

PAPER DETAILS

TITLE: ULUSLARARASI KAMU HUKUKU BAGLAMINDA ISRARLI ITIRAZCI DOKTRINI

AUTHORS: Özge BILGE

PAGES: 864-897

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2412440>

ULUSLARARASI KAMU HUKUKU BAĞLAMINDA ISRARLI İTİRAZCI DOKTRİNİ

THE PERSISTENT OBJECTOR DOCTRINE IN THE CONTEXT OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Araştırma Makalesi

Özge BİLGE*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	865
I. ISRARLI İTİRAZCI DOKTRİNİNİN GELİŞİM SÜRECİ.....	867
II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU’NUN ÇALIŞMASI	872
III. ISRARLI İTİRAZIN SÜJESİ	876
IV. İTİRAZIN NİTELİĞİ.....	878
V. ISRARLI İTİRAZIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI.....	879
A. “Kuralın Oluşum Aşamasında İtiraz Edilmesi” Şartı	879
B. “İtirazın Devamlılığı” Şartı	881
C. İtirazın “Açıkça Beyan Edilme” Şartı.....	883
D. İtirazın “Diğer Devletlerce Bilinmesi” Şartı	887
E. İtirazın “İsrarlı ve İstikrarlı Olma” Şartı.....	887
VI. ISRARLI İTİRAZCI DOKTRİNİNİN SINIRI	889
SONUÇ	892
KAYNAKÇA.....	893

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1112889

Makalenin Geliş Tarihi: 05.05.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 13.06.2022

* Dr., Birleşmiş Milletler Cenevre Ofisi Nezdinde Türkiye Cumhuriyeti Daimi Temsilciliği Hukuk Müşaviri.

E-posta: ozgebilge@yahoo.com

ORCID: 0000-0001-7830-7414

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır. Bu çalışmada yer alan görüşler yazarın bireysel görüşü olup, çalıştığı kurumun görüşlerini yansıtmamaktadır.

ÖZ

Uluslararası kamu hukukunun asli kaynakları arasında olan uluslararası teamül hukuku, devletlerin ve kimi zaman uluslararası örgütlerin uluslararası hayatı ilgilendiren belli konulardaki hukuki inançlarına dayanan uygulamadan doğmaktadır. Bu kurallara devletlerin uyması beklenmektedir. Bu beklentinin istisnasını ısrarlı itirazcı doktrini oluşturur. Nitekim devletler hukuk önünde eşittir ve iradeleri önem taşımalıdır. İsrarlı itirazcı doktrinine göre bir devletin, bir uluslararası teamül hukuku kuralına, bu kuralın oluşum sürecindeyken itiraz etmesi halinde, bu kural, ilgili devlete karşı, itirazını sürdürdüğü müddetçe, ileri sürülemez. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Uluslararası Teamül Hukukunun Tespiti" başlıklı çalışmasında ısrarlı itirazcı doktrini, genel kabul gördüğü vurgusuyla, 15. taslak sonuç hükmü olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede, ısrarlı itirazcı doktrini, Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışması, yargı kararları, uygulama ve öğretideki görüşler çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İsrarlı itirazcı, İtiraz, Teamül hukuku, Uluslararası Hukuk Komisyonu, Devamlılık

ABSTRACT

The international customary law, which is among the main sources of international public law, arises from the practice based on the legal beliefs of the states and sometimes international organizations on certain issues that concern international life. States are expected to comply with these rules. The exception to this expectation is the persistent objector doctrine. As a matter of fact, states are equal before the law, and their will should be important. According to the persistent objector doctrine, if a State objects to a rule of customary international law while the rule is in the process of its formation, that rule cannot be invoked as long as she maintains her objection against the relevant State. In the United Nations International Law Commission's study titled "Identification of Customary International Law", the persistent objector doctrine was accepted as the 15th draft conclusion, emphasizing that it is well established. In this context, the persistent objector doctrine has been examined in this study within the framework of the International Law Commission work, judicial decisions, practice and doctrine.

Keywords: Persistent objector, Objection, Customary law, International Law Commission, Permanence

GİRİŞ

Uluslararası kamu hukuku, devletlerin ve kimi zaman uluslararası örgütlerin eşitlik ilkesi içinde birlikte oluşturdukları kurallardır. Kuralları oluşturan bir üst otoritenin olmayışı ve yazılı olmayan kuralların yazılı kurallara kadar etkin olması uluslararası hukukun oluşumunu ve tespitini zorlaştıran etkenlerdir.

Uluslararası hukukun maddi kaynakları uluslararası hukuk kurallarının özünü ve varlık nedenini oluşturan öğeler; biçimsel kaynakları ise hukuk kurallarını saptayan ve bildiren kaynaklardır¹. Biçimsel kaynaklar, Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün² 38. maddesinde asli ve yardımcı kaynaklar şeklinde ikiye ayrılmakta olup³; buna göre, asli kaynaklar andlaşmalar, uluslararası teamül (örf ve âdet, yapılageliş veya gelenek hukuku) kuralları ile hukukun genel ilkeleridir; yardımcı kaynaklar ise hukuk kuralı yaratmayan ancak kuralların içeriğinin saptanmasında yararlanılan yargı kararları ve öğretidir⁴.

Asli kaynaklar arasında yer alan ve yazılı olmayan uluslararası teamül kuralları, devletlerin uluslararası hayatı ilgilendiren belli konulardaki hukuki inançlarına dayanan uygulamalarından doğmaktadır⁵. UAD Statüsü'nün 38. maddesinde teamül, “hukuk kuralı olarak kabul edilen genel uygulamanın kanıtı” şeklinde belirtilmektedir.

Bu çerçevede, bir kuralın uluslararası teamül olarak kabul edilmesi için maddi unsur olarak, aynı durumlarda aynı davranışların genel ve sürekli olarak tekrarlanması aranır⁶. Manevi unsur olarak ise bu uygulamanın devletlerce “hukuk” olarak benimsenmiş olması gerektiği kabul edilmektedir⁷. Bütün devletlerin açık bir mutabakatı olmasa bile genel olarak kabul edilmiş bir uygulama uluslararası teamül niteliğinde olabilir⁸.

Bölgesel ve evrensel teamül kuralları gibi ayrımlar bulunsa dahi, asli kaynaklar arasında yer alan teamül kuralları, etki ettiği alan kapsamında bütün devletler için

¹ PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 17. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 38.

² UAD, **Uluslararası Adalet Divanı Statüsü** (*Statute of the International Court of Justice*), <https://www.icj-cij.org/en/statute> (erişim tarihi 28.04.2022).

³ Bu ayırım Milletler Cemiyeti döneminde Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin aynısıdır. Bkz. **Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü** (*Statute of the Permanent Court of International Justice*), <https://www.icj-cij.org/en/pcij> (erişim tarihi 28.04.2022).

⁴ PAZARCI, 2018, s. 39; SUR, Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 12. Basım, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2018, s. 19.

⁵ GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, 9. Basım, Savaş Yayınevi, Ekim 2018, s. 16.

⁶ SUR, 2018, s. 81.

⁷ GÜNDÜZ, 2018, s. 15.

⁸ SUR, 2018, s. 81.

bağlayıcı kabul edilmektedir. Bu noktada, devletlerin eşitlik ilkesi içinde oluşturdukları bu kurallarda, devletlerin iradesinin etkisi sorgulanabilecektir. Bir devlet, uluslararası teamül kuralını uygulamama hakkına sahip midir? Diğer bir ifadeyle, devletlerin eşitliği ilkesi dikkate alındığında, devlet iradesine göre bir hukuk kuralından muafiyet mümkün müdür? Bir devlet bir teamül kuralına itiraz ediyorsa, bu itiraz hangi şartlarda hukuken geçerli olabilir?

Bu çalışmada, uluslararası kamu hukukunun asli kaynakları arasında yer alan ve yazılı olmayan teamül kurallarına devletlerin itirazı ve bu itirazın geçerlilik şartları BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (*International Law Commission*, UHK) hazırladığı "Taslak Sonuçlar" (*Draft Conclusions*), diğer uluslararası çalışmalar, uygulama, öğretideki görüşler ve yargı kararları kapsamında açıklanacaktır.

I. ISRARLI İTİRAZCI DOKTRİNİNİN GELİŞİM SÜRECİ

Uluslararası teamül kuraları, doğası gereği uluslararası toplumun bütün üyelerine karşı eşit etkide kabul edilmekte ve dolayısıyla uluslararası toplumun herhangi bir üyesinin çıkarı doğrultusunda kuraldan tek taraflı muafiyeti mümkün olmamaktadır⁹. Bununla birlikte, bu anlayış, bu tür bir kuralın oluşmasına kesinlikle ve sürekli karşı çıkan devletlere karşı bunun uygulanabileceği anlamına gelmez¹⁰. Nitekim, devletler, hukuk önünde eşittir ve uluslararası hukukun temeli devletlerin müşterek rızasına dayanmaktadır¹¹. Diğer bir ifadeyle devletlerin egemen eşitliği, bazı sınırlamaları gerekli kılar¹². Bu durum ısrarlı itirazcı "kuralı" veya "doktrini" olarak anılmaktadır.

Anılan doktrinin 18. yüzyıla dayandığına ilişkin emareler olmakla¹³ birlikte, "ısrarlı itirazcı" (*persistent objector*) isminin ortaya çıkışının *Brownlie*'nin, ilk baskısı

⁹ UAD, **Kuzey Denizi Kıta Sahaneli Davası**, Karar Tarihi: 20.02.1969, s. 38-39, par. 63, <https://www.icj-cij.org/en/case/52/judgments> (erişim tarihi 28.04.2022).

¹⁰ PAZARCI, 2018, s. 113.

¹¹ GÜNDÜZ, 2018, s. 20.

¹² BOAS, Gideon, **Public International Law Contemporary Principles and Perspectives**, Edward Elgar Publishing Inc., Birleşik Krallık, 2012, s. 94.

¹³ GREEN, James A., **The Persistent Objector Rule in International Law**, Oxford University Press, 2016, s. 24.

1966 yılına ait olan “Uluslararası Kamu Hukuku İlkeleri” (*Principles of Public International Law*) başlıklı kitabı ile olduğu kabul görmektedir¹⁴.

Kuralın babası olduğu ileri sürülen Stein¹⁵, 1974 yılında kaleme aldığı makalesinde, ısrarlı itirazcılığın kabulünün devleti temel alan Ortodoks doktrinden ortaya çıktığını ileri sürmektedir. Nitekim, uluslararası hukukta kural koyan üst otorite bulunmamaktadır ve bu itibarla, hukuk, devletlerin iradesine göre belirlenmelidir; bu bakımdan uluslararası hukuk kuralları en azından açıkça ve ısrarla karşı çıkan devlete karşı ileri sürülemez¹⁶. Bu çerçevede, ısrarlı itirazcı doktrini uluslararası hukukta devletlerin rızasının merkezi rolünün teyididir¹⁷.

İsrarlı itirazcı kavramının öncülüğünü Sovyet hukukçu Tunkin’in yaptığı da ileri sürülmektedir¹⁸. Tunkin’in görüşüne göre, Soğuk Savaş döneminde, *Anglo Sakson* literatürünün uluslararası teamüle yüklediği evrensellik, muhalif Doğu blokuna dayatılabilmektedir. Bununla birlikte, 1960’larda ve 1970’lerde bağımsızlık kazanan devletlerin BM Genel Kurulu’nda çoğunluğu ele geçirmesini müteakip, batılı devletler, özellikle deniz alanları ve yabancı sermayenin korunmasına uygulanacak rejimler gibi konularda uluslararası teamül hukukunun gelişiminde kontrollerini kaybettiler ve ısrarlı itirazcı kavramı da bu duruma Batının geliştirdiği bir karşı duruş olarak ortaya çıktı¹⁹. Bu bağlamda, bu doktrinin batılı devletlerin uluslararası teamül hukuku kurallarının gelişimindeki kontrolü kaybetme korkularıyla ilgili olduğu ileri sürülmektedir²⁰.

¹⁴ Bu görüşü destekleyen yazarlar için bkz. GREEN, 2016, s. 23, dn.10.

¹⁵ INGMAN, Fredric, **Persistent Objector - The Demise of a Hero**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2008, s. 29.

¹⁶ STEIN, Ted. L., “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, **Harvard International Law Journal**, Yıl: 1985, Cilt: 26, Sayı: 2, s. 458 - 459.

¹⁷ MURPHY, Sean D., **Principles of International Law**, 2. Basım, Concise Hornbooks Thomas Reuters, 2012, s. 95.

¹⁸ ÖKTEM, Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, 1. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2013, s. 472 - 473.

¹⁹ KELLY, J. Patrick, “The Twilight of Customary International Law”, **Virginia Journal of International Law**, Yıl: 1999-2000, Cilt: 40, s. 511, 512 ve 514’ten naklen ÖKTEM, 2013, s. 472 - 473.

²⁰ DUMBERRY, Patrick, “Incoherent and Ineffective: the Concept of Persistent Objector Revisted”, **International and Comprparative Law Quarterly**, Yıl: 2010, Cilt: 59, Sayı: 3, s. 783.

Öğretide, ısrarlı itirazcı doktrininin uluslararası hukukun genel kuralları arasında olduğu belirtilmektedir²¹. İsrarlı itirazcı kavramına ilişkin daha geçmiş örnekler²² bulunmakla birlikte, UAD'ın Kolombiya ve Peru arasındaki Sığınma Hakkı (1949-1950)²³ ile İngiltere ve Norveç arasındaki Balıkçılık (1949-1951)²⁴ davalarının öncü rolü bulunmaktadır.

UAD'ın Sığınma Hakkı davasında, davaya konu olayda, bir darbe teşebbüsü sonrasında Peru hükümeti tarafından aranan *Haya de La Torre*'ye Kolombiya'nın Lima'daki Büyükelçiliği tarafından sağlanan siyasi sığınma hakkı çerçevesinde geçiş izni verilmesi istenmiş olup; Peru bu talebi kabul etmemiştir. UAD esasen, siyasi sığınma hakkına ilişkin bir teamül kuralının ortaya çıkması için gereken devamlı ve yeknesak uygulamanın bulunmadığına, bu yöndeki devlet uygulamalarının belirsiz ve çelişkili olduğuna kanaat getirmiştir²⁵. Ayrıca ısrarlı itirazcı kavramına ilişkin olarak UAD, böyle bir bölgesel teamül hukuku kuralının varlığı kabul edilse bile, kuralı benimsediğini gösteren bir hareketi bulunmadığı gibi, söz konusu kurala yer veren 1933 ve 1939 Siyasi Sığınmaya dair Montevideo Sözleşmelerini onaylamayarak kuralı reddettiğini gösteren Peru'ya karşı bu kuralın ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir²⁶. Bu davada kuşkusuz uluslararası teamül hukuku kuralının Latin Amerika ile ilgili bölgesel nitelikte olması önem taşımaktadır. Nitekim, bölgesel kurallar bağlamında kabul

²¹ WOOD, Michael, **Uluslararası Teamül Hukukunun Tespiti Hakkında Üçüncü Rapor**, 27.03.2015 tarihli ve A/CN.4/682 sayılı belge, s. 62 - 63.

²² ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1825 yılındaki Antelope davasında köle ticareti ile ilgili kararı ve Almanya – Venezuela Karma Talepler Komisyonu'nun 1903 yılında Fischbach ve Friedericy hakkındaki kararındaki Hakem Duffield'in, diğer bütün uluslarca kabul edilse dahi her ulusun bir uluslararası hukuk ilkesi ve kuralına karşı gelme hakkı ve yetkisi bulunduğu belirtmesi gibi örnekler için bkz. MENDELSON, Maurice, "The Formation of Customary International Law", **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Yıl: 1998, Cilt: 272, s. 232 vd.; GREEN, 2016, s. 27 vd.

²³ UAD, **Sığınma Hakkı Davası**, Karar Tarihi: 20.11.1950, <https://www.icj-cij.org/en/case/7> (erişim tarihi 28.04.2022).

²⁴ UAD, **Balıkçılık Davası**, Karar Tarihi: 18.12.1951, <https://www.icj-cij.org/en/case/5> (erişim tarihi 28.04.2022).

²⁵ Sığınma Hakkı Davası, 1950, s. 15.

²⁶ Sığınma Hakkı Davası, 1950, s. 15-16.

gerekliliği bulunmakta iken, evrensel teamül hukuku kurallarının oluşumu için devletlerin açık rızası aranmamaktadır²⁷.

Balıkçılık davasına konu olayda ise, Birleşik Krallık, Norveç'in iç hukukunda kabul ettiği bir Kararnamede, bazı balıkçılık alanlarını münhasıran kendi balıkçıların kullanımına ayırması bağlamında, karasularının genişliğinin ölçülmesine ilişkin benimsediği yöntemin uluslararası hukuka uygunluğunu sorgulamıştır. Bu çerçevede, Birleşik Krallık, karasularının genişliğinin ölçülmesinde on milden daha küçük koylar arasında düz çizgi çekilmesine ilişkin kuralın uluslararası teamül hukuku haline geldiğini, 10 mili aşan hatların bu kurala aykırı olacağını ileri sürmüştür. UAD kararında, Norveç'in, kıyılarına 10 mil kuralının uygulanma teşebbüsüne her zaman itiraz ettiği cihetle her halükârda kuralın Norveç'e karşı uygulanamaz görüldüğünü belirtmiştir²⁸. Bu bağlamda, Kararda, teamül hukuku kuralına sürekli ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde başından beri karşı çıkan devletler bakımından kuralın geçerli olmayacağı açıkça kabul edilmektedir²⁹. UAD'ın, ısrarlı itirazcı doktrinine mevcut dönemde geçerli bir uluslararası hukuk kuralı muamelesi yaptığı görülmektedir³⁰.

Israrlı itirazcı doktrini ilerleyen dönemde de uluslararası yargı kararlarında, devlet uygulamalarında³¹ ve öğretide destek bulmuştur³². Diğer taraftan, kuralın varlığını sorgulayan bir karar ise bulunmamaktadır³³.

Bu noktada, ısrarlı itirazcı doktrininin uluslararası andlaşmalarla ilişkisi bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (*European Court of Human Rights*, AİHM) yaklaşımına dikkat çekilmesinde fayda görülmektedir. AİHM'in Fransa

²⁷ SHAW, Malcolm N., **International Law**, 6. Basım, Cambridge University Press, 2008, s. 77.

²⁸ Balıkçılık Davası, **1951**, s. 19.

²⁹ PAZARCI, **2018**, s. 113.

³⁰ INGMAN, **2008**, s. 48.

³¹ BROWNLIE, Ian, **Principles of Public International Law**, 6. Basım, Oxford University Press, New York, 2003, s. 11.

³² Öğretide, ısrarlı itirazcı doktrini çoğunlukla kabul edilmekle birlikte, istisnai olarak itirazda bulunan yazarlar bulunabilmektedir. Farklı görüşlere aşağıda ilgili başlıklar altında değinilmektedir. Yazarların yaklaşımı için ayrıca bkz. WOOD, **2015**, s. 62, dn. 213.

³³ WOOD, **2015**, s. 59; "International Law Association, London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, with commentary (Londra Kararı).", **Uluslararası Hukuk Derneği'nin 69. Konferansı**, Karar Sayısı: 16/2000, Londra, 2000, s. 27.

aleyhine görülen *Sabah El Leil* davasındaki³⁴ 29 Haziran 2011 tarihli Kararında, UHK'nın 1991 yılında kabul ettiği "Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağışıklığı Hakkında Taslak Maddeler" in³⁵ 11. maddesinde düzenlenen ve daha sonra 02 Aralık 2004 tarihli "Devletlerin ve Mallarının Yargısal Bağışıklığına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"³⁶ ile andlaşma maddesine dönüştürülen iş sözleşmeleriyle ilgili kuralın uluslararası teamül kuralı niteliğinde olduğu ve Sözleşmeye taraf olmayan devletler için itiraz etmemiş olmaları koşuluyla uygulanacağı kaydedilmektedir³⁷. Bu itibarla, AİHM'in bu kararında belirttiği "itiraz etmeme" şartı AİHM tarafından ısrarlı itirazcı doktrinine yapılan bir atıf niteliğindedir.

Benzer bir yaklaşımla, Dünya Ticaret Örgütü'nün (*World Trade Organization*, DTÖ) bir raporunda, uyuşmazlık halinde DTÖ andlaşmalarının yorumu hakkında yer alan açıklamada, tarafların diğer uluslararası andlaşmalardan veya teamül hukukundan kaynaklanan sorumluluklarına değinirken ısrarlı itirazcı doktrini çerçevesinde uluslararası teamül hukuku kurallarından bağışık olabileceklerine dikkat çekilmektedir³⁸.

Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün (*American Law Institute*), 1987 yılında, dış ilişkiler hukuku (uluslararası hukuk) alanında emsal mahkeme kararları ile uygulamayı açıklamalarla birlikte derlediği metinde (*III. Restatement*) "ısrarlı itirazcı" kavramına da geniş yer verilmektedir. Bu itibarla, kuralın oluşum aşamasında karşı görüş bildiren

³⁴ AİHM, *Sabah El Leil-Fransa davası*, Başvuru Numarası: 34869/05, Karar Tarihi: 29.06.2011, par. 54 - 57, <https://hudoc.echr.coe.int/> (erişim tarihi 21.02.2021).

³⁵ "Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries", *Yearbook of the International Law Commission*, Yıl: 1991, Sayı: II, Bölüm: 2.

³⁶ Sözleşme'nin 30. maddesi uyarınca Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir. Sözleşme metni için bkz. "United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", New York, 02.12.2004, <https://treaties.un.org/> (erişim tarihi 21.02.2021).

³⁷ *Sabah El Leil-Fransa davası*, par. 54.

³⁸ Dünya Ticaret Örgütü, *World Trade Organization Panel Reports, European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, 29.09.2006 tarihli ve WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R sayılı Raporlar, s. 335, dn. 248, <https://docs.wto.org/> (erişim tarihi 29.04.2022).

devletin, kural teamül hukukuna dâhil olduktan sonra onunla bağılı olmayacağı kaydedilmektedir³⁹.

Uluslararası Hukuk Derneği'nin (*International Law Association*) 2000 yılında gerçekleştirilen Londra Konferansında da "ısrarlı itirazcı" kavramı tartışılmış olup, toplantı tutanağında ısrarlı itirazcı kuralının tanımı bağlamında aşağıdaki ifadeye yer verilmiştir⁴⁰.

"Bir uygulama genel hukuk kuralına dönüşürken, bir Devlet ısrarla ve açıkça kurula muhalefet ederse, o kuralla bağılı olmayacaktır."

Diğer taraftan, aşağıda açıklanan UAD'ın *Chagos* danışma görüşü, Daimi Tahkim Mahkemesinde görülen Mauritius ve Birleşik Krallık arasındaki deniz koruma alanı hakkındaki tahkim ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyona yapılan (*Inter-American Commission on Human Rights*) *Michael Domingues* başvurusu gibi örneklerde de ısrarlı itirazcı doktrini gündeme gelmiş, ancak emredici hukuk normları bağlamında kararlarda kapsam dışı tutulmuştur.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU'NUN ÇALIŞMASI

BM Şartının 13. maddesinde BM Genel Kurulu'na, uluslararası hukukun geliştirilmesi ve kodifikasyonu özendirme görevi verilmektedir. Bu kapsamda BM Genel Kurulu kararı⁴¹ ile kurulan UHK kendisine BM organları ya da devletlerce önerilen konular üzerine çalışmaktadır⁴².

³⁹ "The American Law Institute, III. Restatement of the Law, Foreign Relations Law of the United States (III. Restatement)", **Amerikan Hukuk Enstitüsü çalışması**, 1987, s. 4.

⁴⁰ Londra Kararı, **2000**, s. 27.

⁴¹ BM Genel Kurulu'nun 21.11.1947 tarihli ve A/RES/174(II) sayılı Kararı.

⁴² PAZARCI, **2018**, s. 118; ayrıca UHK Statüsü metni için bkz. UHK, **Uluslararası Hukuk Komisyonu Statüsü**, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf> (erişim tarihi 28.04.2022).

Bu çerçevede, UHK, 2012 yılında uluslararası teamül hukuku konusunu gündemine almaya karar vermiş olup⁴³, Özel Raportör olarak atanan Wood, UHK üyelerinin görüşleri ve devletlerin katkılarıyla konuya ilişkin beş rapor hazırlamıştır⁴⁴. Raporlarda, ısrarlı itirazcı doktrininin uluslararası ve ulusal yargı kararlarında ve öğretide tanındığını ve uluslararası hukukta genel kabul gördüğünü (*well established*), bu itibarla bu doktrine çalışmada yer verilerek kuralın şartlarının sınırlarının çizilmesinin ve sonradan itirazcı olunamayacağının kayda geçirilmesinin önem taşıdığını dile getirmiştir⁴⁵.

Özel Raportör, 2015 yılında sunduğu üçüncü raporunda⁴⁶ “ısrarlı itirazcı” kavramını açıklamaktadır. Üçüncü raporda “ısrarlı itirazcı” başlığında yer alan tek cümlelik hüküm aşağıdaki şekildedir.

“Yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralına, bu kuralın oluşum sürecinde ısrarla itiraz eden bir devlet, itirazını sürdürdüğü sürece bu kurala bağlı değildir.”

Üçüncü rapora ilişkin UHK toplantılarında UHK üyelerinin genel olarak sonuç hükmünü destekledikleri ve hükmün detaylandırılmasına yönelik görüş paylaştıkları görülmektedir. Diğerlerinden farklı olarak, UHK üyelerinden Murase, konunun teamül hukukunun tespiti değil, uygulamasına ilişkin olduğu cihetle çalışmanın kapsamı dışında kaldığını düşündüğünü belirtmesinin akabinde doktrinin sınırlarının belirlenmesinin önem taşıdığına vurgu yaparak kural ortaya çıktıktan sonra yeni devletlerin durumunu sorgulamıştır⁴⁷. *Caflich* ise doktrinin literatürde geniş kabul gördüğüne ilişkin ifadenin kısmi kabul olarak değiştirilmesini önermiştir. Anılan öneriye cevaben Wood, raporunda belirttiği üzere özellikle ders kitabı niteliğindeki kitaplarda pek çok yazarın kuralı kabul ettiğini ifade etmiştir⁴⁸.

⁴³ 2012 yılında “Uluslararası Teamül Hukukunun Oluşumu ve Kanıtı” olarak belirlenen başlığın 2013 yılındaki UHK 65. oturumunda “Uluslararası Teamül Hukukunun Tespiti” şeklinde değiştirilmesi hakkında bkz. UHK’nın 3186. toplantı tutanağı, 25.07.2013, A/CN.4/3186, par. 20 - 22.

⁴⁴ UHK çalışmaları için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/1_13.shtml (erişim tarihi 28.04.2022).

⁴⁵ BM UHK’nın 3250. oturum tutanağı, 08.03.2016, A/CN.4/SR.3250, s. 11.

⁴⁶ WOOD, 2015, s. 59 vd.

⁴⁷ BM UHK’nın 3252. oturum tutanağı, 12.04.2016, A/CN.4/SR.3252, s. 4.

⁴⁸ BM UHK’nın 3288. oturum tutanağı, 22.09.2015, A/CN.4/SR.3288, s. 14.

UHK çalışmaları kapsamında 15. taslak sonuç hükmü 2016 yılında aşağıdaki şekilde güncellenmiştir⁴⁹.

“1. Bir Devletin, bir uluslararası teamül hukuku kuralına, bu kuralın oluşum sürecindeyken itiraz etmesi halinde, bu kural, ilgili devlete karşı, itirazını sürdürdüğü müddetçe, ileri sürülemez.

2. İtiraz açıkça ifade edilmeli, diğer Devletlere bildirilmeli ve ısrarla muhafaza edilmelidir.”

UHK üyelerinin toplantıları ve devletlerin katkılarıyla 2018 yılında nihai hali verilen “Taslak Sonuçlar”da (*Draft Conclusions*) ise ısrarlı itirazcı doktrini 15. sonuç hükmü olarak aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır⁵⁰.

“1. Bir Devletin, bir uluslararası teamül hukuku kuralına, bu kuralın oluşum sürecindeyken itiraz etmesi halinde, bu kural, ilgili devlete karşı, itirazını sürdürdüğü müddetçe, ileri sürülemez.

2. İtiraz açıkça ifade edilmeli, diğer Devletlere bildirilmeli ve ısrarla muhafaza edilmelidir.

3. Mevcut taslak sonuç, genel uluslararası hukukun emredici normlarına (jus cogens) ilişkin herhangi bir soruya halel getirmemektedir.”

Türkiye, UHK’nın çalışmasında özellikle raporda yer verilen örnekler bakımından memnuniyetini dile getirmiş ve 15. sonuç hükmünü desteklemiştir⁵¹. UHK çalışmaları incelendiğinde aşağıda açıklanacağı üzere genel olarak doktrinin kabul edildiği, emredici hukuk normları bakımından ayrıma dikkat çekildiği ve kötüye kullanılmaması için kuralın şartlarına ilişkin beyanlarda bulunulduğu görülmektedir. Farklı olarak, Kore

⁴⁹ UHK Raporu, 68. oturum tutanağı (2 Mayıs-10 Haziran ve 4 Temmuz-12 Ağustos 2016), A/71/10.

⁵⁰ WOOD, Michael, **Uluslararası Teamül Hukukunun Tespiti Hakkında Beşinci Rapor**, 14.03.2018 tarihli ve A/CN.4/717 sayılı Belge.

⁵⁰ GÜNDÜZ, **2018**, s. 20. BM Genel Kurulu’nun 73. oturumunda da aynen kabul edilmiştir. Uluslararası Teamül Hukukunun Tespitine ilişkin UHK tarafından hazırlanan Taslak Sonuçların kabul edilmesi hakkında bkz. BM Genel Kurulu’nun 20.12.2018 tarihli ve A/RES/73/203 sayılı Kararı.

⁵¹ Wood, Türkiye’nin BM Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı’ndaki beyanına atıfla 12 mil sınırının Türkiye için ileri sürülemeyeceği belirtmiştir. Bu çalışmada “İtirazın Şekli” başlığı altında Wood’un bu örneği açıklanmaktadır. Wood’un Türkiye’nin memnuniyet beyanına ilişkin atfı için bkz. WOOD, **2018**, s. 46. BM Genel Kurulu’nun 16.11.2016 tarihli ve A/C.6/71/SR.21 sayılı Belgesi, s. 4.

Cumhuriyeti, kurala karşı gelmemekle birlikte tartışmaya açık olduğunu ifadeyle ihtiyatlı yaklaşılması gerektiğine dikkat çekmiştir⁵². Güney Kıbrıs Rum Yönetimi temsilcisi ise ısrarlı itirazcı doktrininin emredici hukuk normlarına hâlel getirmeyeceğine ilişkin üçüncü paragrafı uygun bulduğunu, bununla birlikte, “ısrarlı itirazcı” gibi bir olgunun bu çalışma bağlamında UHK’nın yetki alanı dışında olduğunu beyan ederek doktrinin sınırlarını sorgulamıştır. Ayrıca, UAD’da görülmekte olan Chagos Takımadaları davasında, 55 Devleti temsil eden Afrika Birliği’nin (*African Union*) bir teamül hukuku oluştuktan sonra bu kuralın bütün devletler açısından bağlayıcılık arz ettiğine ilişkin beyanına atıfla, raporda yer aldığı şekilde ısrarlı itirazcı doktrininin geniş kabul gördüğü düşüncesine karşı çıktıklarını belirtmiştir⁵³. Ancak Afrika Birliği veya Afrika devletleri tarafından UHK çalışmalarında bu yönde bir beyanda bulunulmamıştır. Bu çerçevede, ısrarlı itirazcılığa ilişkin bir açıklamada bulunmayan Afrika Birliği’nin beyanında yer alan genel ifadenin, sınırlı bir lafzi yorumla, Afrika devletlerinin ısrarlı itirazcı doktrinine karşı geldikleri şeklinde bir değerlendirilme doğru olmayacaktır.

Wood’un, beşinci rapordaki hususlara ilişkin beyanları değerlendirirken, emredici hukuk normlarına ilişkin üçüncü paragrafın onaylanmasının akabinde ısrarlı itirazcı doktrinine karşı çıkılmasını içeren beyanın çelişkili olduğuna dikkat çektiği; üçüncü paragrafın onaylanmasının ısrarlı itirazcı doktrininin varlığının da bir şekilde kabul edildiği şeklinde yorumladığı görülmektedir⁵⁴. Nitekim ısrarlı itirazcılığın emredici hukuk normlarına hâlel getirmemesinin kabulü emredici hukuk normları dışında bu kavramın varlığının kabul edildiğinin bir göstergesidir.

Ayrıca Chagos Takımadaları’nın 1965 yılında Mauritius’tan ayrılması ile ilgili UAD’dan talep edilen danışma görüşü bağlamında, Mauritius’un beyanı emredici hukuk normları kapsamında yapılmıştır. Nitekim, Mauritius Cumhuriyeti yazılı beyanında, emredici hukuk normlarında ısrarlı itirazcı doktrininin uygulanmadığını

⁵² WOOD, 2018, s. 46; BM Genel Kurulu’nun 14.11.2016 tarihli ve A/C.6/71/SR.23 sayılı Belgesi, s. 4.

⁵³ BM Genel Kurulu’nun 22.11.2016 tarihli ve A/C.6/71/SR.22 sayılı Belgesi, s. 10; BM Genel Kurulu’nun 14.11.2018 tarihli ve A/C.6/73/SR.23 sayılı Belgesi, s. 6 - 7.

⁵⁴ WOOD, 2018, s. 46.

ifadeyle Birleşik Krallık'ın ısrarlı itirazcı olamayacağını belirtmiştir⁵⁵. UAD danışma görüşünde ise emredici hukuk kurallarına atıf yapılmamış olmakla birlikte, BM'nin kuruluş amaçlarından biri olan self determinasyon hakkının uluslararası hukukun temel ilkelerinden olduğu görüşüne yer verilmiş ve ısrarlı itirazcı doktrinine ilişkin bir yorum yapılmadan self-determinasyon hakkının unsurları incelenerek, Mauritius'un bağımsızlık öncesi toprak bütünlüğünün bozulması ve bu ayrılmanın Mauritius halkının gerçek iradesine dayanmaması sebebiyle, sömürgelikten kurtulma sürecinin uluslararası hukuka uygun tamamlanmadığına kanaat getirilmiştir⁵⁶. Dolayısıyla Mauritius'un beyanında ve UAD görüşünde ısrarlı itirazcı doktrinin varlığı sorgulanmamıştır.

Komsiyon'un çalışmasının Genel Kurula sunulmasının ardından söz konusu çalışma bir BM Sözleşmesine dönüştürülmemiş olup, yalnızca "Sonuçlar" adını taşıyan bir belge olarak kabul edilmiştir. "Sonuçlar"ın doğrudan bağlayıcılığı bulunmasa da devletlerin katkılarıyla birlikte UHK'nın uluslararası hukukun tespiti ve geliştirilmesine yönelik etkinliği dikkate alındığında anılan "Sonuçlar"ın büyük önem taşıdığı değerlendirilmektedir. Yukarıda belirtilen 15. sonuç hükmünün unsurları aşağıda detaylandırılacaktır.

III. ISRARLI İTİRAZIN SÜJESİ

Teamül hukukunun oluşumunda etkili tutum ve davranışların sahipleri uluslararası hukuk kişilerinden olmalı ve bu hukuk düzeni içinde kural yaratma yeteneğine sahip kılınmış bulunmalıdır.

Bu çerçevede, devletlerin çeşitli biçimlerde teamül kurallarının oluşumuna katıldığı kuşkusuzdur⁵⁷. Uluslararası örgütler ise, uluslararası hukuk süjesi olarak uluslararası hukuk kurallarına uymakla yükümlü oldukları gibi, kendi donatıldığı yetkiler ve amaçları çerçevesinde, uluslararası hukuk kurallarının oluşumuna

⁵⁵ UAD, *Chagos Takımadaları hakkındaki danışma görüşü talebi bağlamında Mauritius Cumhuriyeti'nin 15.05.2018 tarihli yazılı beyanı*, s. 27, <https://www.icj-cij.org/en/case/169> (erişim tarihi 03.06.2022).

⁵⁶ UAD, *Chagos Takımadaları hakkındaki danışma görüşü*, 25.02.2019, <https://www.icj-cij.org/en/case/169> (erişim tarihi 03.06.2022).

⁵⁷ PAZARCI, 2018, s. 114.

katılabilmektedir⁵⁸. Günümüz şartları dikkate alındığında, uluslararası teamül hukuku bağlamında, Avrupa Birliği gibi bazı alanlarda tek yetkiye sahip uluslararası örgütlerin eylemlerinin dikkate alınmasının uygun olacağı; ayrıca devletler ve uluslararası örgütler dışında Uluslararası Kızılhaç Komitesi (*The International Committee of the Red Cross, ICRC*) gibi oluşumların da esas aktörlerin eylemlerinde etkili oldukları ifade edilebilir.

Ancak, Wood'un hazırladığı raporlarda ve yorumda ısrarlı itirazcı doktrininin uluslararası örgütleri kapsadığı yönünde bir yaklaşım yer almamaktadır⁵⁹. 15. sonuç hükmünün birinci fıkrasında da ısrarlı itirazcı kavramının tanımında açıkça “devlet” kavramına yer verilmektedir. İkinci fıkrada da itirazın diğer devletlerce bilinir olması gerektiği belirtilmektedir. Bu çerçevede, UHK'nın ısrarlı itiraz doktrinini devletlerle sınırlı tuttuğu, diğer bir ifadeyle uluslararası hukukun süjesi olarak kabul edilen uluslararası örgütleri bu kavramın dışında bıraktığı görülmektedir.

Londra Konferansı'nda ve Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün çalışmasında da aynı görüş benimsenmekte olup, ısrarlı itirazcı doktrininde devletler esas alınmaktadır⁶⁰.

Devletler açısından konu değerlendirildiğinde de itirazı kimin ifade edeceği sorusu gündeme gelebilir⁶¹. Klâsik görüşe göre, itiraz, devleti uluslararası düzeyde temsil yetkisine sahip bir organdan gelmelidir. Günümüzde itirazın bürünebileceği görünüm şekillerinde farklılık olabilse bile, itirazın her hâlükârda kamusal otoriteden gelmesi gerektiği, özel kişilerin görüşlerinin uluslararası alanda ısrarlı itirazcılığın geçerliliği bakımından etkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁶².

⁵⁸ PAZARCI, 2018, s. 115 - 116.

⁵⁹ İsrarlı itirazcı doktrini kapsamında ise uygulamada uluslararası kuruluşlara ilişkin bir örneğe rastlanılmamıştır. Murphy, uluslararası kuruluşlar bakımından belirsizliğin bulunduğunu ileri sürmektedir. MURPHY, Sean D., “The Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission”, **American Journal of International Law**, Yıl: 2015, Cilt: 109, Sayı: 4, s. 10 - 11.

⁶⁰ Londra Kararı, 2000, s. 27; III. Restatement, 1987, s. 4.

⁶¹ Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nde görülen davada Hong Kong'un özel statüsü uyarınca ısrarlı itirazcı olamayacağı hususunun tartışıldığı görülmektedir. **Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nin 132-137/2008 (2011) sayılı Kararı**, par. 71, https://www.refworld.org/cases,HK_CA,4e37ec822.html (erişim tarihi 01.05.2022).

⁶² ÖKTEM, 2013, s. 478.

IV. İTİRAZIN NİTELİĞİ

BM Genel Kurulu'nda kabul edilen 15. sonuç hükmünün yorumunda, önemli sayıdaki (*significant*) devletin itirazı sonucu yeni kuralın uluslararası teamül hukuku şeklinde oluşmasının önüne geçilmesinin ısrarlı itiraz kavramından ayrı olduğuna dikkat çekilmektedir⁶³. Kural oluşmadan önce devletlerin itirazı bir kuralın oluşumunun engellenmesine veya değiştirilmesine yöneliktir ve ısrarlı itirazcı doktrininden farklıdır.

Kural oluşmadan önceki itirazın amacı daha ziyade kuralın oluşmaması için diğer devletleri ve uluslararası örgütleri ikna etmeye yönelik bir girişimdir. Dolayısıyla bu aşamada genel olarak kurala itiraz edilmektedir. Bununla birlikte, kural oluşmadan önce her ne kadar kurala itiraz ediliyor ise de bu itiraz, ileride kuralın oluşması durumunda, ısrarlı itirazcı olunabilmesi için önceden ülke tutumunun kayda geçirilmesi işlevini de görür.

Bu bakımdan, bir devlet, kuralın oluşumunun önüne geçemeyeceğini düşünüyorsa, kuralın oluşması ihtimalini göz önünde tutarak, kuralın oluşumundan önceki dönemlerde doğrudan kuralın kendisine karşı ileri sürülemeyeceğini beyan etmeyi de tercih edebilir. Burada önemli olan kural oluşmadan önce ülke tutumunun ortaya konulmasıdır. Ancak her hâlükârda kural oluşana kadar itiraz eden devlet ısrarlı itirazcı olarak nitelendirilmez.

Bir devlet sadece kural oluştuktan sonra ısrarlı itirazcı olabilir. Kural oluştuktan sonra kuralın kendisine uygulanmamasını isteyen devlet, kurala yönelik önceki dönemdeki itirazlarını öne sürerek, kural oluşmadan önce de kurala itiraz ettiğini, ısrarlı itirazcı olduğunu ve bu itibarla kuralın kendisine karşı ileri sürülemeyeceğini iddia edilebilecektir.

Bu bağlamda, ısrarlı itirazcı kavramının kullanıldığı hallerde, kuralın varlığına dair tereddüt bulunmamaktadır. Burada kural oluşmuştur ve bağlayıcıdır; sadece ısrarlı itirazcı devlete karşı ileri sürülememektedir.

⁶³ 15. sonuç hükmünün ikinci yorum paragrafı için bkz. "Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries" (Taslak Sonuçlar), **Yearbook of the International Law Commission**, Yıl: 2018, Sayı: II, Bölüm: 2.

V. ISRARLI İTİRAZIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A. “Kuralın Oluşum Aşamasında İtiraz Edilmesi” Şartı

İsrarlı itirazcı doktrininin geçerli olabilmesi için bir devletin bir uluslararası teamül hukuku kuralına, bu kuralın oluşum sürecindeyken, itiraz etmesi halinde, kuralın o devlete karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁴. Diğer bir ifadeyle, kuralın oluşum aşamasında itiraz etmeyen devletin sonradan ısrarlı itirazcı olduğu iddiasıyla kendisini kuraldan muaf tutması mümkün değildir. Bu çerçevede, sonradan itirazcı (*subsequent objector*) olma ihtimali bulunmamaktadır⁶⁵.

Uygulamada UAD’ın Sığınma Hakkı davasında Hakim Azevedo’nun karşı görüş yazısındaki açıklamasında daha önceden kabul edilen bir teamül kuralına karşı bir devletin belirli dönemlerde (*occasional*) itirazının kuralı ihlal anlamı taşıyacağı vurgulanmaktadır⁶⁶. Bu görüş, doğrudan bu doktrini işaret etmese bile doktrininin uygunluğuna kanıt olarak görülebilir⁶⁷.

Daimi Tahkim Mahkemesinde görülen, Mauritius ve Birleşik Krallık arasındaki deniz koruma alanı hakkındaki tahkimde, self determinasyon hakkı bağlamında, Mauritius’un dilekçesinde de, ısrarlı itirazcı kavramının temel normlara uygulanamayacağı⁶⁸; kaldı ki Birleşik Krallık’ın ısrarlı itirazcı kavramı bağlamında kuralın ortaya çıkması aşamasında ısrarla itiraz etmediği cihetle her hâlükârda somut olayda ısrarlı itirazcı olarak değerlendirilemeyeceği belirtmektedir⁶⁹.

⁶⁴ Bkz.15. taslak sonuç.

⁶⁵ Taslak Sonuçlar, **2018**, 15. taslak sonucun beşinci yorum paragrafı; Ayrıca bkz. Londra Kararı, **2000**, s. 27.

⁶⁶ UAD, **Sığınma Hakkı Davasına ilişkin Kararda Hâkim Azevedo’nun karşı görüş yazısı**, s. 336, <https://www.icj-cij.org/en/case/7> (erişim tarihi 28.04.2022).

⁶⁷ INGMAN, **2008**, s. 49.

⁶⁸ Chagos Takımadaları hakkındaki UAD danışma görüşü kapsamında Mauritius’un beyanında self determinasyon ilkesi bağlamında “temel norm” yerine “emredici hukuk normu” ibaresi kullanılmıştır. Chagos Takımadaları danışma görüşü bağlamında Mauritius Cumhuriyeti’nin beyanı, **2018**, s. 27.

⁶⁹ Daimi Tahkim Mahkemesi, **Deniz Koruma alanı hakkındaki tahkim sürecinde Mauritius Cumhuriyeti’nin 18.11.2013 tarihli dilekçesi**, s. 124, par. 5.4 ve 5.11, <https://pca-cpa.org/en/cases/11/> (erişim tarihi 29.04.2022).

ICRC'nin bünyesinde hazırlanan çalışmada da insancıl hukuk normlarına karşı ısrarlı itirazcı doktrininin hukuken mümkün olup olmadığı sorusunun incelenmediği, ancak mümkün olduğu kabul edilse dahi, ilgili devletin norm oluşurken itiraz etmesi gerektiği, sonradan itirazcı kavramının kabul edilmeyeceği vurgulanmaktadır⁷⁰.

Kuralın oluşum sürecinde itiraz edilmesi şartı ile ilgili olarak üç husus gündeme gelebilecektir: 1) Teamül kuralının oluşum ve itiraz zamanının belirlenmesi, 2) Kuralın oluşum sürecinde itiraz etmeyen bir devletin daha sonradan itiraz etme isteği ve 3) Kural oluşuktan sonra ortaya çıkan devletlerin durumu.

Bu çerçevede, ilk olarak, teamül kuralının oluşma anı ile itiraz zamanı arasındaki çizginin belirlenmesi incelenmelidir. Teamülün oluşması için aynı davranışın zaman içinde tekrarlanması gerekliliğine yukarıda değinilmişti. Günümüzde teamül hukuku kuralının oluşması için gereken sürede kısalma eğilimi gözlemlense de bu sürenin ve dolayısıyla kuralın oluşum anının tespiti net değildir⁷¹.

Teamül hukuku kuralları yazılı olmadığı için bir kuralın ne zaman teamül hukuku olduğu yoruma açık olabilmektedir⁷². Bu bağlamda, mümkün olan en erken anda itirazın yapılması gerekmektedir⁷³.

İkinci olarak, kuralın oluşum sürecinde itiraz etmeyen bir devletin, kural oluşuktan sonra itiraz etme isteğidir. Öğretide gelişmekte olan devletlerin öncelikleri dikkate alındığında teamül kuralı olarak oluşmakta olan bazı konuları çalışma alanlarına dahil etmeyerek resmi devlet görüşü beyan etmeyebileceklerine dikkat çekilmektedir. Bu bağlamda örneğin, gelişmekte olan bir kıyı devleti sadece küçük çaplı balıkçılıkla ilgilendiğinde karasuları bakımından deniz millerine önem vermemesi makul

⁷⁰ HENCKAERTSI, Jean Marie / DOSWALD BECK, Louise, **International Committee of the Red Cross (ICRC), Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules**, 3. Basım, Cambridge Üniversite Yayınları, 2009, s. xlv.

⁷¹ SUR, 2018, s. 84.

⁷² Bununla birlikte uygulamada sorun yaşanmadığı, zira, hâkimlerin, tahkim hakemlerinin ve hukuk müşavirlerinin genellikle kuralın oluşma anından ziyade ihtilafa konu olayın gerçekleşme anında teamül hukukunun mevcudiyeti ile ilgilendikleri gözlemlenmektedir. MENDELSON, Maurice, **Customary International Law**, BM Uluslararası Hukuk Görsel-İşitsel Kütüphanesi, 2016, 8. dakika vd., http://legal.un.org/avl/ls/Mendelson_IL.html (erişim tarihi 01.05.2022).

⁷³ Taslak Sonuçlar, 2018, 15. taslak sonucun beşinci yorum paragrafı.

görülebilecektir. Ancak ilerleyen dönemde konuya farklı yaklaşması da ihtimal dâhilindedir. Bu itibarla, teamül kuralına oluşum sürecindeyken itiraz edilmesine ilişkin kural sert bir şekilde uygulandığında gelişmekte olan devletler bakımından mağduriyet doğabilecektir. Bununla birlikte gelişmiş devletlerin öncelikleri nedeniyle bazı konulara eğilim göstermeme ihtimali de dikkate alındığında böyle bir ayrımın uygun bulunmadığı öğretide ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁷⁴. Nitekim devletlerin uyuşmazlık öncesinde tutumlarını belirlemeleri ve buna göre hareket etmeleri beklenmektedir. Burada önem taşıyan husus uyuşmazlık halinde devletlerin uluslararası hukuku kendi çıkarlarına göre şekillendirmesinin önüne geçilme isteğidir.

Üçüncü olarak ise sonradan ortaya çıkan devletlerin durumunun ne olacağı sorusu gündeme gelebilmektedir. Günümüzdeki genel yaklaşım, sonradan ortaya çıkan devletlerin mevcut teamül hukuku kuralları ile bağlı olması yönündedir. Bu çerçevede, kuralın oluşumundan sonra itiraz eden devletlerin tutumu uluslararası haksız fiil olarak değerlendirilecektir⁷⁵. Ancak tabiatıyla bu devletler, kuralın değişmesine uğraşabilecektir⁷⁶. Bu noktada devletler her ne kadar kurala sonradan ısrarlı itirazcı olamayacaklar ise de kurala itirazlarını dile getirmeleri önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu ihtimalde zamanla diğer devletlerin desteğini almaları halinde, teamül kuralının değişmesine vesile olmaları da ihtimal dâhilindedir.

Bu bakımdan öğretide, sonradan itirazcı pozisyonu alan devletin riskli bir kumar oynadığı, keza, uluslararası toplum itiraza destek verirse kuralın değişebileceğini ancak destek vermezse itiraz eden devletin kuralı ihlal etmiş olacağı cihetiyle uluslararası sorumluluğunun doğabileceği belirtilmektedir⁷⁷.

B. “İtirazın Devamlılığı” Şartı

Bir teamül kuralına karşı ısrarlı itirazcı devlet itirazını devam ettirmezse geçmişteki itirazını ileri süremeyecektir. Bu çerçevede, 15. sonuç hükmünün ikinci cümlesinde bir teamül kuralının ısrarlı itirazcı devlete karşı ileri sürülememesi için o

⁷⁴ INGMAN, 2008, s. 30.

⁷⁵ STEIN, 1985, s. 458.

⁷⁶ MENDELSON, 2016, 29. dakika vd.

⁷⁷ ÖKTEM, 2013, s. 458.

devletin itirazının devam etme (*maintain*) koşulu bulunmaktadır. Bir teamül kuralına ilişkin itiraz herhangi bir zaman diliminde açıkça veya diğer bir şekilde terk edildiği takdirde önceden itiraz eden devlet artık o kural ile bağlı olacaktır⁷⁸.

UHK çalışmaları 2016 yılında yayımlanan 15. sonuç hükmünün taslak yorumunda sessizliğin ve hareketsizliğin itirazın devam etmemesi şeklinde düşünülebileceği belirtilmekte ve bu itibarla örnek olarak kuralın tekrarlandığı bir konferansta sessiz kalınmasının ısrarlı itirazcı devletin itirazına son vermesi şeklinde anlaşılabileceği ifade edilmektedir⁷⁹. ABD, beyanında devletlerin belirli diplomatik konferanslarda söz almamasının siyasi ve özel nedenleri olabileceği cihetle bunun hukuk bağlamında bir kanıt olarak değerlendirilmesine itiraz etmiştir⁸⁰. Anılan itiraz sonrasında 2018 yılında kabul edilen metinde konferansta söz alınmamasına ilişkin örneğe yer verilmediği görülmektedir. Diğer yandan, sonuç hükmünün yorumunda sessizliğin ve hareketsizliğin devletin itirazından vazgeçtiği şeklinde bir sonuç doğurabileceğine ilişkin cümle muhafaza edilmiştir. Bu itibarla, ısrarlı itirazcı olunan bir kurala ilişkin sessizlik ve hareketsizlik itirazın devam etme koşulunun gerçekleşmemesi şeklinde yorumlanabilecektir⁸¹.

UHK çalışmaları sırasında Hollanda itirazın devamlılığı şartının dayanağını sorgulayarak teorik ve mantıksal olarak doğru olmadığını ileri sürmüş ve eleştirmiştir. Hollanda'nın beyanında uluslararası teamül hukuku kuralları oluştuktan sonra devletlerin uyması için açık rıza aranmadığını, bu bakımdan, kuralın oluşum aşamasında itiraz eden devletin itirazını sürdürdüğüne ilişkin beyanını da devam ettirme koşulu aranmaması gerektiğini savunmuştur. Nitekim, teamül hukuku kuralı oluştuktan sonra ısrarlı itirazcı devletler dışında kural bağlayıcıdır. Bu çerçevede, Hollanda beyanında, ısrarlı itirazcı devletin itirazından vazgeçtiği ve itiraz ettiği kurallı desteklediğine ilişkin beyanı olmadıkça ısrarlı itirazcı devlet konumunda kalması

⁷⁸ Taslak Sonuçlar, **2018**, 15. sonuç hükmünün altıncı yorum paragrafı.

⁷⁹ UHK Raporu, **2016**, s. 114.

⁸⁰ Uluslararası Teamül Hukukunun Tespiti Konusunda Devletlerin Beyan ve Gözlemleri için bkz. BM Genel Kurul'un 14.02.2018 tarihli ve A/CN.4/716 sayılı Belgesi (Beyan ve Gözlemler), s. 55.

⁸¹ Taslak Sonuçlar, **2018**, 15. sonuç hükmünün dokuzuncu yorum paragrafı.

gerektiği ileri sürmüştür⁸². Bununla birlikte, UHK çalışmalarında anılan görüş destek görmediği için, 15. sonuç hükmünde itirazın devam etme koşulunun metinde yer almasına karar verilmiştir.

C. İtirazın “Açıkça Beyan Edilme” Şartı

İtirazın şekli farklı görünümelerde olabilir. 15. sonuç hükmünün ikinci fıkrasında itirazın açıkça beyan edilmesi (*clearly expressed*) gerektiği belirtilmektedir⁸³.

Hüküm yorumunda açıkça beyan dışında şekil ve yöntem serbestisi bulunduğu dikkat çekilmektedir⁸⁴. Sözel itiraz yeterlidir, ayrıca yazılı beyan şart değildir⁸⁵. İtirazın mutlaka sert ve katı ifadeler içermesi de gerekmemektedir⁸⁶. Bu bakımdan, yumuşak bir ton ve ılımlı kelimeler yeterli olup, beyanın provakatif olması beklenmemektedir⁸⁷. Önemli olan ortaya çıkmakta olan kurala karşı çıkıldığının veya kurala uymama niyetinin yoruma mahal vermeksizin ifade edilmesidir⁸⁸. Burada çürütülmesi gereken bir kabul varlığından bahsedilebilir⁸⁹.

Öğretide, BM Genel Kurulu kararları her ne kadar bağlayıcı olmasa bile, devletlerin Genel Kurul’da verdikleri oyların ve açıklamaların, devlet uygulamasının kanıtı olduğu ve hukuka ilişkin devlet anlayışını ortaya koyduğu cihetle bir kuralın teamül hukukuna dönüşme aşamasında devletin tutumuna ışık tuttuğu belirtilmektedir⁹⁰. Benzer anlayışla, diplomatik konferanslar sonucunda imzalanan nihai senetler,

⁸² Beyan ve Gözlemler, **2018**, s. 54.

⁸³ Beyan ve Gözlemler, **2018**, s. 52. Wood’un hazırladığı ilk taslakta yer almayan “açıkça beyan şartı”nda İsrail’in önerisinin etkili olduğu ifade edilebilir. İsrail beyanında, açıklık kriterine vurgu yaparak, açıkça beyan edilme şartının metinde belirtilmesi teklifinde bulunmuştur.

⁸⁴ Taslak Sonuçlar, **2018**, 15. sonuç hükmünün yedinci yorum paragrafı.

⁸⁵ Taslak Sonuçlar, **2018**, 15. sonuç hükmünün yedinci yorum paragrafı; Londra Kararı, **2000**, s. 28.

⁸⁶ ÖKTEM, **2013**, s. 482.

⁸⁷ COLSON, David, A., “How Persistent Must be Persistent Objector Be?”, **Washington Law Review**, Yıl: 1986, Sayı: 61/3, s. 965.

⁸⁸ Taslak Sonuçlar, **2018**, 15. sonuç hükmünün yedinci yorum paragrafı.

⁸⁹ BROWNLEE, **2003**, s. 11.

⁹⁰ SHAW, **2008**, s. 115.

konferanslardaki devlet beyanları, devletler arasında teati eden Notalardaki ifadeler uygulamada önem taşımaktadır⁹¹.

UAD'ın Norveç Balıkçılık davasında, 1882 yılında kabul edilen Kuzey Denizinde Balıkçılık (Polis) Sözleşmesi'nin onaylanmaması⁹² ve Sığınma Hakkı davasında 1933 yılında kabul edilen Montevideo Siyasi Sığınma Sözleşmesi ile 1939 yılında kabul edilen Montevideo Sığınma ve Siyasi Mülteci Sözleşmesi'nin onaylanmaması itiraza örnek gösterilmektedir. Bir devletin uluslararası anlaşmayı onaylamaktan kaçınmasının teamül kuralı dışında farklı sebepleri de olabileceği için ısrarlı itiraz doktrini şartı bağlamında anılan örneklerin uygunluğu tartışmaya açıktır⁹³. Bununla birlikte, UAD, Balıkçılık davasında, Sözleşmenin onaylanmamasının yanı sıra 1869 yılında kabul edilen Hükümet Kararnamesi'ne atıfla Norveç'in sergilediği farklı tutumları da dikkate almıştır⁹⁴.

Bu noktada, evrensel ve bölgesel kurallar bağlamında ikili bir ayrım olabileceği akla gelmektedir. Evrensel bir teamül kuralının oluşumunda sessiz kalmanın kuralı üstü kapalı olarak kabul anlamında yorumlandığı ve ancak açık ve kesin tutum ve davranışlarla karşı çıkan devletlerin "ısrarlı itirazcı" olabileceği kabul edilmektedir. Diğer yandan bölgesel teamül kurallarının oluşumunda devletlerin kurala yönelik olumlu iradelerini bildirmeleri önem taşımaktadır. Dolayısıyla bu tür kurallara oluşumu bakımından sessiz kalan ya da değişik tutum ve davranışlarda bulunan devletlere karşı kuralın ileri sürülemeyeceği değerlendirilmektedir⁹⁵. Diğer taraftan, geçmiş yıllarda ısrarlı itirazcı doktrininin sadece bölgesel teamül hukukunda geçerli olması ve dolayısıyla evrensel teamül hukuku kurallarına uygulanmamasına ilişkin görüş ileri sürülmüşse de destek görmemiştir⁹⁶.

⁹¹ COLSON, **1986**, s. 958.

⁹² Balıkçılık davası, **1951**, s. 139.

⁹³ ÖKTEM, **2013**, s. 482.

⁹⁴ Balıkçılık davası, **1951**, s. 139.

⁹⁵ PAZARCI, **2018**, s. 113 - 114. Bölgesel teamül kuralları 16. sonuç hükmünde belirtilmekte olup, 15. sonuç hükmünde böyle bir ayrıma yer verilmemiştir. BM Genel Kurulu'nun 20.12.2018 tarihli ve A/RES/73/203 sayılı Kararı, s. 154.

⁹⁶ CHARNEY, Jonathan I., "The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law", **British Yearbook of International Law**, Yıl: 1986, Cilt: 56, Sayı:1, s. 6'dan

Teamül hukuku kuralının belirtildiği bir uluslararası andlaşma hükmüne çekince konulması da itiraz sayılabilir⁹⁷. UHK çalışmaları sonunda hazırlanan ve BM Genel Kurulu’nun 68. oturumunda kabul edilen Anlaşmalara Konulan Çekinceler konusunda Rehberin⁹⁸ uluslararası anlaşmalarda yer alan uluslararası teamül hukuku kurallarına ilişkin hükümlere çekince konulmasına ilişkin 3.1.5.3. maddesinin yorumunda da çekincenin “ısrarlı itirazcı” doktrini kapsamında yapılmış olabileceğine dikkat çekilmektedir. Bu itibarla, devlet, ısrarlı itirazcı olması sebebiyle genel uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde kendisine uygulanamayacak bir kurala çekince koymak suretiyle hükmün anlaşma hükmüyle kendisine uygulanmasına itiraz etmiş olmaktadır⁹⁹.

“Taslak Sonuçlar”ı hazırlayan Özel Raportör Wood’un, 3. raporunda uluslararası uyumsuzluklara ilişkin yargılamalarda ileri sürülen iddialar dışında şekil konusunda iki örneğe atıf yapılmaktadır¹⁰⁰.

Örneklerden ilki Türkiye’nin BM Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı’nda, devletlerin karasuları genişliğini 12 mile kadar belirleyebilme hakkına yönelik itiraz beyanıdır. Wood’un raporunda, bu beyanda yer alan “*Konferansın hazırlık aşamaları ile Konferans sırasında Türkiye 12 mil sınırına “ısrarlı itirazcı” olmuştur. Yarı kapalı denizler söz konusu olduğunda, sunulan değişiklik önerileri ve Türk heyetleri tarafından yapılan açıklamalar ile, Türkiye bu denizlerde 12 mil sınırını kabul etmeyi tutarlı ve kesin bir şekilde reddetmekte olup, bu değerlendirmeler ışığında, 12 mil sınırı Türkiye için ileri sürülemez*”¹⁰¹ ifadesi belirtilmiştir. Nitekim, Türkiye, Konferansın hazırlık aşamaları ile Konferans sırasında yaptığı beyanlarda genel olarak karasuları genişliğinin tespit edilmesinde, coğrafi özellikleri olan yarı-kapalı denizlerin özel durumlarının ve

naklen ALBAYRAK, Gökhan, “Uluslararası Teamül Hukuku Hakkındaki Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Taslak Sonuçlarının Çevirisi ve İncelenmesi”, **Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 5, Sayı: 22, s. 397.

⁹⁷ VILLIGER, Mark E., **Customary International Law and Treaties**, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, s. 15’ten naklen ÖKTEM, **2013**, s. 482.

⁹⁸ BM Genel Kurulu’nun 19.12.2013 tarihli ve A/RES/68/111 sayılı Kararı.

⁹⁹ “Guide to Practice on Reservations to Treaties”, **Yearbook of the International Law Commission**, Yıl: 2011, Sayı: II, Bölüm: 3, s. 222.

¹⁰⁰ WOOD, **2015**, s. 61 - 62, par. 212.

¹⁰¹ BM Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı’nın 189. oturum tutanağı, 08.12.1982 tarihli ve A/CONF.62/SR.189 sayılı Belge, s. 76, par. 150.

hakkaniyet ilkesinin dikkate alınması gerektiği yönündeki tutumunu açıkça dile getirmiş¹⁰² olup, günümüzde de bu tutumunu devam ettirmektedir¹⁰³.

Rapordaki ikinci örnek ise, ICRC'nin "Uluslararası İnsancıl Hukukta Teamül" başlıklı çalışması¹⁰⁴ kapsamında, ABD Hükümeti'nin beyanıdır. Atıf yapılan beyan metni, ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri ile ABD Savunma Bakanlığı Birinci Hukuk Müşavirinin ortak mektubuna ilişkin olup, anılan metinde Fransa, Birleşik Krallık ve ABD'nin ICRC çalışmasındaki 45. kuralın birinci bölümü bağlamında nükleer silahların kullanımına ilişkin ısrarlı itirazcı olduğu belirtilmektedir¹⁰⁵. Mektupta ayrıca ICRC'nin çalışmasında insancıl hukuk normlarına karşı ısrarlı itirazcı doktrinin uygulanmasının hukuken mümkün olup olmadığı sorusunun incelenmediği ifade edilmek suretiyle ısrarlı itirazcı doktrinin insancıl hukuk kurallarına uygulanmayabileceğine yönelik açık kapı bırakıldığı¹⁰⁶, ABD'nin ise bu doktrinin geçerli olduğuna inandığı vurgulanmıştır¹⁰⁷.

¹⁰² 1973-1982 yılları arasında gerçekleştirilen BM Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı sonunda kabul edilen 10 Aralık 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde 12 mil genişlik prensibi kabul edilmiş olup, 309. maddesinde çekince yasağı bulunan bu Sözleşmeye Türkiye taraf değildir. Sözleşme metni için bkz. "United Nations Convention on the Law of the Sea" Montego Bay, 10.12.1982, <https://treaties.un.org/> (erişim tarihi 04.06.2022). Diğer taraftan, Sözleşmenin kabul edildiği dönemde, Türkiye'nin beyanlarıyla aynı doğrultuda hazırlanan 20.05.1982 tarihli ve 2674 sayılı Karasuları Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanunda, 15.05.1964 tarihli ve 476 sayılı önceki Karasuları Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan mütekabiliyet ilkesi yerine Türk karasularının genişliğinin altı deniz mili olduğu, Cumhurbaşkanı'nın, belirli denizler için, o denizlerle ilgili bütün özellikleri ve durumları göz önünde bulundurma ve hakkaniyet ilkesine uygun olmak şartıyla, altı deniz milinin üstünde karasuları genişliği tespit etmeye yetkili bulunduğu kabul edilmiştir (2/7/2018 tarihli ve 698 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesiyle bu fıkra da yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir).

¹⁰³ Türkiye'nin ısrarlı itirazcı tutumunu devam ettirdiğine yönelik bir örnek olarak BM Genel Kurul Başkanı'nın, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin kabulünün 40. yıldönümü münasebetiyle 29 Nisan 2022 tarihinde düzenlediği üst düzey etkinlikte yapılan Türkiye Cumhuriyeti beyanı için bkz. <https://journal.un.org/> (erişim tarihi: 06.06.2022).

¹⁰⁴ Uluslararası İnsancıl hukuktaki teamül kurallarını derleyen ICRC çalışması için bkz. HENCKAERTSI / DOSWALD BECK, 2009.

¹⁰⁵ BELLINGER, John B. / HAYNES, William J., "A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Law", **International Review of the Red Cross**, Yıl: 2007, Cilt: 89, Sayı: 866, s. 455 - 457.

¹⁰⁶ HENCKAERTSI / DOSWALD BECK, 2009, s. xlv.

¹⁰⁷ BELLINGER, John B. / HAYNES, William J., 2007, dn. 43, s. 457.

D. İtirazın “Diğer Devletlerce Bilinmesi” Şartı

15. sonuç hükmünün ikinci fıkrasında itirazın diğer devletlerce bilinir olması gerektiği kaydedilmektedir. İtirazın devletin içinde dile getirilmesi yeterli değildir. Bu itibarla iç hukuk düzenlemeleri ve/veya iç hukuk yargı kararlarının yeterli olmadığı ifade edilebilecektir. Diğer devletlerce bilinir olduğunu kanıtlama yükü itirazı yapan devlete aittir¹⁰⁸.

Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, burada devlet ibaresi kullanılmıştır. Bu durum kuralın, devletleri esas alan yaklaşımının sonucu olarak düşünülebilecektir.

Diğer taraftan, UAD’ın Norveç Balıkçılık davasında iki Hükümet Kararnamesine ve bir andlaşmanın onaylanmamasına atıf yapmaktadır. Kararda bahse konu kararnamelerin diğer devletlerce bilindiği belirtilmekle¹⁰⁹ birlikte bu Hükümet Kararnamelerinin diğer şartların yanı sıra bilinirlik şartı ile de uygunluğu tartışmaya açıktır¹¹⁰.

Ayrıca Norveç Balıkçılık davasında bir andlaşmanın onaylanmaması ile Sığınma Hakkı Davasında Montevideo Sözleşmelerinin onaylanmaması hususunun, yukarıda V/C. başlıkta değinildiği üzere açıkça itiraz şartına ilişkin değerlendirme dışında, itirazın diğer devletlerce bilinmesine yönelik şart ile de uyumu sorgulanabilir. Nitekim, bir devletin uluslararası andlaşmayı onaylamaması teamül hukukundan bağımsız olarak çok farklı nedenlerle olabilir¹¹¹. Kaldı ki hangi maddeler nedeniyle andlaşmanın onaylanmadığı, dolayısıyla andlaşmada yer alan hangi maddelerdeki düzenlemelere itiraz edildiği açık değildir.

E. İtirazın “İsrarlı ve İstikrarlı Olma” Şartı

İtirazın ısrarlı ve istikrarlı olması şartı hem teamül hukuku kuralının ortaya çıkma aşamasını hem de kural ortaya çıktıktan sonraki dönemi kapsamaktadır¹¹².

¹⁰⁸ Taslak Sonuçlar, 2018, 15. sonuç hükmünün sekizinci yorum paragrafı.

¹⁰⁹ Balıkçılık Davası, 1951.

¹¹⁰ ÖKTEM, 2013, s. 482.

¹¹¹ ÖKTEM, 2013, s. 482.

¹¹² Taslak Sonuçlar, 2018, 15. sonuç hükmünün dokuzuncu yorum paragrafı.

Israr şartının gerçekleşmesi için öncelikle devletin tutumunun tekrarlanması gerekmektedir. İtiraz konusu gündeme geldiğinde devletin sessiz kalması veya tepkisiz kalması halinde devletin itirazından vazgeçtiği yorumu yapılabilecektir. Bununla birlikte önemli olan itirazın somut durumun özellikleri dikkate alınmak suretiyle uygun bir şekilde (*pragmatic manner*) yapılmasıdır. Bu itibarla, özellikle belirli bir konuda devletin tutumu kesin bir şekilde bilindiği takdirde, istisnasız her ortamda bunu tekrarlaması beklenmemektedir.

Aksi bir görüş uygulamada devletlerin istemeyeceği bir husus olarak ortaya çıkacaktır. Nitekim, sürekli itiraz hali, itirazcı devletin yalnızlaşmasına neden olacağı gibi, siyasi olarak da konunun görünürlüğünün artmasına neden olacaktır¹¹³.

Israr şartının gerçekleşmesinde ikinci önemli husus ise istikrardır. Devletin tutum ve davranışları arasında belirgin bir çelişki bulunmamalıdır¹¹⁴.

Daimi Tahkim Mahkemesinde görülen, Mauritius ve Birleşik Krallık arasındaki deniz koruma alanı hakkındaki tahkimde, self determinasyon hakkı bağlamında, Mauritius'un dilekçesinde, ısrar ve istikrar unsurunun gerçekleşmemesine örnek olarak, itirazın ülke içinde dile getirilmiş olmasına rağmen uluslararası alanda pek örnek bulunmaması; bazı platformlarda “self determinasyon hakkı”na karşı çıkılırken “self determinasyon ilkesi”nin kabul edilmesi; ilgili BM Genel Kurul Kararında ret oyu yerine çekimser kalınmış olması gibi iddialara yer verilmiştir¹¹⁵.

Diğer taraftan UAD'ın Norveç Balıkçılık Davasında diğer devletlerin haberdar oldukları iki hükümet kararnamesi ile bir anlaşmanın onaylanmaması; Sığınma Hakkı davasında teamül kuralını içeren Montevideo Sözleşmelerini onaylamaması ısrarlı itirazcı doktrini için yeterli kabul edilmektedir. Anılan itirazların itirazın ısrarlı olması bakımından gerekli asgari şartları taşıdığı tartışmaya açıktır¹¹⁶.

¹¹³ COLSON, 1986, s. 967.

¹¹⁴ Taslak Sonuçlar, 2018, 15. sonuç hükmünün dokuzuncu yorum paragrafı.

¹¹⁵ Tahkim sürecinde Mauritius Cumhuriyeti'nin dilekçesi, 2013, s. 124, par. 5.4 ve 5.11.

¹¹⁶ ÖKTEM, 2013, s. 182.

VI. ISRARLI İTİRAZCI DOKTRİNİNİN SINIRI

İsrarlı itirazcı doktrini, devletlerin bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde, rızaları olmayan kurallarla bağlanamayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Ancak emredici hukuk kuralları bakımından da bu kuralın uygulanmasına yönelik talepler tartışmalara yol açmıştır.

1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin “Bir Uluslararası Emredici Hukuk Normu ile Çatışan Andlaşmalar” başlıklı 53. maddesinin müzakeresinde, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu bazı devletler emredici hukuk normuna ilişkin bir kuralın bile, bu kurala karşı çıkan devletlere dayatılamayacağı yönünde eğilim sergilemiştir¹¹⁷. Günümüzde ise emredici hukuk normlarına ısrarlı itirazcı olunabileceğini savunan yazar sayısı azdır¹¹⁸.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu 2002 yılında, ABD aleyhinde *Michael Domingues* başvurusunda, çocukların idamı konusunda ABD'nin ısrarlı itirazcı olduğuna yönelik iddiasını anılan kuralın basit bir teamül hukuku olmadığı; emredici hukuk kuralı olduğu ve bu itibarla ısrarlı itirazcı olunamayacağı açıklamasıyla reddetmiştir. Komisyon raporunda her ne kadar uluslararası teamül hukukunun devletlerinin iradesi sonucu olduğu için ısrarlı itirazcı devletin o kural ile bağlı olmayacağı ifade etmişse de bu durumun emredici hukuk kurallarına uygulanmayacağını vurgulamıştır¹¹⁹. Raporda emredici hukuk normlarının, statüsünü uluslararası toplum tarafından sahip olunan temel değerlerden aldığı, bu normların ihlallerinin insanlığın vicdanını yaraladığı ve bu nedenle itirazdan bağımsız olarak bir bütün olarak uluslararası toplumu bağladığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, emredici hukuk normlarına yaygın olarak alıntı yapılan örnekler arasında soykırım, kölelik, zorla kaybetmeler ve işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalarının yer aldığı belirtilmektedir. Bu statüye ulaşan uluslararası yasaklamaları

¹¹⁷ ÖKTEM, 2013, s. 459.

¹¹⁸ ÖKTEM, 2013, s. 460.

¹¹⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, **Michael Domingues başvurusu**, 22/10/2002 tarihli ve 62/02 sayılı Rapor, par. 48 - 49, <http://cidh.org/annualrep/2002eng/USA.12285.htm> (erişim tarihi 01.05.2022).

belirlemede güvenilir bir başlangıç noktasının, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin istisnasız hale getirdiği haklar listesi olduğu öne sürülmektedir¹²⁰.

Ayrıca yukarıda değinildiği üzere, Chagos ile ilgili olarak self determinasyon hakkı bağlamında, Mauritius, Daimi Tahkim Mahkemesi'nde görülen tahkim kapsamında, ısrarlı itirazcı kavramının temel normlara uygulanamayacağı¹²¹; UAD danışma görüşü kapsamındaki beyanında emredici hukuk normlarına uygulanmayacağı¹²² iddiasını ileri sürmüştür.

Özel Raportör Wood'un hazırladığı ilk taslakta emredici hukuk normlarına ilişkin paragraf yer almamakla birlikte, Wood, esasen emredici hukuk normlarını UHK'nın ayrı bir çalışmasında konu olduğu cihetle metne dahil etmediğini ancak düşünce olarak önceden de ısrarlı itirazcı doktrininin emredici hukuk normlarına hanel getirmedeğini savunduğunu; keza önceki taslak sonuçta yer almasa bile taslak sonuç hükmünün yorumunda bu hususun belirtildiğini ifade etmiştir¹²³.

BM Altıncı Komite toplantılarında, Singapur da emredici hukuk normlarının UHK'nın farklı bir çalışmasında değerlendirme aşamasında bulunduğunu, mevcut durumda Komisyonun emredici hukuk normları ile ısrarlı itirazcı doktrini arasındaki bağ konusunda tutum belirlemek için erken olabileceğini beyan etmiştir.¹²⁴ Ancak genel eğilim neticesinde ısrarlı itirazcı doktrininin uluslararası hukukun emredici normlarına (*jus cogens*) hanel getirmeyeceği 15. sonuç hükmüne üçüncü fıkra olarak işlenmiştir. Anılan hüküm ısrarlı itirazcı doktrininin sınırını çizmekle sınırlı olup, uluslararası hukuk kurallarının hiyerarşisi veya bazı yükümlülüklerin *erga omnes* etkisine ilişkin sorulara hanel getirmemektedir¹²⁵.

Bu noktada, emredici hukuk kurallarının ne olduğu konusunda kesin bir uzlaşma olmadığına altını çizmekte fayda görülmektedir. Nitekim, UHK'nın 2015 yılında

¹²⁰ Michael Domingues başvurusu, **2002**, par. 49.

¹²¹ Tahkim sürecinde Mauritius Cumhuriyeti'nin dilekçesi, **2013**, s. 124, par. 5.4 ve 5.11.

¹²² Chagos Takımadaları danışma görüşü bağlamında Mauritius Cumhuriyeti'nin beyanı, **2018**, s. 27.

¹²³ WOOD, **2018**, s. 48.

¹²⁴ Beyan ve Gözlemler, **2018**, s. 55.

¹²⁵ Taslak Sonuçlar, **2018**, 15. sonuç hükmünün onuncu yorum paragrafı.

gündemine alınan¹²⁶ “Uluslararası Genel Hukukta Buyruk Kuralları (*Jus Cogens*)” başlıklı konuya ilişkin dördüncü raporda¹²⁷, sınırlayıcı olmayan bir liste oluşturulmuşsa da anılan listenin BM Altıncı Komite toplantılarında eleştirildiği ve Türkiye’nin de aralarında bulunduğu pek çok devletin konuya ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini vurguladığı göz ardı edilmemelidir¹²⁸. Bu bağlamda, genellemelerden kaçınılması gerektiği ve somut olay bağlamında inceleme yapılmasının önem taşıdığı değerlendirilmektedir.

Diğer yandan, BM Altıncı Komite toplantılarında, Yunanistan, ısrarlı itirazcı doktrininin, emredici hukuk kuralları dışında hukukun genel ilkelerine uygulanabilirliğini sorgulamış¹²⁹, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi temsilcisi de emredici hukuk kuralların yanı sıra temel değere sahip kurallara (*types of rules of fundamental importance*) da uygulanamayacağını ileri sürmüştür¹³⁰. Bununla birlikte anılan görüşler destek görmediği için çalışmaya dahil edilmemiştir.

Israrlı itirazcı doktrininin insan hakları kuralları ile ilişkisinin doktrinde de tartışıldığı görülmektedir. 2005 yılında öne sürülen “*the original consent theory*”de insan haklarının evrenselliği ilkesi çerçevesinde insan hakları bağlamında sürekli itirazcı kavramının kabul edilmemesi savunulmaktadır¹³¹. Benzer bir yaklaşımın uluslararası insancıl hukuk ve çevre hukuku gibi alanlar için de geçerli olduğu ifade edilebilecektir¹³². Bununla birlikte, bu kuralların tamamı emredici hukuk kuralı niteliğinde değildir. Hatta sadece küçük bir kısmının bu nitelikte olduğu ileri

¹²⁶ BM Genel Kurulu’nun 30.12.2015 tarihli ve A/RES/70/236 sayılı Kararı.

¹²⁷ TLADI, Dire, **Uluslararası Genel Hukukta Buyruk Kuralları (Jus Cogens) Hakkında Dördüncü Rapor**, 31.01.2019 tarihli ve A/CN.4/727 sayılı Belge.

¹²⁸ Eleştiren devletlere ilişkin bilgi için bkz. TLADI, Dire, **Uluslararası Genel Hukukta Buyruk Kuralları (Jus Cogens) Hakkında Beşinci Rapor**, 24 Ocak 2022 tarihli ve A/CN.4/747 sayılı Belge, s. 67, dn. 448.

¹²⁹ BM Genel Kurulu’nun 22.11.2016 tarihli ve A/C.6/71/SR.22 sayılı Belgesi, s. 3.

¹³⁰ BM Genel Kurulu’nun 22.11.2016 tarihli ve A/C.6/71/SR.22 sayılı Belgesi, s. 10.

¹³¹ LAU, Holning, “Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law”, **Chicago Journal of International Law**, Yıl: 2005, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 505; ayrıca bkz. INGMAN, 2008, s. 38.

¹³² GREEN, 2016, s. 211.

sürülmektedir. Bu anlayışla, UHK çalışmasında emredici hukuk kurallarına atıf dışında farklı hukuk alanlarına değinilmemiştir.

SONUÇ

Devletlerin eşitliği ilkesi çerçevesinde, uluslararası hukukun oluşumunda devletlerin müşterek rızası önem taşımaktadır. Bu itibarla, devletlerin ısrarlı bir şekilde itiraz ettikleri kurala bağlı olması geçmiş dönemlerden itibaren sorgulanmıştır.

Uluslararası teamül kuralları, doğası gereği uluslararası toplumun bütün üyelerine karşı eşit etkide kabul edilse ve uluslararası toplumun herhangi bir üyesinin çıkarı doğrultusunda kuraldan tek taraflı muafiyet mümkün olmasa bile, bu tür bir kuralın oluşmasına kesinlikle ve sürekli karşı çıkan devletlere karşı bunun uygulanabileceği anlamına gelmemektedir. Bu husus, ısrarlı itirazcı doktrini olarak anılmaktadır.

Doktrinin kabulünde, UAD'ın Kolombiya ve Peru arasındaki Sığınma Hakkı (1949-1950) ile İngiltere ve Norveç arasındaki Balıkçılık (1949-1951) davalarının öncü rolü bulunmaktadır. Bu kararların akabinde öğretide konu detaylı tartışılmış ve şartlar netleştirilmeye başlanmıştır. UAD dışında, AİHM, DTÖ, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Uluslararası Hukuk Derneği gibi çeşitli organ ve kuruluşların görüşleri de ısrarlı itirazcı doktrini destekler niteliktedir.

Doktrine yönelik az sayıda itirazın da esasen doktrinin varlığına değil doktrinin sınırı ile ilgili olduğu ifade edilebilecektir. Bu aşamada özellikle emredici hukuk normları bağlamında doktrinin sınırının sorgulandığı ve genel olarak emredici hukuk normlarına karşı ısrarlı itirazcı olunamayacağının kabul edildiği görülmektedir.

UHK'nın, 2012 yılında gündemine aldığı uluslararası teamül hukuku konusunda özel raportör olarak atanan Wood da, konuya ilişkin hazırladığı “Taslak Sonuçlar”da ısrarlı itirazcı doktrinine ilişkin bir hüküm kaleme almış ve bu doktrinin geniş kabul gördüğünü vurgulamıştır.

Bu bağlamda, UHK üyelerinin toplantıları ve devletlerin katkılarıyla Wood tarafından 2018 yılında nihai hali verilen “Taslak Sonuçlar”da (*Draft Conclusions*)

ısrarlı itirazcı doktrinine ilişkin 15. sonuç hükmü BM Genel Kurulu'nun 73. oturumunda kabul edilmiştir.

Buna göre bir devletin, bir uluslararası teamül hukuku kuralına, bu kuralın oluşum sürecindeyken itiraz etmesi halinde, bu kural, ilgili devlete karşı, itirazını sürdürdüğü müddetçe, ileri sürülemez. İtiraz açıkça ifade edilmeli, diğer Devletlere bildirilmeli ve ısrarla muhafaza edilmelidir. Israrlı itirazcılık, genel uluslararası hukukun emredici normlarına (*jus cogens*) ilişkin herhangi bir soruya hâle getirmemektedir

BM Genel Kurulunda kabul edilen 15. sonuç hükmü, geçmişte çeşitli yargı kararlarına, uygulamaya ve öğretiyeye konu olmuş ısrarlı itirazcılığın şartlarının netleşmesi bağlamında önem taşımaktadır. Ülkemiz bakımından, özellikle Wood'un raporunda yer alan Türkiye'nin BM Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nda, devletlerin karasuları genişliğini 12 mile kadar belirleyebilme hakkına yönelik itiraz beyanına ilişkin örnek de ısrarlı itirazcı tutumumuzun kayda geçirilmiş olması bağlamında önem taşıyan bir husustur.

Bu açıklamalar ışığında, günümüzde ısrarlı itirazcı doktrininin uluslararası kamu hukukunun asli kaynaklarından olan uluslararası teamül kurallarının uygulanmasına istisna teşkil ettiği görüşü benimsenmekte olup, doktrininin uluslararası hukukun genel kuralları arasında olduğu ileri sürülmektedir.

KAYNAKÇA

- ALBAYRAK, Gökhan, "Uluslararası Teamül Hukuku Hakkındaki Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Taslak Sonuçlarının Çevirisi ve İncelenmesi", **Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 5, Sayı: 22, (s. 387 - 400).
- BELLINGER, John B. / HAYNES, William J., "A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Law", **International Review of the Red Cross**, Yıl: 2007, Cilt: 89, Sayı: 866, (s. 443 - 471).
- BOAS, Gideon, **Public International Law Contemporary Principles and Perspectives**, Edward Elgar Publishing Inc., Birleşik Krallık, 2012.

BROWNLIE, Ian, **Principles of Public International Law**, 6. Basım, Oxford University Press, New York, 2003.

COLSON, David, A., “How Persistent Must be Persistent Objector Be?”, **Washington Law Review**, Yıl: 1986, Cilt: 61, Sayı: 3, (s. 957 - 970).

DUMBERRY, Patrick, “Incoherent and Ineffective: the Concept of Persistent Objector Revisted”, **International and Comprative Law Quarterly**, Yıl: 2010, Cilt: 59, Sayı: 3, (s. 779 - 802).

GREEN, James A., **The Persistent Objector Rule in International Law**, Oxford University Press, 2016.

GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, 9. Basım, Savaş Yayınevi, Ekim 2018.

HENCKAERTSI, Jean Marie / DOSWALD BECK, Louise, **International Committee of the Red Cross (ICRC), Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules**, 3. Basım, Cambridge Üniversite Yayınları, 2009.

INGMAN, Fredric, **Persistent Objector - The Demise of a Hero**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lund Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2008.

LAU, Holning, “Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law”, **Chicago Journal of International Law**, Yıl: 2005, Cilt: 6, Sayı: 1, (s. 495 - 510).

MENDELSON, Maurice, “The Formation of Customary International Law”, **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Yıl: 1998, Cilt: 272, (s. 165 - 321).

MENDELSON, Maurice, **Customary International Law**, BM Uluslararası Hukuk Görsel-İşitsel Kütüphanesi, 2016, 8. dakika vd., http://legal.un.org/avl/ls/Mendelson_IL.html (erişim tarihi 01.05.2022).

MURPHY, Sean D., **Principles of International Law**, 2. Basım, Concise Hornbooks Thomas Reuters, 2012.

MURPHY, Sean D., “The Identification of Customary International Law and Other Topics: The Sixty-Seventh Session of the International Law Commission”, **American Journal of International Law**, Yıl: 2015, Cilt: 109, Sayı: 4, (s. 1 - 23).

ÖKTEM, Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, 1. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2013.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 17. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

SHAW, Malcolm N., **International Law**, 6. Basım, Cambridge University Press, 2008.

STEIN, Ted. L., “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, **Harvard International Law Journal**, Yıl: 1985, Cilt: 26, Sayı: 2, (s. 457 - 482).

SUR, Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 12. Basım, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2018.

TLADI, Dire, **Uluslararası Genel Hukukta Buyruk Kuralları (Jus Cogens) Hakkında Dördüncü Rapor**, 31.01.2019 tarihli ve A/CN.4/727 sayılı Belge.

TLADI, Dire, **Uluslararası Genel Hukukta Buyruk Kuralları (Jus Cogens) Hakkında Beşinci Rapor**, 24 Ocak 2022 tarihli ve A/CN.4/747 sayılı Belge.

WOOD, Michael, **Uluslararası Teamül Hukukunun Tespiti Hakkında Üçüncü Rapor**, 27.03.2015 tarihli ve A/CN.4/682 sayılı Belge.

WOOD, Michael, **Uluslararası Teamül Hukukunun Tespiti Hakkında Beşinci Rapor**, 14.03.2018 tarihli ve A/CN.4/717 sayılı Belge.

“Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries”, **Yearbook of the International Law Commission**, Yıl: 1991, Sayı: II, Bölüm: 2.

“Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries” (Taslak Sonuçlar), **Yearbook of the International Law Commission**, Yıl: 2018, Sayı: II, Bölüm: 2.

“Guide to Practice on Reservations to Treaties”, **Yearbook of the International Law Commission**, Yıl: 2011, Sayı: II, Bölüm: 3.

“International Law Association, London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, with commentary (Londra Kararı).”, **Uluslararası Hukuk Derneği’nin 69. Konferansı**, Karar Sayısı: 16/2000, Londra, 29.12.2000.

“*The American Law Institute, III. Restatement of the Law, Foreign Relations Law of the United States (III. Restatement)*”, **Amerikan Hukuk Enstitüsü çalışması**, 1987.

BM Genel Kurulu’nun 21.11.1947 tarihli ve A/RES/174(II) sayılı Kararı.

BM Genel Kurulu’nun 19.11.2013 tarihli ve A/RES/68/111 sayılı Kararı.

BM Genel Kurulu’nun 30.12.2015 tarihli ve A/RES/70/236 sayılı Kararı.

BM Genel Kurulu’nun 16.11.2016 tarihli ve A/C.6/71/SR.21 sayılı Belgesi.

BM Genel Kurulu’nun 14.11.2016 tarihli ve A/C.6/71/SR.23 sayılı Belgesi.

BM Genel Kurulu’nun 22.11.2016 tarihli ve A/C.6/71/SR.22 sayılı Belgesi.

BM Genel Kurulu’nun 20.12.2018 tarihli ve A/RES/73/203 sayılı Kararı.

BM Genel Kurulu’nun 14.02.2018 tarihli ve A/CN.4/716 sayılı Belgesi (Beyan ve Gözlemler).

BM Genel Kurulu’nun 14.11.2018 tarihli ve A/C.6/73/SR.23 sayılı Belgesi.

BM UHK 3186. oturum tutanağı, 25.12.2013, A/CN.4/3186.

BM UHK 3288. oturum tutanağı, 22.09.2015, A/CN.4/SR.3288.

BM UHK 3250. oturum tutanağı, 08.03.2016, A/CN.4/SR.3250.

BM UHK 3252. oturum tutanağı, 12.04.2016, A/CN.4/SR.3252.

BM UHK Raporu, 68. oturum tutanağı (2 Mayıs-10 Haziran ve 4 Temmuz-12 Ağustos 2016), A/71/10.

BM Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı’nın 189. oturum tutanağı, 08.12.1982 tarihli ve A/CONF.62/SR.189 sayılı Belge.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu,
<http://cidh.org/annualrep/2002eng/USA.12285.htm> (erişim tarihi 01.05.2022).

Dünya Ticaret Örgütü, <https://docs.wto.org/> (erişim tarihi 29.04.2022).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, <https://hudoc.echr.coe.int/> (erişim tarihi 28.04.2022).

Uluslararası Adalet Divanı, <https://www.icj-cij.org/en> (erişim tarihi 28.04.2022).

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, <https://legal.un.org/ilc/> (erişim tarihi 28.04.2022).

Daimi Tahkim Mahkemesi, <https://pca-cpa.org/en/cases/11/> (erişim tarihi 29.04.2022).

Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nin 21.07.2011 tarihli Kararı,
https://www.refworld.org/cases,HK_CA,4e37ec822.html (erişim tarihi 01.05.2022).

Birleşmiş Milletler'in Andlaşmalara ilişkin internet bağlantısı, <https://treaties.un.org/> (erişim tarihi 28.04.2022).

Birleşmiş Milletler toplantı bilgileri ile tutanakları hakkında internet bağlantısı
<https://journal.un.org/> (erişim tarihi: 06.06.2022).