Uluslararası Hukukta Uluslararası Teamül Kurallarının Antlaşmalar ile İlişkisi(*)

The Relationship of Rules of International Customary Law with Treaties in International Law

Arş. Gör. Betül GÜLTEKİN ALBAYRAK(**)
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ALBAYRAK(***)

Öz

Uluslararası antlaşmalar, teamül kuralları ve genel hukuk ilkeleri uluslararası hukukun başlıca kaynaklarını oluştururlar. İç hukuktaki hiyerarşik düzenin aksine, tek bir kanun koyucunun olmadığı uluslararası hukukta kaynaklar arasında ilişkiler karmaşık olabilmektedir. Kendine özgü yapısı gereği uluslararası hukukun kaynaklarının ortaya çıkışı ve kaynakların birbirleri ile olan ilişkileri tartışmaya açıktır. Uluslararası teamül kuralları ile antlaşmalar arasındaki çok boyutlu ilişkiler de bu sebeple incelenmeye değerdir. Teamül kurallarının antlaşmalarla olan ilişkisi bazı teamül kurallarının daha oluşum aşamasında başlamaktadır. Keza teamül kurallarının kanıtı olarak antlaşmalardan yararlanmak da muhtemeldir. Antlaşmaların uygulanmasının değiştirilmesi, yorumlanması ve bazen de batıl kılınması yine teamül kuralları aracılığıyla mümkün olabilmektedir. Ayrıca kodifikasyon ile teamül kurallarının antlaşma haline getirilmesi de iki uluslararası hukuk kaynağının ilişkili olduğu durumlardan biridir. Bu çalışmada yukarıda bahsedilen ilişkiler silsilesi incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Teamül Hukuku, Antlaşmalar, *Jus Cogens* Kurallar, Antlaşmaların Değiştirilmesi, Sistemik Uyum İlkesi, Kodifikasyon.

Abstract

International treaties, customary rules and general principles of law form the primary sources of international law. Contrary to the hierarchical order in domestic law, relations between sources can be complex in international law where there is no single legislator. Due to its unique structure, the emergence of sources of international law and the relations among the sources are open to discussion. For this reason, the multidimensional relations between international customary rules and treaties are worth examining. The relationship of customary rules with treaties begins at the

(*) Makale geliş tarihi: 27.10.2021 - Makale kabul tarihi: 02.12.2021.

(**) Sorumlu Yazar: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Doktora Programı.
E-posta: betul.gultekin@klu.edu.tr.
Orcid No: https://orcid.org/0000-0001-8508-7392.

(***) Kırklareli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: albayrak87@gmail.com.
Orcid No: https://orcid.org/0000-0002-1205-2479.

formation stage of some customary rules. It is also possible to use treaties as evidence of customary rules. Changing, interpreting and sometimes invalidating the implementation of treaties is also possible through customary rules. In addition, codification and making customary rules into treaties is one of the situations in which two sources of international law are connected. In this study, the above-mentioned series of relations are examined.

Keywords

International Customary Law, Treaties, *Jus Cogens* Norms, Treaty Modification, The Principle of Systemic Integration, Codification.

Giriş

İç hukukta hukuk üreten merci, genellikle anayasada sınırları belirlenen ve gösterilen mercilerdir. Bu yetki, demokratik ülkelerde yasama meclisi ve yürütmenin içinde yer alan bir merci arasında paylaşılmış haldedir. Demokratik olmayan ülkelerde ise veya demokrasinin uygulanmadığı zamanlarda kral gibi bir monark olabilir veya olmuştur. Uluslararası hukukta ise hukuk üretimi, bu hukuk uluslararası toplumun hukuku olduğu için, merkezi bir yapıda değildir ve eşitler arasında gerçekleşen ortaklaşa bir süreçtir.[1] Uluslararası alanda bir dünya parlamentosu bulunmamaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukukta hukuku üreten, uluslararası hukukun kişileridir ve bu üretim hukuku üreten kişilerin rızası ile şekillenir. Devletlerin ve belli ölçülerde uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk normlarını üretimi büyük oranda rızai bir temele dayanır. Söz konusu bu rızanın ortaya "çıkmış" hali bir antlaşma veya bir teamül kuralı olabilir.[2] Fakat bu rızanın ortaya çıkmasının arkasında yatan başka kurallar, başka beklenti veya ihtiyaçlar olabilir. Bu noktada uluslararası hukukun kaynaklarının tartışılmasında öncelikle maddi kaynak (*material source*) ve şekli kaynak (*formal source*) ayrımının yapılması elzemdir.[3] Şekli kaynak, hukukun büründüğü form, hukukun ortaya çıkmış hali iken, maddi kaynak ise hukukun üretilmesinde arkada yatan sosyal nedendir.[4] Örneğin bir norm teamül şeklinde ortaya çıkmış olabilir (şekli kaynak), fakat bu teamülün ortaya çıkmasında çok sayıda ikili sözleşme imzalanması ile ortak gereksinimlerin karşılandığı bir pratik yatabilir (maddi kaynak). Özellikle antlaşmalar ile teamül arasındaki dinamik ilişkiyi anlamada bu ayrımın öncelikle yapılması faydalı olur.

---

1 Otto Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, K.G. Saur KG, München, 1983, s. 224.

2 Rafael Casado Raigón, *Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 2020, s. 155.

3 Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 6; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 34.

4 Dolayısıyla maddi kaynağın incelenmesinin uluslararası hukukun alanının dışında olduğu ileri sürülmüştür. Guillermo R. Moncayo, Raúl E. Vinuesa, Hortensia D. A. Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público, Tomo I.*, Zavalia, Buenos Aires, 1990, s. 76.

Uluslararası hukukta kaynaklar ve kaynaklar arası ilişkiler meselelerinde, genellikle kaynak denildiği zaman şekli anlamda kaynak anlaşılmakta ve değerlendirmeler buna göre yapılmaktadır. Bu durum bir anlamda gerekliliktir denebilir. Çünkü özellikle uluslararası uyuşmazlıkların çözülmesinde uluslararası yükümlülüklerin belirlenmesinde bir kesinliğin sağlanması için şekli kaynaklara bakılması bir ihtiyaçtır.[5] Bazen kaynak ifadesi sebep (*cause*) kavramı ile karıştırılabilmektedir.[6] Hukuki normların sebeplerinin araştırılacağı saha, sosyoloji ilmine gerek duyar. Mahkemeler uyuşmazlıkları hukuki kurallara (*legal rules*) göre çözeceklerdir ve bunun için de bakılacak yer, şekli kaynaklar olmak durumundadır. Bu manada uluslararası hukukun kaynakları konusunda dünya üzerindeki en genel yetkili uluslararası mahkeme olan Uluslararası Adalet Divanı'nın Statüsü'nün 38. maddesine atıf yapılması bir adet halini almıştır. Bu maddenin birinci fıkrası Uluslararası Adalet Divanı'nın (Divan) devletler arasındaki bir uyuşmazlıkta uygulayacağı kaynakları belirtmektedir. Madde metninde şunlar ifade edilmektedir:

> *"1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:*
>
> *a. anlaşmazlık halinde bulunan devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;*
>
> *b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül kurallarını;*
>
> *c. medeni uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;*
>
> *d. 59. Madde hükmüne bağlı olmak koşulu ile, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak yargı kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular."*[7]

Madde metninde açıkça kaynak kelimesinden bahsedilmese de, Divan'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda hangi kaynaklara bakacağı belirtilmiştir. Maddede antlaşmalar, teamül kuralları ve hukukun genel ilkeleri ve yardımcı kaynaklar olarak içtihatlar ve doktrin belirtilmiştir. 38. madde uluslararası hukukun tüm kurallarını içermemektedir. Maddede sayılanların haricinde, uluslararası hukukun kaynakları arasında devletlerin tek taraflı işlemleri ve uluslararası örgüt kararları da bulunmaktadır.[8] Çalışmada inceleyeceğimiz konu antlaşma ile teamül arasındaki ilişkiler olduğu için üzerinde durulması gereken bir nokta ise madde metninde ve uluslara-

---

5 Gennady M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, ss. 16-22.

6 Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise, Vol. 1 Peace*, Hersch Lauterpacht (Ed), Longmans, London, 1955, ss. 24-25.

7 Statute of the International Court of Justice, 1945, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf, Erişim Tarihi: 16.05.2021.

8 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 59.

rası hukukta kaynaklar arasında bir hiyerarşinin olup olmadığıdır. Doktrinde özellikle 38. madde bazında ve genel olarak kaynaklar arasındaki hiyerarşi konusunda çeşitli görüşler olsa da,[9] temel olarak uluslararası hukukta antlaşmalar ile teamül arasında bir hiyerarşinin olmadığı kabul edilmektedir.[10] Bir antlaşma tarafları arasında yürürlüğe girdiğinde bu kurallar (*jus cogens* kurallar örneği dışında) teamül kurallarına göre öncelikle uygulanacaktır.[11] Keza bu durumdaki antlaşma, çatışan teamül kurallarına göre *lex posterior* kural konumda olacak ve sonraki kural olarak uygulama alanı bulacaktır. Antlaşma, tarafları arasında belirlenmesi ve kanıtlanması kolay olan bir hukuk kaynağıdır. Fakat bu duruma tam ters örneklerin görülmesi, antlaşmalardan sonra oluşan teamül kurallarının antlaşmanın tadil edilmesine veya antlaşmanın metrukiyetine (*desuetude*) yol açması mümkündür.[12] Her zaman bu iki uluslararası hukuk kaynağının arasında ilişki doğması bunların çatışmasına da bağlı değildir. Antlaşma ve teamül kuralları birbirleri ile örtüşür halde bulunabilir ve birbirlerinin yorumlanmasını etkileyebilirler. Örneğin 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin antlaşmaların yorumuna ilişkin 31. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde antlaşmaların yorumlanmasında taraflar arasında geçerli ve anlaşma ile ilgili uluslararası hukuk kurallarının dikkate alınacağı belirtilmiştir.[13] Kuşkusuz bu kuralların içeriğine teamül kurallarının dâhil olduğu ve teamüllerin antlaşmaların yorumlanmasında dikkate alınması gerektiği aşikârdır.

Uluslararası teamül, uluslararası hukukun kaynakları arasında en kadim hukuk kaynağıdır demek yanlış olmaz. Uluslararası antlaşmaların yapılmasından önce antik dönemlerden itibaren devletler arasında, ki bunlar ya şehir devletleriydi ya da imparatorluklardı, teamül kuralları oluşmaya başlamıştı. Teamül ile antlaşmalar arasındaki ilişkiler ise "teorik anlamda" yine aynı dönemlerde doğmuştur diyebiliriz. Keza milattan önce 1285 yılında Mısır Kralı ile Hitit Kralı arasında imzalanan saldırmazlık ve askeri yardımı içeren antlaşma[14] gibi belgelerin

---

9 Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk, Birinci Cilt*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1965, ss. 235-239.

10 Yücel Acer, İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 67; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 232; Rona Aybay, Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 40; Loretta Ortiz Ahlf, *Derecho Internacional Publico*, Oxford University Press, Mexico, 2011, s. 52.

11 Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London, 1997, s. 56.

12 Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss. 338-348.

13 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, Erişim Tarihi: 22.05.2021.

14 Bu antlaşma hakkında bilgi için bakınız. Larry May, *Ancient Legal Thought: Equity, Justice, and Humaneness From Hammurabi and the Pharaohs to Justinian and the Talmud*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, ss. 191-193. Bu antlaşmanın öncesinde de özellikle Antik Yakın Doğu'da imzalanan antlaşma belgelerine rastlanabilmektedir. Robert Kolb, "The Basis of Obligation in Treaties of Ancient Cultures - Pactum Est Servandum?", *International Law and Islam: Historical Explorations*, Ed. Ignacio de la Rasilla del Moral, Ayesha Shahid, Brill Nijhoff, Leiden, 2019, s. 113.

imzalanmasından beridir, uluslararası düzene şekil veren normların başlıcaları teamüller ve antlaşmalardır.

Bu makalenin konusunu teşkil eden teamül kurallarının antlaşmalar ile ilişkisini incelemeden önce, teamül kurallarının kısaca uluslararası hukuktaki anlamına ve oluşumuna değinmekte fayda vardır. Bundan sonra ise teamül kuralları ile antlaşma arasındaki ilişkiyi incelemeye geçilecektir.

I. Uluslararası Teamül Kurallarının Oluşumu

Uluslararası hukuk sisteminin rızai karakteri dolaysıyla, uluslararası teamül kurallarının oluşumunun da büyük ölçüde devletlerin ve belli ölçülerde uluslararası örgütlerin rızası üzerine şekillendiğini söyleyebiliriz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde teamülden, *"hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı"*[15] olarak bahsedilmektedir. Uluslararası hukukta genel olarak kabul edildiği gibi teamül kuralının oluşumunda iki unsur üzerinden inceleme yapılmaktadır. Bunlar devletlerin ve belli ölçülerde uluslararası örgütlerin pratiği anlamına gelen *usus* ve bu pratiklerin hukuk olduğuna dair inanç olan *opinio juris* olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu iki unsurlu inceleme tarzı hem doktrinde, hem yargı kararlarında[16] hem de son olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun teamüller hakkındaki taslak sonuçlarında[17] benimsenmektedir.

Uluslararası teamül kuralının oluşumunda aranan maddi unsur (*usus*), pratiğin veya davranışların yinelenmesi (*repetitio facti*) ve bunların büyük ölçüde yeknesak olmasını anlatmaktadır. Buradan çıkacak sonuç tek bir davranışın varlığının teamül kuralı yaratmaya yetmeyeceğidir.[18] Fakat burada belirtmek gerekir ki, bir uluslararası teamül kuralının oluşması için gereken süre konusunda kesin bir ölçüt bulunmamaktadır ve her durum için ayrı bir inceleme yapılması gerekir.[19] Yine değinmek gerekir ki, teamül kuralının oluşmasında devletlerin o konuyla ilgili davranışlarının bir örnekliği kuralın oluşum süreci içinde daha fazla

---

15 Statute of the International Court of Justice, 1945, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf, Erişim Tarihi: 16.10.2021.

16 Rudolf Bernhardt, "Customary International Law", *Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rudolf Bernhardt, Elsevier, Amsterdam, 1984, ss. 61-66.

17 International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, A/73/10, 2018.

18 Joseph G. Starke, *Introduction to International Law*, Butterworths, London, 1977, s. 43.

19 Ricardo Abello-Galvis, "La Costumbre como Fuente del Derecho Internacional: Una Caja de Pandora Imposible de Cerrar", *Derecho Internacional: Varias Visiones, un Maestro, Liber Amicorum en Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Ed. Ricardo Abello-Galvis, Editorial Universidad del Rosario, Bogota, 2015, s. 13. Uluslararası hukukta bir teamülün ani olarak oluşabileceği (*instant custom*) hakkında görüşler de bulunmaktadır. Bu konu hakkındaki tartışmayı başlatan çalışma için bakınız. Bin Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, Vol. 5, 1965, ss. 23-48.

etki doğurur.[20] Özellikle evrensel teamül kurallarının oluşmasında tüm devletlerin aynı davranışının oluşması bazı hallerde imkânsız olabilir. Ama teamül kuralının uygulanacağı mekân daraldıkça, örneğin bölgesel teamül kuralları gibi, mekânda yer alan devletlerin davranışlarının yeknesak ve katılımın daha yüksek olması beklenir. Hatta iki devlet arasında hak ve yükümlülükler yaratacak teamüllerin oluşmasına engel yoktur.[21] Hangi davranışların teamül kurallarını oluşturabilen davranışlar olabileceği meselesine bakarsak, devletlerin organlarının sadece dışa yönelik davranışları (antlaşmalar, notalar, uluslararası örgütlerdeki davranışlar vb.) değil, içe yönelik davranışları da (kanunlar, idari işlemler, yargı kararları) maddi unsur bakımından dikkate alınacaktır.[22]

Uluslararası teamülün oluşumunda aranan manevi unsur (*opinio juris*) ise, teamülü yaratacak pratiğin, pratiğe katılacak aktörlerin hukuki yükümlülükler doğurma inancı ile yapılması gereği ile ilgilidir. Devletlerin gerçekleştirdiği bir eylemin sıklığı veya niteliği ne olursa olsun, bu eylemin bir hukuk kuralı olduğuna dair bir inanç olmadığı müddetçe teamül kuralı oluşmamaktadır.[23] Pek tabiidir ki bu inanca vakıf olmak, insanlarda olduğu gibi devletler ve uluslararası örgütlerde (açıklamaları, rızaları veya çekindikleri hususlar gibi) onların davranışlarından çıkarılacak bir hususdur.[24] Maddi unsur olarak devlet pratiğinin ve psikolojik unsur olan *opinio juris*'in birbirleri ile iç içe geçmiş olmaları beklenir.[25] İki unsurdan hangisinin daha önce olduğunu sorgulamak sonsuz bir döngüye girilmesine sebep olabilir. Genellikle devletlerin bir davranışı sergilemelerindeki amaçları o davranışın bir hukuk kuralına dönüşmesi emeli değil, devletlerin belli bir takım ihtiyaçlarının karşılanmasıdır.[26] Siyasi çıkarlar veya ekonomik ihtiyaçlar neticesinde ortaya çıkan davranışların, daha sonra hukuk kuralları olduklarına dair inançla birleşmeleri ve sürekli uygulanmaları ile teamül kurallarının oluştuğunu söylemek mümkündür.

Çalışmamızın ana konusu teamül kurallarının ortaya çıkışı olmadığı için bu konudaki tartışmaları incelemekten ziyade doğrudan teamülün antlaşmalarla hangi noktalarda iletişime geçtiği hususuna değinilecektir. Dolayısıyla, öncelikle uluslararası hukukun önemli bir kaynağının diğer başat kaynakla nasıl bir ilişki içinde olduğunu incelemek gerekmektedir. Günümüzde antlaşmaların sayısı-

---

20 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 98.

21 ICJ, Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960, s. 44.

22 Benedetto Conforti, *Derecho Internacional*, Zavalia, Buenos Aires, 1995, s. 54.

23 Tullio Treves, *Diritto Internazionale, Problemi Fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, s. 225.

24 Alfred Verdross, Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, s. 355.

25 Emre Öktem, *a.g.e.*, s. 53.

26 Emre Öktem, *a.g.e.*, s. 56.

nın epey arttığı bir zamanı yaşamaktayız ve bu yüzden Divanı'nın belirttiği gibi aynı konularda hem antlaşma kuralları hem de teamül kuralları bulunabilmekte ve ikisinin de geçerlilikleri çoğu zaman sürmektedir.[27] Bu yüzden pek çok halde iki kaynağın birbiriyle nasıl ilişkiler içinde olduğu uluslararası hukukun önemli bir meselesi haline gelmektedir. Bu ilişkiler çok çeşitlidir. İki kaynağın arasındaki ilişki tarzlarına bakıldığında, teamülün meydana gelmesinde antlaşmanın rolünden teamül kurallarının antlaşmanın geçerliliğini etkilemesine, antlaşmanın teamül kurallarını sistematik hale getirmesinden antlaşmanın yorumlanmasında teamülün etkisine kadar pek çok ilişki olduğu görülmektedir.[28] Çalışmada bu hususlara ayrı ayrı değinilecektir.

II. Teamülün Kanıtı Olarak Antlaşmalar

Teamülün oluşumunda uluslararası hukuk kişilerinin (büyük oranda devletlerin) uygulamaları kurucu bir rol üstlenmekte ve bu uygulamaların önemli bir çeşidini de antlaşmalar oluşturmaktadır.[29] Bu bakımdan bir teamülün oluştuğunu kanıtlamak için genellikle antlaşmalara müracaat edildiği, onların teamülün oluştuğunu kanıtlamada bir araç olarak kullanıldığını görmekteyiz. Bu husus Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun teamüller ile ilgili yaptığı taslak sonuçlar çalışmasının 11. maddesinde de belirtilmiştir. Bu madde şu ifadeleri kullanmaktadır:

> *"1. Eğer antlaşma kuralı:*
>
> *(a) antlaşmanın yapıldığı zaman var olan bir uluslararası teamül hukuku kuralını kodifiye ettiyse;*
>
> *(b) antlaşmanın yapılmasından önce oluşmaya başlamış bir uluslararası teamül hukuku kristalleşmesine sebep olduysa;*
>
> *(c) hukuk olarak kabul edilen* (opinio juris) *genel bir uygulamaya, böylece yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralını oluşturmaya, sebebiyet verdiyse; bir antlaşmada koyulan bir kural, bir uluslararası teamül hukuku kuralını yansıtabilir.*
>
> *2. Bir kuralın birkaç antlaşmada yer alması, muhakkak olmamakla birlikte, antlaşma kuralının bir uluslararası teamül hukuku yansıttığını gösterebilir."*[30]

---

27 ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, prg. 179.

28 José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2010, ss. 74-78.

29 Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 141.

30 International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, A/73/10, 2018.

Günümüze gelinceye değin uluslararası hukukta antlaşmaların sayısı epey artmış ve neredeyse uluslararası ilişkilerin her mecrasında antlaşmalar yapılmıştır. Antlaşmalar, taraflarının beklentilerini ve davranışlarını belirlemede ve öngörmede en önemli vasıtalardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.[31] Doğaldır ki, her antlaşma spesifik bir teamülün oluşması anlamına gelmemektedir. Örneğin bir devletin başka bir devlete askeri yardımını öngören antlaşmanın teamül yaratıcı etkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Fakat bazı antlaşmaların teamül kurallarını oluşturucu etkileri olabilir. Bu durumu Divan, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'nda ortaya koymuştur.[32] Bu manada özellikle iki taraflı antlaşmaların teamülün oluşmasına etki etmesi için bu antlaşmaların genelleştirilebilir hükümler içermesi gerekmektedir.[33] Örnek olarak aşağı yukarı aynı ifadelerle kamulaştırma standartlarını ve adil ve hakkaniyetli muamele standardını düzenleyen ikili yatırım antlaşmalarını vermek mümkündür. Yine pek âlâ, bazı devletlerin belli teamüllerin kendilerine uygulanmasından kaçmaları için de antlaşma akdetmeleri ihtimal dâhilindedir.[34] Fakat örneğin bazı kendine has bir rejim yaratan çok taraflı antlaşmaların, evrensel anlamda geniş bir devlet uygulamasını göstermeleri nedeniyle teamülün ispat vasıtası olarak kullanılmaları mümkündür. Böyle bir durumun varlığını ortaya koymak için çok taraflı antlaşmanın taraflarının önemli bölümünün antlaşmadan menfaatleri etkilenen taraf olup olmadığı, antlaşmadaki çekince rejiminin yapısı gibi hususlara bakmak gerekecektir.[35] Antlaşmalar devletlerin iradesini yansıtan araçlar oldukları için teamülün oluşması için gereken *opinio juris*'in varlığını da gösterebilir. Bunun için antlaşmaların hazırlık çalışmalarında devletlerin görüşleri, antlaşmalardaki taraf sayısı veya antlaşmalardaki düzenlemelerin niteliği gibi konular kuşkusuz önem teşkil edecektir.[36]

Bazı çok taraflı antlaşmalar ise zaten uygulanan teamül kurallarının kodifiye edilmesi ile oluşturulmaktadır. Bu tip antlaşmaların hükümlerinin hepsi olmasa da çoğunun teamül kurallarını yansıttığını da belirtmek sorun olmayacaktır. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi bu tip antlaşmalara örnek olarak gösterilebilir. Bu manada antlaşmaların

---

31 Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, New York, 1971, s. 104.

32 ICJ, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969, prg. 71.

33 Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 100.

34 Matthias Herdegen, *Völkerrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2004, s. 138.

35 Gary L. Scott, Craig L. Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", *Denver Journal of Internatinal Law and Policy*, Vol. 25(1), 1996, ss. 71-94.

36 Brian D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, ss. 191-207.

teamül kurallarının kanıtı olarak gösterilmesinde etki olarak farklı seviyeler söz konusudur. Antlaşma zaten daha önce oluştuğuna kanaat edilen teamül kurallarını içererek açıklayıcı etkide olabilir veya teamülün oluşma safhasında kristalize olmasına yardım edebilir veyahut da bazı alanlarda teamül kurallarının doğrudan yaratılmasını sağlayabilir.[37] Örneğin Divan, Namibya danışma görüşünde 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi daha yürürlüğe girmeden önce antlaşmanın sona erdirilmesi ile ilgili hükümlerinin teamül hukukunu kodifiye ettiğini belirtmiştir.[38] Bu durum antlaşmaların teamül kurallarının varlığını deklare etme etkisine bir örnek teşkil eder. Yine örnek olarak vermek gerekirse Divan, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'nda, 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin çekince konulamayan ilk üç maddesinin ilgili alandaki teamül kurallarının oluşmasına yardım ettiğini veya bu kuralların kristalize olmasını sağladığını belirtmiştir.[39] Divan'ın bu yaklaşımı da antlaşmaların teamül kurallarının oluşmasında kristalize etme etkisini göstermektedir. Ayrıca bazen antlaşmalar tarihin dönüm noktalarında geniş katılımla imzalandıkları durumlarda antlaşmadaki bazı hükümler teamül yaratıcı etki de gösterebilir. Buna en iyi örnek de 1945 yılında İkinci Dünya Savaşı gibi bir dönüm noktasının hemen ertesinde imzalanan Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesindeki kuvvet kullanma yasağıdır. Günümüzde bu yasağın bir teamül kuralından öte bir *jus cogens* norm teşkil ettiği de belirtilmektedir.[40]

III. Özel Nitelikli Teamül Kuralının Antlaşmayı Batıl Kılması: *Jus Cogens* Örneği

Antlaşmalar ile teamül kuralları arasındaki ilişkilerin bir diğer veçhesi özel nitelikli bir teamül hukuku kuralı olarak görebileceğimiz *jus cogens* nitelikteki normların, bu normlara aykırı olan antlaşma kurallarını batıl hale getirmesidir. *Jus cogens* normlar uluslararası hukukun emredici kurallarını teşkil eder ve bu tip normların varlığının uluslararası hukukta kabul edilmesi[41] 1969 Viyana Ant-

[37] Manuel Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007, s. 142.

[38] ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, prg. 94.

[39] ICJ, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969, prg. 63.

[40] Olivier Corten, Vaios Koutroulis, "The Jus Cogens Status of the Prohibition on the Use of Force: What is Its Scope and Why Does it Matter?", *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Disputation*, Ed. Dire Tladi, Brill, Leiden, 2021, ss. 629-667.

[41] *Jus cogens* nitelikte kuralların uluslararası hukukta mevcudiyeti hakkında mezkûr Sözleşme öncesinde Alfred von Verdross'un çalışmalarının etkisi yadsınamaz. Alfred von Verdross, "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on the Law of Treaties", *American Journal of International Law*, Vol. 31(4), 1937, ss. 571-577; Alfred von Verdross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 60(1), 1966, ss. 55-63. Ayrıca uluslararası alanda ise 1960'lı yılların sosyalist ve gelişmekte olan ülkelerinin bu tip normların uluslararası hukukta varlığına ilişkin çabaları da bu normların kabul edilmesinde etkili olmuştur.

laşmalar Hukuku Sözleşmesi ile gerçekleşmiştir denebilir. Sözleşmenin 53. maddesinin ikinci cümlesinde *jus cogens*, diğer adıyla emredici norm (*peremptory norm*) şu şekilde tarif edilmiştir:

> *"Bu Sözleşme açısından, genel uluslararası hukukun bir emredici normu devletlerin uluslararası toplumu tarafından, kendisinden sapılmasına izin verilmeyen ve yalnızca aynı niteliği haiz sonraki bir genel uluslararası hukuk normu değiştirilebilen bir norm olarak kabul edilen ve tanınan bir normdur."*[42]

Dolayısıyla *jus cogens* normlar temel olarak evrensel nitelikte kabul gören genel uluslararası hukuk kuralları şeklinde karşımıza çıkarlar ve kendilerine aykırı olan antlaşmaları mutlak butlan ile geçersiz kılarlar. Bu tipte kuralların kaynağının hangi şekli uluslararası hukuk kaynağı olacağı noktasında doktrinde bazı muğlaklıklar olsa da, temel anlamda *jus cogens* nitelikte normların teamül kurallarından doğduğu hususu kabul görmektedir.[43] Örneğin Divan, Yargılama veya Geri Verme Yükümlüğüne İlişkin Sorunlar Davası'nda işkence yasağının teamül hukukunun bir parçası olduğu ve *jus cogens* norm haline geldiğinden bahsetmektedir.[44] *Jus cogens* normların kaynağını genel ilkeler veya antlaşmalarda arayanlar olduysa da, kaynağının teamül olduğunu belirtenlere göre daha az destek bulduğu ortaya konmuştur.[45] Fakat Cassese'nin belirttiği gibi bir *jus cogens* normun doğması için teamül kuralındaki *usus* (pratikler, maddi unsur) ve *opinio juris* gerekmeyecek, "devletlerin uluslararası toplumunun" bir teamül kuralının emredici karakterini kabul ettiklerini ortaya koymak yeterli olacaktır.[46] Bu noktada teamül kuralının *jus cogens* haline gelmesinde sürekli itiraz eden bir devletin etki doğurmasının güç olduğunu belirtmek gerekir. Keza bir evrensel teamül kuralına sürekli itiraz eden devletin, bu kural *jus cogens* norm haline geldiği takdirde itirazının etkisinin sona ereceğini de kabul etmek zaruri olacaktır.[47]

Hangi örnek uluslararası hukuk kurallarının *jus cogens* nitelik kazandığı konusunda değişik görüşler olmakla birlikte, genellikle verilen örnekler olarak

---

42 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, Erişim Tarihi: 12.10.2021.

43 Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 199; Angel J. Rodrigo, "Los Criterios de Identificación de las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Ius Cogens)", *Principios y Justicia en el Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Antonio Remiro Brotóns*, Ed. Javier Díez-Hochleitner Rodríguez ve diğerleri, Dykinson, Madrid, 2018, s. 124.

44 ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, prg. 99.

45 Bu konuda özellikle bakınız. International Law Commission, Second Report on Jus Cogens by Dire Tladi, 2017, A/CN.4/706, ss. 19-31.

46 Antonio Cassese, "For an Enhanced Role of Jus Cogens", *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 165.

47 Torsten Stein, Christian von Buttlar, *Völkerrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2012, s. 47.

soykırım yasağı, kölelik yasağı, devletlerin egemen eşitliği kuralı, self determinasyon ilkesi, deniz haydutluğu yasağı, kuvvet kullanma yasağı zikredilebilir.[48] Listeye farklı örnekler eklemek de mümkündür. İşte bu normlara aykırı bir antlaşma yapıldığında, antlaşmanın ilgili kısmı veya tümü baştan itibaren (*ab initio*) geçersiz olacaktır ve bu geçersizlik tüm devletler tarafından ileri sürülebilecektir.[49] Bu geçersizliğin aslında tüm devletleri ilgilendirmesinin nedeni, *jus cogens* normların *erga omnes* (herkese karşı) yükümlülükler yaratmasıdır. Dolayısıyla iddia edilebilir ki, *jus cogens* normun doğması uluslararası alanda bir uluslararası kamu düzeni etkisi yaratabilmiştir. İlgili geçersizliğin uluslararası camianın tüm üyelerini doğrudan veya dolaylı şekilde etkileme potansiyeli vardır. Son olarak, antlaşma ve özel nitelikli teamül kuralı olan *jus cogens* arasındaki diğer bir ilişki noktası ise, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 64. maddesinde öngörülen yeni oluşan emredici normun hali hazırda bulunan ama bu normla çatışan antlaşmaları da batıl hale getireceğidir. Fakat böyle bir geçersizliğin etkisi *ex nunc* (ileriye etkili) olacaktır[50] ve emredici normun doğmasından önceki antlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler ve haklar hukuk dünyasında varlığını sürdürmeye devam edecektir.

IV. Sonraki Teamül Kuralıyla Antlaşmanın Uygulamasının Değiştirilmesi

Antlaşma ile teamül arasındaki ilişkilerin bir başka boyutu, *lex posterior* ilkesi gereği sonraki teamül kuralının kendisi ile çatışan önceki antlaşmanın uygulanmasını engellemesi etkisinden farklı olarak, sonraki teamül kuralının antlaşmanın kendisi ile çatışma durumunda olduğu bazı maddelerinin taraflarınca farklı uygulamalarıyla antlaşmanın uygulamasının değiştirilmesine (*treaty modification*) yol açmaları durumudur. Böyle bir durumun meydana gelmesi için oluşan sonraki teamül kuralının, unsurları itibariyle önceki antlaşma hükümlerinin uygulanmasını değiştirmeye yönelmesi, diğer bir deyişle bu tip teamül bakımından daha yüksek bir kanıt standardının mevcut olması gerekir.[51] Söz konusu duruma

[48] Heintschel von Heinegg, "Die Völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrechts", *Völkerrecht: Ein Studienbuch*, Ed. Knut Ipsen, Beck, München, 2014, s. 453. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun *jus cogens* normlar hakkındaki taslak madde çalışmaları bağlamında Dire Tladi tarafından hazırlanan dördüncü raporda yukarıda sayılan örnekler haricinde saldırı yasağı, apartheid yasağı, insanlığa karşı suçlar yasağı, uluslararası insancıl hukukun temel kuralları gibi örnekler de sınırlayıcı bir liste olmamak üzere verilmektedir. International Law Commission, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens) by Dire Tladi, 2019, A/CN.4/727.

[49] Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, ss. 142-143.

[50] Kirsten Schmalenbach, "Article 64: Emergence of a New Peremptory Norm of General International Law ("jus cogens")", *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Ed. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, Springer, Berlin, 2018, ss. 1204-1205.

[51] Irina Buga, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 223.

yol açabilecek en yatkın teamül kuralı, sözleşmeyle bağlantılı (*treaty-related*) ve sözleşmenin uygulanma alanında oluşan teamül kurallarıdır. Bu duruma örnek olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin oylamasına ilişkin Birleşmiş Milletler Şartı'nın 27. maddesinde geçen daimi üyelerin olumlu oy şartının, sonraki yıllarda daimi üyelerin çekimser olmalarının kararın çıkmasına engel olmamaları yönünde anlaşılması durumu gösterilebilir.[52]

Bunun haricinde bir teamül kuralının belli bir zamanda antlaşmanın kaldırılmasına yönelmesi de mümkündür. Bu halde antlaşmanın tarafları antlaşmanın gereklerini yerine getirmekten kaçınarak zamanla bu antlaşmanın kaldırılması yönünde bir teamül oluşturabilirler.[53] Bu durum uluslararası hukukta *desuetude* denilen olgunun bir görünümüdür.[54]

V. Sistemik Uyum (Entegrasyon) İlkesi ve Antlaşmaların Yorumlanmasında Teamül Kurallarının Etkisi

Antlaşmalar ve teamül kuralları arasında her zaman çatışma olmadığı, bazı durumlarda birlikte uygulanabildikleri veya birbirlerinin yorumlanmasında etkili olabildiklerinden söz etmek mümkündür. Fakat uluslararası hukukta tek bir kanun koyucu otoritenin ve kaynaklar arasında bir hiyerarşinin olmaması, uluslararası hukuk kaynakları arasında bazı durumlarda çatışmaya da neden olabilmektedir. Çatışma olsun ya da olmasın, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin m.31(3)(c) hükmü söz konusu iki uluslararası hukuk kaynağı arasındaki ilişkinin belirlenmesinde rol oynayabilir. Bahsi geçen maddede aşağıdaki ifadeler yer almaktadır;

" Madde 31- *Genel Yorum Kuralı*

...

3. Bu çerçeve ile birlikte şunlar da *dikkate alınır*.

...

c-*Taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilecek, milletlerarası hukukun konu ile ilgili bir kuralı*".[55]

Bir uyuşmazlıkta uyuşmazlığa konu olan uluslararası hukuk kuralları yorumlanırken, eğer varsa uyuşmazlığın konusuna ilişkin ve taraflar arasında uygulanabilecek diğer uluslararası hukuk kurallarının da dikkate alınmasını gerektiren bu maddenin "sistemik uyum (entegrasyon)" ilkesini (*the principle of systemic integration*) içer-

52 Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, ss. 200-201.

53 Andreas von Arnauld, *Völkerrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016, s. 119.

54 Jan Wouters, Sten Verhoeven, "Desuetudo", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2008.

55 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, Erişim Tarihi: 12.10.2021.

diği kabul edilmektedir.[56] Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde antlaşmaların yorumuna ilişkin genel kurallar düzenlenmiştir. Sistemik uyum ilkesi de bizzat yorum ilkelerinden birini teşkil eder. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yoruma ilişkin 31. maddesi bir bütün olarak teamül kuralı olarak kabul edilmektedir.[57] Dolayısıyla, sistemik uyum ilkesinin uygulanması için uyuşmazlığa taraf olan devletlerin Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmaları zorunlu değildir. *Lex posterior legi derogat legi priori* ve *lex specialis legi derogat legi generali* gibi yorum ilkelerinin aksine sistemik uyum ilkesi, bir kuralın diğerine tercih edilmesini gerektirmemektedir. Bilakis, sistemik uyum ilkesinin çıkış noktası tüm uluslararası hukuk normlarının geçerliliklerini aynı hukuk düzeninden alıyor olmasıdır. Hukuksal bir akıl yürütme yolu ile tüm normlar tek bir sistem içerisinde düşünülerek, aralarında ilişki belirlenir ve anlamlı bir bütün haline gelirler.[58]

Konuya dönecek olursak, bir uyuşmazlıkta konuya ilişkin antlaşma ve aynı konuya ilişkin bir teamül kuralı bulunuyor ise yargı mercii, antlaşma maddesini teamül kuralını da dikkate alarak birbirleri ile uyumlu veya birbirlerini tamamlayacak şekilde yorumlayabilir. Mahkemenin aynı konuda başka bir kuralı saptamış ve onu yorumda kullanmış olması, uygulanacak hukuku etkilememektedir. Diğer bir deyişle, uygulanacak hukuk ile bu hukuk yorumlanırken yararlanılan kurallar arasında fark vardır. Genel yargı yetkisi olmayan bir yargı merciinin bile yorumda diğer kuralları gözetmesi mümkün olabilir. Sistemik uyum ilkesi ile yapılan yorum, teamül ve antlaşma maddesi arasındaki ilişkiyi kurmuş olur denilebilir. Bu ilkeye göre bu anlamda bir antlaşma hükmünün yorumu yapılırken, diğer yorum kuralları dışında ilgili bağlayıcı uluslararası hukuk kuralları da dikkate alınabilir ve bu kuralların içinde daha önce yapılan antlaşmalar bulunabileceği gibi bağlantılı teamül kuralları da temel alınabilir.[59]

Ancak teamül kuralı ile antlaşma maddesi çatışıyor ise, *lex specialis* ve *lex posterior* gibi yorum ilkelerinin de uygulanamadığı takdirde, hâkimin yine uluslararası hukukun bütünlüğünü gözeterek kuralları yorumlaması beklenir. Tarafların antlaşmadan sonra gelen teamülün uygulanmasını kabul etmeleri veya teamülün bir *jus cogens* kural olarak kabul edilmiş olması gibi istisnalar haricinde

---

56 Campbell McLachlan, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54(2), 2005, s. 280.

57 Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law; Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 2006, s. 215, para. 427.

58 Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law; Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 2006, s. 208, para. 414.

59 Panos Merkouris, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, s. 19.

genellikle antlaşmalar teamüllere uygulanma bağlamında üstün gelmektedir.[60] Sonuç olarak, antlaşma ve teamül kuralının çatışması da yorumla saptanmış olur. Bahsedilen durumun gerçekleşme ihtimali düşük olsa da, daha fazla devlet tarafından desteklenmesi amacıyla açık uçlu bırakılan veya fazla detay içermeyen çerçeve antlaşmaların teamüllerle çatışabilme ihtimali düşük de olsa vardır.

VI. Uluslararası Teamül Hukukunun Kodifikasyonu ve Antlaşmaların Oluşması

Teamül kuralları ile antlaşmalar arasındaki ilişkiler hususunda üzerinde duracağımız son konu ise kodifikasyon meselesidir. Kodifikasyon, yazılı olmayan hukuk kurallarının sistemli bir biçimde yazılı hale dönüştürülmesi olarak tanımlanabilir.[61] Kodifikasyon daha geniş anlamda tanımlandığında ise var olan teamül hukukunun saptanması, boşluklarının doldurulması ve hukukun iyileştirilerek sistemli bir hale dönüştürülmesi anlamına gelmektedir.[62] Uluslararası teamül hukukunun yazılı olmayan bir kaynak olması, hukukun belirlenmesini ve teamülün varlığının kanıtlanması işini zorlaştırmaktadır. Devlet pratiğinin ve *opinio juris*'in belirgin olmadığı veya değişkenlik gösterdiği durumlarda teamül hukukunun varlığı ve niteliği de tartışmalı hale gelebilmektedir. Bu nedenle, Uluslararası Hukuk Komisyonu başta olmak üzere farklı uluslararası kuruluşlar tarafından yazılı olmayan uluslararası teamül hukukunun kodifikasyonu çalışmaları yapılmaktadır.

Yazılı olmayan teamül hukukunun kodifiye edilmesi ilk olarak savaş ve tarafsızlık hukukunun yazılı hale getirilmesi ile başlamıştır.[63] Milletler Cemiyeti döneminde birkaç başarısız kodifikasyon girişimi olsa da asıl olarak Birleşmiş Milletler döneminde uluslararası hukukun kodifikasyonu ve kademeli geliştirilmesine yönelik adımlar atılmıştır.[64] Birleşmiş Milletler Şartı madde 13(1)(a)'da *"uluslararası hukukun tedricen geliştirilmesi ve yasalaştırılması"* görevinin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na (Genel Kurul) verilmiş olduğu görülmektedir.[65] Bu görev de genellikle Genel Kurul tarafından 1947 yılında oluşturulan

---

60 Carlo Focarelli, *Lezioni di Diritto Internazionale I*, Il Sistema degli Stati e i Valori Comuni Dell'umanita, CEDAM, Padova, 2008, s. 190.

61 Uluslararası Hukuk Komisyonu Statüsü, Madde 15.

62 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 232; Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, Dora Yayınları, Bursa, 2014, s. 197.

63 Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 99.

64 Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 99.

65 Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, Erişim tarihi: 12.10.2021 https://turkey.un.org/sites/default/files/2020-02/UN-charter-turkish_0.pdf. Birleşmiş Milletler Şartı'nın söz konusu Türkçe tercümesinde "yasalaştırma" olarak yer alan, İngilizce "codification" kelimesi "kodifikasyon" veya "kodlaştırma" olarak da tercüme edilebilir. Hüseyin Pazarcı'ya göre kodifikasyon, "uygulanan hukukta etki doğurması amacıyla" çok taraflı antlaşmaların hazırlanmasına yönelik yapılan çalışmalar ve yöntemleri ifade etmektedir. Hüseyin Pazarcı, *a.g.e.*, s. 233. Çalışmada yasalaştırma yerine, anlamı daha iyi verebilmek adına kodifikasyon kelimesi tercih edilmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu aracılığıyla yerine getirilmektedir.[66] Uluslararası Hukuk Komisyonu'nu diplomasi hukuku, deniz hukuku, antlaşmalar hukuku gibi teamül kurallarının kodifikasyonuna katkıları olmuştur.[67] Uluslararası Hukuk Komisyonu, bir uluslararası hukuk alanındaki kodifiye çalışmasını Genel Kurul'un isteği veya kendi kararıyla başlatmakta, konu hakkında özel raportörler atayarak çalışmalarına başlamaktadır.[68] Sonrasında ise Komisyon'un çeşitli hukuk çevrelerinden seçilmiş hukukçuları o alandaki hukuk kurallarını tedvin etme faaliyetini yürütürler ve taslak metinler ortaya koyarlar. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Uluslararası Hukuk Derneği, Uluslararası Hukuk Enstitüsü gibi kuruluşlar da yaptıkları çalışmalarla uluslararası hukukun kodifikasyonuna dolaylı (resmi olmayan) katkılar vermektedir.

Uluslararası teamül hukukunun uluslararası antlaşmalarla olan ilişkisi de burada devreye girmektedir. Kodifiye edilen teamül hukuku kuralları genellikle bir antlaşma haline getirilerek yazılı hale getirilirler. Uluslararası teamül hukukun uluslararası mahkemelerce saptanması olağandır, ancak mahkeme kararları arasında bir tutarsızlık oluşabilir.[69] Dolayısıyla, teamül hukukunun sistemli bir şekilde yazıya dökülmesi önem teşkil etmektedir. Bu durum teamül kurallarının kanıtlanmasını epey kolaylaştırmaktadır. Öte yandan kodifikasyon sırasında bazı kuralların mevcut zaman içerisindeki ihtiyaçlara göre değiştirilerek kodifiye edilmesine bazı devletler katılmamaktadır. Söz konusu devletlerin kodifiye edilen hukuk ile bağlı olmayacağı yönünde bir görüş vardır.[70] Söz konusu görüşe göre, kodifikasyon antlaşmaları üçüncü devletler için yalnızca teamül hukukunu etkin bir biçimde kodladığı ve genel *usus* ve *opinio juris*'i iyi bir şekilde yansıttığı ölçüde bağlayıcı olabilirler.[71]

Sonuç

Uluslararası hukukun en önemli iki kaynağı olan antlaşmalar ve teamüller pek çok kez birbirleriyle ilişkiye girmektedirler. Antlaşmaların ve teamüllerin büyük ölçüde aynı konuları düzenlemesi nedeniyle aralarında çoğu kez normatif örtüşmeler bulunmakla birlikte ayrıksı bazı durumlarda çatışabildikleri de görülmektedir. İki kaynak arasında normatif örtüşmelerin yaşandığı durumlarda teamül normu ve antlaşma normu aynı anda var olmakta ve aynı zaman diliminde

66 Alan Boyle, Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 167.

67 Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 99.

68 José Juste Ruiz, Mireya Castillo Daudí, Valentín Bou Franch, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, s. 124.

69 Alan Boyle, Christine Chinkin, *a.g.e.*, s. 162.

70 Kamuran Reçber, *a.g.e.*, s. 198; Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 100.

71 Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 100.

hukuki geçerliliklerini sürdürmektedir. Birinin varlığı diğerinin kanıtı olarak kullanılabilmektedir. Fakat bu zaman diliminde aynı anda uygulanabilecek iki normun olduğu bilinmelidir. Söz konusu iki normun birbirleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanmaları gerekmektedir (sistemik uyum).

Teamül kurallarının antlaşmalarla olan ilişkisinde birbirlerini tamamlama ve birlikte uygulanmanın yanı sıra yukarıda bahsedilen çatışma durumunda olmaları da mümkündür. Çatışma halinde olduklarında karşımıza üç sonuç çıkmaktadır. Teamül kuralları antlaşmaların uygulamalarını değiştirebilmekte, antlaşmaları mutlak butlan ile geçersiz kılmakta veya antlaşmanın metrukiyetine (*desuetude*) sebebiyet verebilmektedir.

Kaynakça

Abello-Galvis, Ricardo, "La Costumbre como Fuente del Derecho Internacional: Una Caja de Pandora Imposible de Cerrar", *Derecho Internacional: Varias Visiones, un Maestro, Liber Amicorum en Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Ed. Ricardo Abello-Galvis, Editorial Universidad del Rosario, Bogota, 2015, ss. 3-27.

Acer, Yücel, Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Aybay, Rona, Oral, Elif, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

Bernhardt, Rudolf, "Customary International Law", *Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rudolf Bernhardt, Elsevier, Amsterdam, 1984, ss. 61-66.

Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, https://turkey.un.org/sites/default/files/2020-02/UN-charter-turkish_0.pdf, Erişim tarihi: 12.10.2021.

Boyle, Alan, Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Buga, Irina, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Casado Raigón, Rafael, *Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 2020.

Cassese, Antonio, "For an Enhanced Role of Jus Cogens", *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, Oxford, 2012, ss. 158-171.

Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Cheng, Bin, "United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, Vol. 5, 1965, ss. 23-48.

Conforti, Benedetto, *Derecho Internacional*, Zavalia, Buenos Aires, 1995.

Corten, Olivier, Koutroulis, Vaios, "The Jus Cogens Status of the Prohibition on the Use of Force: What is Its Scope and Why Does it Matter?", *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Disputation*, Ed. Dire Tladi, Brill, Leiden, 2021, ss. 629-667.

Çelik, Edip F., *Milletlerarası Hukuk, Birinci Cilt*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1965.

D'Amato, Anthony A., *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, New York, 1971.

Danilenko, Gennady M., *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.

Diez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007.

Focarelli, Carlo, *Lezioni di Diritto Internazionale I*, Il Sistema degli Stati e i Valori Comuni Dell'umanita, CEDAM, Padova, 2008.

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

Herdegen, Matthias, *Völkerrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2004.

ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971.

ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986.

ICJ, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969.

ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012.

ICJ, Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960.

International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, A/73/10, 2018.

International Law Commission, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens) by Dire Tladi, 2019, A/CN.4/727.

International Law Commission, Second Report on Jus Cogens by Dire Tladi, 2017, A/CN.4/706.

Juste Ruiz, José, Castillo Daudí, Mireya, Bou Franch, Valentín, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

Kimminich, Otto, *Einführung in das Völkerrecht*, K.G. Saur KG, München, 1983.

Kolb, Robert, "The Basis of Obligation in Treaties of Ancient Cultures - Pactum Est Servandum?", *International Law and Islam: Historical Explorations*, Ed. Ignacio de la Rasilla del Moral, Ayesha Shahid, Brill Nijhoff, Leiden, 2019, ss. 110-126.

Lepard, Brian D., *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London, 1997.

May, Larry, *Ancient Legal Thought: Equity, Justice, and Humaneness From Hammurabi and the Pharaohs to Justinian and the Talmud*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

McLachlan, Campbell, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54(2), 2005, ss. 279-319.

Meray, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.

Merkouris, Panos, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

Moncayo, Guillermo R., Vinuesa, Raúl E., Gutiérrez Posse, Hortensia D. A., *Derecho Internacional Público, Tomo I*, Zavalia, Buenos Aires, 1990.

Oppenheim, Lassa, *International Law: A Treatise, Vol. 1 Peace*, Hersch Lauterpacht (Ed), Longmans, London, 1955.

Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Publico*, Oxford University Press, Mexico, 2011.

Öktem, Emre, *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2010.

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

Reçber, Kamuran, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, Dora Yayınları, Bursa, 2014.

Rodrigo, Angel J., "Los Criterios de Identificación de las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Ius Cogens)", *Principios y Justicia en el Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Antonio Remiro Brotóns*, Ed. Javier Díez-Hochleitner Rodríguez ve diğerleri, Dykinson, Madrid, 2018, ss. 123-131.

Schmalenbach, Kirsten, "Article 64: Emergence of a New Peremptory Norm of General International Law ("jus cogens")", *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Ed. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, Springer, Berlin, 2018.

Scott, Gary L., Carr, Craig L., "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", *Denver Journal of Internatinal Law and Policy*, Vol. 25(1), 1996, ss. 71-94.

Starke, Joseph G., *Introduction to International Law*, Butterworths, London, 1977.

Statute of the International Court of Justice, 1945, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf, Erişim Tarihi: 16.05.2021.

Stein, Torsten, von Buttlar, Christian, *Völkerrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2012.

Thirlway, Hugh, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

Treves, Tullio, *Diritto Internazionale, Problemi Fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005.

Verdross, Alfred, Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, Erişim Tarihi: 22.05.2021.

Villiger, Mark E., *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.

von Arnauld, Andreas, *Völkerrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016.

von Heinegg, Heintschel, "Die Völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrechts", *Völkerrecht: Ein Studienbuch*, Ed. Knut Ipsen, Beck, München, 2014.

von Verdross, Alfred, "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on the Law of Treaties", *American Journal of International Law*, Vol. 31(4), 1937, ss. 571-577.

von Verdross, Alfred, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 60(1), 1966, ss. 55-63.

Wolfke, Karol, *Custom in Present International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.

Wouters, Jan, Verhoeven, Sten, "Desuetudo", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford 2008.