olduğu bildirilmiştir.⁸¹⁴

Zarar vermeme ilkesi dahil olmak üzere çevrenin korunmasına ilişkin kurallar yalnızca devletlerin bireysel menfaatlerini değil uluslararası toplumun ortak menfaatlerini korumaktadır. Bu nedenle bu kurallar ihlal edildiği takdirde uluslararası toplumun ortak menfaatlerinin zedeleneyeceği düşünülmekte ve emredici norm teorisine bu noktada yaklaşılmaktadır.⁸¹⁵ Çevresel zararlar tüm ekosistemi etkilediği için, bunları yasaklayan kuralların aksinin kararlaştırılamaması bir bütün olarak uluslararası toplumun esenliğine hizmet eder.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, ss. 660, 661.

⁸¹⁰ Zararın önlenmesi ilkesi olarak da bilinmektedir. Bkz. Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, s. 65.

⁸¹¹ Redgwell, *op. cit.*, s. 676.

⁸¹² Amerika Birleşik Devletleri ile Kanada arasındaki *Trail Smelter* tahkimi kapsamında devletlerin kendi yargı yetkileri içinde başka devletlere zarar veren faaliyetlere izin vermeme yükümlülüğü ortaya konmuştur. Shaw, *op. cit.*, ss. 645, 646.

⁸¹³ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, s. 65.

⁸¹⁴ UN General Assembly, Declaration on the Human Environment, United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 Haziran 1972, (<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>), Son Erişim Tarihi: 26.02.2022); UN General Assembly, Rio Declaration on the Environment and Development, Report of the United Nations Conference on the Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 Haziran 1992), A/CONF.151/26 (Vol.I), 12 Ağustos 1992, (https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf), Son Erişim Tarihi: 26.02.2022).

⁸¹⁵ Anlar Güneş, *op. cit.*, s. 142.

Uluslararası hukukta yeterli delillerle desteklemek henüz mümkün olmasa da çevrenin korunmasına ilişkin bazı kuralların emredici norm olduğu ileri sürülmektedir.⁸¹⁶ Bunun yanında, söz konusu kuralların ileride emredici norm niteliğini kazanabileceğinin mümkün olduğu da dile getirilmektedir.⁸¹⁷ Emredici olduğu veya olabileceği düşünülen bu kurallar çevreye ciddi şekilde uzun süreli zarar verme yasağı olarak adlandırılmaktadır.⁸¹⁸

UAD, *Gabcikovo-Nagymaros* davasında Macaristan'ın uluslararası hukukta çevrenin korunması kapsamında zarar vermeme ilkesinin *erga omnes* yükümlülüğe dönüştüğünü ve bu sebeple dava konusu anlaşmayı uygulamanın mümkün olmadığı iddiasıyla karşılaşmıştır. Buna karşılık Slovakya ise, uluslararası çevre hukukundaki gelişmelerden hiçbirinin anlaşmaya üstün gelecek bir *jus cogens* normun varlığına delalet etmediğini belirtmiştir.⁸¹⁹ UAD ise, taraflardan hiçbirinin uluslararası çevre hukukunda yeni bir emredici norm ortaya çıktığını belirtmemesi sebebiyle bu konuyu incelemeyi gerekli görmemiştir.⁸²⁰ UAD'nin bu tavrını, uluslararası çevre hukukunda yeni emredici normların varlığını üstü kapalı biçimde kabul ettiği şeklinde yorumlayanlar⁸²¹ kadar bu olasılığı reddetmediği şeklinde değerlendirenler de olmuştur.⁸²²

UHK'nin son çalışmaları kapsamında sunulan tüketici olmayan emredici norm listesinde çevrenin korunmasına ilişkin kurallara yer verilmemekle birlikte 1995 tarihli *Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Taslak Düzenlemesi* kapsamında çevreye kasten ciddi zarar verilmesi suçuna yer verilmiştir.⁸²³

⁸¹⁶ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 65.

⁸¹⁷ Costelloe, **op. cit.**, s. 42.

⁸¹⁸ Kadelbach, Kleinlein, **op. cit.**, s. 315; “*İnsan çevresinin büyük çapta kirletilmesini yasaklayan normlar*” olarak da ifade edilmektedir. Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 65.

⁸¹⁹ ICJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, s. 62, § 97.

⁸²⁰ **Ibid.**, § 112.

⁸²¹ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 65.

⁸²² Dupuy, **op. cit.**, s. 292, Aktaran Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, **op. cit.**, s. 65.

⁸²³ ILC, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-seventh session, A/CN.4/SER.A/1995/Add.1 (Part 2), YbILC, Vol. II, 1995.

K. Geri Göndermeme İlkesi

Uluslararası hukukta geri göndermeme ilkesi (*non-refoulement*) devletlerin, bireylerin eziyete maruz kalacakları veya yaşamlarının tehlike altında olacağı ülkelere onları gönderemeyeceğini ortaya koymaktadır.⁸²⁴ 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin⁸²⁵ 33. maddesine göre:

1. *Hiçbir taraf devlet bir mülteciyi yaşamının veya özgürlüğünün ırkı, dini, uyruğu, belli bir sosyal gruba veya siyasi görüşe üyeliği sebebiyle tehdit edilebileceği ülkelerin sınırına herhangi bir biçimde geri gönderemez veya iade edemez.*
2. *Bununla birlikte, belli bir ciddi suç sebebiyle kesinleşmiş hükümle mahkûm edilmesi veya bir ülkenin güvenliğine tehlike oluşturduğu yönünde makul sebepler bulunması sebebiyle söz konusu ülkenin topluluğuna tehlike arz eden mülteci tarafından işbu hükmün koruması talep edilemez.*

Geri göndermeme ilkesinin aynı zamanda uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.⁸²⁶ Bununla birlikte, söz konusu normun emredici bir norm olup olmadığı belirsizdir. Öğretide geri göndermeme ilkesinin emredici bir norm olduğu ileri sürülmüştür.⁸²⁷ Hatta, bu ilke emredici norm kabul edilmediğinde devletlerin aksini kararlaştırarak uluslararası andlaşmalarla kişileri ciddi insan hakları ihlalleriyle karşılaşabilecekleri ülkelere gönderebileceği bildirilmiştir.⁸²⁸

⁸²⁴ Jean Allain, “The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement”, *IJRL*, Cilt: 13, 2001, ss. 533-558, s. 533.

⁸²⁵ Convention Relating to the Status of Refugees, Geneva, 28 Temmuz 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, (<https://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>), Son Erişim Tarihi: 27.02.2022).

⁸²⁶ Allain, *op. cit.*, s. 538.

⁸²⁷ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, s. 55; Allain, *op. cit. passim*.

⁸²⁸ Orakhelashvili, *Peremptory Norms...*, *op. cit.*, s. 55.

Geri göndermeme ilkesinin emredici norm niteliği, onun hem yaşam hakkı hem de işkence yasağı ile bağlantılı olması üzerinden temellendirilebilir.⁸²⁹ Bir mülteci işkenceye maruz kalacağı bir ülkeye geri gönderildiği zaman geri göndermeme ilkesinin yanında işkence yasağı da ihlal edilmiş olur. Yukarıda açıklandığı üzere uluslararası hukukta işkence yasağının emredici norm olduğu konusunda herhangi bir şüphe yoktur.⁸³⁰ Nitekim İşkence ve Diğer Zalim, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında bir kişinin işkenceye maruz kalma tehlikesi altında olduğu başka bir devlete geri gönderilemeyeceği belirtilmiştir.⁸³¹

BM Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi'nin 25 sayılı Uluslararası Koruma Hakkında Genel Sonucu'na göre geri göndermeme ilkesi “*gittikçe uluslararası hukukun emredici normu niteliğini kazanmaktadır*”.⁸³² Yürütme Komitesi'nin 79 sayılı Uluslararası Koruma Hakkında Genel Sonucu'nda ise “*geri göndermeme ilkesinin sapmaya tabi olmadığı*” belirtilmiştir.⁸³³ Bazı Latin Amerika devletlerinin ortak inisiyatifiyle oluşturulan 1984 tarihli Cartagena Deklarasyonu'nda da geri göndermeme ilkesinin bir *jus cogens* kural olarak kabul edilmesi ve buna uyulması gerektiği bildirilmiştir.⁸³⁴

UHK emredici normlar hakkında güncel çalışmaları kapsamında tüketici olmamak kaydıyla sunduğu listede geri göndermeme ilkesine yer vermemiştir. Bununla birlikte, söz konusu ilkeye UHK'nin başka bir konudaki güncel çalışmalarında rastlanmaktadır. 2019 tarihli *İnsanlığa Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Üzerine Taslak Maddeler* metninin 5. maddesinde “*hiçbir devletin*

⁸²⁹ Başkaracaoğlu, **op. cit.**, s. 133.

⁸³⁰ ICTY, Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998, s. 58-59, § 153.

⁸³¹ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 Aralık 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85.

⁸³² UNHCR, General Conclusion on International Protection, No. 25 (XXXIII)- 1982, Executive Committee, 33rd session, 20 Ekim 1982, (<https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c434c/general-conclusion-international-protection.html>), Son Erişim Tarihi: 28.02.2022).

⁸³³ UNHCR, General Conclusion on International Protection, No. 79 (XLVII)-1996, Executive Committee 47th session, 11 Ekim 1996, (<https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c430/general-conclusion-international-protection.html>), Son Erişim Tarihi: 28.02.2022).

⁸³⁴ Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, 22 Kasım 1984, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html>), Son Erişim Tarihi: 28.02.2022).

bir kişiyi bir insanlığa karşı suça maruz kalma tehlikesi içinde olabileceğine inanmak için esaslı nedenler bulunan bir başka devlete geri gönderemeyeceği, iade edemeyeceği, teslim edemeyeceği veya geri veremeyeceği” belirtilmiştir.⁸³⁵ Böyle bir düzenlemenin yapılmasının nedenini özel raportör Sean D. Murphy, geri göndermeme ilkesinin önleyici doğası ile açıklamaktadır.⁸³⁶

⁸³⁵ Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, 2019, Report of the International Law Commission, Seventy-first session, (A/74/10), YbILC, 2019, Vol. II, Part Two, ss. 11-21.

⁸³⁶ Murphy, **op. cit.**, s. 971.

IV. ULUSLARARASI HUKUKUN EMREDİCİ NORMLARININ İHLALİNDEN DOĞAN ULUSLARARASI SORUMLULUK: AĞIRLAŞTIRILMIŞ SORUMLULUK

Uluslararası hukukun emredici normlarının diğer tüm uluslararası hukuk normlarından farkı, yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, bunların aksinin kararlaştırılamamasıdır. Bunun sebebi ise bunların korudukları hukuki menfaatlerin uluslararası toplumun temel değerleri olması ve emredici olmayan uluslararası hukuk normlarıyla korunan diğer tüm hukuki menfaatlere üstün gelmesidir. Buna karşılık, belli bir kuralın içeriğinin önemi itibariyle üstünlüğü ile böyle bir kuralın ihlalinin doğan hukuki sonuçlar ayrı meselelerdir.⁸³⁷

Uluslararası hukukun emredici normlarının ihlalinin en temel hukuki sonucu bunları ihlal eden devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğmasıdır. Bu sonuç emredici normlardan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sağlanması konusunda devletlerin ortak menfaatini yansıtır.⁸³⁸

Devletlerin uluslararası hukuku ihlal etmeleri sebebiyle doğan sorumlulukları, UHK tarafından hazırlanan 2001 tarihli *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Doğan Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler* metni ile düzenlenmektedir.⁸³⁹ Söz

⁸³⁷ Tomuschat, **op. cit.**, s. 430.

⁸³⁸ Bu yükümlülüklerin uymanın sağlanması yönündeki ortak menfaat andlaşmalar hukuku bağlamında VAHS 71 (1) hükmünde ifade edilmektedir. Costelloe, **op. cit.**, s. 184.

⁸³⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143.

konusu metin uluslararası hukukta birincil ve ikincil yükümlülükler arasında bir ayrım yapılması anlayışını benimsemektedir.⁸⁴⁰

Uluslararası hukuk belli yükümlülükler doğuran normları içeren birincil kurallardan ve bunların ihlal edilmesi halinde uygulanan normları içeren ikincil kurallardan oluşmaktadır.⁸⁴¹ Bir önceki bölümde emredici norm olan birincil kurallar incelenmiştir. Bu kuralların ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan uluslararası sorumluluğu belirleyen ikincil kurallar ise bu bölüm kapsamında incelenecektir.

Birincil ve ikincil kurallar ayrımı emredici normlar teorisini ve ilgili diğer tüm kavramların tasvirini kolaylaştırmaktadır.⁸⁴² Zira bir normun emredici olması esasa ilişkin bir mesele⁸⁴³ iken, bu nitelikte normların ihlali halinde ortaya çıkan sorumluluğun mahiyeti ve nasıl ileri sürüldüğü usule ilişkin meselelerdir. Nitekim 2001 metninin temel yapısının oluşturulmasında önemli bir rol üstlenen UHK özel raportörü Roberto Ago, bir kuralı tanımlamak ve içeriğini belirlemek ile bu kuralın ihlalinin sonuçlarının ne olduğunu belirlemenin birbirinden farklı şeyler olduğunu ifade etmiştir.⁸⁴⁴

2001 metninin kabulüne giden süreçte UHK'yi belki de en çok meşgul eden konulardan biri ihlal edilen yükümlülüğün niteliği ne olursa olsun devletlerin tek bir sorumluluk rejimine mi tabi olacağı yoksa farklı nitelikte yükümlülüklerin ihlalinin özel bir sorumluluk rejimi kapsamında mı değerlendirileceği meselesi olmuştur.⁸⁴⁵ En

⁸⁴⁰ James Crawford, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *AJIL*, Cilt: 96, Sayı: 4, 2002, ss. 874-890, s. 876.

⁸⁴¹ Pirim, *Uluslararası Sorumluluk...*, **op. cit.**, s. 149.

⁸⁴² Birincil ve ikincil kurallar ayrımı yaklaşımı Christian Tomuschat tarafından "iki aşamalı yaklaşım modeli" olarak da adlandırılmıştır. Tomuschat, **op. cit.**, ss. 430, 431.

⁸⁴³ UAD, bir normun emredici olmasının devlet dokunulmazlığı karşısında esasa ilişkin bir mesele olduğunu bildirmiştir. Bkz. *mutatis mutandis* ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, §§ 92-97.

⁸⁴⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 31, para. 2. Roberto Ago'nun bu düşüncesi için bkz. ILC, Second Report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur-The origin of international responsibility, A/CN.4/233, YbILC, Vol. II, 1970, s. 306.

⁸⁴⁵ Pirim, *Uluslararası Sorumluluk...*, **op. cit.**, s. 153.

nihayetinde devletlerin sorumluluğunun belirlenmesinde onlar tarafından ihlal edilen yükümlülüklerin niteliğine göre bir ayrıma gidilmiştir.

Mevcut durumda bir yükümlülük başka bir devlete veya bazı devletlere karşı ise, bu yükümlülükleri ihlal eden devletin sorumluluğu yalnızca bu devletlere karşı doğmaktadır. Diğer yandan, yükümlülük bir bütün olarak uluslararası topluma karşı ise, bu yükümlülükleri ihlal eden devletin sorumluluğu bir bütün olarak uluslararası topluma ve bu sebeple tüm devletlere karşı doğmaktadır. İlk ihtimalde devletin sorumluluğu, klasik sorumluluk şemasına tabidir. İkinci ihtimalde ise devletin ihlal ettiği yükümlülüklerin önemi sebebiyle, kapsamı daha geniş olan özel bir sorumluluk rejimi ortaya çıkar.

Uluslararası topluma karşı olan yükümlülüklerin ihlali, 2001 metninin 2. kısmında “*genel uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin ağır ihlali*” başlıklı 3. bölümde ifade edilen sorumluluk rejimine tabidir.⁸⁴⁶ Öğretide bu rejime ağırlaştırılmış sorumluluk denmektedir.⁸⁴⁷

Farklı nitelikteki yükümlülüklerin farklı sorumluluk rejimlerine tabi olması anlayışının⁸⁴⁸ ürünü olan ağırlaştırılmış sorumluluk, 2001 metninin nihai haline kavuşmasından önceki UHK çalışmaları kapsamında birçok tartışmaya sebep olmuştur.⁸⁴⁹ Söz konusu tartışmalar, klasik iki taraflı sorumluluk şemasını genişleten bu anlayışın⁸⁵⁰ hangi hukuki kavrama dayandığı üzerine yoğunlaşmıştır. İlk başta,

⁸⁴⁶ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 111, para. 2.

⁸⁴⁷ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 154.

⁸⁴⁸ Söz konusu anlayışın Sovyet öğretisi tarafından ortaya konduğu ardından Doğu Alman öğretilerine mensup yazarlar tarafından benimsendiği bildirilmektedir. Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 153; Ayrıca bkz. ILC, Fifth Report on State Responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/291ve Add. 1ve 2, YbILC, 1976, vol. II, Part One, ss. 3-55, s. 48, para. 140.

⁸⁴⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 110, para. 2.

⁸⁵⁰ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 154.

böyle bir sorumluluğun hukuki dayanağının “uluslararası suç” kavramı olabileceği düşünülmüştür.⁸⁵¹

UHK özel raportörü Roberto Ago’nun bir devletin ağırlaştırılmış sorumluluğunun uluslararası suç işlemesi halinde ortaya çıkacağına ilişkin sunduğu öneri UHK tarafından kabul edilmiş ve BM Genel Kurulu’na sunulmuştur.⁸⁵² Sunulan rapordaki taslak maddelerin 19. maddesinin ilk fıkrasında uluslararası yükümlülüklerin ihlalinin bu yükümlülüklerin içeriğinden bağımsız olarak uluslararası haksız fiil olduğu bildirilmiştir.⁸⁵³ Bununla birlikte taslak 19. maddede uluslararası haksız fiiller, uluslararası suç (*international crime*) ve uluslararası cünha (*international delict*) olarak ikiye ayrılmıştır.⁸⁵⁴ Bunlardan uluslararası suç kavramı, “uluslararası toplumun temel menfaatlerinin korunmasında çok önemli olan ve ihlali bir bütün olarak bu toplum tarafından bir suç olarak tanınan bir uluslararası yükümlülüğün bir devlet tarafından ihlaliyle meydana gelen bir uluslararası haksız fiil” olarak tanımlanmıştır.⁸⁵⁵ Aynı taslak maddede uluslararası suç oluşturabilecek örnekler arasında günümüzde uluslararası hukukun emredici normları olduğu kabul edilen kuralların ağır ihlali sayılmıştır.⁸⁵⁶ Uluslararası suç teşkil etmeyen diğer tüm uluslararası haksız fiillerin ise uluslararası cünha oluşturduğu belirtilmiştir.⁸⁵⁷

Ne var ki devletler uluslararası suç kavramına şiddetle karşı çıkmışlardır.⁸⁵⁸ Taslak 19. madde, 2001 metninin nihai haline dahil edilmemiş hatta birçok eleştiriye

⁸⁵¹ *Ibid.*, s. 155.

⁸⁵² *Ibid.*, s. 156.

⁸⁵³ ILC, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, A/31/10, **Yearbook of the International Law Commission**, 1976, vol. II, Part Two, (A/CN.4/SER.4/1976/Add.1 (Part 2)), ss. 1-169, s. 75.

⁸⁵⁴ *Ibid.*; Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 157.

⁸⁵⁵ ILC, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, A/31/10, **Yearbook of the International Law Commission**, 1976, vol. II, Part Two, (A/CN.4/SER.4/1976/Add.1 (Part 2)), ss. 1-169, s. 75.

⁸⁵⁶ Taslak 19. maddenin 3. fıkrasına göre: “... bir uluslararası suç, inter alia, (şunlardan) meydana gelebilir: (a) uluslararası barış ve güvenliğin tesisinde temel öneme sahip, saldırının yasaklanması gibi bir uluslararası yükümlülüğün ağır ihlali; (b) halkların kendi kaderini tayin hakkının korunmasında temel öneme sahip, kuvvet kullanarak sömürgeci hakimiyetin kurulması veya tesisinin yasaklanması gibi bir uluslararası yükümlülüğün ağır ihlali; (c) insanın korunmasında temel öneme sahip, köleliğin, soykırımın ve apartheidin yasaklanması gibi bir uluslararası yükümlülüğün geniş çapta ağır ihlali; (d) insan çevresinin muhafaza edilmesinde ve korunmasında temel öneme sahip, atmosferin veya denizlerin büyük çapta kirlenmesinin yasaklanması gibi bir uluslararası yükümlülüğün ağır ihlali.” *Ibid.*

⁸⁵⁷ *Ibid.*; Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 157.

⁸⁵⁸ Costelloe, **op. cit.**, s. 185.

de maruz kalmıştır.⁸⁵⁹ Eleştirilerin bel kemiğini oluşturan husus ise bahsi geçen ayrımın ve kullanılan terminolojinin uluslararası hukuka oldukça uzak olmasıdır.⁸⁶⁰ Şöyle ki, suç ve cürüm kavramları ceza hukukuna ait olup cezai sorumluluğun farklı ağırlıklardaki tezahürüdür.⁸⁶¹ Halbuki uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğunun cezai bir niteliği yoktur.⁸⁶² Bu nedenle söz konusu taslak maddede kullanılan ceza hukuku kavramlarının uluslararası sorumluluğun sanki cezai nitelikteymişçesine yanlış anlaşılmasına sebebiyet verebileceği ileri sürülmüştür.⁸⁶³

Bahsi geçen eleştiriler göz ardı edilememiş olacak ki UHK özel raportörü James Crawford'un devlet sorumluluğuna ilişkin ilk raporunda da bunlara geniş bir yer verilmiştir.⁸⁶⁴ 2001 metninin nihai haline kavuşmasına kadar geçen süreçte terminolojiye ilişkin yapılan tüm bu tartışmaların uluslararası sorumluluğun klasik iki taraflı şemasının yanında çok taraflı boyutunun da kodifiye edilmesi yönündeki ortak arzuyu yansıttığı düşünülmektedir.⁸⁶⁵ Gerçekten de, en sonunda uluslararası haksız fiillerin uluslararası suç ve uluslararası cünha olarak ayrılmasından vazgeçilmiş olsa da uluslararası haksız fiillerin ağırlık derecesine göre farklılaştığı anlayışı muhafaza edilmiş⁸⁶⁶ ve “*devletin sorumluluğu alanında genel uluslararası hukukun emredici normlarının temel kavramlarından ve bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülüklerden doğan belli sonuçların olduğu*” kabul edilmiştir.⁸⁶⁷

2001 metninin nihai halinde, uluslararası haksız fiillerden daha ağır olanları belirtmek için emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali kavramı benimsenmiş ve bunun gerçekleşmesi halinde uygulanan daha ağır bir sorumluluk

⁸⁵⁹ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 157.

⁸⁶⁰ **Ibid.**, s. 158.

⁸⁶¹ **Ibid.**, s. 157.

⁸⁶² ILC, First report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/490 ve Add. 1-7, 1998, s. 13.

⁸⁶³ Özellikle Fransa'nın taslak 19. maddeye ilişkin bu yöndeki eleştirileri dikkat çekmektedir “...*amacın uluslararası kamu hukukunun kriminalize edilmesi olduğu şeklinde şüphesiz yanlış bir izlenim vermektedir.*” **Ibid.**, s. 12.

⁸⁶⁴ **Ibid.**, ss. 11-13.

⁸⁶⁵ Costelloe, **op. cit.**, s. 185.

⁸⁶⁶ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 161.

⁸⁶⁷ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 111.

rejimi tesis edilmiştir.⁸⁶⁸ İşte bu ağırlaştırılmış sorumluluk, klasik sorumluluğa göre bazı farklar içermektedir.

Aşağıda ilk olarak, ağırlaştırılmış sorumluluğa sebebiyet veren olgu olan uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin ağır ihlali(A) incelenecek, ardından onu klasik sorumluluktan farklı kılan husus olan ağırlaştırılmış sorumluluğun kapsamı ve uygulanması (B) ele alınacaktır.

A. Ağırlaştırılmış Sorumluluğa Sebebiyet Veren Olgu: Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ağır İhlali

Uluslararası hukukta devletlerin ağırlaştırılmış sorumluluğunun ortaya çıkmasına sebebiyet veren olgu, 2001 metnine göre, “*genel uluslararası hukukun bir emredici normundan doğan bir yükümlülüğün bir devlet tarafından ağır ihlalidir*”.⁸⁶⁹ Ağırlaştırılmış sorumluluk, uluslararası hukukta iki taraflı klasik sorumluluk rejiminden farklı, özel sonuçları olan bir sorumluluk rejimidir.

İki taraflı klasik sorumluluk şeması kapsamında bir uluslararası yükümlülük, belli bir hukuki ilişkinin muhatabı olan devlete karşı iken; uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülükler tüm devletlerden oluşan uluslararası topluma karşıdır. Bu niteliği haiz olan yükümlülükler *erga omnes* yükümlülüklerdir. Uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin *erga omnes* niteliği, bunların ağır ihlali halinde, diğer uluslararası yükümlülüklerin ihlali halinde oluşan sorumluluğa göre farklı bir sorumluluk rejiminin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

⁸⁶⁸ Ağırlaştırılmış sorumluluk mekanizmasının *jus cogens* teorisinin pozitif uluslararası hukukta kabul edilmesiyle klasik uluslararası hukuk yapısında meydana gelen değişimin zorunlu bir sonucu olduğu, daha bağlayıcı kuralların, ihlalleri halinde daha ağır bir sorumluluğu gerektirdiği düşünülmektedir. Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 163.

⁸⁶⁹ Ağırlaştırılmış sorumluluğun düzenlendiği III numaralı bölümün ilk maddesinin ilk fıkrasında, bu ifadenin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan uluslararası sorumluluğa söz konusu bölümün uygulanacağı belirtilmiştir. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 112.

Ağırlaştırılmış sorumluluğun ortaya çıkmasında, ihlal edilen yükümlülüklerin doğduğu normların emredici olmasının yanında bu ihlalin ağırlık derecesi de önem kazanmaktadır. Zira söz konusu yükümlülüklerin yalnızca ağır ihlali halinde ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi uygulanabilmektedir.

Ağırlaştırılmış sorumluluğun anlaşılabilmesi ve klasik sorumluluk rejiminden farkının ortaya konabilmesi için onun oluşmasına sebep olan olgunun incelenmesi gerekmektedir. Aşağıda, bir araya gelerek ağırlaştırılmış sorumluluğun oluşmasına sebep olan öğelerden önce emredici normlardan doğan yükümlülüklerin *erga omnes* nitelikte olması (1), ardından bu yükümlülüklerin ağır ihlali (2) meselesi incelenecektir.

1. Emredici Normlardan Doğan Yükümlülüklerin Niteliği: *Erga Omnes*

Uluslararası hukuk normlarının büyük bir çoğunluğu yalnızca söz konusu hukuki ilişkide doğrudan menfaati olan devletlere yükümlülük yükler.⁸⁷⁰ Aynı şekilde, birçok uluslararası hukuk normundan doğan yükümlülük ihlal edildiğinde, bu durum yalnızca bu ihlalden zarar gören devleti ilgilendirir.⁸⁷¹ Bununla birlikte, bazı normlar doğrudan bir menfaatin varlığı aranmaksızın tüm devletlere karşı yükümlülük doğurur.⁸⁷² Böyle normlardan doğan bir yükümlülük ihlal edildiği vakit bundan bir bütün olarak uluslararası toplumun zarar gördüğü kabul edilir ve bu durum uluslararası toplumun üyeleri olan tüm devletleri ilgilendirir.

Yalnızca belli bir hukuki ilişkinin tarafı olan ve bu nedenle doğrudan hukuki menfaati bulunan bir devlete karşı doğan yükümlülükler *inter partes*; doğrudan bir menfaatin varlığı aranmaksızın tüm devletlere karşı doğan yükümlülükler ise *erga*

⁸⁷⁰ Gaja, *op. cit.*, s. 280.

⁸⁷¹ Uluslararası hukukta da bir ihlale karşı dava açanın hukuki menfaati bulunması gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Phoebe Okowa, "Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility", Malcolm D. Evans (der.), *International Law*, 5. Basım, New York: Oxford University Press, 2018, ss. 450-483, s. 451.

⁸⁷² Gaja, *op. cit.*, s. 280.

omnes yükümlülüklerdir.⁸⁷³ Emredici normlardan doğan yükümlülükler *erga omnes* niteliktedir.⁸⁷⁴ Zira, yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, emredici normların koruduğu hukuki menfaatler bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumuna aittir ve bunların korunması tüm devletleri ilgilendirir.

UHK tarafından hazırlanan 2001 metni, uluslararası yükümlülüklerin kimlere karşı doğduğuna önem atfetmektedir. Metnin 33. maddesine göre “*sorumlu devletin yükümlülükleri...özellikle uluslararası yükümlülüğün niteliğine ve içeriğine ve ihlalin koşullarına bağlı olarak başka bir devlete, birçok devlete veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olabilir.*”⁸⁷⁵

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğu, iki taraflı yükümlülüklerin, bazı devletlere karşı olan yükümlülüklerin ya da bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olan yükümlülüklerin ihlalden doğabilir.⁸⁷⁶ İhlal edilen uluslararası yükümlülüklerin niteliğine bağlı olarak ortaya çıkan sorumluluğun kapsamı değişmektedir. İki veya çok taraflı bir yükümlülüğün ihlali halinde sorumluluk bu hukuki ilişkinin tarafı olan devletlere karşı doğar ve klasik sorumluluk rejimi uygulanır. Bununla birlikte bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olan bir yükümlülüğün ihlali halinde sorumluluk bir bütün olarak uluslararası topluma karşı doğar ve ağırlaştırılmış sorumluluk rejimi uygulanır. Nitekim bu husus 2001 metninin yorum kısmında şöyle ifade edilmiştir:

...emredici normlar tarafından devletlere yüklenen yükümlülükler esasen bir bütün olarak uluslararası toplumun hayati menfaatlerini

⁸⁷³ Bu noktada çok taraflı uluslararası andlaşmadan veya uluslararası teamül hukukundan doğan ve bu kapsamda birçok devletin ortak menfaatini koruyan *erga omnes partes* adı verilen uluslararası yükümlülükler ayırt edilmelidir. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 126, para. 6.

⁸⁷⁴ Latince *erga omnes* “herkese karşı” anlamına gelmektedir. Weatherall, **op. cit.**, s. 351; Gaja, **op. cit.**, s. 281.

⁸⁷⁵ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 94.

⁸⁷⁶ **Ibid.**, ss. 55, 56, para. 6.

*etkiler ve diğer uluslararası hukuka aykırı fiillere uygulanandan daha katı bir sorumluluk rejimi ihdas eder.*⁸⁷⁷

Erga omnes yükümlülükler teorisi ilk defa UAD tarafından 1970 tarihli *Barcelona Traction* kararında şöyle ifade edilmiştir:

*Özellikle, bir devletin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükleriyle...başka bir devlet ile karşılıklı doğan yükümlülükleri arasında temel bir ayrım yapılmalıdır. İlki, doğası itibariyle tüm devletleri ilgilendirir. İçerdiği hakların önemi göz önünde bulundurulduğunda, bunların korunmasında tüm devletlerin hukuki menfaati olduğu kabul edilebilir; bunlar erga omnes yükümlülüklerdir.*⁸⁷⁸

Söz konusu kararda uluslararası yükümlülükler için öngörülen ayrım önemlidir. Zira bir yükümlülüğün niteliğine göre, ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan sorumluluğun bir başka devlet ile karşılıklı ilişkilerde o devlete karşı veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı doğabileceğinin sinyalleri verilmiştir.⁸⁷⁹

Kararda açıkça *erga omnes* yükümlülüklerden bahsedilmekte⁸⁸⁰ ve bunların “örnek olarak saldırı fiillerinin ve soykırımın yasaklanmasından ve aynı zamanda, kölelik ve ırk ayrımcılığına karşı korunma dahil, insanın temel haklarını ilgilendiren ilkeler ve kurallardan doğduğu” belirtilmektedir.⁸⁸¹ Yukarıda da incelenmiş olan bu örnekler, uluslararası hukukun emredici normlarıdır. Bu nedenle söz konusu karara sıklıkla emredici normlar bağlamında başvurulmaktadır.⁸⁸²

⁸⁷⁷ *Ibid.*, s. 56, para. 7.

⁸⁷⁸ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, s. 32, § 33.

⁸⁷⁹ Pirim, *Uluslararası Sorumluluk...*, *op. cit.*, s. 164.

⁸⁸⁰ UAD, *erga omnes* yükümlülüklerden *Doğu Timor* kararında da bahsetmiştir. ICJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90, s. 102, § 29.

⁸⁸¹ ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, s. 32, § 34.

⁸⁸² Kadelbach, *op. cit.*, s. 27.

Emredici normlar ve *erga omnes* yükümlülükler içerik olarak büyük ölçüde örtüşse de⁸⁸³ ikisi farklı kavramları ifade eder. Şöyle ki, tüm emredici normlar *erga omnes* yükümlülük doğurur fakat her *erga omnes* yükümlülük doğuran norm emredici değildir.⁸⁸⁴ Başka bir ifadeyle, *erga omnes* yükümlülükler emredici normları kapsayan daha geniş bir kümedir.⁸⁸⁵

Emredici norm (*jus cogens*) kavramı maddi hukuka ilişkindir; *erga omnes* kavramı ise bir devlet sorumluluğu meselesi⁸⁸⁶ olarak usule ilişkindir.⁸⁸⁷ Bir normu emredici yapan koruduğu menfaatin önemi iken, bir yükümlülüğü *erga omnes* yapan ise içeriğinin “*hukuken bölünemezliğidir.*”⁸⁸⁸ Bununla birlikte, elbette yükümlülüğün hukuken bölünememesinin temelinde ona hayat veren emredici normla korunan uluslararası toplumun üstün menfaati bulunmaktadır.⁸⁸⁹ Söz konusu üstün menfaat uluslararası toplumun tüm üyelerine ait olup tüm devletler tarafından gözetilmelidir.

UAD açıkça emredici norm kavramını kullanmamış olsa da yukarıda açıklanan bu ilişkiyi 2004 tarihli *Duvar* danışma görüşünde, uluslararası insancıl hukuk bağlamında 1996 tarihli *Nükleer Silahlar* danışma görüşündeki tespitlerine⁸⁹⁰ de atıfta bulunarak şöyle ifade etmiştir:

...silahlı çatışmalara uygulanan insancıl hukuk kurallarının birçoğu insana saygı ve insanlığın temel mülahazaları için çok temeldir ve bunları içeren andlaşmaları onaylamış olsun olmasın tüm devletler tarafından gözetilmelidir, çünkü bunlar uluslararası teamül

⁸⁸³ ILC, Third Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/507 and Add. 1-4, 2000, s. 34, para. 106; ILC, Fourth Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/517 and Add. 1, 2001, s. 13, para. 49.

⁸⁸⁴ Örneğin devletlerin statüsünü veya sınırlarını belirleyen andlaşmalar *erga omnes* yükümlülük doğurur ancak bunların aksi kararlaştırılabilir. Kadelbach, **op. cit.**, s. 25.

⁸⁸⁵ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 164.

⁸⁸⁶ Kadelbach, **op. cit.**, s. 35.

⁸⁸⁷ Tomuschat, **op. cit.**, ss. 430, 431.

⁸⁸⁸ Hukuken bölünemezlik kavramı ile bir yükümlülüğün tüm devletlerin her birini eş zamanlı olarak bağlaması özelliği ifade edilmektedir. Bkz. ILC, Fourth Report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/444 and Add. 1-3, YbILC, 1992, vol. II (1), s. 62, para. 92.

⁸⁸⁹ Weatherall, **op. cit.**, s. 352.

⁸⁹⁰ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, § 79.

*hukukunun ihlal edilemez ilkelerini oluşturur. Divan'a göre bu kurallar temel olarak erga omnes nitelikte yükümlülükler doğurur.*⁸⁹¹

Uluslararası topluma karşı olan *erga omnes* yükümlülüklerin en önemli sonucu, uluslararası haksız fiil sebebiyle doğrudan zarar görmemiş devletlerin dahi ihlal eden devletin sorumluluğuna gidebilmesidir.⁸⁹² İşte tam da bu husus *erga omnes* yükümlülük doğuran emredici normların ihlali halinde ortaya çıkan ağırlaştırılmış sorumluluğu, klasik sorumluluk rejiminden farklı kılar. Nitekim 2001 metninin yorumunda “bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olan yükümlülüklerin temel olarak tüm devletlerin...ihlali gerçekleştiren herhangi bir devletin sorumluluğunu ileri sürme yetkisi olmasındaki hukuki menfaatine odaklandığı” ifade edilmiştir.⁸⁹³

Emredici normlardan doğan *erga omnes* yükümlülükler, emredici normların uygulanmasına yarar.⁸⁹⁴ Başka bir ifadeyle, emredici normlar içerik itibarıyla uluslararası toplumun temel değerlerini korumayı hedeflerken bunun devletler tarafından gerçekleştirilmesi, emredici normlardan doğan *erga omnes* yükümlülüklerin yerine getirilmesi sayesinde mümkün olur.⁸⁹⁵ Bu yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde bunları ihlal eden devlet karşısında bir bütün olarak uluslararası toplumu bulur.

⁸⁹¹ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, § 157.

⁸⁹² Kadelbach, *op. cit.*, s. 26.

⁸⁹³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 112.

⁸⁹⁴ Weatherall, *op. cit.*, s. 351.

⁸⁹⁵ *Ibid.*

2. Emredici Normlardan Doğan Yükümlülüklerin İhlal Edilme Şekli: Ağır İhlal

Uluslararası sorumluluk, yukarıda belirtilmiş olduğu üzere, devletlerin uluslararası yükümlülüklerini ihlalinden doğar. Söz konusu ihlaller görece hafif olabileceği gibi emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali de olabilir.⁸⁹⁶

Emredici normların oluşturduğu *erga omnes* yükümlülüklerin ihlalinin nasıl gerçekleştirildiğine önem atfedilmektedir. Devletlerin ağırlaştırılmış sorumluluğun doğmasına yol açan eylemleri emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlalidir.

2001 metninde ağırlaştırılmış sorumluluk rejiminin öngörüldüğü, “*genel uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin ağır ihlali*” başlıklı 3. bölümün 40. maddesine göre:

1. *Bu bölüm, genel uluslararası hukukun bir emredici normundan doğan bir yükümlülüğün bir devlet tarafından ağır ihlalinden meydana gelen uluslararası sorumluluğa uygulanır.*
2. *Böyle bir yükümlülüğün ihlali, eğer sorumlu devlet tarafından yükümlülüğün yerine getirilmesinde açık ve sistematik başarısızlık içeriyorsa ağır ihlaldir.*⁸⁹⁷

Bu düzenlemenin ilk fıkrasına göre ağırlaştırılmış sorumluluk rejiminin uygulanması için yalnızca emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi yeterli değildir; bunun yanında gerçekleştirilen ihlal ağır olmalıdır.⁸⁹⁸

⁸⁹⁶ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, ss. 55, 56, para. 6.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, s. 112.

⁸⁹⁸ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., *op. cit.*, s. 166.

“*Ağır ihlal*” ile kastedilenin ne olduğu ise düzenlemenin 2. fıkrasında ifade edilmiştir. Buna göre bir ihlalin ağır olması için bir devletin emredici normlardan doğan yükümlülüklerini açık ve sistematik olarak yerine getirmemesi gerekir. Bir başka ifadeyle, sorumlu devlet emredici normlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten imtina ediyorsa ve bunu açık ve sistematik olarak gerçekleştiriyorsa ağır ihlal koşulunu sağlar.⁸⁹⁹

İhlalin açık bir şekilde gerçekleştirilmesi, ihlal eden devletin söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmediği konusunda herhangi bir şüphe olmaması anlamına gelmektedir.⁹⁰⁰ İhlal, normla korunan değerlere doğrudan bir saldırı içermelidir.⁹⁰¹ Ayrıca ihlalin “*açık*” olması ifadesi ile ihlalin kendisinin veya etkilerinin yoğunluğuna dikkat çekilmektedir.⁹⁰²

İhlalin sistematik olarak gerçekleştirilmesi, yalnızca münferit değil örgütlü bir şekilde gerçekleştirilmesi olarak anlaşılmaktadır.⁹⁰³ Sistematik ihlalden söz edebilmek için devletin emredici normdan doğan yükümlülüklerini “*düzenli ve bilinçli bir şekilde*” yerine getirmekten kaçınması gerekmektedir.⁹⁰⁴

2001 metninin yorumuna göre bir ihlalin ağırlığı belirlenirken, “*normu ihlal etme kastı; bireysel ihlallerin kapsamı ve sayısı ve bunların mağdurlar için sonuçlarının ağırlığı*” gibi hususlar göz önünde bulundurulmaktadır.⁹⁰⁵ Ayrıca soykırım ve kuvvet kullanma yasağı gibi bazı emredici normların ihlalinin doğası gereği büyük çapta ve kasıtlı bir ihlal içerdiği bildirilmektedir.⁹⁰⁶ Nitekim, ihlal teşkil eden eylemin kasıtlı olmasına ilişkin koşullar birçok emredici normun düzenlendiği

⁸⁹⁹ Ibid.

⁹⁰⁰ Ibid.

⁹⁰¹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 113.

⁹⁰² Ibid.

⁹⁰³ Hakkı Hakan Erkiner, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 243, Aktaran Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 166.

⁹⁰⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 113.

⁹⁰⁵ Ibid.

⁹⁰⁶ Ibid.

birincil kurallarda zaten mevcuttur.⁹⁰⁷ Bu nedenle, birincil kuralın kendisinde ihlal teşkil eden eylemin işlenmesindeki kasta ilişkin bir emare mevcutsa, söz konusu ihlalin doğrudan ağır ihlal olduğu sonucuna varmak mümkündür.⁹⁰⁸

Ağırlaştırılmış sorumluluğun doğması için emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali koşulunun sağlanması konusunda şüphe bulunmamakla birlikte öğretide ağır ihlal koşulu eleştirilmektedir. Şöyle ki, 2001 metnine göre emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ihlali ağır değilse, ağırlaştırılmış sorumluluğu klasik sorumluluk rejiminden farklı kılan özel sonuçlar da ortaya çıkmayacaktır.⁹⁰⁹ Oysaki çoğu durumda emredici normların ihlali ciddi bir mesele telakki edilir.⁹¹⁰ Ayrıca emredici normlardan doğan yükümlülüklerin her ihlalinin, doğası gereği zaten ağır ihlal olduğu belirtilmiş ve bu nedenle ağır ihlal koşulunun gereksiz olduğu dahi düşünülmüştür.⁹¹¹

Gerçekten de emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali ile ağır olmayan ihlali arasındaki farkı her zaman net bir biçimde ortaya koymak pek mümkün görünmemektedir. Zira bir devletin, açık ve sistematik olarak veya değil, bir emredici normdan doğan yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde bunun uluslararası toplumun dikkatinden kaçabilecek kadar hafif olmasını tahayyül etmek güçtür.⁹¹² Bununla birlikte, uluslararası hukukta daha güçlü normların varlığını kabul edip bunların ihlal edilmesi halinde de devletlere ek yükümlülükler getiren daha ağır bir sorumluluk rejimi ihdas etmek, klasik uluslararası hukukun devleti esas alan yapısından halihazırda oldukça büyük bir sıçramadır. Bu nedenle, daha ağır bir sorumluluk rejiminin uygulanmasını ağır ihlal gibi sağlanması daha zor bir kritere bağlamak da klasik anlayışla örtüşmektedir.

⁹⁰⁷ Costelloe, *op. cit.*, s. 188.

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ *Ibid.*, s. 187.

⁹¹⁰ Başkaracaoğlu, *op. cit.*, s. 162.

⁹¹¹ Constantin Economides, “Le Projet Définitif de la Commission du Droit International sur la Responsabilité des Etats pour Fait Internationalement Illicites”, *Revue Hellenique de Droit International (RHDI)*, Cilt: 54, 2001, s. 379, Aktaran Başkaracaoğlu, *op. cit.*, s. 167.

⁹¹² Costelloe da benzer bir şekilde, uygulamada önemsiz bir ihlalin UAD önünde bir davaya konu olmasının pek mümkün görünmediğinden ve böyle bir ihlalin belirmesini tahayyül etmenin güç olduğundan bahsetmektedir. Costelloe, *op. cit.*, s. 188.

2001 metninin yorumunda, ihlalin “ağır” olması koşulu getirilirken söz konusu yükümlülüklerin her ihlalinin ağır olmadığını veya mazur görülebilir olduğunu söylemek gibi bir amacın olmadığı bildirilmiştir. Daha ziyade devlet uygulamalarına da uygun olarak, “*görece daha az ciddi olan emredici norm ihlallerinin tasavvur edilebileceği ve bu bölümün kapsamının daha ciddi veya sistematik ihlallerle sınırlandırılmasının gerekli olduğu*” belirtilmiştir.⁹¹³

B. Ağırlaştırılmış Sorumluluğun Kapsamı ve Uygulanması

Ağırlaştırılmış sorumluluğu özel bir sorumluluk rejimi yapan, yalnızca ihlali gerçekleştiren devlet için değil üçüncü devletler için de birtakım sonuçlar yaratmasıdır.⁹¹⁴ Buna karşılık, ağırlaştırılmış sorumluluk emredici normları ihlal eden bir devlet için, bu devletin sıradan normları ihlal etmesi halinde ortaya çıkan sonuçtan pek de farklı bir sonuç öngörmez.⁹¹⁵ Sorumlu devletin klasik sorumluluğuna ilave olarak tüm devletlere bazı yükümlülükler getirir ve üçüncü devletleri de sorumlu devletin sorumluluğuna gitmeye yetkili kılar. Bir başka ifadeyle, ağırlaştırılmış olan, emredici normu ihlal eden devletin sorumluluğu değil uluslararası hukukta ortaya çıkan sorumluluğun kapsamı ve ileri sürülme şeklidir.

Ağırlaştırılmış sorumluluğun içeriği 2001 metni ışığında iki aşamada incelenebilir. Yukarıda emredici normlardan doğan yükümlülüklerin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olduğu ortaya konarak emredici normlardan doğan yükümlülükler ile bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükler kavramları arasındaki ilişki açıklanmıştır. Buna karşılık 2001 metni birbiriyle örtüşen bu iki kavramı ve bunların doğurduğu sonuçları ayrı ayrı ele almıştır. Şöyle ki, ilk olarak, emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali, sorumluluğun kapsamı bakımından bazı ilave sonuçlar ortaya koymaktadır. Bu sonuçlar yalnızca sorumlu devlet için değil diğer tüm devletler için doğmaktadır.⁹¹⁶ İşte üçüncü devletler için de

⁹¹³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 113.

⁹¹⁴ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., *op. cit.*, s. 167.

⁹¹⁵ Costelloe, *op. cit.*, s. 190.

⁹¹⁶ *Ibid.*

ortaya çıkan bu sonuçlar, ağırlaştırılmış sorumluluğun klasik sorumluluğun kapsamına ek olarak getirdiği özel sonuçları yansıtmaktadır. İkinci olarak, bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olan yükümlülüklerin ihlalinin sonucu ise, sorumluluğun ileri sürülmesi bakımından, tüm devletlerin böyle bir yükümlülüğü ihlal eden devletin sorumluluğuna gitmeye yetkili olmasıdır.⁹¹⁷ Bunlardan ilki 41. maddede, ikincisi ise 48. maddede ele alınmıştır.

2001 metninin benimsediği bu iki aşamalı yaklaşıma sadık kalınarak, aşağıda ağırlaştırılmış sorumluluğu özel bir sorumluluk rejimi kılan hususlardan önce emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlalinin ortaya çıkardığı özel sonuçlar, ardından ağırlaştırılmış sorumluluğun ileri sürülmesi incelenecektir.

1. Emredici Normlardan Doğan Yükümlülüklerin Ağır İhlalinin Ortaya Çıkardığı Özel Sonuçlar

Emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlalinin ortaya çıkardığı özel sonuçlar, 2001 metninin 41. maddesinde şöyle ifade edilmiştir:

1. *Devletler, 40. madde anlamında herhangi bir ağır ihlale hukuka uygun yollarla son vermek için iş birliği yapacaklardır.*
2. *Hiçbir devlet 40. madde anlamında bir ağır ihlal tarafından yaratılan bir durumun hukuka uygunluğunu tanımayacakları gibi o durumun muhafaza edilmesine yardım veya destek sağlamayacaklardır.*
3. *Bu madde, bu kısımda bahsi geçen diğer sonuçlara ve bu bölümün uygulandığı bir ihlalin uluslararası hukukta yol açacağı başka sonuçlara halel getirmez.*⁹¹⁸

⁹¹⁷ **Ibid.**

⁹¹⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 113.

41. maddede, emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali halinde öngörülen özel sonuçlar: İş birliği yükümlülüğü, tanımama yükümlülüğü ve yardım etmeme yükümlülüğüdür. Ayrıca maddenin son fıkrasında bu özel sonuçların, uluslararası hukukta olası diğer sonuçlara hâlel getirmeyeceği de bildirilmektedir.

41. maddede düzenlenen ilk özel sonuç, devletlerin 40. Madde anlamında bir ağır ihlale son vermek için iş birliği yapma yükümlülüğüdür. İş birliği yükümlülüğü, ağır ihlalden doğrudan etkilenip etkilenmemesi göz önünde bulundurulmaksızın tüm devletlere yüklenmiştir.⁹¹⁹ Zira ağır ihlaller sebebiyle uluslararası toplumu oluşturan tüm devletlerin mağdur sıfatını haiz olduğu kabul edilmektedir.⁹²⁰

İş birliği yükümlülüğü uluslararası hukukun gelişiminin bir ürünü olup önemli bir yenilik olarak değerlendirilmektedir.⁹²¹ Zira, klasik uluslararası hukuk anlayışı bir emredici normun ihlal edilmesi nedeniyle devletlere buna son vermek amacıyla iş birliği yapılmasını dayatma fikrine oldukça uzaktır.⁹²² Buna rağmen, söz konusu düzenleme ile devletler arasında bir dayanışma fikrinin benimsendiği gözlemlenmektedir.⁹²³ Bu sayede, devletler ağır ihlallere son vermek amacıyla iş birliği yapma konusunda bir pozitif yükümlülüğe sahip kılınmaktadır.⁹²⁴

2001 metni ağır ihlale son vermek için devletlerin ne gibi tedbirler alacağına ilişkin bir düzenleme içermemektedir.⁹²⁵ Dolayısıyla iş birliği yükümlülüğünün içeriğinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir.⁹²⁶ Hatta bu yükümlülüğün uygulamada sembolik bir yükümlülük olarak görüldüğü düşünülmektedir.⁹²⁷ Yine de bir ağır ihlal karşısında uluslararası toplumun takınacağı tavırda iş birliği yükümlülüğü önemli bir

⁹¹⁹ *Ibid.*, s. 114.

⁹²⁰ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., *op. cit.*, s. 168.

⁹²¹ *Ibid.*, s. 168; Costelloe, *op. cit.*, s. 212.

⁹²² Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., *op. cit.*, s. 168.

⁹²³ *Ibid.*, s. 168.

⁹²⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114.

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ Costelloe, *op. cit.*, s. 212.

⁹²⁷ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., *op. cit.*, s. 168.

rol üstlenir. Bu rolün gerçekleştirilmesi çeşitli biçimlerde olabilir.⁹²⁸ İş birliği, özellikle BM olmak üzere çeşitli uluslararası örgütler aracılığıyla gerçekleştirilebileceği gibi devletlerin kendi inisiyatifleriyle kurumsal olmayan bir şekilde de gerçekleştirilebilir.⁹²⁹ Ne şekilde olursa olsun devletler ağır ihlale son vermek için “*hukuka uygun yollarla*” iş birliği yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bunun anlamı şudur: Emredici normlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir devletin ağır ihlaline son vermek amacıyla dahi olsa devletlerin hukuka aykırı biçimde kuvvet kullanmalarına izin verilmemektedir.⁹³⁰

Uygulamada, bir ağır ihlale karşı eyleme geçilmesi kararı genellikle BM Güvenlik Konseyi vesilesiyle veya bölgesel organizasyonların düzenlemeleri çerçevesinde mümkün olmaktadır.⁹³¹ Ancak bu, devletlerin bir kurum bünyesinde olmaksızın kendi inisiyatifleriyle iş birliği yükümlülüğünü yerine getirmesine engel değildir.⁹³² Zira, emredici normların ağır ihlaline son vermek için devletlerin iş birliği yükümlülüğünün doğması başlı başına bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır.⁹³³ Hal böyle olsa da uluslararası örgütlerin düzenlemeleri çerçevesinde alınan tedbirler, bir ağır ihlale son verilmesi bakımından genellikle daha etkili bir hukuk yolu teşkil etmektedir.⁹³⁴

UAD, *Duvar* danışma görüşünde hukuka aykırı bir duruma son vermek için gereken tedbirlerin ne olabileceğinin belirlenmesinde özellikle BM Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulu’nun rolü olduğunu bildirmektedir.⁹³⁵ Nitekim, BM Güvenlik Konseyi’nin bu kapsamda BM Şartı’nın 7. bölümündeki zorlayıcı tedbirlere başvurması söz konusu olabilir.⁹³⁶ Hatta, teorik olarak bir uluslararası örgüt

⁹²⁸ Costelloe, **op. cit.**, s. 212.

⁹²⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114.

⁹³⁰ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 168.

⁹³¹ Costelloe, **op. cit.**, s. 213.

⁹³² **Ibid.**, s. 214.

⁹³³ **Ibid.**, s. 215.

⁹³⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114.

⁹³⁵ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, § 160.

⁹³⁶ Costelloe, **op. cit.**, s. 213.

bünyesinde gerçekleştirilen iş birliği yükümlülüğü ile BM Güvenlik Konseyi aracılığıyla gerçekleştirilecek bir insancıl müdahalenin örtüşmesi mümkün görülmektedir.⁹³⁷ Ayrıca iş birliği yükümlülüğü, bir uluslararası örgüt bünyesinde olmaksızın, devletler tarafından bir andlaşma kapsamında karşılıklı yükümlülüklerin askıya alınması gibi yollarla gerçekleştirilebileceği gibi, bir andlaşmadan bağımsız olarak üçüncü devletlerin karşı önlemleri şeklinde de gerçekleştirilebilir.⁹³⁸

41. maddede düzenlenen ikinci özel sonuç, devletlerin 40. Madde anlamında bir ağır ihlal tarafından yaratılan durumu hukuka uygun tanımama ve o durumun muhafaza edilmesine yardım ve destek sağlamama yükümlülüğüdür. Söz konusu yükümlülük, yine devletlerin o ihlalden doğrudan zarar görmese dahi yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülüktür ve bunun için 2001 metninin iki taraflı klasik sorumluluğu çok taraflı bir niteliğe çevirdiğinin en önemli göstergelerinden biri kabul edilmektedir.⁹³⁹ Böylece uluslararası hukukta devletler, belki de kendileriyle yakından ilişkili olmayan bir meselede⁹⁴⁰, bir kaçınma yükümlülüğü altına girmektedir.⁹⁴¹ Bu kaçınma yükümlülüğü iki temel yükümlülükten teşekkül etmektedir: Tanımama yükümlülüğü ve yardım etmeme yükümlülüğü.⁹⁴²

Tanımama yükümlülüğü, 40. madde anlamında bir ağır ihlal neticesinde meydana gelen bir durumun hukuka uygunluğunun bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından tanınmaması anlamına gelmektedir.⁹⁴³ Genel olarak tanımama eyleminin gerçekleştirilmesi tamamen bir devletin o yöndeki iradesine bağlıdır.⁹⁴⁴ Buna karşılık, emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali söz konusu olduğunda tanımama eylemi tüm devletler için politik bir tercihten çok bir zorunluluk haline gelmektedir.⁹⁴⁵ Tanımama eylemi yalnızca bir devlet tarafından değil tüm devletler tarafından uluslararası toplumun bir üyesi olarak gerçekleştirildiği için buna

⁹³⁷ **Ibid.**

⁹³⁸ **Ibid.**, s. 214.

⁹³⁹ Pirim, *Uluslararası Sorumluluk...*, **op. cit.**, s. 169.

⁹⁴⁰ **Ibid.**

⁹⁴¹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114.

⁹⁴² **Ibid.**

⁹⁴³ **Ibid.**

⁹⁴⁴ Costelloe, **op. cit.**, s. 193.

⁹⁴⁵ **Ibid.**

“*kolektif tanımama*” da denmektedir.⁹⁴⁶ Devletlerin kolektif bir şekilde ağır ihlalin meydana getirdiği bir durumu hukuka uygun tanımama yükümlülüğü yalnızca böyle bir durumun resmi olarak tanınmamasını değil tanımayı ima eden herhangi bir eylemin gerçekleştirilmemesini de kapsamaktadır.⁹⁴⁷

Tanımama yükümlülüğü, halkların kendi kaderini tayin hakkının hiçe sayılarak bir ülke üzerinde egemenlik ilan etme, kuvvet kullanma yasağına aykırı olarak toprak iktisabı,⁹⁴⁸ ırk ayrımcılığı⁹⁴⁹ gibi emredici normların ihlalinin teşkil eden eylemlerin yarattığı durumlarda gündeme gelmektedir. Böyle durumlarda tanımama yükümlülüğünün ortaya çıktığı düşüncesi devlet uygulamalarıyla da desteklenmektedir.⁹⁵⁰ Örneğin, 1931-1932 yılları arasında vuku bulan Mançurya krizinde dönemin ABD devlet bakanı tarafından ortaya atılan “*Stimson doktrini*”,⁹⁵¹ kuvvet kullanımıyla gerçekleştirilen toprak iktisabının geçerli olmadığı ve tanınmaması gerektiği düşüncesini savunmaktadır.⁹⁵² Bu düşünce Milletler Cemiyeti üyelerinin büyük bir çoğunluğunca da benimsenmiştir.⁹⁵³

Diğer taraftan, böyle durumlarda tanımama yükümlülüğünü vurgulayan BM Güvenlik Konseyi kararlarına da oldukça sık rastlanmaktadır. Örneğin 216 (1965) sayılı BM Güvenlik Konseyi kararında tüm devletler Güney Rodezya’daki hukuka aykırı ırkçı azınlık rejimini tanımamaya çağırılmıştır.⁹⁵⁴ Benzer şekilde, 1990 yılında

⁹⁴⁶ 2001 metni 41. madde yorumunda bu yükümlülüğün kolektif tanımama olarak bahsedilmektedir. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114. Ayrıca bu kavram öğretide de benimsenmiştir. Bkz. Costelloe, *op. cit.*, s. 193.

⁹⁴⁷ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ Costelloe, *op. cit.*, s. 202.

⁹⁵⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114.

⁹⁵¹ Tanımama yükümlülüğünün kökleri Stimson doktrinine dayandığı veya bu doktrinin en azından tanımama yükümlülüğünün gelişimine katkı sunduğu düşünülmektedir. Costelloe, *op. cit.*, s. 193 *et seq.*

⁹⁵² Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114.

⁹⁵³ *Ibid.*

⁹⁵⁴ UN Security Council, Resolution 216 (1965), S/RES/216, 12 Kasım 1965, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/222/87/PDF/NR022287.pdf?OpenElement>), Son Erişim Tarihi: 14.05.2022). Bkz. Costelloe, *op. cit.*, s. 202.

Irak'ın Kuveyt'i işgali üzerine BM Güvenlik Konseyi 662 (1990) sayılı kararında tüm devletleri ve uluslararası örgütleri Irak tarafından gerçekleştirilen toprak iktisabını tanınamaya ve doğrudan veya dolaylı olarak tanıma anlamına gelebilecek her türlü eylemden kaçınmaya davet etmiştir.⁹⁵⁵ BM Güvenlik Konseyi yine 283 (1970) sayılı kararında tüm devletlere Güney Afrika'nın Namibia'daki varlığını hukuka uygun tanıma anlamına gelebilecek şekilde Namibia ile diplomatik ilişkilere girmekten kaçınmalarını bildirmiştir.⁹⁵⁶

BM Genel Kurulu tarafından 2625 (XXV) sayılı kararla kabul edilen Uluslararası Hukukun Birleşmiş Milletler Şartı'na Uygun Olarak Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İş Birliğine İlişkin İlkeleri Hakkında Deklarasyon'un 1. maddesi kuvvet kullanımıyla gerçekleştirilen toprak iktisabının hukuka uygun tanınmaması ilkesini teyit etmektedir.⁹⁵⁷

Uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin ağır ihali neticesinde ortaya çıkan bir durumu hukuka uygun tanımama yükümlülüğü UAD tarafından da kabul edilmektedir.⁹⁵⁸ UAD, halkların kendi kaderini tayin hakkının hiçe sayılarak Güney Afrika'nın Namibia'da devam eden varlığı hakkında verdiği 1971 tarihli *Namibia* danışma görüşünde, bu durumun tanınmaması gerektiğini vurgulamıştır.⁹⁵⁹ Şöyle ki, UAD'ye göre BM'ye üye tüm devletler söz konusu

⁹⁵⁵ UN Security Council, Resolution 662 (1990), S/RES/662(1990), 9 Ağustos 1990, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/575/12/PDF/NR057512.pdf?OpenElement> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022). Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114; Costelloe, **op. cit.**, s. 203.

⁹⁵⁶ UN Security Council, Resolution 283 (1970), S/RES/283(1970), 29 Temmuz 1970, (<http://unscr.com/en/resolutions/doc/283> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022). Ayrıca bkz. Costelloe, **op. cit.**, s. 201.

⁹⁵⁷ UN General Assembly, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/2625(XXV), 24 Ekim 1970; Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 114.

⁹⁵⁸ Costelloe, **op. cit.**, s. 200.

⁹⁵⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 115.

durumun “*hukuka aykırılığını ve geçersizliğini tanıma yükümlülüğü altındadır.*”⁹⁶⁰ Bunun yanı sıra üye olmayan devletler dahi buna uygun hareket etmelidir, zira bu durumun hukuka aykırılığının ilanı tüm devletlere karşı ileri sürülebilir niteliktedir.⁹⁶¹

UAD ayrıca belli hukuka aykırı durumlarda tanımama yükümlülüğünün bir andlaşma ilişkisinden bağımsız olarak da doğabildiği kanısındadır.⁹⁶² Duvar danışma görüşünde UAD, “*söz konusu hakların ve yükümlülüklerin nitelikleri ve önemleri göz önünde bulundurulduğunda*” tüm devletlerin ortaya çıkan hukuka aykırı durumu tanımama yükümlülüğü altında olduğunu altını çizmektedir.⁹⁶³

Tanımama yükümlülüğü yalnızca üçüncü devletlere değil, ağır ihlali gerçekleştiren sorumlu devlete dahi uygulanır.⁹⁶⁴ Ancak belirtmek gerekir ki, tanımama yükümlülüğüne sebebiyet veren ağır ihlali gerçekleştirilen devletin bu haksız fiilinden kaynaklanan esas sorumluluğunun yanında tanımama yükümlülüğünü yerine getirmemesi çok da önemli görülmeyebilir.⁹⁶⁵ Zira bizzat ağır ihlali gerçekleştiren devletin bununla ortaya çıkan durumu tanımamasını beklemek pek manalı değildir.⁹⁶⁶ Şöyle ki, bir ihlalin ağır ihlal olmasını belirleyen ölçütlerden biri normu ihlal etme kastıdır;⁹⁶⁷ bir ihlali kasten gerçekleştiren bir devlet zaten bunun

⁹⁶⁰ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., s. 42, § 119.

⁹⁶¹ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., s. 44, § 126.

⁹⁶² Costelloe, **op. cit.**, s. 201.

⁹⁶³ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, § 159.

⁹⁶⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 115.

⁹⁶⁵ Costelloe, **op. cit.**, s. 194; Bununla birlikte, 2001 metnin yorum kısmında, sorumlu devletin kendi yarattığı durumu yatıştırmak için ortaya çıkan durumu tanıdığı örnekler olduğundan söz edilerek sorumlu devletin tanımama yükümlülüğü bulunduğu vurgulanmaktadır. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 115.

⁹⁶⁶ Costelloe, **op. cit.**, s. 194.

⁹⁶⁷ 2001 metnin yorum kısmında ağır ihlali belirleyen ölçütler arasında “*normu ihlal etme kastı*” da sayılmaktadır. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 113.

sonucunda ortaya çıkan durumu da bilerek ve isteyerek o ihlali gerçekleştirmiş olacaktır.

Tanımama yükümlülüğü ağır ihlalden zarar gören devlete de uygulanmaktadır.⁹⁶⁸ Zarar gören devlet bir şekilde ağır ihlalle ortaya çıkan durumu tanısa dahi, bu uluslararası toplumun adil ve uygun bir çözüm bulma yönündeki menfaatine halel getirmemektedir.⁹⁶⁹

Tanımama yükümlülüğü yine de sınırsız değildir.⁹⁷⁰ Bazı durumlarda ağır ihlali gerçekleştiren devletin veya tanınmayan oluşumun resmi işlemleri bireyleri etkileyebilir. Böyle durumlarda tanımama yükümlülüğü uygulanmaz.⁹⁷¹ Başka bir ifadeyle, tanımama yükümlülüğünün yerine getirilmesi bireyleri haklarından mahrum bırakmamalıdır. UAD bunu *Namibia* danışma görüşünde şöyle ifade etmiştir: “*Bölge’nin Güney Afrika tarafından yönetiminin tanınmaması, Namibia halkının uluslararası iş birliğinden türeyen hiçbir menfaatten mahrumiyetiyle sonuçlanmamalıdır.*”⁹⁷² UAD bu danışma görüşünde, bireyleri etkileyen söz konusu işlemlere örnek olarak doğum, ölüm ve evlilik kayıtlarını vermektedir.⁹⁷³

Tanımama yükümlülüğü yukarıda belirtilen sınırlamayı da içerecek şekilde AİHM tarafından *Loizidou v. Türkiye*⁹⁷⁴ ve *Kıbrıs v. Türkiye*⁹⁷⁵ davalarında da uygulanmıştır.⁹⁷⁶ AİHM, *Loizidou v. Türkiye* kararında KKTC tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemlerin hukuka uygunluğuna ilişkin genel bir söylemden kaçınarak “*böyle bir durumda uluslararası hukukun örneğin doğum, ölüm ve evlilik*

⁹⁶⁸ Costelloe, *op. cit.*, s. 194.

⁹⁶⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 115.

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ Costelloe, *op. cit.*, s. 204.

⁹⁷² ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., s. 56, § 125.

⁹⁷³ *Ibid.*

⁹⁷⁴ ECHR, *Loizidou v. Turkey*, 15318/89, 18 Aralık 1996.

⁹⁷⁵ ECHR, *Cyprus v. Turkey*, 25781/94, 10 Mayıs 2001.

⁹⁷⁶ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 115.

kayıtları hususunda belli hukuki düzenlemelerin ve işlemlerin hukuka uygunluğunu tanıdığını” belirtmiştir.⁹⁷⁷ AIHM bu tutumunu muhafaza ederek Kıbrıs v. Türkiye davasında tanımama yükümlülüğünün sınırını daha kapsamlı bir temele şöyle oturtmuştur:

de facto oluşumların işlemlerini tanımama yükümlülüğü mutlak olmaktan uzaktır. Söz konusu bölgenin halkı için hayat devam etmektedir. Bu hayat...de facto otoriteler tarafından... korunmalıdır ve bölge halkının menfaatleri uğruna, bu otoritelerin oraya ilişkin işlemleri üçüncü devletler veya uluslararası kurumlar tarafından...yok sayılmamalıdır. Aksinin kabulü bölge halkını...haklarından mahrum bırakmak anlamına gelir.⁹⁷⁸

Böylece uluslararası hukukun emredici normlarının ağır ihlali halinde ortaya çıkan tanımama yükümlülüğü, bireylerin haklarını etkileyen durumlar müstesna olmak üzere kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu yükümlülüğün istisnası olan bireylerin haklarını etkileyen durumlarda hukuki işlemlerin tanınması, bu hukuki işlemleri gerçekleştiren oluşumun veya otoritelerin tanındığı anlamına gelmemektedir.⁹⁷⁹

Yardım etmeme yükümlülüğü ise 40. madde anlamında bir ağır ihlalle oluşan durumun muhafaza edilmesine devletlerin yardım veya destek sağlamama yükümlülüğünü ifade etmektedir.⁹⁸⁰ Yardım etmeme yükümlülüğü, ağır ihlalin işlenmesinden itibaren ağır ihlalle ortaya çıkan durumun muhafaza edilmesine kadar olan tüm süreç için geçerlidir ve ağır ihlalin sürüp sürmemesinden bağımsız olarak uygulanmaktadır.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ ECHR, *Loizidou v. Turkey*, 15318/89, 18 Aralık 1996, § 45.

⁹⁷⁸ ECHR, *Cyprus v. Turkey*, 25781/94, 10 Mayıs 2001, § 96.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, § 92; Costelloe, *op. cit.*, s. 205.

⁹⁸⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 115.

⁹⁸¹ *Ibid.*

41. maddede düzenlenen emredici normların ağır ihlali halinde doğan yardım etmeme yükümlülüğü, 16. maddede düzenlenen herhangi bir normun ihlal edilmesiyle ortaya çıkan bir uluslararası haksız fiilin işlenmesine yardım etmeme yükümlülüğü⁹⁸² birlikte okunmalıdır.⁹⁸³ 16. maddede düzenlenen tüm uluslararası haksız fiillerin işlenmesine yardım etmeme yükümlülüğü aynı şekilde bir emredici normdan doğan yükümlülük söz konusu olduğunda da uygulanır.⁹⁸⁴ Bununla birlikte, 41. maddedeki yardım etmeme yükümlülüğünün kapsamı daha geniştir.⁹⁸⁵ Şöyle ki, 16. maddede yalnızca bir uluslararası haksız fiilin işlenmesine yardım etmek yasaklanırken 41. maddede emredici normun ağır ihlaliyle gerçekleştirilen bir uluslararası haksız fiilin işlenmesine ilaveten bununla ortaya çıkan durumun muhafaza edilmesine yardım etmek de yasaklanmaktadır. Ayrıca 16. maddede bir devletin uluslararası haksız fiilin koşullarını bilerek yardım etmesi aranırken, 41. maddede böyle bir koşula gerek duyulmamıştır çünkü zaten bir devletin başka bir devlet tarafından işlenen ağır ihlali bilmediğini tahayyül etmek güçtür.⁹⁸⁶

Bir devlet ağır ihlali gerçekleştirdikten sonra bununla ortaya çıkan durumu korumak isteyebilir. Örneğin kuvvet kullanma yasağı ihlal edilerek gerçekleştirilen bir ağır ihlal sonucunda bölgenin hukuki statüsüne ilişkin iddialar gündeme gelebilir.⁹⁸⁷ İşte böyle durumlarda ihlali gerçekleştiren devletin iddiasını destekleyen eylemler de yardım etme yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir. Yardım etmeme yükümlülüğü, bu anlamda, ağır ihlali gerçekleştiren devletin hukuka aykırı durumu muhafaza etmede dışarıdan herhangi bir şekilde yardım almasının önüne geçmeyi hedefler.⁹⁸⁸

Yardım etmeme yükümlülüğü kapsamında hangi eylemlerin yardım addedileceği değişkenlik gösterebilmektedir. Söz konusu yardım genellikle, askeri

⁹⁸² 2001 metninin 16. maddesine göre “*bir uluslararası haksız fiilin başka bir devlet tarafından işlenmesinde o devlete yardım eden veya onu destekleyen bir devletin eğer (a) bunu uluslararası haksız fiilin koşullarını bilerek yaparsa ve (b) fiil o devlet tarafından işlenseydi uluslararası haksız fiil olacak idiyse bundan uluslararası sorumluluğu doğar.*” **Ibid.**, s. 65.

⁹⁸³ **Ibid.**, s. 115.

⁹⁸⁴ Costelloe, **op. cit.**, s. 207.

⁹⁸⁵ **Ibid.**

⁹⁸⁶ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 115.

⁹⁸⁷ Costelloe, **op. cit.**, s. 207.

⁹⁸⁸ **Ibid.**

teçhizat sağlama, lojistik destek sağlama ve ihlali gerçekleştiren devlete finansal destek sağlama şeklinde olmaktadır.⁹⁸⁹ Tüm devletler bu anlamda söz konusu olabilecek her türlü destek ve takviyeden yardım etmeme yükümlülüğü kapsamında kaçınılmalıdır.

Yardım etmeme yükümlülüğünü içeren belirgin bir örnek 713 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararıdır.⁹⁹⁰ Bu kararla genel bir silah ambargosu tesis edilerek tüm devletlerin Yugoslavya'ya yapılan silah ve askeri teçhizat dağıtımına ambargo uygulamasına BM Şartı 7. bölümü altında karar verilmiştir.⁹⁹¹ Yardım etmeme yükümlülüğünün uygulanması Güney Afrika'nın apartheid rejimi konusunda da gündeme gelmiştir.⁹⁹² BM Güvenlik Konseyi'nin 418 (1977) ve 569 (1985) sayılı kararları⁹⁹³ ile Güney Afrika'daki hukuka aykırı apartheid rejiminin muhafaza edilmesi için herhangi bir yardım veya destek sağlanması yasaklanmıştır.⁹⁹⁴ Bu örneklerde yardım etmeme yükümlülüğünün kaynağı bir Güvenlik Konseyi kararı olsa da⁹⁹⁵ söz konusu kararların içerdiği yaptırımlar 2001 metninin 41. maddesindeki yardım etmeme yükümlülüğünün kapsamı ile örtüşmektedir.⁹⁹⁶

41. maddedeki diğer yükümlülükler gibi yardım etmeme yükümlülüğü de bir uluslararası kurum vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği gibi herhangi bir uluslararası kurumun hukuki araçları dahil edilmeksizin devletlerin kendi inisiyatifleriyle de gerçekleştirilebilir.⁹⁹⁷ Ne var ki yardım etmeme yükümlülüğünün bir uluslararası kurum vasıtasıyla gerçekleştirilmesi daha yaygın ve etkili bir yöntemdir. Yine de söz

⁹⁸⁹ **Ibid.**

⁹⁹⁰ UN Security Council, Resolution 713 (1991), S/RES/713(1991), 25 Eylül 1991, (<https://digitallibrary.un.org/record/126827?ln=en>), Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

⁹⁹¹ Costelloe, **op. cit.**, s. 207.

⁹⁹² **Ibid.**

⁹⁹³ UN Security Council, Resolution 418 (1977), S/RES/418(1977), 4 Kasım 1977, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/297/01/PDF/NR029701.pdf?OpenElement>), Son Erişim Tarihi: 14.05.2022); UN Security Council, Resolution 569 (1985), S/RES/569(1985), 26 Temmuz 1985, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/489/06/PDF/NR048906.pdf?OpenElement>), Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

⁹⁹⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143, s. 115.

⁹⁹⁵ Costelloe, **op. cit.**, s. 208.

⁹⁹⁶ **Ibid.**

⁹⁹⁷ **Ibid.**

konusu yükümlülük devletler için böyle bir ihtimalin varlığından bağımsız olarak her halükârda doğmaktadır.⁹⁹⁸

41. maddenin son fıkrasında ise söz konusu yükümlülüklerden oluşan özel sonuçların 2001 metninin ikinci kısmında bahsi geçen diğer sonuçlara ve ikinci kısımdaki üçüncü bölümün uygulandığı bir ihlalin uluslararası hukukta sebebiyet vereceği başka sonuçlara halel getirmeyeceği bildirilmektedir. Bu düzenlemenin iki anlamı vardır.⁹⁹⁹

İlk olarak, emredici normların ağır ihlali halinde bazı özel sonuçların ortaya çıkması, emredici olmayan bir norm ihlal edildiğinde ortaya çıkan klasik sorumluluğu ortadan kaldırmamakta aksine buna ilave olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁰⁰ Emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali gerçekleştiren bir devlet, her şeyden önce, uluslararası hukukta herhangi bir yükümlülük ihlal edildiğinde ortaya çıkan sorumluluğuna sahip olacaktır.¹⁰⁰¹

Söz konusu sorumluluğun içeriği, 2001 metninin ikinci kısmında düzenlenmektedir. 29. maddeye göre sorumlu devletin ihlal ettiği yükümlülüğü yerine getirme borcu devam eder; sorumlu devlet 30. maddeye göre, ihlal teşkil eden eylem devam ediyorsa buna son verme, koşullar gerektiriyorsa ihlalin tekrar edilmeyeceğine dair güvence verme ve 31. maddeye göre ihlalin sebep olduğu zararı onarma yükümlülüğü altında olur.¹⁰⁰² Tüm bunlar, uluslararası hukukta alelade bir norm ihlal edildiğinde ihlali gerçekleştiren devletin karşılaştığı klasik sorumluluğun sonuçlarından farklı değildir. Buna karşılık emredici bir normu ihlal eden devlet için klasik sorumluluk rejiminden farklı olan önemli bir hususun altını çizmek gerekir: Sorumlu devletin uluslararası haksız fiili bir emredici normdan doğan yükümlülüğün

⁹⁹⁸ **Ibid.**

⁹⁹⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 115.

¹⁰⁰⁰ **Ibid.**

¹⁰⁰¹ Başkaracaoğlu, **op. cit.**, s. 162.

¹⁰⁰² Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, ss. 88, 91.

ağır ihlali olduğu için devletin bu uluslararası haksız fiilinin hukuka aykırılığının ortadan kalkması hiçbir şekilde mümkün değildir. Zira 2001 metninin 26. maddesine göre hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden hiçbiri “*bir devletin genel uluslararası hukukun emredici bir normundan doğan bir yükümlülükle uyumlu olmayan herhangi bir eyleminin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.*”¹⁰⁰³

İkinci olarak, emredici normların ağır ihlali halinde ortaya çıkan özel sonuçlar uluslararası hukukta başka sonuçların ortaya çıkmasına engel değildir.¹⁰⁰⁴ Emredici normdan türeyen başka yükümlülükler söz konusu olduğunda bunların varlığı özel sonuçlardan etkilenmemektedir.¹⁰⁰⁵ Böyle yükümlülükler uluslararası hukukta çok taraflı bir andlaşma ile öngörülmüş olabileceği gibi bir teamül kuralı olarak da bulunabilir. Örneğin İşkence Sözleşmesi’nin 5. maddesi devletlere faillerin yargılanması veya iade edilmesi yükümlülüğü getirmektedir.¹⁰⁰⁶ *Aut dedere aut judicare* ilkesi olarak bilinen bu yükümlülük bahsi geçen başka sonuçlara örnek olabilir.¹⁰⁰⁷ Emredici bir norm olan işkence yasağının ihlali söz konusu olduğunda, İşkence Sözleşmesi’ne taraf bir devletin 2001 metninin 41. maddesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmiş olması, işkence yapan faili yargılama veya iade etme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır.

Yukarıda ifade edilenlerden de anlaşıldığı üzere bir devletin bir emredici normu ağır ihlaliyle ortaya çıkan sorumluluğunun ve emredici olmayan bir normu ihlaliyle ortaya çıkan sorumluluğunun içeriği arasında herhangi bir fark olmamasına rağmen, emredici normun ağır ihlaliyle ortaya çıkan ağırlaştırılmış sorumluluk kapsamında tüm devletlere bazı pozitif ve negatif yükümlülükler getirilmektedir. Başka bir ifadeyle, emredici normların ağır ihlali halinde sorumluluğun içeriği bakımından ortaya çıkan tek fark yukarıda açıklanan özel sonuçlardır. Bu noktada neden ihlali gerçekleştiren sorumlu devletin daha ağır içeriğe sahip bir sorumluluğa tabi tutulmadığı sorusu akla gelebilir. Oysaki ihlali gerçekleştiren devletin sorumluluğunun içeriğinin aynı olması sürpriz değildir; zira uluslararası hukukun

¹⁰⁰³ *Ibid.*, s. 84.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, s. 116.

¹⁰⁰⁵ Costelloe, *op. cit.*, s. 192.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

merkeziyetçi olmayan yapısı¹⁰⁰⁸ zaten sorumlu devlete klasik sorumluluğun kapsamına ek olarak daha başka yükümlülükler getirmeye elverişli değildir.

Uluslararası hukukun üstün bir otoriteden yoksun mevcut yapısı egemen bir devlete bir uluslararası haksız fiili sebebiyle en fazla cezai nitelikte olmayan bir onarım yükümlülüğü getirebilir; uluslararası haksız fiil teşkil eden olgu bir emredici normun ağır ihlali olsa dahi bu devletin onarım yükümlülüğünün kapsamını değiştirmeyecektir.¹⁰⁰⁹ İşte bu nedenle, emredici normların ihlali söz konusu olduğunda, 2001 metninin 41. maddesine göre ortaya çıkan özel sonuçlar olan ve tüm devletlere yüklenen işbirliği, tanımama ve yardım etmeme yükümlülükleri sayesinde sorumluluk mekanizmasının etkililiğinin artırılması yoluna gidilmektedir.

2. Ağırlandırılmış Sorumluluğun İleri Sürülmesi

Ağırlandırılmış sorumluluğun ileri sürülmesi meselesi 2001 metninde “*mağdur devlet dışında bir devlet tarafından sorumluluğun ileri sürülmesi*” başlıklı 48. maddesinde şöyle düzenlenmektedir:

1. *Mağdur bir devlet dışında herhangi bir devlet, başka bir devletin sorumluluğunu 2. paragrafa uygun olarak ileri sürmeye eğer*
 - (a) *ihlal edilen yükümlülük o devleti de içeren bir grup devlete karşıysa ve grubun kolektif bir menfaatinin korunması için tesis edilmişse; veya*
 - (b) *ihlal edilen yükümlülük bir bütün olarak uluslararası topluma karşıysa yetkilidir.*
2. *1. paragrafa göre sorumluluk ileri sürmeye yetkili olan her devlet sorumlu devletten*
 - (a) *uluslararası haksız fiile son verilmesini ve 30. maddeye uygun olarak tekrar edilmemesinin teminini ve güvencesini; ve*

¹⁰⁰⁸ **Ibid.**, s. 190.

¹⁰⁰⁹ **Ibid.**, s. 191.

(b) mağdur devlet veya ihlal edilen yükümlülükten yararlananlar lehine önceki maddelere uygun olarak onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini talep edebilir.

3. 1. Paragrafa göre sorumluluğun ileri sürülmesine yetkili olan bir devlet tarafından bunun yapılmasına 43., 44. ve 45. maddelerdeki bir mağdur devlet tarafından sorumluluğun ileri sürülmesi koşulları uygulanır.¹⁰¹⁰

48. maddenin ilk fıkrası, mağdur devlet dışında herhangi bir devletin bir uluslararası yükümlülüğü ihlal eden devletin sorumluluğunu ileri sürebilmesini düzenlerken ihlal edilen yükümlülüğün niteliğine göre bir ayrıma gitmektedir. (a) bendinde bir grup devlete karşı o grubun menfaatini koruyan bir yükümlülükten bahsedilirken (b) bendinde bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olan bir yükümlülükten bahsedilmektedir. Yükümlülüklerin niteliğine ilişkin bu ayrımda, ilki *erga omnes partes*; ikincisi *erga omnes* yükümlülükleri ifade etmektedir.¹⁰¹¹

Bunlardan çalışmanın bu başlığını ilgilendiren asıl mesele (b) bendinde ifade edilen *erga omnes* yükümlülüklerin ihlalidir.¹⁰¹² Bu düzenlemeye göre bir uluslararası yükümlülük eğer bir bütün olarak uluslararası topluma karşı ise mağdur devlet dışında başka herhangi bir devlet de yükümlülüğü ihlal eden devletin sorumluluğuna gidebilecektir. Emredici normlardan doğan yükümlülükler, yukarıda da belirtildiği gibi, bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülüklerdir. Bu nedenle, bir devlet tarafından emredici normlardan doğan yükümlülükler ihlal edildiğinde mağdur

¹⁰¹⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 126.

¹⁰¹¹ **Ibid.**; Iain Scobbie, "The Invocation of Responsibility for the Breach of Obligations under Peremptory Norms of General International Law", **EJIL**, Cilt: 13, Sayı: 5, 2002, ss. 1201-1220, s. 1208, Aktaran Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 167.

¹⁰¹² Ne var ki 2001 metninde *erga omnes* yükümlülük kavramı yerine bir bütün olarak uluslararası toplama karşı yükümlülük ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir çünkü hem bu ifade daha anlaşılırdır hem de *erga omnes* kavramı zaman zaman çok taraflı bir andlaşmanın tüm taraflarına karşı borçlanılmış yükümlülüklerle (*erga omnes partes* yükümlülükler) karıştırılmaktadır. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 127.

devlet dışında üçüncü devletler, yani tüm devletler, ihlali gerçekleştiren devletin sorumluluğunu ileri sürmeye yetkilidir.¹⁰¹³

Emredici bir normdan doğan yükümlülüğün ihlali halinde 48. maddeye göre sorumluluk ileri süren bir devlet, ihlalden zarar görmüş olması nedeniyle bireysel olarak değil uluslararası toplumun bir üyesi olarak hareket etmektedir.¹⁰¹⁴ Nitekim ağırlaştırılmış sorumluluğu özel kılan hususlardan biri de emredici normlardan doğan yükümlülükleri ihlal eden devletin sorumluluğuna yalnızca ihlale maruz kalıp doğrudan zarar gören devletin değil tüm devletlerin gidebilmesidir.¹⁰¹⁵

Ancak belirtmek gerekir ki 48. maddede geçen “*mağdur devlet dışında bir devlet*” ifadesinden bir bütün olarak uluslararası topluma karşı borç oluşturan bir yükümlülüğü ihlal eden devletin sorumluluğunu uluslararası toplumun bir üyesi olarak ileri süren bir devletin mağdur devlet kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Oysaki, genel olarak sorumluluğun ileri sürülmesini düzenleyen 42. maddeye göre ihlal edilen yükümlülük bir bütün olarak uluslararası topluma karşı borç oluşturunca belli koşullar sağlandığı takdirde¹⁰¹⁶ tüm devletler mağdur devlet sıfatıyla ihlali gerçekleştiren devletin sorumluluğuna gidebilecektir.¹⁰¹⁷

Birbiriyle belli ölçüde çeliştiği görülen bu iki hüküm birlikte okunmalıdır.¹⁰¹⁸ Zira iki hüküm ayrı ayrı ele alındığında 42. maddeye göre mağdur devlet sıfatıyla sorumluluk ileri sürebilecek devletlerin, 48. maddeye göre “*mağdur devlet dışında bir devlet*” addedildiğinin düşünülmesi kuvvetle muhtemeldir.¹⁰¹⁹ Bununla birlikte, iki

¹⁰¹³ **Ibid.**

¹⁰¹⁴ **Ibid.**, s. 126.

¹⁰¹⁵ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 170.

¹⁰¹⁶ 2001 metninin 42. maddesine göre “*bir devlet mağdur devlet olarak başka bir devletin sorumluluğuna gitmeye eğer yükümlülük (a) o devlete karşı bireysel olarak; veya (b) o devleti de içeren bir grup devlete karşı veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı borçlanılmışsa ve yükümlülüğün ihlali (i) o devleti özellikle etkiliyorsa; veya (ii) yükümlülüğün borçlanıldığı diğer tüm devletlerin konumlarını, yükümlülüğün sonraki ifaları bakımından, esaslı şekilde değiştirebilecek bir nitelikteyse yetkilidir.*” Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 117.

¹⁰¹⁷ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 167.

¹⁰¹⁸ **Ibid.**

¹⁰¹⁹ Nitekim 2001 metninin 42. madde yorumunda da şu ifadeler yer verilmiştir: “*Bir mağdur devletin durumu, örneğin bazı müşterek genel menfaatler için sorumluluğun ileri sürülmesiyle ilgili olan 48.*

hüküm birlikte okunursa, 48. maddede “*mağdur devlet*” ifadesiyle ihlalden doğrudan zarar gören devletin kastedildiği sonucuna varılabilir. Böyle bakıldığında ihlalden doğrudan zarar görmeyip uluslararası toplumun üyesi olarak dolaylı yoldan zarar gören devletlerin de menfaatlerinin zedelendiği anlayışı muhafaza edilebilir. Nitekim 48. Maddenin yorumunda da belirtildiği üzere, tüm devletler uluslararası toplumun üyesidir ve uluslararası topluma karşı olan yükümlülükler uluslararası toplumun menfaatlerini koruyan kolektif yükümlülüklerdir.¹⁰²⁰ Yani bir emredici normdan doğan yükümlülük ihlal edildiğinde tüm uluslararası toplumun menfaatleri zarar görmektedir.

Ağırlaştırılmış sorumluluğun temelinde yatan mantık, bir emredici norm ihlal edildiğinde bundan yalnızca haksız fiile maruz kalan devletin değil tüm uluslararası toplumun zarar görmesidir.¹⁰²¹ Bir emredici norm ihlal edildiğinde uluslararası toplumun en azından manevi zarar gördüğünü kabul etmek, ağırlaştırılmış sorumluluk mekanizmasının işlevselliği bakımından zaruri görünmektedir.¹⁰²² Aksinin kabulü, bu özel sorumluluk rejiminin varlığını anlamsız kılacaktır.

48. maddenin 2. fıkrasında ise, mağdur devlet dışında sorumluluk ileri sürmeye yetkili olan devletlerin, ihlali gerçekleştiren devletten neler talep edebileceği düzenlenmektedir. Buna göre emredici bir normdan doğan yükümlülüğü ihlal eden devletten tüm devletler uluslararası haksız fiile son verilmesini, söz konusu haksız fiilin tekrar edilmeyeceğine ilişkin güvence verilmesini ve onarım yükümlülüğünün mağdur devlet lehine yerine getirilmesini talep edebileceklerdir.¹⁰²³ Talep edilebilecek bu hususlar tüketici bir liste halinde sunulmaktadır.¹⁰²⁴

maddeye göre sorumluluk ileri sürmeye yetkili olan başka bir devletinkinden ayırt edilmelidir.” Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 117.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, s. 127.

¹⁰²¹ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., *op. cit.*, s. 173.

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ *Ibid.*, s. 170.

¹⁰²⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 127.

2001 metnine göre sorumlu devletten mağdur devletin talep edebilecekleri ile üçüncü devletlerin talep edebilecekleri büyük ölçüde örtüşse de bunlar bir noktada farklılaşmaktadır.¹⁰²⁵ Bir mağdur devlet 30. ve 31. maddelere göre sorumlu devletten yine uluslararası haksız fiile son verilmesini, bunun tekrarlanmayacağına ilişkin güvence verilmesini ve onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini talep edebilir.¹⁰²⁶ Ancak bu ihtimalde onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini talep eden mağdur devlet bunu kendi için yapmaktadır. Oysa bir emredici normdan doğan ve tüm uluslararası topluma karşı olan yükümlülük ihlal edildiğinde, 48. madde uyarınca mağdur devlet dışında onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini talep edecek bir üçüncü devlet, bunu ancak mağdur devlet lehine yapabilmektedir.

Üçüncü devletlerin mağdur devlet lehine böyle bir talepte bulunabilmesi önemli olduğu kadar uluslararası hukuk mantığı açısından bazı sıkıntıları da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, uluslararası topluma karşı olan bir yükümlülük ihlal edildiğinde ihlale maruz kalan mağdur devletin ihlali gerçekleştiren devletin sorumluluğunu ileri sürmesi halinde, bir üçüncü devletin 48. maddeye göre ihlali gerçekleştiren devletten onarım yükümlülüğünün mağdur devlet lehine yerine getirilmesini istemesi herhangi bir sıkıntı yaratmamaktadır.¹⁰²⁷ Buna karşılık, ihlale maruz kalan devletin sorumluluk ileri sürmediği bir ihtimalde dahi 48. maddenin üçüncü devlete böyle bir talep hakkı tanımamasının uluslararası hukukta devletlerin egemenliği ilkesiyle bağdaşmayacağı ifade edilmektedir.¹⁰²⁸

Her ne kadar 48. maddede üçüncü devletler için böyle bir imkân mevcut olsa da UHK özel raportörü James Crawford üçüncü devletlerin mağdur devlet lehine onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesi talebinde bulunabilmesinin gerekliliği konusunda bazı şüphelerini dile getirmiştir. Zira eğer böyle bir talep mevcutsa bunu ileri sürenin mağdur devletin bizzat kendisinin olması gerektiği görüşündedir.¹⁰²⁹ Ayrıca 2001 metninin yorumunda da “48. madde uyarınca sorumluluk ileri süren ve

¹⁰²⁵ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 170.

¹⁰²⁶ **Ibid.**

¹⁰²⁷ **Ibid.**

¹⁰²⁸ **Ibid.**, ss. 171,172.

¹⁰²⁹ ILC, Fourth Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/517 and Add. 1, 2001, s. 11, para. 41.

...ihlale son verilmesinden daha fazla bir şey talep eden bir devletin mağdur devletin menfaatleri lehine hareket ettiği kabul edilmelidir. Mağdur taraf bir devlet olduğunda, hükümeti bu menfaati...koruyabilecektir. Diğer hallerde ise bu maddeler metninin çözemeyeceği zorluklar söz konusu olabilecektir.” ifadeleriyle zımni bir şekilde onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesi talebinin mağdur devlet tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰³⁰

48. maddenin son fıkrasında ise bu maddeye göre sorumluluk ileri sürecek mağdur devlet dışındaki bir devletin de mağdur bir devletin sorumluluk ileri sürmesini düzenleyen koşullara tabi olacağı bildirilmiştir.¹⁰³¹ Bu koşullar talep bildirimi, talebin kabul edilebilirliği ve sorumluluğun ileri sürülmesi hakkının kaybı hususlarını düzenleyen 43., 44. ve 45. maddelerde bulunmaktadır ve mağdur devlet dışında sorumluluk ileri süren bir devlete de *mutatis mutandis* uygulanacaktır.¹⁰³²

Ağırlaştırılmış sorumluluğun ileri sürülmesi bakımından önem arz eden başka bir mesele ise sorumlu devlete karşı alınabilecek karşı önlemlerdir.¹⁰³³ Mağdur devletin sorumlu devlete karşı, onu yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamak için, karşı önlem alabileceği 49. maddede düzenlenmiştir.¹⁰³⁴ Bununla birlikte, uluslararası topluma karşı bir yükümlülüğü ihlal eden bir devlete karşı, mağdur devlet dışında bir devletin karşı önlem alabilmesine ilişkin bir düzenleme 2001 metninin nihai halinde mevcut değildir.¹⁰³⁵

Halbuki özel raportör James Crawford 2000 yılında sunmuş olduğu üçüncü raporunda “*bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülüklerin ağır ihlali*

¹⁰³⁰ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 172.

¹⁰³¹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 128.

¹⁰³² **Ibid.**

¹⁰³³ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 173.

¹⁰³⁴ 2001 metninin 49. maddesinin ilk fıkrasına göre “*bir mağdur devlet yalnızca bir uluslararası haksız fiilden sorumlu olan bir devlete karşı, o devleti İkinci Kısım altındaki yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlamak için karşı önlemler alabilir.*” Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 129.

¹⁰³⁵ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 174.

halinde...her devletin... ihlale son verilmesini ve mağdur lehine onarımı temin etmek amacıyla karşı önlemler alabilmesi” önerisinde bulunmuştur.¹⁰³⁶ Ancak bu öneri devletler tarafından kabul görmemiştir.¹⁰³⁷ En nihayetinde bir orta yol bulunmuş ve 2001 metninde sorumlu devlet aleyhine karşı önlem alabilme imkanı yalnızca mağdur devlete tanınmış; 48. maddeye göre mağdur devlet dışında sorumluluk ileri sürecek devletlere de sorumlu devlet aleyhine hukuka uygun önlemler alma yetkisi verilmiştir.

2001 metninin “*bir mağdur devletten başka devletler tarafından alınan önlemler*” başlıklı 54. maddesinde, mağdur devlet dışındaki devletlerin sorumlu devlete karşı hukuka uygun önlem alabileceği dolaylı bir yoldan şöyle ifade edilmiştir:

Bu bölüm, hiçbir devletin 48. maddenin 1. paragrafına göre sahip olduğu ihlalin durdurulmasını ve mağdur devlet veya ihlal edilen yükümlülükten yararlananlar lehine onarımını temin etmek için başka bir devlete karşı hukuka uygun önlemler alma ve o devletin sorumluluğunu ileri sürme hakkına hakele getirmez.¹⁰³⁸

Bu düzenlemede uluslararası topluma karşı yükümlülükleri ihlal eden bir devlete karşı yalnızca mağdur devletin değil tüm devletlerin önlem alabileceği kabul edilmiş olsa da “*karşı önlem*” kavramı yerine “*hukuka uygun önlem*” kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Maddenin yorumunda bunun sebebinin, uluslararası hukukta mevcut durumda uluslararası toplumun genel menfaatleri lehine alınabilecek karşı önlemlerin varlığı tartışmalı olsa da¹⁰³⁹ “*bir kolektif menfaati koruyan veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı borçlanılan yükümlülüklerin ihlallerine karşılık mağdur devletten başka devletler tarafından alınan önlemleri ilgilendiren*

¹⁰³⁶ ILC, Third Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/507 and Add. 1-4, 2000, ss. 108-109, madde 50B. Aktaran Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 174.

¹⁰³⁷ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 174..

¹⁰³⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 137.

¹⁰³⁹ **Ibid.**, s. 139; Costelloe, **op. cit.**, s. 217.

herhangi bir konuma hâlel getirmemek” olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁴⁰ Yine de bu ifade şeklinin haliyle çok cesur olmadığı düşünülmektedir.¹⁰⁴¹ Zira, üçüncü devletler tarafından alınan karşı önlemler konusunda devlet uygulaması sınırlı olması¹⁰⁴² uluslararası toplumun menfaatlerini korumak için üçüncü devletlerin harekete geçmesine engel görünmemektedir.¹⁰⁴³

Bazı örneklerde devletler bireysel olarak zarar gördükleri iddiasında bulunmadan uluslararası topluma karşı olan yükümlülükleri ihlal eden devlete karşı bazı önlemler almıştır.¹⁰⁴⁴ Bu önlemler ekonomik yaptırımlar ya da hava ulaşımının veya diğer temasların kesilmesi gibi başka yaptırımlardan oluşmaktadır.¹⁰⁴⁵

2001 metninin uluslararası topluma karşı olan bir yükümlülüğün ihlali halinde üçüncü devletlerin karşı önlem alma hakkını düzenlemek yerine dolaylı bir şekilde böyle bir durumda aslında üçüncü devletlerin de bazı “*hukuka uygun*” önlemler alabileceğini belirtmiş olması malumu usturuplu bir biçimde ilam etmekten başka bir şey değildir. Uluslararası hukukta üçüncü devletlerin karşı önlemleri tartışmalı bir konu olmakla birlikte, uluslararası topluma karşı olan yükümlülüklerin varlığını kabul etmenin olağan bir sonucudur. Uluslararası toplumun üyesi olan devletler, elbette uluslararası toplumun menfaatlerini muhafaza etmeyi arzu edeceklerdir. Söz konusu menfaatler zarar gördüğünde, bir devletin bireysel menfaatinin zarar görmüş olup olmamasından bağımsız olarak hareket etmesi muhtemeldir. 2001 metninin 54. maddesi bunun yalnızca “*hukuka uygun*” olarak gerçekleştirilmesini salık vermektedir.

¹⁰⁴⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 139.

¹⁰⁴¹ Pirim, Uluslararası Sorumluluk..., **op. cit.**, s. 174.

¹⁰⁴² Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, s. 139.

¹⁰⁴³ Costelloe, **op. cit.**, s. 216.

¹⁰⁴⁴ ABD’nin Uganda’ya karşı bir uluslararası suç olan soykırım suçunun işlenmesi sebebiyle 1978’de aldığı ambargo önlemi, bazı batılı devletlerin Polonya ve Sovyetler Birliği’ne karşı bazı insan hakları ihlalleri sebebiyle 1981’de aldığı hava taşıtlarının bu devletlere iniş hakkını tesis eden andlaşmanın askıya alınması gibi önlemler, Irak’ın Kuveyt’i 1990’da işgali üzerine birçok devletin uyguladığı ambargo ve Iraklı malvarlığının dondurulması gibi önlemler, 2001 metninin yorumunda sayılan örneklerden bazılarıdır. Bkz. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), YbILC, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-14, ss. 138, 139.

¹⁰⁴⁵ **Ibid.**, s. 137.

SONUÇ

Uluslararası hukukun emredici normlarının gelişimi, içeriği, doğası, kapsamı ve bu normlar ihlal edildiğinde ortaya çıkan uluslararası sorumluluk bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Konu tarihsel ve teorik yöntemlerle ele alınmış, bu yaklaşım zaman zaman devlet uygulamaları ve uluslararası yargı kararları ile desteklenmiştir. Zira uluslararası hukukun emredici normları konusunda öğretinin sunduğu materyaller çok geniş bir yelpazeye yayılmış olsa da devlet uygulamaları ve uluslararası yargı kararları daha sınırlı bir materyal sunmaktadır. Bunun sebebinin, uluslararası hukukta emredici normlar teorisinin kabulünün klasik uluslararası hukuk yapısını belli ölçüde değiştirecek nitelikte olması nedeniyle, yenilikçi ve çığır açan bir gelişme olarak algılanması olduğu düşünülmektedir. Başka bir ifadeyle, devletlerin egemenliğinin esas olduğu klasik uluslararası hukuk, devletlerin egemenliğini belli alanlarda sınırlama kabiliyetine sahip bu normların varlığına tedirginlikle yaklaşmaktadır.

İlk bölümde uluslararası hukukun emredici normlarının düşünsel temelleri tarihsel bir yöntem benimsenerek bir zaman şeridi doğrultusunda aktarılmıştır. Emredici norm teorisinin Roma hukukundan beri var olduğu, uluslararası hukukta erken dönem yazarlar tarafından aktarıldığı, 20. yüzyıla gelindiğinde ise uluslararası hukuk literatüründe somut bir emredici norm teorisinin oluştuğu gözlemlenmiştir. Bu sayede UHK'nin andlaşmalar hukuku çalışmaları kapsamında emredici normların sözleşme yapma serbestisinin sınırı olarak tartışıldığı, Viyana Konferansı kapsamında devletlerin olumlu ve olumsuz çeşitli görüşlere sahip olduğu ve en nihayetinde VAHS kapsamında emredici normların bir pozitif uluslararası hukuk düzenlemesi haline geldiği görülmüştür.

Yukarıda kısaca değinilen veriler ışığında, birinci bölümde, emredici normlar teorisinin pozitif uluslararası hukukun bir parçası olmasında tüm bu tarihsel süreçte ortaya konan düşünsel ürünlerin yanı sıra başka bir hususun da payı olabileceği anlaşılmıştır. Bu husus, uluslararası hukukun iki dünya savaşının ardından yaşanan hezimetin de etkisiyle insan haklarına verilen önemin artmasına kayıtsız kalamamasıdır. Uluslararası hukuk evrensel ve vazgeçilemez değerler üzerine kurulu uluslararası toplum anlayışına eğilim göstererek belli ölçüde bir değişime uğramıştır.

Uluslararası hukukta evrensellik anlayışı giderek artan bir şekilde etkisini göstermektedir. Özellikle iki dünya savaşının ardından örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kabul edilmesi tesadüf değildir. Tüm devletlerin bireysel menfaatlerinden ayrı, üstün menfaatler oluşturulmuştur. Bu menfaatler devletlerden daha kapsayıcı bir kurgu olan uluslararası topluma özgülenmiştir. Böylece devletlerin bir arada uluslararası güvenlik ve barışın olduğu bir ortamda varlığını sürdürmesi hedeflenmiştir. Uluslararası toplum kurgusu, devletlerin belli alanlarda evrensel değerlerin korunmasına öncelik vermesini sağlamaktadır. Zira devletler bunlara öncelik vermezse kendilerinin de üyesi olduğu bu uluslararası toplumun huzuru kaçacaktır. Emredici normlar işte tam olarak burada devreye girmekte ve uluslararası toplumun huzurunun teminatı haline gelmektedir.

İkinci bölümde uluslararası hukukun emredici normlarının içeriği ve mahiyeti, VAHS 53. ve 64. maddeleri başlangıç noktası kabul edilerek incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle uluslararası hukukun emredici normlarını oluşturan unsurlar, ardından uluslararası hukukun emredici normlarının uluslararası hukuk kaynakları ve bazı hukuki işlemler ile ilişkisi tespit edilmeye çalışılmıştır. Unsurlar bahsinde 53. maddede ifade edilen özelliklerin emredici normların yalnızca normatif özelliklerini yansıttığı görülmüş ve emredici normların koruduğu hukuki değerlere ilişkin başka unsurlar da gerek öğreti gerek yargı kararları ışığında tespit edilmeye çalışılmıştır. Böylece uluslararası hukukun emredici normlarının hem şekli hem maddi unsurlardan oluştuğu anlaşılmıştır. Ardından yine tündengelim yöntemi benimsenerek VAHS'nin 53. ve 64. maddelerinde verilen iki özellik ışığında emredici normların uluslararası

hukuk kaynakları ve bazı hukuki işlemlerle ilişkisi tespit edilmiştir. Bu özellikler emredici normların genel uluslararası hukuk normu olması ve emredici normların kendisine aykırı andlaşmaları geçersiz kılmasıdır. Bunlardan ilki göz önünde bulundurulduğunda emredici normların en yaygın ve kabul gören kaynağının uluslararası teamül kuralları olduğu bunun yanı sıra genel çok taraflı uluslararası andlaşmaların da emredici normların kaynağı olabileceği, hukuk genel ilkelerinin emredici normların kaynağı olması yönünde ise bazı şüphelerin olduğu sonucuna varılmıştır. İkinci özellik göz önünde bulundurulduğunda ise emredici normların andlaşmalarla aynı normatif seviyedeki diğer uluslararası hukuk kaynaklarını da geçersiz kıldığı, genel norm olmayan hukuki işlemleri ise evleviyetle geçersiz kıldığı sonucuna varılmıştır.

Yukarıda ifade edilen hususlar göz önünde bulundurularak, ikinci bölümde, emredici normların içeriğinin bir yandan pozitif hukukla ortaya konmuş olduğu diğer yandan zaman zaman objektif olarak belirlenmesi güç hukuk ötesi kavramlarla da izah edildiği anlaşılmış; emredici normların mahiyetinin ise yalnızca genel uluslararası hukuk normu kabul edilen ve devletleri mutlak surette bağlamaya elverişli olan araçlarla oluşturulabilecek olması ve emredici normun kendisine aykırı olan tüm normları ve hukuki işlemleri geçersiz kılması olduğu sonucuna varılmıştır.

Uluslararası hukukun emredici normlarının normatif özellikleri önemli olduğu kadar bunların koruduğu hukuki değerlere ilişkin özellikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira diğer tüm uluslararası hukuk normlarından üstün normatif özelliklere sahip olan uluslararası hukukun emredici normlarının böyle olmasına sebebiyet veren olgunun korudukları hukuki menfaatlerin niteliği olduğu anlaşılmaktadır. Diğer tüm uluslararası hukuk normları ya devletlerin bireysel menfaatlerini ya da devletlerin ortak fakat belli durumlarda vazgeçilebilir olan menfaatlerini korurken, uluslararası hukukun emredici normları tüm devletlerin ortak ve hiçbir koşulda vazgeçilemez menfaatlerini korumaktadır. Aslında uluslararası hukukun emredici normlarının normatif üstünlüğü de onu tüm devletlerin bahsi geçen nitelikte menfaatlerinin korunmasında oldukça kullanışlı bir hale getirmektedir. Dolayısıyla emredici normların şekli ve maddi unsurları karşılıklı olarak birbirlerini desteklemektedir ve hepsi bir arada değerlendirilmelidir.

Tüm devletlerin ortak ve vazgeçilemez menfaatlerini koruyan normların kaynağı elbette devletlerin büyük bir çoğunluğunun iradesini yansıtan uluslararası hukuk kaynakları olmalıdır. Buna en elverişli olan uluslararası hukuk kaynağı uluslararası teamüldür. Zira genel uluslararası teamül kurallarının oluşumunda birçok devletin payı vardır. Genel uluslararası teamüller de bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından benimsenmektedir. Bununla birlikte, birçok devletin iradesini yansıtan tek uluslararası hukuk kaynağı bunlarla sınırlı değildir. Genel çok taraflı anlaşmalar yoluyla oluşturulan normlar da bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından benimsenmiş olabilir. Böylece bunların uluslararası hukukun emredici normlarının en muhtemel kaynaklarını oluşturduğu anlaşılmıştır. Ancak genel uluslararası hukuk normu olduğu konusunda şüphe bulunmayan hukuk genel ilkelerinin özüne ilişkin bazı tartışmalar nedeniyle uluslararası hukukun emredici normlarının kaynağı olabileceği sonucuna net bir şekilde ulaşılamamıştır.

Uluslararası hukukun emredici normları en başta yalnızca anlaşmalar hukuku kapsamında kabul görmüş olsa da zamanla uluslararası hukukun diğer alanlarında da etkilerini göstermiştir. Bunların kendilerine aykırı anlaşmaları geçersiz kılması pozitif bir uluslararası hukuk kuralıdır. Ancak anlaşmalarla aynı normatif seviyeyi paylaşan hatta norm bile kabul edilmeyen hukuki işlemlerin de emredici normların geçersizlik etkisine maruz kalabileceği görülmüştür. Bu kapsamda uluslararası hukukun emredici normlarının kendilerine aykırı anlaşmaların yanında teamül kurallarını, hukuk genel ilkelerini, tek taraflı işlemleri ve Güvenlik Konseyi kararlarını da teorik olarak geçersiz kılabilen anlaşılmıştır.

Üçüncü bölümde emredici normların kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak kapsamın kesin bir şekilde ortaya konması hiçbir zaman hedeflenmemiştir. Nitekim bunu UHK dahi uzunca bir süre yapmaktan kaçınmıştır. Nihayet özel raportör Dire Tladi önderliğinde hazırlanan taslak sonuçlara ek bir liste sunulmuş olsa da bu listenin sınırlı sayıda normları göstermediğinin, tüketici olmayan bir liste olduğunun önemle altı çizilmiştir. UHK tarafından oluşturulan bu listede bulunan emredici normlar sırasıyla incelenmiş, emredici olduğu kabul gören başka normların varlığı

araştırılmıştır. Ayrıca emredici norm olup olmadığı konusunda tartışmaların mevcut olduğu normlar da ele alınmıştır. Böylece, bu çalışmada emredici normların çeşitli örnekleri olarak kuvvet kullanma yasağı, soykırım yasağı, insanlığa karşı suçlar, insancıl hukukun temel kuralları, ırk ayrımcılığı ve apartheid yasağı, kölelik yasağı, işkence yasağı, halkların kendi kaderini tayin hakkı, deniz haydutluğu, çevrenin korunmasına ilişkin kurallar ve geri göndermeme ilkesi incelenmiştir. Bunlardan çevrenin korunmasına ilişkin kurallar ile geri göndermeme ilkesi haricinde hepsinin emredici norm olduğu, bu ikisinin ise emredici norm niteliğinin tartışmalı olduğu fakat ilerde emredici norm kabul edilebilecekleri sonucuna varılmıştır.

Tüm bu örnekler incelenirken emredici normun yalnızca şekli unsurlarının varlığı değil aynı zamanda maddi unsurlarının varlığı da araştırılmış ve uluslararası hukukun kabul gören emredici normlarının tüm bu unsurları bir arada barındırdığı anlaşılmıştır. Çevrenin korunmasına ilişkin kurallar ile geri göndermeme ilkesinin ise maddi unsurları barındırmasına rağmen devlet uygulamalarında henüz tam olarak aksi kararlaştırılamayan kurallar olarak görülmemeleri sebebiyle şekli unsurları sağlayamadığı anlaşılmıştır.

Uluslararası hukukun emredici normları konusunda kapsamın belirlenmesi hep hassas bir konu olmuştur. Zira en güçlü normları kimlerin nasıl belirleyeceği sorusu kimi endişelere sebep olmuştur. Aslında emredici normları uluslararası toplum belirleyecektir, ancak bir normu yaratan süje uluslararası toplum olduğunda devletlerin bireysel menfaatleri arka planda kalacaktır. Bunun yanı sıra, yalnızca bir grup devletin bu normların kapsamını belirleme tekeline sahip olması ihtimali de dile getirilmiştir. Tüm bu endişeler bir yana, emredici normların kapsamının kesin olarak belirlenmesi sosyal bir gerçeklik nedeniyle de mümkün görünmemektedir. Zira bu normları belirleyen uluslararası toplumun zaman içinde mevcut ihtiyaçları değişebilir, bu durum onu oluşturan temel değerleri de değiştirebilir. Dünya değiştikçe devletlerin bir arada olduğu uluslararası toplumun koruyacağı ortak ve üstün menfaatler de değişebilir. Kaldı ki pozitif uluslararası hukuk anlamında da yeni emredici normların oluşması ihtimali önünde bir engel yoktur. Bu nedenle uluslararası hukukun emredici normlarının kesin bir şekilde belirlenmesi beyhude bir çaba olmaktan öteye geçemeyecektir.

Gerek yukarıda ifade edilen endişeler gerek kapsamın genişlemesi ihtimali göz önünde bulundurulduğunda en başta UHK'nin kapsamın belirlenmesini devlet uygulamalarına ve yargı kararlarına bırakmış olması sürpriz değildir. Bu husus da göz önünde bulundurularak, emredici norm örnekleri incelenirken pozitif hukuk düzenlemeleri ve UHK çalışmalarının yanı sıra devlet uygulamaları ve yargı kararlarına da sık sık yer verilmiştir.

Son bölümde uluslararası hukukun emredici normlarının ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan uluslararası sorumluluk incelenmiştir. Ağırlaştırılmış sorumluluk adı verilen klasik sorumluluktan farklı bu sorumluluk rejimine neyin sebebiyet verdiği ve bunun neden ağırlaştırılmış telakki edildiği araştırılmıştır. Ağırlaştırılmış sorumluluğa sebebiyet veren iki önemli husus tespit edilmiştir. Bunlardan ilki ihlal edilen yükümlülüklerin niteliğinin *erga omnes* olması ikincisi ise bu yükümlülüklerin ihlal edilme şeklinin ağır ihlal olmasıdır. Söz konusu sorumluluğun ağırlaştırılmış telakki edilmesinin sebebi ise yine iki hususa dayanmaktadır. İlki ağırlaştırılmış sorumluluğun özel sonuçlarının tüm devletler için doğmasıdır. Diğerisi ise ağırlaştırılmış sorumluluğu yalnızca ihlalden doğrudan zarar gören devletin değil üçüncü devletlerin de ileri sürebilmesidir.

Bu tespitlerden hareketle ağırlaştırılmış sorumluluğun temel mantığının, emredici normlardan doğan yükümlülüklerin ağır ihlali halinde bundan tüm uluslararası toplumun zarar gördüğü yönündeki düşünce olduğu anlaşılmıştır. Ağırlaştırılmış sorumluluk üçüncü devletlere iş birliği, hukuka aykırı durumu tanımama, yardım etmeme yükümlülükleri yükleyerek uluslararası toplumun zarar gördüğü ve bununla tüm uluslararası toplumun mücadele etmesi gerektiği anlayışını vurgulamaktadır. Ayrıca yalnızca doğrudan zarar gören devletin değil tüm devletlerin ihlali gerçekleştiren devletin sorumluluğuna gidebilmesi, tüm uluslararası toplumun menfaatlerinin zedelenmiş olduğunu doğrulamaktadır.

Uluslararası hukukun emredici normları ihlal edildiğinde ortaya çıkan ağırlaştırılmış sorumluluğun uluslararası hukukta klasik sorumluluğu genişleten, tüm

devletleri etkileyen oldukça farklı bir sorumluluk rejimi olduğu sonucuna varılmıştır. Klasik anlamda ihlali gerçekleştiren devlet ile ihlalden zarar gören devlet arasında oluşan iki taraflı sorumluluk rejimine karşılık, emredici normların ihlali söz konusu olduğunda üçüncü devletlerin de bazı yükümlülükler altına girmesi ve ihlali gerçekleştiren devletin sorumluluğuna gidebilmesi çok taraflı bir sorumluluk rejimini yansıtmaktadır.

Genel bir sonuç olarak uluslararası hukukun emredici normlarının uluslararası hukukta bir kamu düzeni anlayışını oluşturduğu görülmüş; devletlerin eşit egemenliği ilkesi üzerine kurulu klasik uluslararası hukuk yapısını baştan aşağı bir güncellemeye tabi tuttuğu anlaşılmıştır. Bu nedenle uluslararası hukukun emredici normlarının sihirli olmasa da yenilikçi bir etkiyle uluslararası hukukun gelişimine katkı sağladığı sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

BODIN Jean, **Bodin on Sovereignty Six Books of the Commonwealth**, çev. M. J. Tooley, United States of America: Seven Treasures Publications, 2009.

BROWNLIE Ian, **Principles of Public International Law**, New York: Oxford University Press, 2002.

CASSESE Antonio, “Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematic Aspects”, Paola Gaeta, Salvatore Zappala (der.), **The Human Dimension of International Law**, New York: Oxford University Press, 2008, ss. 457-474.

CASSESE Antonio, **International Law**, 2. Basım, New York: Oxford University Press, 2005.

COSTELLOE Daniel, **Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

CRAWFORD James, **Creation of States in International Law**, Oxford University Press, 2006.

DINH Nguyen Quoc, DAILLIER Patrick, PELLET Alain, **Droit International Public**, 3. Basım, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

ERKİNER Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.

GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 12. Baskı, Bursa: Ekin, 2015.

GRANT John P., BARKER J. Craig, **Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law**, 3. Basım, New York: Oxford University Press, 2009.

GREENWOOD Christopher, “The Law of War (International Humanitarian Law)”, Malcolm D. Evans (der.), **International Law**, 2. Basım, New York: Oxford University Press, 2006, ss. 783-815.

GROTIUS Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis)**, çev. Seha L. Meray, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara: 1967.

HAGGENMACHER Peter, “Vitoria’dan Vattel’e Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Egemen Devlet”, çev. İdil Selçuk, düz. Çağla Tansuğ, Cemal Bali Akal (der.), **Devlet Kuramı**, 3. Basım, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2011, ss. 257-265.

HANNIKAINEN Lauri, **Peremptory Norms (jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status**, Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers’ Publishing Company, 1988.

KABAĞAÇ Sina, ALOVA Erdal, **Latince- Türkçe Sözlük**, İstanbul: Sosyal Yayınları, 1995.

KADELBACH Stefan, “*Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and Other Rules- The Identification of Fundamental Norms”, Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (der.), **The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes***, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ss. 21-40.

KINGSBURY Benedict, DONALDSON Meghan, “From Bilateralism to Publicness in International Law”, Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Andreas Paulus, Sabine von Schorlemer, Christoph Vedder (der.) **From Bilateralism to Community Interest- Essays in Honour of Judge Bruno Simma**, New York: Oxford University Press, 2011, ss. 79-89

KOLB Robert, **Peremptory International Law-*Jus Cogens*: A General Inventory**, Portland: Hart Publishing, 2015.

NIETO-NAVIA Rafael, “International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law”, Lal Chand Vohrah, Fausto Pocar, Yvonne Featherstone, Olivier Fourmy, Christine Graham, John Hocking, Nicholas Robson (der.), **Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese**, The Hague: Kluwer Law International, 2003, ss. 595-640.

NIPPOLD Otfried, “Introduction” çev. Francis J. Hemelt, Christian Wolff, ***Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractum***, çev. Joseph H. Drake, Cilt 2, Oxford: The Clarendon Press, 1934.

OĞUZMAN M. Kemal, BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 22. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.

OKOWA Phoebe, “Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility”, Malcolm D. Evans (der.), **International Law**, 5. Basım, New York: Oxford University Press, 2018, ss. 450-483.

ORAKHELASHVILI Alexander, **Peremptory Norms in International Law**, New York: Oxford University Press, 2006.

ÖKTEM Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, İstanbul: Beta, 2013.

ÖKTEM Emre, KURTDARCAN Bleda, **Deniz Haydutluğu ve Korsanlık: Tarihi ve Hukuki Boyutlarıyla**, İstanbul: Denizler Kitabevi, 2011.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.

PINGEL Isabelle, “L’immunité des Etats”, Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (der.) **The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes***, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ss. 239- 248.

REDGWELL Catherine, “International Environmental Law”, Malcolm D. Evans (der.), **International Law**, 5. Basım, New York: Oxford University Press, 2018, ss. 675-716.

ROBERTS Anthea, SIVAKUMARAN Sandesh, “The Theory and Reality of the Sources of International Law”, Malcolm D. Evans (der.), **International Law**, 5. Basım, New York: Oxford University Press, 2018, ss. 89-119.

ROZAKIS Christos L., **The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties**, Amsterdam, New York, Oxford: North Holland Publishing Company, 1976.

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

SHAW Malcolm N., **International Law**, 8. Basım, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Güncellenmiş 7. Baskı, İstanbul: Beta, 2013.

TOMUSCHAT Christian, “Reconceptualizing the Debate on *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*- Concluding Observations”, Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (der.), **The Fundamental Rules of the International Legal Order: *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes***, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, ss. 425-436.

UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, 5. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

VATTEL Emmerich De, **Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la Conduite & aux Affaires des Nations et des Souverains**, Cilt 1, Londra: 1758.

WEATHERALL Thomas, ***Jus Cogens: International Law and Social Contract***, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

WOLFF Christian, ***Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractum***, Çev. Joseph H. Drake, Cilt 2, The Clarendon Press, Oxford: 1934.

Makaleler

ABI-SAAB Georges, "The Concept of Jus Cogens in International Law", **Papers and Proceedings of the Conference on International Law**, Lagonissi (Greece), Cilt: 2, Geneva: Carnegie Endowment for International Peace, 1967.

AGO Roberto, "Droit des traités à la lumière de la convention de Vienne", **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Cilt: 134, Sayı: 3, 1971, ss. 297- 331.

ALEXIDZE Levan, Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 172, 1981, ss. 219-270.

ALLAIN Jean, "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", **International Journal of Refugee Law**, Cilt: 13, 2001, ss. 533-558.

ANLAR GÜNEŞ Şule, "Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve *Jus Cogens* Doktrini", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 59, Sayı: 4, ss. 123-150.

ARÉCHAGA Eduardo Jiménez de, "International Law in the Past Third of a Century", **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 159, 1978, ss. 1-343.

BIANCHI Andrea, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", **European Journal of International Law**, Cilt: 19, Sayı: 3, 2008, ss. 491-508.

COING Helmut, "German "Pandektistik" in Its Relationship to the Former "Ius Commune"", **The American Journal of Comparative Law**, Cilt: 37, 1989, ss. 9-15.

CONKLIN William E., "The Myth of Premordialism in Cicero's Theory of *Jus Gentium*", **Leiden Journal of International Law**, Cilt: 23, Sayı:3, 2010, ss. 479-506.

CONKLIN William E., "The Peremptory Norms of the International Community", **European Journal of International Law**, Cilt: 23, Sayı: 3, 2012, ss. 837-861.

CRAWFORD James, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", **The American Journal of International Law**, Cilt: 96, Sayı: 4, 2002, ss. 874-890.

DINSTEIN Yoram, The Interaction Between Customary International Law and Treaties, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 322, 2006, ss. 243-427.

DUPUY Pierre-Marie, "L'unité de l'ordre juridique international", **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Cilt: 297, 2002, ss. 282-283.

ECONOMIDES Constantin, “Le Projet Définitif de la Commission du Droit International sur la Responsabilité des Etats pour Fait Internationalement Illicites”, **Revue Hellenique de Droit International**, Cilt: 54, 2001.

FATOUROS A. A., “The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties by Christos L. Rozakis”, **The American Journal of International Law**, Cilt: 71, Sayı: 3, 1977, ss. 573-574.

GAJA Giorgio, “*Jus Cogens* Beyond the Vienna Convention”, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 172, 1981, ss. 271- 316.

GOMEZ ROBLEDÓ Antonio, “Le Ius Cogens International: Sa Genèse, Sa Nature, Ses Fonctions”, **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye**, Cilt: 172, 1981, ss. 9-218.

GREEN James A., “Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force”, **Michigan Journal of International Law**, Cilt: 32, Sayı: 2, 2011, ss. 215-258.

KADELBACH Stefan, KLEINLEIN Thomas, “International Law- a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles”, **German Yearbook of International Law**, Cilt: 50, 2007, s. 11.

KARAKOÇ İrem, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 87-122.

KARSKA Elzbieta, “Piracy and International Criminal Law”, **Polish Review of International and European Law**, Cilt: 2, Sayı: 1, 2013, ss. 41- 68.

KOLB Robert, “The Formal Source of *Jus Cogens* in Public International Law” **Zeitschrift für öffentliches Recht** Cilt: 53, 1998, ss. 69-105.

KOLB Robert, “Théorie de Ius Cogens International (I)”, **Revue Belge de Droit International**, Cilt: 36, Sayı: 1, 2003, ss. 5- 55.

LACHS Manfred, “The Developement and General Trends of the International Law in Our Time”, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 169, 1980, ss. 9-377.

LAUTERPACHT Hersch, “Règles Générales du Droit de la Paix”, **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye**, Cilt: 62, Sayı:4, 1937, ss. 95-422.

LEMKIN Raphael, “Genocide as a Crime under International Law”, **The American Journal of International Law**, Cilt: 41, Sayı: 1, 1947, ss. 145-15.

LINDERFALK Ulf, “Normative Conflict and the Fuzziness of the International *ius cogens* Regime”, **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Cilt: 69, 2009, ss. 961- 977.

LINDERFALK Ulf, "The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?", **European Journal of International Law**, Cilt: 18, Sayı: 5, 2008, ss. 853-871.

MAGALLONA Merlin M., "Some Remarks on the Use of Force in International Law", **World Bulletin: Bulletin of the International Studies of the Philippines**, Cilt: 3, Sayı: 2- 3, 1987, ss. 1- 25.

MAGALLONA Merlin M., "The Concept of *Jus Cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties", **Philippine Law Journal**, Cilt: 51, Sayı: 5, 1976, ss. 521-542.

MENON P. K., "Primary, Subsidiary and other Possible Sources of International Law", **Sri Lanka Journal of International Law**, Cilt: 1, 1989, ss. 113- 150.

MERON Theodor, "International Criminalization of Internal Atrocities", **The American Journal of International Law**, Cilt: 89, Sayı: 3, 1995, ss. 554-577.

MURPHY Sean D., "Crimes Against Humanity and Other Topics: The Sixty-Ninth Session of the International Law Commission", **The American Journal of International Law**, Cilt: 111, Sayı: 4, 2017, ss. 970-993

MIK Cezary, "Jus Cogens in Contemporary International Law", **Polish Yearbook of International Law**, Cilt: 33, 2013, ss. 27-94.

NAHLIK Stanislaw E., "Peremptory Norms (*jus cogens*) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status by Lauri Hannikainen", **The American Journal of International Law**, Cilt: 84, Sayı: 3, 1990, ss. 779-782.

NYS Ernest, "Codification of International Law", **The American Journal of International Law**, Cilt: 5, Sayı: 4, 1911, ss. 871-900.

ONUF N.G., BIRNEY Richard K., "Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future", **Denver Journal of International Law and Policy**, Cilt: 4, Sayı: 2, ss. 187- 198.

ORAKHELASHVILI Alexander, "Peremptory Norms of the International Community: A Reply to William E. Conklin", **European Journal of International Law**, Cilt: 23, Sayı: 3, 2012, ss. 863-868.

ORAKHELASHVILI Alexander, "The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions", **European Journal of International Law**, Cilt: 16, Sayı: 1, 2005, ss. 59- 88.

PELLET Alain, "The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties: A General Presentation by the Special Rapporteur", **European Journal of International Law**, Cilt: 24, Sayı: 4, 2013, ss. 1061-1097.

PİRİM Ceren Zeynep, "*Jus Cogens* Teorisi Işığında Devletlerin Sözleşme Serbestisi ve Devlet Dokunulmazlığı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 95-96, 2012, ss. 37-66.

PİRİM Ceren Zeynep, “Uluslararası Hukukta Tek Taraflı Sözvermenin Bağlayıcı Niteliği”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 105-106, 2013, ss. 117-144.

PİRİM Ceren Zeynep, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, **Public and Private International Law Bulletin**, Cilt: 32, Sayı: 2, ss. 147-182.

ROBINSON Darryl, “Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference”, **The American Journal of International Law**, Cilt: 93, Sayı: 1, 1999, ss. 43-57.

SCHWARZENBERGER Georg, “International *Jus Cogens*?”, **Texas Law Review**, Cilt: 43, 1965, ss. 455-478.

SCHWELB Egon, “Some Aspects of International Jus Cogens as Formulated by the International Law Commission”, **The American Journal of International Law**, Cilt: 61, Sayı: 4, 1967, ss. 946-975.

SCOBIE Iain, “The Invocation of Responsibility for the Breach of Obligations under Peremptory Norms of General International Law”, **European Journal of International Law**, Cilt: 13, Sayı: 5, 2002, ss. 1201-1220

SCOTT Craig, QURESHI Abid, KALAJDZIC Jasminka, CHANG Francis, MICHELL Paul, COPELAND Peter, “A Memorial for Bosnia: Framework of Legal Arguments Concerning the Lawfulness of the Maintenance of the United Nations Security Council’s Arms Embargo on Bosnia and Herzegovina”, **Michigan Journal of International Law**, Cilt: 16, Sayı: 1, 1994, ss. 1- 140, s. 126.

SHAO Xuan, “What We Talk about When We Talk about General Principles of Law”, **Chinese Journal of International Law**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2021, ss. 219- 255.

SHELTON Dinah, “Normative Hierarchy in International Law”, **The American Journal of International Law**, Cilt: 100, Sayı: 2, 2006, ss. 291-323.

SHERMAN Gordon E., “The Nature and Sources of International Law”, **American Journal of International Law**, Cilt: 15, Sayı: 3, 1921, ss. 349-360.

SIMMA Bruno, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye**, Cilt: 250, 1994, ss. 217- 384

SUY Erik, “The Concept of Jus Cogens in International Law”, **Papers and Proceedings of the Conference on International Law**, Lagonissi (Greece), Geneva: Carnegie Endowment for International Peace, 1967.

TAHVANAINEN Annika, “Hierarchy of Norms in International and Human Rights Law”, **Nordisk Tidsskrift For Menneskerettigheter**, Cilt: 24, Sayı: 3, ss. 191-205.

TALMON Stefan, “*Jus Cogens* after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished”, **Leiden Journal of International Law**, Cilt: 25, 2012, ss. 979-1002

TOMUSCHAT Christian, “Obligations Arising for States without or against Their Will”, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Cilt: 241, 1993, ss. 195-374.

TUNKIN Grigory, “Is General International Law Customary Law Only?”, **European Journal of International Law**, Cilt: 4, Sayı: 4, 1993, ss. 534-541.

VERDROSS Alfred von, “Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner’s Report on ‘The Law of Treaties’”, **The American Journal of International Law**, Cilt: 31, Sayı: 4, 1937, ss. 571-577.

VERDROSS Alfred von, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, **The American Journal of International Law**, Cilt: 60, Sayı: 1, 1966, ss. 55-63.

WEIL Prosper, “Le Droit International en Quete de son Idéité”, **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye**, Cilt: 237, 1992, ss. 9- 370.

WEIL Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law”, **American Journal of International Law**, Cilt: 77, Sayı: 3, ss. 413-442.

WEILER J. H. H., PAULUS Andreas L., “The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?”, **European Journal of International Law**, Cilt: 8, Sayı: 4, 1997, ss. 545-565.

WET Erika de, “Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, **European Journal of International Law**, Cilt: 15, Sayı: 1, 2004, ss. 97-121.

Tezler

BAŞKARACAOĞLU Elif, **Uluslararası Hukukta “Jus Cogens” (Emredici Kurallar)**, Doktora Tezi, İstanbul, 2011.

GOTTLIEB Yaron, **International Cooperation in Combating Modern Forms of Maritime Piracy: Legal and Policy Dimensions**, Doktora Tezi, Amsterdam, 2017.

VERHOEVEN Sten, **Norms of *Jus Cogens* in International Law a Positivist and Constitutionalist Approach**, Doktora Tezi, Leuven, 2011.

Ulusal ve Uluslararası Mahkeme Kararları

European Court of Human Rights, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, 35763/97, 21 Kasım 2001.

European Court of Human Rights, *Cyprus v. Turkey*, 25781/94, 10 Mayıs 2001.

European Court of Human Rights, *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 12747/87, 26 Haziran 1992.

European Court of Human Rights, *Loizidou v. Turkey*, 15318/89, 18 Aralık 1996.

European Court of Human Rights, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 25965/04, 7 Ocak 2010.

European Court of Human Rights, *Siliadin v. France*, 73316/01, 26 Temmuz 2005.

Inter-American Commission of Human Rights, *Michael Domingues v. United States*, Case 12.285, Report No. 62/02, 22 Ekim 2000.

Inter-American Court of Human Rights, *Bayarri v. Argentina*, 30 Ekim 2008.

International Court of Justice, *Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, Judgment, I.C.J. Reports 1958, p. 55.

International Court of Justice, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 595.

International Court of Justice, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 325.

International Court of Justice, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70.

International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6.

International Court of Justice, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3.

International Court of Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

International Court of Justice, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports, 1985, p. 13.

International Court of Justice, *Corfu Channel Case*, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 4.

International Court of Justice, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90.

International Court of Justice, *Fisheries Case*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 116.

International Court of Justice, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3.

International Court of Justice, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136.

International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

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

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

International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

International Court of Justice, *Nottebohm Case (Preliminary Objection)*, Judgment, I.C.J. Reports 1953, p. III.

International Court of Justice, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253

International Court of Justice, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161.

International Court of Justice, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

International Court of Justice, *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15.

International Court of Justice, *Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment, I.C.J. Reports 1960, p. 6.

International Court of Justice, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3.

International Court of Justice, *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12.

International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, 10 Aralık 1998.

International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, *Prosecutor v. Delalic et al.*, (Judgement), IT-96-21-A, 20 Şubat 2001.

International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, *Prosecutor v. Jelisić*, (Trial Judgement), IT-95-10-T, 14 Aralık 1999.

International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12 Haziran 2002.

International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, (Judgement) IT-95-16-T, 14 Ocak 2000.

International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, (Judgement), IT-96-21-T, 16 Kasım 1998.

İtalyan Temyiz Mahkemesi, *Ferrini v. Almanya Federal Cumhuriyeti*, Karar no: 5044/4, 11 Mart 2004.

Jerusalem Bölge Mahkemesi, *İsrail Hükümeti Adalet Bakanı v. Adolf Eichmann*, 11 Aralık 1961.

Permanent Court of International Justice, *The Oscar Chinn Case*, Judgment of December 12th, 1934, PCIJ, Series A/B., Fascicule No. 63.

Yunanistan Yüksek Mahkemesi, *Voiotia v. Almanya Federal Cumhuriyeti*, Karar no: 11/2000, 4 Mayıs 2000.

Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporları

Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, 2019, Report of the International Law Commission, Seventy-first session, (A/74/10), Yearbook of the International Law Commission, 2019, Vol. II, Part Two, ss. 11-21.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 31-143.

Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Reports of the Commission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II.

International Law Commission, Fifth Report on Identification of Customary International Law by Special Rapporteur Micheal Wood, A/CN.4/717, Seventieth Session, 2018.

International Law Commission, Fifth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/747, 73rd Session, 2022.

International Law Commission, Fifth Report on State Responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, A/CN.4/291ve Add. 1ve 2, Yearbook of the International Law Commission, 1976, vol. II, Part One, ss. 3-55.

International Law Commission, First Report on General Principles of Law by Special Rapporteur Marcelo Vazquez-Bermudez, A/CN.4/732, 71st Session, 2019.

International Law Commission, First Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/693, 68th Session, 2016.

International Law Commission, First report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/490 ve Add. 1-7, 1998.

International Law Commission, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/727, 71st Session, 2019.

International Law Commission, Fourth Report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, A/CN.4/444 and Add. 1-3, Yearbook of the International Law Commission, 1992, vol. II (1).

International Law Commission, Fourth Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/517 and Add. 1, 2001.

International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 58th Session, Cenevre, 2006.

International Law Commission, Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), YbILC, Vol. II, 2006.

International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-seventh session, A/CN.4/SER.A/1995/Add.1 (Part 2), Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1995.

International Law Commission, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, A/31/10, Yearbook of the International Law Commission, 1976, vol. II, Part Two, A/CN.4/SER.4/1976/Add.1 (Part 2), ss. 1-169.

International Law Commission, Report of the International Law Commission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1956.

International Law Commission, Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1953.

International Law Commission, Reservations to Treaties: Tenth Report on Reservations to Treaties by Special Rapporteur Alain Pellet, A/CN.4/558 and Add.1-2, 2005.

International Law Commission, Second Report on Identification of Customary International Law by Special Rapporteur Micheal Wood, A/CN.4/672, 66th Session, 2014.

International Law Commission, Second Report on *jus cogens* by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/706, 69th Session, 2017.

International Law Commission, Second Report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur-The origin of international responsibility, A/CN.4/233, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1970.

International Law Commission, Second Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/156 and Add.1-3, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1963.

International Law Commission, Summary Records of the Fourteenth Session, A/C.N.4/Ser.A/1962, Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, 1962.

International Law Commission, Texts of the Draft Conclusions and Annex adopted by the Drafting Committee on Second Reading, Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*), A/CN.4/L.967, 73rd Session, 2022.

International Law Commission, Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur Law of Treaties, A/CN.4/115, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1958.

International Law Commission, Third Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Special Rapporteur Dire Tladi, A/CN.4/714, 70th Session, 2018.

International Law Commission, Third Report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, A/CN.4/507 and Add. 1-4, 2000.

Text of the Nürnberg Principles Adopted by the International Law Commission, A/CN.4/L.2, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1950, ss. 374-378.

Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararları

United Nations General Assembly, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24 Ekim 1970, A/RES/2526(XXV), (https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2625-Eng.pdf), Son Erişim Tarihi: 21.02.2022).

United Nations General Assembly, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, 14 Aralık 1960, A/RES/1514(XV), (<https://www.refworld.org/docid/3b00f06e2f.html> , Son Erişim Tarihi: 21.02.2022).

UN General Assembly, Declaration on the Human Environment, United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 Haziran 1972, (<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf?sequence=1&isAllowed=y> , Son Erişim Tarihi: 26.02.2022).

United Nations General Assembly, Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/RES/30/3452, 9 Aralık 1975, (<https://digitallibrary.un.org/record/189613?ln=en> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

United Nations General Assembly, Plan of Action for the Full Implementation of the Declaration on the Granting Independence to Colonial Countries and Peoples, 11 Aralık 1980, A/RES/35/118, (<https://www.refworld.org/docid/3b00flaa54.html> , Son Erişim Tarihi: 22.02.2022).

United Nations General Assembly, Policies of apartheid of the Government of South Africa, 10 Kasım 1986, A/RES/41/35, (<https://www.refworld.org/docid/3b00f47514.html> , Son Erişim Tarihi: 22.02.2022).

United Nations General Assembly, Report of the International Law Commission: Sixty-second session, General Assembly Official Records, Sixty-fifth session, Supplement No. 10, A/65/10, 2010, (https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_65_10.pdf Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

United Nations General Assembly, Rio Declaration on the Environment and Development, Report of the United Nations Conference on the Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 Haziran 1992), A/CONF.151/26 (Vol.I), 12 Ağustos 1992, (https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf , Son Erişim Tarihi: 26.02.2022).

United Nations General Assembly, The Crime of Genocide, A/RES/96, 11 Aralık 1946, (<https://www.refworld.org/docid/3b00f09753.html> , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022)

United Nations General Assembly, The Policies of Apartheid of the Government of the Republic of South Africa, A/RES/2202, 16 Aralık 1966, (<https://www.refworld.org/docid/3b00fld67c.html> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

United Nations General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 Aralık 1948, 217 A (III), (https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf, Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları

United Nations Security Council, Resolution 216 (1965), S/RES/216, 12 Kasım 1965, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/222/87/PDF/NR022287.pdf?OpenElement> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

United Nations Security Council, Resolution 283 (1970), S/RES/283(1970), 29 Temmuz 1970, (<http://unscr.com/en/resolutions/doc/283> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

United Nations Security Council, Resolution 418 (1977), S/RES/418(1977), 4 Kasım 1977, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/297/01/PDF/NR029701.pdf?OpenElement> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

United Nations Security Council, Resolution 569 (1985), S/RES/569(1985), 26 Temmuz 1985, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/489/06/PDF/NR048906.pdf?OpenElement> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

United Nations Security Council, Resolution 662 (1990), S/RES/662(1990), 9 Ağustos 1990, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/575/12/PDF/NR057512.pdf?OpenElement> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

United Nations Security Council, Resolution 713 (1991), S/RES/713(1991), 25 Eylül 1991, (<https://digitallibrary.un.org/record/126827?ln=en> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

Diğer Belgeler

Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, 22 Kasım 1984, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html> , Son Erişim Tarihi: 28.02.2022).

International Committee of the Red Cross, Commentary, düz. Jean S. Pictet, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Person in Time of War, Geneva, 1958.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Abolishing Slavery and its Contemporary Forms, David Weissbrodt, Anti-Slavery International, HR/PUB/02/4, United Nations, New York, Geneva: 2002.

United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 1968, Official Records, A/CONF.39/11, (https://legal.un.org/diplomaticconferences/1968_lot/docs/english/sess_1.pdf Son Erişim Tarihi: 09.05.2022).

United Nations High Commissioner for Refugees, General Conclusion on International Protection, No. 25 (XXXIII)- 1982, Executive Committee, 33rd session,

20 Ekim 1982, (<https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c434c/general-conclusion-international-protection.html> , Son Erişim Tarihi: 28.02.2022).

United Nations High Commissioner for Refugees, General Conclusion on International Protection, No. 79 (XLVII)-1996, Executive Committee 47th session, 11 Ekim 1996, (<https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c430/general-conclusion-international-protection.html> , Son Erişim Tarihi: 28.02.2022).

United Nations Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 52nd Session, 4 November 1994, (<https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html> , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022)

Elektronik kaynaklar

Cambridge Dictionary, (<https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/peremptory> Son Erişim Tarihi: 15.05.2022).

CICERONIS M. Tvilli, **De Officiis, Liber Tertius**, § 107, (<https://www.thelatinlibrary.com/cicero/off3.shtml> , Son Erişim Tarihi: 28.01.2022).

Larousse, (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/impératif/41845>

MCDUGALL Gay, “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, **United Nations Audiovisual Library of International Law**, United Nations, 2021. (https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cerd/cerd_e.pdf , Son Erişim Tarihi: 12.05.2022).

MCWHINNEY Edward, “Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples”, **United Nations Audiovisual Library of International Law**, United Nations, 2008. (https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dicc/dicc_e.pdf , Son Erişim Tarihi: 10.05.2022).

United Nations, The Right to Self-Determination: Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments, Study prepared by Aureliu Cristescu, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, United Nations, New York, 1981. (<https://digitallibrary.un.org/record/25252?ln=en> , Son Erişim Tarihi: 12.05.2022).

Uluslararası andlaşmalar

Charter of the International Military Tribunal, Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis (“London Agreement”), 8 Ağustos 1945, (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

Charter of the United Nations, 24 Ekim 1945, (<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 Aralık 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85, (<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201465/volume-1465-i-24841-english.pdf> Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

Convention on the High Seas, Cenevre, 29 Nisan 1958, (<https://www.legal-tools.org/doc/7b4abc-1/pdf/> Son Erişim Tarihi: 28.01.2022).

Convention on the Law of the Sea, Cenevre, 10 Aralık 1982, (https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf Son Erişim Tarihi: 28.01.2022).

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 Aralık 1948, United Nations, Treaty Series, vol. 78, p. 277, (https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

Convention Relating to the Status of Refugees, Geneva, 28 Temmuz 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, (<https://www.refworld.org/docid/3be01b964.html> , Son Erişim Tarihi: 27.02.2022).

Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Codification of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf> , Son Erişim Tarihi: 15.02.2022).

Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf> , Son Erişim Tarihi: 15.02.2022).

Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf> , Son Erişim Tarihi: 15.02.2022).

Geneva Convention (IV) Relative to the Prosecution of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 Ağustos 1949, (<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf> , Son Erişim Tarihi: 15.02.2022).

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 Aralık 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, p. 195, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3940.html> Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of *Apartheid*, 30 Kasım 1973, United Nations, Treaty Series, vol. 1015, p. 243, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3c00.html> , Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 Aralık 1996, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> Son Erişim Tarihi: 19.02.2022).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 Aralık 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, (<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36c0.html> , Son Erişim Tarihi: 22.02.2022).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/470?OpenDocument> , Son Erişim Tarihi: 15.02.2022).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 Haziran 1977, (<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>, Son Erişim Tarihi: 15.02.2022).

Rome Statute of the International Criminal Court, 17 Temmuz 1998, (<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

Slavery Convention, Geneva, 25 Eylül 1926, (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/slaveryconvention.aspx> , Son Erişim Tarihi: 18.02.2022).

Statute of the International Court of Justice, 18 Nisan 1946, (<https://www.icj-cij.org/en/statute>, Son Erişim Tarihi: 02.03.2022).

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 Mayıs 1993, (https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 8 Kasım 1994, (https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict_rwanda_EF.pdf , Son Erişim Tarihi: 11.05.2022).

Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, 30 Nisan 1956, (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/supplementaryconventionabolitionofslavery.aspx> , Son Erişim Tarihi: 19.02.2022).

The Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 29 Temmuz 1899. (<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=9FE084CDAC63D10FC12563CD00515C4D>, Son Erişim Tarihi: 02.03.2022).

The Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 Ekim 1907. (<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195>, Son Erişim Tarihi: 15.02.2022).

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 Mayıs 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331, (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf Son Erişim Tarihi: 14.05.2022).



ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Ayşe Nur AFACAN
Tez Başlığı : ULUSLARARASI HUKUKUN EMREDİCİ
NORMLARI
Savunma Tarihi : 09 / 06 / 2022
Danışman : Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Oktay UYGUN

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

Enstitü Müdürü