



ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI ARASINDA HİYERARŞİ VAR MIDIR?

Arş. Gör. Merve KÜÇÜK*

Öz

Uluslararası hukukun kaynakları arasında hiyerarşinin bulunup bulunmadığı, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nün hazırlık çalışmalarından başlayıp günümüze kadar süregelen bir tartışmadır. Statü'nün ilk halinde uluslararası hukuk kaynakları uluslararası andlaşmalar, teamül hukuku ve hukuk genel ilkeleri olarak belirtilmiş ve Divan'ın önüne gelen uyumsuzlukları sırasıyla bu kaynaklara göre çözeceği düzenlenmişti. Ancak daha sonra sırasıyla ifadesi metinden çıkarılmıştır.

İşte bu ifadenin çıkarılmasıyla birlikte, hiyerarşi sorunu ortaya çıkmıştır. Divan, önüne gelen uyumsuzlukta her üç kaynaktaki da konuya ilişkin bir kural bulunuyorsa, hangisini öncelikle uygulayacaktır? Bu konu doktrinde tartışılmış ve net bir cevap bulunamamıştır. Ancak andlaşma ve teamül hukuku kurallarının hukuk genel ilkelerine üstün geldiği konusunda genel bir uzlaşma mevcuttur.

Aynı konuda hem andlaşma hukukunda hem de teamül hukukunda kural varsa Divan'ın hangisini öncelikle uygulayacağı daha karmaşık bir sorundur. Bu sebeple çalışmada öncelikle kaynakların niteliği ve konuya ilişkin Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesindeki düzenlemeler incelenecek, ardından Divan'ın kararları ve Hans Kelsen'in normcu teorisi ışığında bir görüşe varılmaya çalışılacaktır.

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk A.B.D., Ankara, Türkiye | Asst., Ankara University, Faculty of Law, Department of International Law, Ankara, Turkey.

✉ mrvkucuk@ankara.edu.tr • ORCID 0000-0003-2894-6087

✂ **Atıf Şekli | Cite As:** KÜÇÜK Merve, "Uluslararası Hukukun Kaynakları Arasında Hiyerarşi Var mıdır?", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2975-3004.

✂ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk • Kaynaklar • Hiyerarşi • Andlaşma Hukuku • Teamül Hukuku

IS THERE A HIERARCHY AMONG THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW?

Abstract

Whether there is a hierarchy among the sources of international law is a debate that started long ago. In the first version of the Statute, sources were specified as international treaties, customary law and general principles of law, and the Court would resolve the disputes according to them respectively. Later, the expression respectively was removed.

With the removal of this expression, problem of hierarchy has emerged. If there is a rule in all sources, which one the Court will apply first? This issue discussed in the doctrine and no clear answer has been found. Still, there is a consensus that treaty and customary rules prevail over the general principles of law.

However, if there is a rule in both treaty and customary law on the same issue, it is a more complex problem. Therefore, in this study an opinion will be tried to reach based on the sources, Court decisions and Hans Kelsen's normative approach.

Key Words

International Law • Sources • Hierarchy • Treaty Law • Customary Law

GİRİŞ

Uluslararası hukuk kaynakları konusunda neredeyse tüm öğreti, sınırlı olmamakla birlikte Uluslararası Adalet Divanı (U.A.D.) Statüsü'nün 38. maddesini esas alır. Bu kaynaklar uluslararası andlaşmalar, teamül kuralları ve hukuk genel ilkeleridir. Yine neredeyse tüm yazarlar, bu kaynaklar arasında bir hiyerarşi bulunmadığı konusunda hemfikirdir¹. Bununla birlikte, Divan'ın önüne gelen davalarda öncelikle taraflar arasında

¹ Örn. Bkz. GÜNDÜZ Aslan, Milletlerarası Hukuk (Ed. GÜNEL Reşat Volkan), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 31, TOLUNER Milletlerarası Hukuk (Giriş Kaynaklar), Derleyen ve Düzenleyenler TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, ARIKOĞLU, Enver, AKÜN Verda Neslihan, BAŞKARACAOĞLU, Elif, Beta, İstanbul, 2017, s. 191, SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, İstanbul, 2019, s. 19, AYBAY, Rona ve ORAL, Elif, Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s.40.

var olan uluslararası andlaşmaları, daha sonra konuya ilişkin teamül kurallarını ve bu iki kaynakta uyuşmazlığa uygulanabilecek bir hukuk kuralı bulamadığı takdirde hukuk genel ilkelerine başvuracağı şeklinde genel bir algı mevcuttur.

Bu kaynakların maddede sayıldığı sırayla uygulanması gerektiğini savunan görüşler, genellikle Statünün hazırlık çalışmaları esnasında öncelikle maddeye eklenmiş bulunan ancak sonradan silinen "sırasıyla" ifadesine atıf yapmaktadırlar². Ancak bahsedildiği gibi bu ifade daha sonra taslak metinden çıkarılmış ve şu andaki haliyle kabul edilmiştir.

Yine doktrinde genel olarak kabul gören husus, hakimin öncelikle taraflar arasında akdedilmiş bir andlaşmaya göre uyuşmazlığı çözmesidir³. Ancak bazen bir konuya ilişkin hem taraflar arasında akdedilmiş andlaşmada hem de teamül hukukunda konuya ilişkin bir kural bulunuyor olabilir. Hal böyle olunca hakim, önüne gelen davada hangi kaynağa öncelikle başvuracaktır? Bu sorunun kolay bir cevabı yoktur, ancak U.A.D. kararları ile devlet uygulamalarından bazı çıkarımlar yapmak mümkündür.

Bu çalışmada, Divan Statüsünün 38. maddesi kapsamında önüne gelecek uyuşmazlıklarda Divan'ın hangi kaynağa başvuracağı, birden fazla kaynakta uygulanabilir kural olması halinde hangisini uygulayacağı ve bunu hangi gerekçelerle yapacağı açıklanmaya çalışılacaktır.

I. Uluslararası Hukukun Kaynakları

A. Hukuk Genel İlkeleri

Uluslararası hukuk kaynakları arasındaki hiyerarşiyi incelerken, hukuk genel ilkelerini ayrı bir yere koymak zorunludur. Zira hukuk genel ilkelerinin bağımsız bir kaynak olarak statüde yer alması dahi, hazırlık çalışmaları esnasında ciddi tartışmalara sebep olmuştur⁴. İçeriği ise günümüzde hala net bir şekilde tanımlanamamıştır. U.A.D. Statüsü madde 38/1/c hükmüne göre kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası

² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, Edip F., Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 18 vd.

³ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 257.

⁴ ÇELİK, ss. 161-162.

hukuka uygun olarak çözmekle görevli Divan, “uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini” uygular.

Bahsedilen uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerinin ne olduğu, kaynağını iç hukuklardan mı yoksa uluslararası hukuktan mı alacağı, Divan’ın yalnızca bu kaynağa başvurarak uyuşmazlıkları çözüme yetkisinin olup olmadığı ve hatta “uygar uluslar”ın hangi devletleri nitelediği hususları doktrinde geniş ölçüde tartışılmıştır. Statünün hazırlık çalışmalarında hukukçu Lord Phillimore, bahsedilen ilkelerle *in foro domestico* kabul edilmiş, iyi niyet ve kesin hüküm gibi ilkeleri kastettiğini belirtmiştir⁵.

Tartışmalı hususlara rağmen, lafzi bir yorumla Divan’ın hukuk genel ilkelerini uluslararası hukukun asli kaynağı olarak kabul ettiği ve buna göre önüne gelen uyuşmazlıkları gerek yalnızca, gerekse diğer kaynaklarla birlikte hukuk genel ilkelerine çözebileceği söylenebilir. Bununla birlikte hukuk genel ilkeleri genellikle ikame kaynak olarak tanımlanmaktadır⁶. Hakim, önüne gelen bir davada ancak diğer iki kaynaktan uyuşmazlığa ilişkin bir hukuk kuralı bulamazsa, davayı *non liquet* bırakmamak için ve genellikle uygar ulusların iç hukuklarında benimsenmiş kurallar oldukları kabul edilen hukuk genel ilkelerine başvuracaktır⁷. *Non liquet*, hukuktaki boşluk nedeniyle mahkemenin dava konusunda bir karar veremeyeceği anlamına gelir, ki bu uluslararası hukukta istenen bir olgu değildir⁸.

Bazı yazarlara göre davanın *non liquet* olması mümkün değildir, zira uluslararası hukukta aksine bir kural yoksa, bu konuda devlet istediği gibi davranabilecektir. Örneğin Kelsen, uluslararası hukukun asli kaynaklarını yalnızca andlaşma ve teamül hukuku olarak görür⁹. Hatta hukuk genel ilkelerini “Yalnızca madde 38/1/c Uluslararası Adalet Divanı’na bunları uygulama yetkisi verdiği için Uluslararası Adalet Divanı nezdinde

⁵ BÜYÜK, Mehmet Emin, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

⁶ PAZARCI, s. 267.

⁷ Bkz. ÇELİK, s. 162, TOLUNER s. 49, BÜYÜK s. 53.

⁸ KACZOROWSKA, Alina, Public International Law, Fourth Edition, Routledge, Birleşik Krallık, 2010, pp. 52-53.

⁹ KELSEN, Hans, Pure Theory of Law, Tra. Max Knight, Fifth Edition, The Lawbook Exchange, Amerika Birleşik Devletleri, 2008, p. 323.

uygulanabilir uluslararası hukuk haline gelen normlardır."¹⁰ olarak tanımlamıştır. Kelsen'e göre devlet andlaşma veya teamül hukukuna aykırı davranmamışsa, hukuka aykırı davranmamış olacaktır. Ancak bu noktada önemli olan uyuşmazlığa uygulanabilecek açık bir kural her zaman olmasa da, her uluslararası durumun bir hukuk meselesi olarak ele alınabileceğidir¹¹.

Scelle'e göre ise, hukuk genel ilkeleri teamül hukuku kurallarından başka bir şey değildir¹². Ancak bu iki kaynak arasında oluşumları bakımından ciddi farklılıklar vardır. Teamül kurallarının oluşması için devletlerin birörnek ve istikrarlı davranışları ile *opinio juris* gerekirken, hukuk genel ilkeleri için böyle şartlar yoktur¹³.

Ayrıca, kural koyucuların abesle iştiğal ettiğini söylemek mümkün değildir¹⁴. Statünün hazırlanmasında görev alan hukukçular gerek davanın *non liquet* olmaması gerekse başka gerekçelerle hukuk genel ilkelerini bağımsız bir kaynak olarak görmüş ve devletler de bunu onaylamıştır. Çoğu yazar da genel ilkelerin ayrı bir hukuk kaynağı oluşturduğunu, ancak kapsamının sınırlı olduğunu kabul eder, ki bu husus Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve U.A.D. kararlarına da yansımıştır¹⁵.

Hukuk genel ilkelerinin genellikle ikame kaynak olarak tanımlandığı, yani hakimin konuya ilişkin bir andlaşma hukuku veya teamül kuralı bulamadığı takdirde başvuracağı doktrinde genellikle kabul gördüğünü belirtmiştik. Hukuk genel ilkelerini ikame kaynak olarak tanımlamak, onu üç kaynak arasında doğrudan son sıraya atmak demektir. Yetkin uluslararası hukukçu Shaw da bu görüştedir¹⁶. Kaynaklar arasında bir hiyerarşi olmadığı kabul edilse de hukuk genel ilkelerinin son sıradaki yeri genellikle kabul görmüş gibidir.

Keza U.A.D. de bugüne kadar hiçbir davayı "yalnızca" hukuk genel ilkesine dayandırarak çözümlenmemiştir. Bununla birlikte ilkeleri

¹⁰ KELSEN, Hans'tan Akt. KAMMERHOFER, Jörg, Uncertainty in International Law A Kelsenian Perspective, Routledge, Taylor&Francis e-Library, 2010, p. 157.

¹¹ SHAW, Malcolm N., International Law, Fifth Edition, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2003, p. 93.

¹² SCELLE, Georges'den Akt. ÇELİK, s. 163.

¹³ PAZARCI, s. 262.

¹⁴ GÜNDÜZ, s. 25.

¹⁵ SHAW, p. 94.

¹⁶ SHAW, pp. 115-116.

genellikle andlaşma hukuku veya teamül kuralına göre verilen kararı destekleyici olarak kullanılmıştır¹⁷. Ayrıca genel ilkelerin son sıradaki yeri Divan tarafından – açıkça olmasa da – kabul edilmiş gibidir. Örneğin, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Wimbledon davasında¹⁸ bir andlaşma hukuku kuralını hukuk genel ilkesine üstün tutmuştur¹⁹. Ancak her davanın kendine özel şartları bulunduğundan, bunun genel bir uygulama olduğunu söylemek mümkün değildir.

Hukuk genel ilkelerinden bahsederken, Divan Statüsünün 38. maddesinin 2. fıkrasında bahsedilen *ex aequo et bono*'dan da bahsetmek gerekir. Divan'ın hak ve nısfete göre karar verme yetkisi olarak çevirebileceğimiz²⁰ bu ifade, tarafların andlaşmaları halinde hakime hak ve nısfete uygun olarak – ki bu *contra legem* de olabilir - karar verme yetkisini tanımasıdır.

Hakkaniyet ise, tarafların yetkilendirmesine gerek olmadan Divan'ın önüne gelen uyuşmazlıkta asli kaynaklara göre karar verirken, adaletli bir şekilde davranmasını gerektiren bir ilkedir. Bu sebeple hakkaniyet ile *ex aequo et bono* farklı şeylerdir ve hakkaniyet için Divan'ın ayrıca yetkilendirilmeye ihtiyacı yoktur²¹.

Yani hukuk genel ilkeleri ne teamül kurallarıdır ne de *ex aequo et bono* ile aynı şeydir. Statünün hazırlanmasından bu yana geçen yaklaşık bir asırda bu hususların artık netleştiğini söylemek mümkündür. Yukarıda bahsettiğimiz gerekçelerle, uluslararası hukuk kaynakları arasında hiyerarşi tartışması yaparken, hukuk genel ilkelerini bu tartışmaya sokmaya gerek yoktur. Genel ilkelerin andlaşma ve teamül hukukundan sonra geldiği çok geniş olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple çalışmanın devamında, andlaşma hukuku ile teamül hukuku arasında bir hiyerarşi olup olmadığı ve bu iki hukuk kuralı arasında bir çatışma çıkarsa, hangisinin uygulanması gerektiği değerlendirilecektir.

Genel olarak sıralayabileceğimiz hukuk genel ilkeleri ise, iyi niyet, hakkın kötüye kullanılmaması, kazanılmış haklara saygı, *res judicata* gibi

¹⁷ BÜYÜK, s. 170.

¹⁸ "S.S. Wimbledon" P.C.I.J. Serie A. No. 1, 17.08.1923, p. 30.

¹⁹ PAZARCI, s. 268.

²⁰ SUR, s. 96.

²¹ BÜYÜK, ss. 285-286.

ilkelerdir²². Konuyla bağlantılı olarak kullanılacak hukuk genel ilkeleri ise aşağıdaki bölümde açıklanacaktır.

B. Jus Cogens

Uluslararası hukukun kaynaklarından bahsederken, *jus cogens* ayrı bir başlık açmak zorunludur. *Jus cogens* Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde tanımlanmış ve bu şekilde literatüre girmiştir.

Jus cogens niteliğine sahip kurallar, uluslararası hukukun buyruk kurallarıdır. *Jus cogens* Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 53. maddesinin 2. fıkrasında, “bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumun, 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” olarak tanımlanmıştır. Yine Sözleşmeye göre bir uluslararası andlaşma bu nitelikte bir normla çatışıyorsa batıldır. Aynı Sözleşmedeki 64. maddeye göre ise akdedildiği dönemde *jus cogens* aykırı olmayan ancak daha sonra oluşmuş bir *jus cogens* aykırı hale gelen andlaşmalar da batıl hale gelir ve sona erer.

Bu tanıma göre *jus cogens* kuralların iki yönü vardır, ilki devletlerin çoğunluğu tarafından kabul görmüş olmaları, ikincisi de kendilerine aykırı bir kural getirilememesi²³. *Jus cogens* kurallar iç hukuklardaki emredici kurallara benzetilebilir²⁴. İç hukukta da emredici kuralların aksine yapılan sözleşme batıl olacaktır. Uluslararası hukukta da Viyana Sözleşmesinde açıkça düzenlendiği gibi bu şekildedir. Aynı zamanda tüm *jus cogens* niteliğinde kurallar *erga omnes* yükümlülükler yaratır²⁵.

Uluslararası hukukta devletlerin üzerinde anlaşarak değiştiremeyecekleri nitelikteki kuralların varlığı tartışılmıştır²⁶. Bu nitelikte kuralların varlığı genel olarak kabul görür²⁷, bununla birlikte içeriklerinin belirlenmesine ve bu belirlemede hangi kıstasların kullanılacağına dair bir

²² BÜYÜK, s. 175 vd.

²³ PAZARCI, s. 192.

²⁴ ÇELİK, s. 188.

²⁵ KACZOROWSKA, p. 28.

²⁶ AYBAY ve ORAL, s. 140.

²⁷ Bkz. TOLUNER, s. 191.

belirlilik yoktur²⁸. Ancak bu çalışmanın içeriği bakımından bu konunun doktrinde tartışmalı olduğunu belirtmek yeterli olacaktır.

Jus cogens niteliğinde kuralların, teamül kuralları ile de farkları mevcuttur. Kural olarak bir teamül kuralının oluşumu aşamasında, bu kuralın oluşumuna ısrarlı olarak itiraz eden devlete karşı o teamül kuralı ileri sürülemez²⁹. U.A.D. de Norveç ile İngiltere arasındaki Balıkçılık davasında³⁰ bu yönde bir karar vermiştir³¹. Ancak bir devlet bir *jus cogens* kuralının oluşumu esnasında itiraz yoluyla yükümlülükten kurtulamaz³². Bir devlet ne kadar ısrarlı itiraz etmiş olursa olsun bir *jus cogens* artık oluştuysa, onunla bağlıdır. Doktrindeki çoğunluk görüşü de *jus cogens* niteliğindeki kuralların özel statüsü nedeniyle diğer teamül kurallarında olduğu gibi ısrarlı itiraz mekanizmasının burada kullanılamayacağı yönündedir³³.

U.A.D. Bosna davasında ayrı görüşünde³⁴ Yargıç Lauterpacht, Birleşmiş Milletler (B.M.) Andlaşmasının yükümlülüklerini diğer andlaşmalardan doğan yükümlülüklerden önce gören 103. madde ile *jus cogensi* karşılaştırmıştır. Bu kapsamda, Güvenlik Konseyi kararlarından biri ile andlaşmadan doğan bir yükümlülük arasında çatışma çıkması halinde 103. madde – yani B.M. Andlaşmasından kaynaklanan yükümlülüğün üstün olması durumu – *jus cogens* ile bu karar arasındaki bir çatışmayı, normlar hiyerarşisi gereği kapsamaz³⁵. Yani Güvenlik Konseyi de bir uluslararası hukuk kişisinin organı olarak *jus cogens* ile bağlıdır ve ona aykırı kararlar alamaz. Ancak bu durum Konseyin andlaşmanın VII. bölümünden kaynaklanan yetkileri kullanmasını da etkilemeyecektir. Bunun yanı sıra Avrupa Birliği Adalet Divanı da vermiş olduğu bir

²⁸ Bkz. ÇELİK, s. 194, TOLUNER s.193 vd., AYBAY ve ORAL s. 139.

²⁹ SUR, s. 86.

³⁰ Fisheries Case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p.116.

³¹ TOLUNER, s. 43.

³² SUR, s. 86.

³³ KACZOROWSKA, p. 42.

³⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, 1. C. J. Reports 1996, p. 595, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, pp.278-286.

³⁵ SHAW, p. 119.

kararda³⁶, Güvenlik Konseyi kararının *jus cogens* aykırı olması durumunda ilgili devletleri bağlamayacağına hükmetmiştir³⁷.

Jus cogens Viyana Sözleşmesi ile bir andlaşma hukuku kuralı olarak benimsenmiştir, ancak kodifikasyonundan önce bu nitelikte kuralların var olup olmadığı konusu tartışmalıdır³⁸. Genellikle Sözleşmeden önce, devletlerin andlaşma konusunda tam bir serbestisi olduğu düşünülüyordu³⁹. Bununla birlikte *jus cogens* niteliğinde kuralların teamüli niteliği de tartışmalıdır. Öktem bu kuralları teamülün özel bir türü olarak tanımlamıştır⁴⁰. Ancak *jus cogens* kurallar Sözleşmede düzenlenerek andlaşma hukuku kuralı niteliğini de almıştır. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, *jus cogens* kuralların hem klasik andlaşma hukuku hem de teamül hukuku kurallarından farklı niteliği olduğu, bir nevi uluslararası hukukun *sui generis* kaynağı oldukları söylenebilecektir⁴¹.

Özetleyecek olursak *jus cogens* niteliğinde kurallar Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kapsamında andlaşma hukuku kurallarıdır ancak klasik andlaşma hukuku kurallarından farklı özellikleri vardır. Bu sebeple olası bir çatışma halinde *jus cogens* kurallar hem diğer teamül kurallarına hem de andlaşma hükümleri ile diğer uluslararası hukuk kaynaklarına üstün gelecektir.

C. Uluslararası Andlaşma Kuralları ve Teamül Kuralları

Çalışmanın önceki kısımlarında uluslararası hukukun üç asli kaynağından hukuk genel ilkeleri ile diğer iki kaynak arasındaki ilişkiyi belirtmiştik. Bununla birlikte diğer asli kaynaklar olan uluslararası andlaşmalar ve teamül hukuku kuralları arasındaki ilişki daha karmaşıktır.

³⁶ “Kadi v Council and Commission”, C.J.E.U. Case T-315/01, 21.09.2005, paras. 226-227, 230-231.

³⁷ AYBAY ve ORAL, s. 141.

³⁸ TOLUNER, s. 189.

³⁹ GÜNDÜZ, s. 29.

⁴⁰ ÖKTEM, Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta, İstanbul, 2013, s. 327.

⁴¹ Bu yönde görüşler için bkz. KOLB, Robert, Peremptory International Law Jus Cogens A General Inventory, Hart Publishing, Birleşik Krallık, 2015, p. 92, O’CONNELL, Mary Ellen, Jus Cogens: International Law’s Higher Ethical Norms, The Role of Ethics in International Law (Ed. CHILDRESS Donald Earl III), Cambridge, Amerika Birleşik Devletleri, 2012, p. 83.

Teamül kuralları ve andlaşmalar çoğu zaman birlikte var olur, birbirlerini geliştirirler ve bazen de çatışabilirler⁴².

İç hukuk sistemlerindeki teamül hukuku kuralları özellikle modern dünyada diğer kurallara nazaran daha az önem arz eder ve çoğunlukla nostaljik bir değere sahiptir. Ancak uluslararası hukukta, merkezi bir yönetimin bulunmaması dolayısıyla dinamik bir hukuk kaynağı olmaya devam etmektedir⁴³. Uluslararası hukukun ilkel dönemlerinde topluluklar arasında anlaşmalara rastlanır, ancak çoğunlukla ilişkilerin yüzyıllar boyu teamül hukuku kuralları ile şekillendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Hem andlaşma hukuku kuralları hem de teamül hukuku kuralları birbirini etkileyebilir ve birbirlerine dönüşebilir. Ancak bu ilişki nasıl gerçekleşecektir? Uluslararası hukukun teamül kuralları kodifiye edilerek bir uluslararası andlaşma kuralı haline gelebilir. Hatta B.M. andlaşmasının 13. maddesinde Genel Kurula, uluslararası hukukun giderek geliştirilmesi ve kodifiye edilmesini teşvik etme görevi yüklenmiştir. Bu amaçla kurulan Uluslararası Hukuk Komisyonu, konuyla ilgili önemli çalışmalar yapmaktadır. Ancak bütün uluslararası teamül kurallarının kodifiye edildiğini veya ileride edileceğini söylemek mümkün değildir. Zira hukuk gelişen ve değişen bir kavramdır. Son yüzyıl içerisinde uluslararası hukukun geçirdiği aşamalara bakarak bu rahatlıkla söylenebilir. Bu sebeple uluslararası hukuk kişileri arasında yeni meseleler ortaya çıktıkça, bu meselelere ilişkin yeni teamül kuralları da ortaya çıkabilir veya var olan teamül kuralları değişebilir.

Ayrıca, kodifiye edilmiş olsa da bir kural kaynağını teamül huktundan alıyorsa, o alanda varlığını korumaya devam eder. Yani aynı kural her iki uluslararası hukuk kaynağında paralel olarak yer alabilir. Bu hususta U.A.D.'nin Nikaragua Davasındaki kararı⁴⁴ önem arz eder. Karara aşağıdaki bölümde değinilecektir.

Andlaşma hukuku ve teamül hukuku kurallarının ayrı ayrı var olmaları, türetildikleri kaynaklar arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Bir devlet veya mahkeme böyle bir durumda seçim yapabileceği

⁴² KACZOROWSKA, p. 28.

⁴³ SHAW, p. 69.

⁴⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392.

birden fazla kurala sahip olabilecektir. Andlaşmaların teamül kurallarını tamamen kapsadığını iddia etmek Statünün 38. maddesindeki şartları ve hükmün biçimsel niteliğini göz ardı etmek olur⁴⁵.

Bunun yanı sıra bir andlaşma hukuku normu, eğer şartları sağlıyorsa; yani devletlerin aynı durumlarda aynı davranışları istikrarlı bir şekilde gerçekleştirmesi ve bunun bir hukuk kuralı olduğu inancı mevcutsa, teamül normuna dönüşebilir⁴⁶. Teamülün normunun andlaşma kuralına dönüşmesine göre daha az sıklıkla rastlansa da bahsedilen olgunun gerçekleştiği durumlar bulunmaktadır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, genellikle andlaşmalar teamül hukukunu etkilemektedir. Ancak teamül hukukunun da andlaşma kurallarını etkilemesi mümkündür. Bu konudaki önemli örneklerden biri, Osmanlı Devleti'nde başlayan ve Türkiye'nin kuruluşuyla birlikte son verilen kapitülasyonlardır.

Osmanlı devletinin Avrupalı devlet vatandaşlarına uyguladığı düzen genel olarak kapitülasyon düzeni olarak adlandırılır. İlk olarak 1352'de Cenevizlilere verilen kimi ayrıcalıklarla başlayan ve 1536'da Kanuni Sultan Süleyman'ın Fransızlara verdiği bazı ayrıcalıklarla devam eden bu süreç ancak Lozan Andlaşması ile sonlanabilmiştir⁴⁷.

Kapitülasyonlar, Avrupalı devletlere kendi vatandaşları ile ilgili bazı yargılama yetkileri veriyor ve kimi durumlarda Türk mahkemelerinin yargılamalarına da müdahale edebiliyorlardı. Ayrıca ilgili devletlerin vatandaşları pek çok vergiden muaf tutuluyordu. Ancak uluslararası teamül hukukunda giderek başka bir devletteki yargı yetkisi kullanılması, devletlerin egemenliği ilkesi ile bağdaşmaz görülmeye başlandı. Osmanlı da buna dayanarak 1914 yılında kapitülasyonların eskimiş ve yüzyılın hukuk kurallarına ile devlet egemenliğine aykırı olduğu gerekçesiyle tek taraflı olarak iptal etme niyetini açıklamıştır. Avrupalılar bu kararı kınmalarına rağmen, bağımsızlık savaşı arkasından imzalanan Lozan

⁴⁵ JIA, Bing Bing, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, V. 9, I. 1, 2010, pp. 81-109, p. 97.

⁴⁶ AKSAR, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2019, s. 62.

⁴⁷ PAZARCI, ss. 86-94.

Andlaşmasında kapitülasyonların tamamen kaldırılmasını kabul etmek durumunda kalmışlardır⁴⁸.

Böylece kapitülasyon andlaşmaları ile pek çok haktan faydalanan Avrupalı devletler, bu haklarını kaybetmiş olsalar bile, andlaşmaların sonradan ortaya çıkan teamül hukuku kuralları nedeniyle hukuka uygun olarak tek taraflı feshedebileceğini kabul etmiş oldu⁴⁹.

İnsan hakları hukuku bakımından da teamülün andlaşma kurallarını etkilediği görülmektedir. Örneğin, Cenevre Sözleşmeleri'nin Ek 1. Protokolü⁵⁰'nün 70. maddesi çatışmaya taraf olan devlet kontrolü altındaki sivil nüfus için gönderilecek insani yardımların ayrımcılık yapmadan ulaştırılmasına engel olunmamasını öngörür.

Bu bağlamda bir devletin 1. Protokole taraf olmasa da genel olarak bu maddeye uyması gerektiği kabul edilir. İsrail, Cenevre Sözleşmesine taraf ancak 1. Protokole taraf değildir; buna rağmen İsrail Yüksek Mahkemesi, 2008 yılındaki Al Bassiouni davasında⁵¹, temel insani yardım malzemelerinin Gazze'ye geçişine izin vermesi gerektiğini ve bunun uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük olduğuna karar vermiştir⁵².

Güney Afrika'nın Namibya'da Devam Eden Varlığının Devletler İçin Hukuki Sonuçları Üzerine Danışma Görüşü⁵³nde U.A.D., Milletler Cemiyeti Andlaşmasının ve onun kurduğu organlarla ilgili yorumunun, B.M. Andlaşması ve teamül hukuku da dahil olmak üzere hukukun müteakip gelişmesinden etkilenmeden kalamayacağına karar vermiştir. Her ne kadar bu dava daha çok kurumlara ilişkin olsa da andlaşmaları

⁴⁸ CROOTOF, Rebecca, "Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties", *The Yale Journal of International Law*, V. 41, I. 2, 2016, pp. 238, 299, pp. 265-266.

⁴⁹ CROOTOF p. 269.

⁵⁰ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

⁵¹ HCJ 9132/07 Al-Bassiouni Ahmed v. Prime Minister, TT 13, 15 (2008) (Isr.).

⁵² CROOTOF, p. 274.

⁵³ Advisory Opinion on the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, 1971 I.C.J. 16, 31.

yorumlarken Divan'ın teamül hukukunu da göz önünde bulunduracağına dair bir delil arz eder⁵⁴.

Teamüli normların andlaşmaların yorumlanmasını ve uygulanmasını etkileme potansiyeli, uluslararası hukuk alanları çoğaldıkça, bu alanlardaki normlar arttıkça giderek daha fazla ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Klasik hukuk mantığı ile düşünülecek olursa yeni ortaya çıkan bir alanla ilgili önce devletler bir tavır sergileyecek, muhtemelen daha sonra bu tavırlar üzerine bir uluslararası andlaşma inşa edilecektir.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü, andlaşma ve teamülün uluslararası hukukun ayrı ancak birbiriyle ilişkili kaynakları oluşturduğunu ve bu iki kaynaktan birinden türeyen bir normun, diğer kaynaktan türetilen normların içeriği ve yorumu üzerinde etkisi olabileceğini belirtmiş, ancak bu etkinin ne olabileceğinden bahsetmemiştir. Uluslararası hukukun kaynakları olarak andlaşma ve teamül kuralları arasında bir hiyerarşi yoktur. Bununla birlikte Enstitü, uluslararası hukukun uygulanmasında, bir andlaşmadan kaynaklanan ilgili normların, teamül hukukundan kaynaklanan normlara göre taraflar arasında geçerli olacağı sonucuna varmıştır. Bu tartışmalı bir sonuçtur. Enstitü andlaşma ve teamül kuralları çatışıyor olsa, andlaşmanın geçerli olacağını sonucuna varmıştır. Enstitüye göre hiyerarşi genellikle kabul edilmiyor olabilir, ancak yine de somut uygulama örneklerinde açıkça andlaşma kurallarının önce geldiği görülmektedir⁵⁶.

Türk doktrininde de Acer ve Kaya⁵⁷, Aksar⁵⁸, Pazarcı⁵⁹, Sur⁶⁰ bu görüşte olmakla birlikte Çelik⁶¹, teamül kurallarına öncelik verir görünmektedir. Ancak aynı konuda bir andlaşma ve teamül normu varsa ve bu normlar çatışıyorsa, Divan kesinlikle andlaşmayı öncelikle

⁵⁴ SANDS, Philippe, "Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law", Yale Human Rights and Development Law Journal, 1998, V. 1, I. 1, pp. 85- 106, p. 96.

⁵⁵ SANDS, p. 92.

⁵⁶ SANDS, p. 96.

⁵⁷ ACER Yücel ve KAYA İbrahim, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Baskı, Ankara, 2018, s. 66.

⁵⁸ AKSAR, s. 78.

⁵⁹ PAZARCI, s. 257.

⁶⁰ SUR, s. 87.

⁶¹ ÇELİK, s. 187.

uygulayacaktır demek mümkün görünmemektedir. Bu konu aşağıda daha ayrıntılı ele alınacaktır.

Kuralların oluşumu bakımından ele alınacak olursa, devletlerin egemenliği ilkesi gereği bir devlet herhangi bir iki taraflı veya çok taraflı bir andlaşmaya katılıp katılmama konusunda tamamen serbesttir. Devletin burada aktif davranışı gerekir. Ancak bir teamül kuralı, devlet tamamen pasif kalsa da oluşabilir⁶². Bunun için genel bir uygulama ve *opinio juris* yeterli olacaktır. Teamül kuralından kurtulmanın tek yolu ise, kural henüz oluşum aşamasındayken “sürekli itiraz” etmektir⁶³. Bu şekilde bir teamül kuralı oluştuğunda kural olarak “sürekli itiraz” eden devleti bağlamaz. Dahası, sonradan ortaya çıkan devletlerin de genel olarak teamül kurallarıyla bağlı oldukları, bunlara itiraz edemeyecekleri kabul edilir⁶⁴.

Özellikle sömürgeci bağımsızlığını kazanan uluslar, bir önceki devletin kendileri adına imzaladığı andlaşmalarla bağlı kalmak istemiyorlardı⁶⁵. Bu sebeple yeni bağımsızlık kazanan bir devlet, kural olarak⁶⁶ eski devletin imzaladığı andlaşma ile bağlı olmak zorunda değildi⁶⁷. Buna rağmen ve diğer devletlerle – yani oluşum aşamasında itiraz etme fırsatı bulan devletlerle – bir eşitsizlik yaratmasına rağmen, genelde bu devletlere teamül hukuku kurallarına itiraz etme hakkı tanınmamaktadır.

Andlaşma konusunda neredeyse tamamen bağımsız – andlaşma kurallarının teamül kurallarına dönüştüğü veya onları kodifiye ettiği hal-ler hariç – davranabilen devletler, söz konusu teamül kuralları olunca bağımsızlıkları görece sınırlanmış görünmektedir. Bir teamül hukuku kuralından kaçışın tek yolu ısrarlı itirazdır ve bu da ancak kuralın oluşumu aşamasında yapıldığı takdirde kabul görür.

Elbette bahsedilen hususların sebeplerini de görmezden gelmek mümkün değildir. Bir teamül kuralının oluşması veya oluşsa bile bunun bağlayıcılığının ispatlanması bir andlaşma kuralına göre çok daha zordur. Ancak bir kez oluşuktan sonra artık evrensel olarak geçerli bir

⁶² PAZARCI, s. 245.

⁶³ SUR, s. 86.

⁶⁴ ÖKTEM s 493-494.

⁶⁵ SUR, s. 156.

⁶⁶ Sınır andlaşmaları hariç.

⁶⁷ Bkz. AYBAY ve ORAL, s. 295.

teamül hukuku kuralından bahsetmek mümkündür – ki kural olarak andlaşma hukuku kuralları böyle değildir.

Dahası bir andlaşma Sözleşme’de de belirtildiği şekilde çeşitli şekillerde sona erebilir. Andlaşma sona erdiğinde, andlaşmadan kaynaklanan hak ve yükümlülükler de sona erecektir. Ancak bir teamül hukuku kuralının, andlaşmalarda olduğu gibi devlet iradesiyle sona ermesi mümkün görünmemektedir. Teamül hukuku kuralları, zaman içerisinde değişebilir, ancak devletler tek başlarına bu yönde bir irade göstererek o kuralları sona erdiremezler.

Bir andlaşma kuralından söz edildiğinde, her ne kadar andlaşma revizyon ve tadil hükümlerine sahip olsa da büyük olasılıkla değişmeden kalacak bir belgede ilgili normu “dondurma” işlevi göreceğini söylemek mümkündür⁶⁸. Teamül kuralları ise bu bakımdan daha esnekler.

Yine unutmamak gerekir ki uluslararası andlaşmaları tarafları için bağlayıcı kılan kural bir teamül normu olan *pacta sunt servanda*dır. Ayrıca teamül kurallarının önemli bir yönü de yalnızca genel olarak kabul edil-seler bile evrensel olarak uygulanabilir olmalarıdır. Teamül hukuku andlaşma kuralları gibi üzerinde müzakere edilerek oluşturulmamıştır, bu da oluşan normların devletlerin birtakım pazarlıklarına tabi olmaması anlamına gelmektedir⁶⁹.

Devletler üzerinde evrensel olarak bağlayıcı olan mevcut andlaşmalar, bu tür bir andlaşma evrensellik sağlandığı andan itibaren teamül niteliğinde de olsa, bir andlaşma hukuku meselesi olarak taraf devletlere uygulanır⁷⁰. Ancak bir andlaşmadan bağımsız olarak oluşmuş teamül normu ise, bütün devletler için bağlayıcı olacaktır.

Toparlamak ve maddeler halinde belirtmek gerekirse andlaşma ve teamül normlarının birbirini etkilemesi şu üç şekilde gerçekleşebilir;

- İlk durumda bir andlaşma bir teamül kuralını kodifiye eder veya belirgin kılar.

- İkinci durumda bir andlaşma ile teamül kuralı aynı anda var olur.

- Üçüncü durumda bir andlaşma kuralı bir teamül kuralı oluşturabilir, ancak bunun için norm yaratıyor olması gerekir – ki bu da genellikle çok taraflı andlaşmalarda mümkündür. Belirtmek gerekir ki, iki taraflı

⁶⁸ JIA, p. 92.

⁶⁹ CROOTOFF, pp. 297-298.

⁷⁰ JIA, p. 92.

andlaşmalar da teamül hukuku oluşturma potansiyeline sahiptir, ancak diğer şartların da gerçekleşmesi gerekir⁷¹.

II. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesindeki Düzenleme

Viyana Andlaşmalar Hukuku sözleşmesi, uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin olarak şu üç konuyu ele almaktadır.

- Aynı konuyla ilgili iki ya da daha fazla andlaşma arasındaki ilişki,
- Bir *jus cogens* kuralı ile bir andlaşma arasındaki ilişki
- Bir andlaşma ile diğer hukuk kuralları arasındaki ilişki⁷².

Kural olarak andlaşmalar nisbi etkiye sahiptir, yani yalnızca tarafları bağlar. Ancak doktrinde “objektif statü yaratan andlaşmalar” şeklinde adlandırılan ve üçüncü devletler adına hak ve yükümlülükler yaratan andlaşmaların varlığı da genel olarak kabul edilmektedir. Bu tür andlaşmalar genellikle devlet statüsü, deniz ve boğazların statüsü ve bazı uluslararası örgütlerin uluslararası kişiliği gibi andlaşmalardır. Bu tür andlaşmalar da tıpkı *jus cogens* gibi *erga omnes* etki doğurur⁷³.

Bu durum klasik andlaşmalar hukukundan farklı bir durum yaratır ve bu açıdan teamül kurallarına benzetilebilir. Tıpkı Sözleşmenin 38. maddesinde belirtildiği gibi bir andlaşma hukuku kuralı teamül hukuku kuralı haline geldiyse, artık taraf olmayanlara karşı da ileri sürülebileceği gibi, objektif durum yaratan andlaşmalar da böyle bir etki yaratır. Bu husus Sözleşmede, “Andlaşmalar üçüncü devletler ile ilgili kurallar bir andlaşmada yer alan bir teamül hukuku kuralı olarak bu sıfatla tanınması üzerine üçüncü bir devleti bağlamasını engellemez” şeklinde düzenlenmiştir.

Sözleşmenin giriş bölümünde ise “Uluslararası teamül hukukunun kuralları, bu Sözleşme hükümlerince düzenlenmeyen sorunları yönetmeye devam edecektir” hükmünü getirmiştir. Böylelikle Sözleşmenin kendisine bir nevi öncelik tanıdığını, bu sözleşme ile düzenlenen sorunların öncelikle bu sözleşmeye göre çözüleceğini, ancak kural bulunmadığı takdirde teamül kurallarına başvurulacağını söylemek mümkündür. Elbette bu sözleşme de bir uluslararası andlaşmadır ve kural olarak sadece tarafları için etki doğurmaktadır ancak bu sözleşmeye hem pek çok devlet

⁷¹ JIA, pp. 92-93.

⁷² SANDS, pp. 93-94.

⁷³ PAZARCI, ss. 213-214.

tarafıdır hem de bir çok ögesinin teamül normu olma ihtimali vardır ve bu ihtimali göz ardı etmek mümkün değildir.

Bunların dışında Viyana Sözleşmesi, belirli bir andlaşma ile ilgili olarak teamül hukuku normların uygulanmasına ilişkin bir kural içermektedir. Bu ilişki Viyana Sözleşmesi'nin 31. ve 32. maddeleri kapsamında bir yorum meselesi olarak ele alınabilir.

Viyana Sözleşmesi 31/3/b andlaşmaların yorumlanmasında *“Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili olarak, daha sonraki herhangi bir uygulaması”*nın dikkate alınacağını belirtir. Bu hüküm de geniş anlamda teamüli yorum olarak nitelendirilebilir⁷⁴.

Madde 31/1'e göre, bir andlaşma *“andlaşmanın bütünü içinde olağan anlama göre ... kendi bağlamında ve amacı ve amacı ışığında iyi niyetle”* yorumlanmalıdır. Madde 31/2, bağlamsal materyale ilişkin rehberlik sağlar. Daha sonra madde 31/3, bağlamla birlikte, yorumlama, müteakip uygulama ve c bendinde *“ taraflar arasındaki ilişkilerde geçerli uluslararası hukukun ilgili her türlü kuralının dikkate alınacağını”* belirtir. Maddedeki formülasyon, teamül kurallarını içerecek kadar genişler⁷⁵. Bu teamül kuralları genel veya bölgesel teamül kuralları olabilir⁷⁶.

Sözleşmenin lafzi yorumu, yorum kurallarına ilişkin bir dizi parametre oluşturmaktadır. Öncelikle bir andlaşmanın yorumlanmasında teamül normunun dikkate alınabilmesi için, o normun *“ilgili”* ve *“uygulanabilir”* olması gerekmektedir. İlgili olması konuyu, uygulanabilir olması ise hukuki niteliğini belirtir. Yani ilgili teamül normu andlaşmaya taraf devletler için bağlayıcı olmalıdır⁷⁷. Teamül hukukunun evrensel olarak bağlayıcı olduğunu kabul edersek bahsedilen yorum gereksiz gibi görülebilir, ancak bölgesel örf adet kuralları genel kurala bir istisna oluşturduğundan, her yorumda bağlayıcılık ayrıca dikkate alınmalıdır.

Öyleyse andlaşmanın yorumu konusunda bir anlaşmazlık çıktığında, klasik yorumlama yöntemlerinin yanı sıra gerektiği takdirde teamül hukuku kurallarına da başvurulabilecektir. Her ne kadar madde metni taraflar arasındaki ilişkilerde geçerli dese de teamül kuralları

⁷⁴ ÖKTEM, s. 310.

⁷⁵ SANDS, p. 95.

⁷⁶ ÖKTEM, s. 309.

⁷⁷ SANDS, p. 102.

evrensel kurallar olduğundan, konuya uygun olduğu ölçüde bu noktada uygulanabilecektir.

III. Uluslararası Adalet Divanı Uygulamasından Örnekler

Divan'ın kararlarında doğrudan bir hiyerarşik saptama aramak beyhude olacaktır. Divan, Statünün kendisini yetkilendirdiği gibi önüne gelen davaları her üç kaynağa da başvurarak çözmektedir. Bununla birlikte, Divan'ın bazı kararları, konuya ilişkin önemli ipuçları içerebilir.

Bu bağlamda ilk olarak Divan'ın önemli saptamalar içeren Nikaragua davasına⁷⁸ bakmamız gerekir. Bu dava Amerika Birleşik Devletleri ile Nikaragua arasında askeri ve yarı askeri faaliyetlere ilişkindir. Divan kararında B.M. Andlaşmasının 51. maddesinde düzenlenen bireysel ve kolektif meşru müdafaa hakkının teamül hukukuna atıf yaptığını belirtmiştir. Bunda, maddede belirtilen “doğal hak” ifadesinden yola çıkılmıştır. Ayrıca madde meşru müdafaa hakkının tüm yönlerini düzenlememektedir. Örneğin teamül hukukunda yerleşmiş olan meşru müdafaa hakkının kullanılması için gereklilik ve orantılılık şartları maddede belirtilmiş değildir. Bununla birlikte yine meşru müdafaa hakkının kullanılması için gerekli olan “silahlı saldırı”nın tanımı da maddede yapılmış değildir.

Bu nedenle 51. maddenin teamül hukukundaki meşru müdafaa hakkını “kapsadığı” söylenemez. Daha ziyade, mevcut ihtilaf için önemli olan alanda, uluslararası teamül hukukunun andlaşma hukukunun yanında varlığını sürdürdüğünü göstermektedir. Dolayısıyla, iki hukuk kaynağının kapsadığı alanlar tam olarak örtüşmez ve kurallar tam olarak aynı içeriğe sahip değildir.

Yine karara göre, teamül normu ve andlaşma normu tam olarak aynı içeriğe sahip olsa bile, bu Divan'ın, teamül normunun andlaşma hukukuna dahil edilmesinin teamül normunun ayrı olarak uygulanabilirliğinden mahrum bırakması gerektiğine karar vermesi için bir neden değildir. Uluslararası andlaşma hukuku ve teamül hukukunda aynı kuralların varlığı, Divan tarafından Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği⁷⁹ davasında da açıkça kabul edilmiştir. Daha genel olarak, uluslararası teamül hukuku, andlaşma hukuku ile aynı kurallardan oluştuğunda, ikincisinin ilkinin

⁷⁸ Nicaragua Case, p. 392.

⁷⁹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

“denetlediğini”, böylece uluslararası teamül hukukunun artık kendine ait bir varlığının kalmayacağını iddia etmek için hiçbir gerekçe yoktur.

Mevcut ihtilafta, Divan yargı yetkisini kullanırken tarafların kuvvet kullanma yasağı ve iç işlerine müdahale yasağı kuralları ile hem andlaşma hukuku meselesi hem de teamül hukuku kapsamında bağlı olduklarını göz ardı edemez. Ayrıca, tarafları söz konusu kurallara bağlayan andlaşma hukuku kurallarından ayrı olarak, bunların geçerliliğini teamül hukuku olarak kabul ettiklerini başka şekillerde ifade ettikleri çeşitli durumlar olduğunu da saptamıştır.

Böylece Divan, meşru müdafaa hakkı kapsamında, andlaşma hukuku normlarının ve teamül normlarının aynı anda mevcut olduğunu ve uyumsuzluğu değerlendirirken her ikisini de göz önüne alacağını belirtmiştir. Kararda da açıkça belirtildiği üzere, bir devlet B.M. Andlaşmasının 51. maddesinde belirtilmiş olan meşru müdafaa hakkına başvurduğunu söylese bile, yine de bu hak kullanılırken teamül hukukunda yerleşmiş olan gereklilik ve orantılılık kıstaslarına da uymak zorundadır. Aksi takdirde teamül hukukunu ihlal etmiş olur ve devletin uluslararası sorumluluğu doğar.

Yine 51. maddeye göre taraf devletler meşru müdafaa hakkı kapsamında aldıkları önlemleri derhal Güvenlik Konseyi'ne bildirmekle yükümlü kılınmıştır. B.M. Andlaşması hemen hemen bütün devletler için bağlayıcıdır, ancak bir devlet andlaşma hukukundan kaynaklanan değil de teamül hukukundan kaynaklanan meşru müdafaa hakkını kullandığını belirterek böyle bir şekli şarttan kurtulabilir mi?⁸⁰

Bu davada Amerika Birleşik Devletleri meşru müdafaa hakkını kullandığını iddia ediyordu, ancak olayın gerçekleştiği tarihlerde veya sonrasında Güvenlik Konseyi'ne bu yönde bir bildirim yapılmamıştı. B.M. Andlaşmasına göre bir şekil şartı olarak beliren bildirim yükümlülüğünün ihlali, teamül hukukunun ihlalini oluşturmuyordu. Ancak bildirim eksikliği Amerika'nın B.M. Andlaşmasının 51. maddesine göre hareket ettiği inancını zedeliyordu⁸¹.

Eğer 51. madde kapsamındaki bildirim yükümlülüğü meşru müdafaa hakkına başvurmanın esaslı bir koşulu olarak görülecekse, bu bir B.M.

⁸⁰ JIA, p. 99.

⁸¹ RUYS, Tom, 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2010, p. 69.

taraf devletin meşru müdafaa hakkını kullanmasının teamül hukukuna uygun, ancak andlaşma kurallarına aykırı olduğu anlamına gelebilir. Uygulama genellikle bildirim yükümlülüğünün ihlalinin doğrudan meşru müdafaa hukukiliğini etkilemediği, ancak hakkın kullanımı kapsamında alınan önlemlerin meşruluğunu değerlendirirken bir etken olabileceği yönündedir. Doktrin de genellikle, bildirim yükümlülüğünün esaslı değil şekli bir yükümlülük olduğu görüşündedir⁸².

B.M. Andlaşması, andlaşma kapsamında üstlenilen yükümlülüklerle ters düşen diğer uluslararası andlaşmalara üstün gelir. Ancak bu yükümlülüklerle teamül normundan kaynaklanan yükümlülüklerin statüsü çatıştığında ne olacağı tartışmalıdır. Divan meşru müdafaa hakkının kullanılmasında teamül hukukundan kaynaklanan gereklilik ve orantılılık şartlarını belirtmiştir, ancak teamül hakları kullanılırken 51. madde şartlarına tabi olup olmayacağı konusunda bir yorum yapmamıştır⁸³.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Divan, bu kararda hiyerarşik bir değerlendirme yapmaya girişmemiştir. Yalnızca her iki kaynaktaki normun da aynı anda mevcut olduğunu saptamış ve uyuşmazlık çözümünde her ikisini de göz önüne alacağını belirtmiştir. Bir normu diğerine üstün tutacak bir yaklaşım sergilememiştir. Dahası, her iki farklı kaynaktan kaynaklanan yükümlülüklerin uygulanması konusunda da net bir yaklaşım ortaya koymamıştır. Yine de söz konusu kararın, uluslararası hukukun kaynaklarından bir teamül normunun kodifiye edilmesinin, onun teamül hukukundaki varlığını sona erdirmediğini saptaması açısından büyük önemi vardır.

Divan'ın tarafları Macaristan ve Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti olan GabCikovo-Nagymaros Project davasındaki kararı da, özellikle tarafların iddiaları bakımından önem arz eder⁸⁴. Taraflar arasında 1977 tarihinde imzalanan andlaşmaya göre tarafların doğanın korunmasına ilişkin yükümlülüklerine uyulmasını sağlaması gerekiyordu. Slovakya'nın iddialarına göre, 1977 yılında imzalanan andlaşmadan sonra gelişen uluslararası çevre hukuku kuralları *lex specialis* ve andlaşmanın hükümlerine aykırı olduğu takdirde, ancak andlaşmanın her iki tarafının da böyle bir niyetinin olduğu tespit edildiği takdirde olaya uygulanabilir. Macaristan

⁸² RUYS, pp. 70-72.

⁸³ JIA, p. 99.

⁸⁴ GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports, 1997, p. 7.

ise iddialarında ister andlaşmadan ister teamülden doğsun, yeni çevresel normlar ortaya çıktığı takdirde bunlar doğrudan *posterior* olarak ya da mevcut andlaşmanın 15. ve 19. maddelerinin yorumlanması ile dolaylı olarak uygulanabileceğini iddia etmiştir.

Divan kararında konuya ilişkin belirgin bir yaklaşım sergilememiştir. Kararın bazı noktalarında, andlaşmadan veya teamülden doğan yeni normların taraflar arasındaki andlaşmaya ancak tarafların rızası ile uygulanabileceği şeklinde görüş bildirirken, sonuç olarak proje ile ilgili “mevcut standartların dikkate alınması” gerektiğini belirtmiştir⁸⁵.

Divan kararları genel olarak değerlendirildiğinde, Divan’ın bahsedilen hiyerarşik problemin farkında olduğu ancak bunları ad hoc ve açıkça herhangi bir sözleşme maddesine atıfta bulunmadan çözmeye çalıştığı görülür⁸⁶. Divan uygulaması, olası bir çatışma halinde andlaşma kuralının mı teamül kuralının mı uygulanacağına dair genel bir kural vermemektedir. Genellikle Divan’ın her bir olayı kendi özelliklerine göre değerlendirip, davanın koşullarına göre karar verdiği görülmektedir⁸⁷.

IV. Uluslararası Andlaşma ile Teamül Kuralları Arasındaki İlişkiyi Hukuk Genel İlkeleri Bağlamında Değerlendirmek

Uluslararası hukuk bugün kullandığı pek çok kavramı Roma Hukukundan almıştır⁸⁸. Gerçekten de andlaşmalar hukukunun borçlar hukukundan, devletlerin ardıllığı konusunun miras hukukundan ilham aldığı görülmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz ve genellikle “ikame kaynak” olarak adlandırılan hukuk genel ilkeleri, bize diğer kaynaklar arasında yaşanacak bir çatışma halinde rehberlik edebilir.

Medeni hukukta kabul edilen ve genellikle uygar uluslarca kabul görmüş olarak nitelendirebileceğimiz ve konuya ilişkin çatışmayı çözme niteliğine sahip ilkeler;

- *Lex posterior derogat priori* (sonraki kanun öncekini ilga eder.)
- *Lex specialis derogat legi generali* (özel kanun genel kanunu ilga eder.)

⁸⁵ SANDS, pp. 100-101.

⁸⁶ SANDS, p. 101.

⁸⁷ KACZOROWSKA, p. 47.

⁸⁸ BÜYÜK, s. 64.

- *Lex superior derogat legi inferioridir.* (üst kanun alt kanunları ilga eder.)

Uluslararası hukukta hem andlaşma hukuku kuralları hem de teamül hukuku kuralları her geçen gün gelişmekte ve ortaya yeni kurallar çıkabilmektedir. Bu sebeple olası bir çatışma halinde kesinlikle andlaşma hukuku kuralı uygulanacaktır demek mümkün değildir. Bu durumda, yukarıda belirtilen ilkelerin hepsi kullanılarak bir yorum yapılması gerekecektir. Bununla birlikte, uluslararası hukuk kaynakları arasında genel olarak bir hiyerarşinin bulunmadığının kabul edildiğini belirtmiştik. Bu sebeple *lex superior derogat legi inferiori* kuralı, uluslararası hukukun asli kaynakları arasındaki bir çatışmada kullanılamaz.

Ayrıca uluslararası hukukta kuralın kaynağının bir andlaşma, teamül veya hukuk genel ilkesi olması tek başına onun *lex specialis* olduğunu göstermez⁸⁹. Her ne kadar U.A.D. Nikaragua Davası'nda "*Genel olarak, andlaşma kuralları lex specialis olduğundan, bir Devletin böyle bir talebin çözümlü için zaten anlaşma yoluyla araçlar sağlamışsa, bir devletin örf ve adet hukuku kuralına dayalı bir talepte bulunması uygun olmayacaktır*"⁹⁰ ifadesini kullanmışsa da, aslında bir teamül kuralı da *lex specialis* olabilir. Divan'ın mevcut ifadesinin davaya konu olaya ilişkin bir değerlendirme olduğu ve genel bir kural olarak görülemeyeceğinin belirtilmesi gerekmektedir. Zira Divan da "genel olarak" ibaresini kullanarak aksinin de mümkün olabileceğini açıkça belirtmiş olmaktadır. Bu sebeple yalnızca *lex specialis derogat legi generalis* kuralı, tek başına bir çatışmayı açıklamaya yeterli olmaz.

Yine, sonradan oluşacak bir andlaşma hukuku kuralı, onun *posterior* olduğunu gösterir, ancak teamül hukuku *lex specialis* olabilir. Yani tek bir ilkenin uygulanması çatışmayı çözmek için yeterli olmayabilir. Bu duruma örnek olarak denizaltı savaşıyla ilgili kurallar verilebilir. Bu konuyla ilgili sonradan oluşan teamül kuralları hem *posterior* hem de *lex specialis*⁹¹.

Yine, yukarıda da bahsedildiği gibi Cenevre Sözleşmeleri Ek 1. Protokolden kaynaklanan teamül normları ve müteakip devlet uygulamaları, taraf devletlerin Dördüncü Cenevre Sözleşmesi kapsamındaki hukuki yükümlülüklerini genişletmiş, bu da teamül hukukunun *lex posterior*

⁸⁹ KACZOROWSKA, pp. 44-45.

⁹⁰ Nicaragua Case, p. 274.

⁹¹ CROOTOFF, p. 285.

geliştiğini ve devletler için yeni yükümlülükler yarattığını göstermektedir⁹². Bu durumda iki ilkeyi birlikte ele almak zorunludur.

Bazı durumlarda devletler bir andlaşma akdettiklerinde teamül hukuku hala *lex generalis* olarak var olur. Bu durumda özellikle ikili andlaşmalar teamül hukukuna değinmeksizin devletler için hak ve borçlar doğurabilir. Böyle bir durumda andlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler *lex specialis* olarak varlığını sürdürebilir. Bu halde andlaşmanın niteliği önem kazanır. Örneğin bir uluslararası örgütün kurucu andlaşması, sınır andlaşmaları gibi andlaşmalar, *posterior* teamül normu tarafından değiştirilemez, zira bu noktada devletlerin yeni bir norm yaratmak için eski normla çatışan davranışlar sergilemeleri gerekecektir ki, bu pek olası değildir⁹³.

Öyleyse konuyu incelerken her uluslararası andlaşmanın aynı kefiye konması da mümkün değildir. Klasik bir akit andlaşma, *posterior* teamül normu ile çelişebilir, bu durumda Divan, *lex specialis* kuralı uygular, ancak bir sınır andlaşması için bunu söylemek mümkün değildir.

Divan önüne gelen bir uyuşmazlıkta ilk olarak taraflar arasında konuya uygulanabilir ikili veya çok taraflı andlaşma olup olmadığını araştıracaktır⁹⁴. Taraflar arasında var olan ikili bir andlaşma, hem diğer andlaşmalara hem de teamül normlarına göre *lex specialis* olacağı için öncelikle o uygulanır. Eğer bir andlaşma yoksa, Divan teamül normlarına başvurur. Burada da hüküm bulamadığı takdirde hukuk genel ilkelerine göre karar verir.

Ancak, hem taraflar arasında ikili bir andlaşma, hem de aynı konuya ilişkin bir teamül normu olduğu hal, yukarıda belirtilen kuralların uygulanmasını gerektirir. Burada da ikili bir ayırım yapılabilir. Taraflar arasındaki ikili veya çok taraflı andlaşma, teamül normlarına aykırı değildir veya onu kodifiye etmiştir. Bu durumda andlaşma hem *lex specialis* hem de *posterior* olarak uygulanır. Taraflar arasındaki ikili veya çok taraflı andlaşma, teamül normlarına aykırı ise, işte bu noktada bir ayırım yapmak gerekecektir. Kurallardan hangisi *posterior* ve *lex specialis* buna karar verilmelidir. Kural *posterior* ancak *lex specialis* değilse, yani sonradan gelen hüküm genel hükümler niteliğindeyse, bu konuda *lex specialise*

⁹² CROOTOFF, p. 285.

⁹³ CROOTOFF, p. 286.

⁹⁴ SUR, s. 87.

öncelik verilebileceği yönünde görüşler vardır, ancak konu doktrinde de tartışmalıdır. Bu konuda Gözler⁹⁵, “*Generalis clausula non porrigitur ad ea quae antea specialiter sunt comprehensa*” örneğini vermektedir.

Böyle bir durumda *lex posterior* kuralının geri plana atılmasının sebebi, aslında bu kuralın açıkça iç hukuktan doğmasından kaynaklıdır. İç hukukta *lex posterior* kuralı uygulanır, zira, aynı kanun koyucu aynı konuya ilişkin sonradan farklı bir kural koymuştur. Uluslararası hukukta ise bir kanun koyucu bulunmadığı gibi, andlaşma ve teamül normlarının oluşum şartları hatta bazen normları oluşturan aktörler birbirinden farklıdır⁹⁶. Oluşum süreçleri bu kadar farklı olan iki norm arasında doğrudan *lex posterior* kuralı uygulamak, her zaman hukuka uygun sonuçlar doğurmayabilir.

Öyleyse genel kural *lex specialis* olarak ortaya çıkmaktadır. Bir uyuşmazlığa ilişkin ister andlaşma hukukundan ister teamül hukukundan kaynaklansın, hangi norm *lex specialis* ise öncelikle o uygulanır. *Lex specialis* hüküm yoksa, *posterior* hükme bakılacaktır. Her iki kaynakta da bu niteliklere sahip uyuşmazlığı çözmeye haiz bir kural bulunmadığı takdirde Divan, hukuk genel ilkelerine yönelecektir.

Sonuç olarak Divan, önüne gelen bir uyuşmazlıkta Statü’de belirtilen üç kaynağa; yani uluslararası andlaşmalara, teamül hukukuna ve hukuk genel ilkelerine göre karar verecektir. Bu kaynaklar arasında bir çatışma varsa, - *jus cogens* kurallar dışında – Divan *lex specialis* ve *posterior* ilkelerini uygulayarak bir karara varacaktır.

V. Hiyerarşi Problemine Kelsençi Yaklaşım

Kelsen’in normcu teori olarak da bilinen saf hukuk teorisine göre her bir norm, geçerliliğini bir üst normdan alır⁹⁷. Yani Kelsen’in teorisi aslında hukuk kurallarına doğrudan hiyerarşik bir yaklaşımdır.

Geleneksel uluslararası hukukçuların büyük çoğunluğu uluslararası hukuk kaynaklarının, bir kaynağın geçerliliğinin başka bir kaynağa

⁹⁵ GÖZLER, Kemal, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.09.2012, ss. 15-119, s. 69. <https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf> (E.T. 27.12.2020)

⁹⁶ PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, Birleşik Krallık, 2003, p. 97.

⁹⁷ AKSAR, s. 31, ÇELİK, s. 18 vd., PAZARCI, s. 16, SUR, s. 14, TOLUNER, s. 28 vd.

bağlı olduğu şeklinde bir sıralama düşüncesine karşıdır. Yine de bu geçerlilik bağımlılığı biçimi, saf hukuk teorisinin özünü oluşturmaktadır⁹⁸.

Kelsen'e göre uluslararası hukukta normlar uluslararası andlaşmalar ve teamülden doğar. Ancak uluslararası hukuk kişilerinin uluslararası andlaşma yapma yetkisi de aslen teamül hukukundan doğan bir normdur⁹⁹. Böylece, bu iki seviye uluslararası hukuk kaynağı arasında bir hiyerarşi oluşmuş olur.

Bununla birlikte eğer üçüncü grup olarak değerlendirilebilecek - ki bunlar uluslararası mahkeme kararları ve uluslararası örgüt organları tarafından verilen kararlardır - normlar olduğu düşünülürse, bu normların yaratıcısı olan uluslararası mahkemeler ve uluslararası örgütler de kendilerine bu yetkiyi veren uluslararası andlaşma normundan geçerlilik aldıklarına ve bu uluslararası andlaşma yapma yetkisi de yine teamül hukukundan kaynaklanan bir normdan doğduğuna göre, ortaya üç seviyeli hiyerarşik bir ilişki çıkmaktadır¹⁰⁰.

Kelsen'in normcu yaklaşımı, esasen uluslararası hukukun kaynakları arasında hiyerarşi belirlemeye çalışma çabası değildir. Kelsen yalnızca, her bir normun bir üst kaynağına bakarak böyle bir yargıya ulaşmıştır ve teorisi kendi içerisinde tutarlı bir yaklaşım sergiler.

Yine Kelsen'e göre daha yüksek bir norm ile daha düşük bir norm arasında, yani bir başka normun yaratılmasını belirleyen bir norm ile bu diğer norm arasında bir çatışma olamaz, çünkü alt normun geçerliliği daha yüksek normdan kaynaklanır¹⁰¹.

Bu yaklaşımla ele alındığında ortaya çıkan sonuç basittir, uluslararası hukukun kaynakları arasında bir hiyerarşi problemi yoktur, hiyerarşi vardır. Eğer U.A.D. önüne gelen davada hem uluslararası andlaşma hukukunda hem de teamül hukukunda uygulanabilir norm buluyorsa ve bu normlar çatışma içerisindeyse, basitçe teamül hukukundaki normu uygulamalıdır zira teamül normu üst normdur ve aralarında bir çatışma varsa andlaşma hukukundan kaynaklanan normu geçersiz kılacaktır.

Peki bu kaynaklar arasında bir çatışma yoksa? Yani tıpkı Divan'ın Nikaragua davasında belirttiği gibi bir norm aynı anda hem andlaşma

⁹⁸ KAMMERHOFER, p. 176.

⁹⁹ KELSEN, p. 323.

¹⁰⁰ KELSEN, p. 324.

¹⁰¹ KELSEN, p. 324.

hukukunda, hem de teamül hukukunda aynı anda var oluyorsa? Kelsenci yaklaşımla ele alındığında böyle bir problem yoktur. Zira her bir norm kendi düzeyinde geçerliliğini sürdürmeye devam eder. “*Derogasyon yalnızca normatif düzen içinde gerçekleşebilir*¹⁰²”. Böylece aralarında derogasyon bulunmayan iki ayrı norm arasından teamül normu daha üst bir norm olduğuna göre, Divan teamül normunu uygulamalıdır.

Kelsenci yaklaşıma göre bir uluslararası mahkeme kararı üçüncül seviye norm oluşturduğuna göre, Divan’ın Nikaragua davasında verdiği karar üçüncül seviye bir normdur. Bu üçüncül seviye norm geçerliliğini Divan’ın Statüsünden yani onu oluşturan uluslararası andlaşmadan alır. Bu uluslararası andlaşma aynı anda birden fazla kaynaktan norm bulunmasına ilişkin bir hüküm içermediğinden, ortada bir çatışma yoktur. Uluslararası andlaşmanın kendisi ise, yine bir üst seviye olan norma uygun olarak oluşturulmuştur. Öyleyse Divan, Kelsenci yaklaşımla farklı kaynaklarda aynı konuya ilişkin birden fazla norm olduğuna dair norm oluşturabilmektedir.

Kelsenci yaklaşım, bizi uluslararası hukuk çerçevesinde klasik görüşten farklı bir noktaya götürür. Zira yukarıda belirtildiğinin aksine hiyerarşinin kabulü, *lex superior derogat legi inferiori* kuralının uygulanmasına izin verecektir. *Lex superior* hükmün bulunduğu yerde ise *lex specialis* ve *lex posterior* hükümlere bakmaya gerek yoktur¹⁰³. Böyle bir halde karşımıza üst norm olarak teamül hukuku normu çıkmaktadır.

SONUÇ

Doktrinde çokça tartışılmış, üzerine farklı görüşlerin olduğu uluslararası hukuk kuralları arasında hiyerarşinin varlığı sorunu, yalnızca teorik bir tartışma değil, Divan’ın önüne gelen uyuşmazlıkta doğrudan karşılaşılabileceği, yani aslında pratik de bir sorundur. Bu sebeple konunun ayrıntılı olarak incelenmesi uygulama konusunda bize rehberlik edebilecektir.

Neredeyse tüm öğretisi, Divan Statüsü’nün 38. maddesinde belirtilen uluslararası hukuk kaynakları arasında bir hiyerarşi olmadığını benimser, bununla kısmen çelişkili olarak da hukuk genel ilkelerini son sıraya atar. Yazarların belirtmek istediği esasen uluslararası andlaşma ve teamül

¹⁰² KAMMERHOFER, p. 168.

¹⁰³ GÖZLER, s. 68.

kuralları arasında bir hiyerarşinin olmadığı ancak hukuk genel ilkelerinin bunlardan sonra geldiğidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere bu konuda neredeyse görüş birliği vardır denebilir.

Asıl sorun, Divan'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta konuya ilişkin hem bir andlaşma hukuku hem de bir teamül hukuku kuralının bulunmasıdır. Böyle bir durumda Divan'ın nasıl hareket edeceğine ilişkin yaptığımız araştırma, konunun ancak bir diğer uluslararası hukuk kaynağı olan hukuk genel ilkelerine bakarak çözülebileceğini göstermiştir.

Böyle bir durumda Divan, konuya uygulanabilir andlaşma ve teamül hukuku kurallarını beraber ele alacak ve bu iki kural eğer çelişmiyorsa ortada bir sorun olmayacak, Divan *lex specialis* ve *posterior* olan hükmü uygulayacaktır. Bu iki kural çelişiyorsa *jus cogens* kurallar ayrı olmak üzere Divan yine *lex specialis* ve *posterior* ilkelerine başvuracaktır. Ancak, sonradan gelen kural *lex specialis* değilse, yani bir kural hem *posterior* hem de *lex generalis* ise, diğer uluslararası hukuk kurallarına aykırı olmadığı sürece yine *lex specialis* ilkenin uygulanacağını söylememiz mümkündür.

Konu Kelsen'in normcu teorisi bakımından ele alındığında, ortaya klasik görüşlerden farklı bir çözüm çıkmaktadır. Normcu teorinin uluslararası hukuktaki görünümü, kaynaklar arasında bir hiyerarşi olduğuna işaret eder. Bu hiyerarşi, teamül normlarının andlaşma normlarından üstün olduğu, hukuk genel ilkelerinin ise kaynak olarak görülmediği bir profil çizer. Bu yaklaşıma göre böyle bir durumda Divan'ın üst norm olan teamül hukuku normunu uygulayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Yine belirtmek gerekir ki, yapılan saptamalar Divan'ın ilerleyen dönemlerde vereceği kararlara göre değişebilecektir. Unutulmamalıdır ki uluslararası hukuk halen genç bir hukuk dalıdır, bu sebeple ilerideki yargı kararları bize hiyerarşi konusunda daha net kurallar verebilecektir.

KAYNAKLAR

- ACER** Yücel ve **KAYA** İbrahim, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Baskı, Ankara, 2018.
- AKSAR**, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2019.
- AYBAY**, **Rona** ve **ORAL Elif**, Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- BÜYÜK**, **Mehmet Emin**, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- CROOTOFF**, **Rebecca**, "Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties", *The Yale Journal of International Law*, V. 41, I. 2, 2016, pp. 238, 299.
- ÇELİK**, **Edip F.**, Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.
- GÖZLER**, **Kemal**, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.09.2012, ss. 15-119. <https://www.ana-yasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf> (E.T. 27.12.2020)
- GÜNDÜZ**, **Aslan**, Milletlerarası Hukuk (Ed. Reşat Volkan Günel), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.
- JIA**, **Bing Bing**, "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*, V. 9, I. 1, 2010, pp. 81-109.
- KACZOROWSKA**, **Alina**, Public International Law, Fourth Edition, Routledge, Birleşik Krallık, 2010.
- KAMMERHOFER**, Jörg, Uncertainty in International Law A Kelsenian Perspective, Routledge, Taylor&Francis e-Library, 2010.
- KELSEN**, Hans, Pure Theory of Law, Tra. Max Knight, Fifth Edition, The Lawbook Exchange, Amerika Birleşik Devletleri, 2008.
- KOLB**, Robert, Peremptory International Law Jus Cogens A General Inventory, Hart Publishing, Birleşik Krallık, 2015.
- O'CONNELL**, Mary Ellen, Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms, The Role of Ethics in International Law (Ed. CHILDRESS, Donald Earl III), Cambridge, Amerika Birleşik Devletleri, 2012.
- ÖKTEM**, **Emre**, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta, İstanbul, 2013.

- PAUWELYN**, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, Birleşik Krallık, 2003.
- PAZARCI, Hüseyin**, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 13. Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- RUYS, Tom**, 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2010.
- SANDS, Philippe**, "Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1998, V. 1, I. 1, pp. 85- 106.
- SHAW, Malcolm N.**, *International Law, Fifth Edition*, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2003.
- SUR, Melda**, *Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı*, İstanbul, 2019.
- TOLUNER**, Milletlerarası Hukuk (Giriş Kaynaklar), Derleyen ve Düzenleyenler: TUTUNCU, Ayşe Nur, ARIKOĞLU, Enver, AKUN, Verda Neslihan, BAŞKARACAOĞLU, Elif, Beta, İstanbul, 2017.

MAHMEKE KARARLARI

- Advisory Opinion on the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, 1971 I.C.J. 16, 31.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, 1. C. J. Reports 1996, p. 595, Separate Opinion of Judge Lauterpacht.
- Fisheries Case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p.116.
- GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports, 1997, p.7.
- "Kadi v Council and Commission", C.J.E.U. Case T-315/01, 21.09.2005.
- HCJ 9132/07 Al-Bassiouni Ahmed v. Prime Minister, TT 13, 15 (2008) (Isr.).
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392.
- North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

