İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 42(1): 403–453

DOI: 10.26650/ppil.2022.42.1.1031111
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 01.12.2021
Revizyon Talebi: 25.04.2022
Son Revizyon: 09.06.2022
Kabul: 10.06.2022
Online Yayın: 24.06.2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Uluslararası Hukuk Komisyonunun "Hukukun Genel İlkeleri" Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme

The Study of the International Law Commission on the "General Principles of Law" and an Evaluation of Current Developments

Mehmet Emin Büyük*

Öz

Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2018 yılında uluslararası hukukun kaynaklarından biri olan "hukukun genel ilkeleri" üzerine çalışmaya başlamıştır. Şimdiye kadar bu kapsamda Özel Raportör Marcelo Vázquez-Bermúdez tarafından oldukça ayrıntılı iki farklı rapor yayınlanmış ve Komisyonda bu raporlar üzerine görüşmeler yapılmıştır. Komisyon çalışmasında hukukun genel ilkeleri üzerine doktrinde var olan tartışmalar yerine, bu uluslararası hukuk kaynağına devlet ve uluslararası yargı uygulamalarında yer bulan yaklaşımlar esas alınmıştır; doktrin yardımcı kaynak olarak kullanılmıştır. Bu sebeple hukukun genel ilkeleri şeklinde üçüncü bir kaynağın varlığına dair tartışmalara ayrıca yer verilmemiştir. Öncelikle Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ndeki düzenlemeden yola çıkılarak hukukun genel ilkelerinin niteliğine dair açıklamalar yapılmıştır. İlk raporda geniş bir kısım hukukun genel ilkelerinin kökenine dair incelemeye ayrılmış ve burada ilkelerin iki farklı kaynaktan gelebileceği tespitine yer verilmiştir. Buna göre hukukun genel ilkeleri iç hukuklardan türetilmiş olabileceği gibi, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan genel ilkeler de söz konusu olabilir. Özellikle bu ikinci grup ilkeler konusunda Komisyonda ve Altıncı Komitede bu tür ilkelerin varlığını reddeden veya bunların Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/1-c hükmünde öngörülen ilkeler kapsamında olmadığını belirten farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu husus özelinde bu çalışmada savunulan görüş, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkmış birtakım hukukun genel ilkelerinin de var olabileceği ve bunların da Statü hükmü kapsamında olduğu şeklindedir. İkinci raporda ise, bu farklı kökenlerden türetilen hukukun genel ilkelerinin belirlenmesinde esas alınacak yöntem ve kriterler tespit edilmiştir. Raporlarda hakkaniyet ve hukukun genel ilkelerinin arasındaki ilişkiye yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak sayılabilir. Ayrıca hukukun genel ilkeleri konusunda doktrinde var olan -ve andlaşmalar ve uluslararası teamüle göre çok daha yoğun olan- tartışmalı durumların genel anlamda çalışma dışı bırakılmasının, bu konunun Komisyon eliyle aydınlatılmasına kısmi bir engel taşıdığı ifade edilmelidir zira özellikle Divan tarafından bu üçüncü hukuk kaynağına açıktan başvurmaktan sıklıkla kaçınılmasının arkasında doktrindeki bu kafa karışıklığının yatıyor olması muhtemeldir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk, Uluslararası Hukuk Komisyonu, Uluslararası Adalet Divanı, Hukukun Genel İlkeleri, Medeni Milletlerce Tanınmış, Divan Statüsü, Uluslararası Hukukun Kaynakları

Abstract

In 2018, the International Law Commission started its work on the "general principles of law," one of the sources of international law. So far, two very detailed reports have been published by the Special Rapporteur Marcelo Vázquez-Bermúdez, and the Commission has held discussions on these reports. The Commission's work has taken practices of states and international judicial bodies regarding this source of international law as its basis instead of existing discussions

* **Sorumlu Yazar:** Mehmet Emin Büyük (Arş. Gör.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: mbuyuk@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-7392-4488

Atıf: Buyuk ME, "Uluslararası Hukuk Komisyonunun "Hukukun Genel İlkeleri" Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme" (2022) 42(1) PPIL 403. https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.1031111

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

in the doctrine on the general principles of law; doctrine has instead been used as an auxiliary source. For this reason, discussions about the existence of a third source in the form of general principles of law have not been included. First of all, explanations were made based on the regulation in the Statute about the nature of the general principles of law. The first report devoted a large portion to examining the origin of the general principles of law, wherein the principles are stated to be able to be found in two different sources. Accordingly, the general principles of law may be derived from domestic laws, or general principles emerging in the field of international law may exist. Regarding this second group of principles in particular, different opinions emerged in the Commission and the Sixth Committee that reject the existence of such principles or state them to not fall within the scope of the principles stipulated in Article 38/1-c of the Statute of the International Court of Justice. In particular, this study defends the views that some general principles of law may exist that have emerged in the field of international law and that these also fall within the scope of the Statute. The second report explains the methods and criteria to be taken as a basis in determining the general principles of law derived from these different origins. The fact that these reports have not included the relationship between equity and the general principles of law can be considered a deficiency. In addition, the general exclusion of the controversial situations in the doctrine regarding the general principles of law –which are much more intense than the treaties and international custom– should be stated to pose a partial obstacle to the clarification of this issue by the Commission. Due in particular to how the Court frequently avoids resorting to this third source of law openly, the confusion in the doctrine may lies behind this avoidance.

Keywords
International law, International Law Commission, International Court of Justice, General principles of law, Recognized by civilized nations, Statute of the Court, Sources of international law

Extended Summary

The International Law Commission decided to study the general principles of law in 2018, with Marcelo Vázquez-Bermúdez being appointed Special Rapporteur. So far, Special Rapporteur Marcelo Vázquez-Bermúdez has published two very detailed reports, and discussions have been held at the Commission on these reports. The study evaluates within its scope the work done in the Commission on the basis of the two reports prepared by the Special Rapporteur.

The first report examined the legal nature of the general principles of law by dividing the statements in Article 38/1-c into elements such as "general principles of law," "civilized nations," and "recognized," based on the Statute of the Court. The same report devoted a large portion to examining the origin of the general principles of law, wherein is stated that the principles can be found in two different sources. Accordingly, the general principles of law may be derived from domestic laws, or general principles may exist that have emerged in the field of international law. Regarding this second group of principles in particular, different opinions emerged in the Commission and the Sixth Committee rejecting the existence of such principles or stating these to not be within the scope of the principles stipulated in Article 38/1-c of the Statute of the International Court of Justice. Regarding this issue, the view the current study defends is that some general principles of law may exist that have emerged in the field of international law and that these are also within the scope of the Statute.

The second report submitted by the Special Rapporteur determined the methods and criteria to be taken as the basis in determining the general principles of law

derived from these different origins. In terms of the principles derived from domestic law, the report recommends a two-stage analysis, with the first stage determining the existence of principles common to the world's major legal systems, and the second stage transposing these principles to the international legal system. As for the second group, the general principles of law that have emerged in the field of international law must first and foremost meet the requirement of recognition by the general international community.

The doctrinal discussions on the general principles of law have spread over different topics. International lawyers have put forward different views on different issues such as the existence, characteristics, autonomy, and scope of this source and the relationship it has to the other two sources of law. The regulation on the general principles of law in the Statute of the Court should be stated as being a very effective solution that brings together different legal views. Thanks to this arrangement, *non liquet* has been prevented and remaining within positivist borders has been ensured on the condition of being recognized by "civilized nations." In addition, with the addition of *ex aequo et bono* to the Statute of the Court, the general principles of law are distinct from equity.

Aside from the debates regarding doctrine, the Statutes of the Courts have been accepted as a competent text by the international community, and the 38th Article of the Statutes has often been cited as a source in international law. Although open applications to the general principles of law in the practices of the World Court have been limited, the practices of both Courts, States, and other courts both before the Statute of the Permanent Court of International Justice and after the Statute have enabled an accumulation for this source of law. In the work of the Commission, the approaches found in the practices of States and international judicial bodies toward this source of international law were taken as basis instead of the discussions existing in the doctrine on the general principles of law; the doctrine was instead used as an auxiliary source. For this reason, although all the literature in this field seems to have been reviewed in the reports, discussions on the existence of a third source in the form of general principles of law were not included. The Commission is understood to want to base its work on the fundamental sources of international law and especially State practices. In my opinion, however, mentioning the doctrinal debates would be useful in terms of understanding the general principles of law, and the opinions of lawyers from the different schools in the Commission could have been enlightening.

The general principles of law are generally considered an auxiliary source as a precaution against *non liquet*. The report also mentioned this issue and argued that the concept of *non liquet* should therefore be included in the work of the Commission. I also agree with the Special Rapporteur's view on this point because, as I mentioned

previously, the general principles of law were often considered as a measure against *non liquet* both in the Committee of Jurists where the Statute had been prepared as well as in the doctrine after the Statute. In this respect, including this legal institution in the study would be proper.

In my opinion, the absence of the relationship among equity, equitable principles, and general principles of law can be counted as a shortcoming in terms of the reports prepared so far. This issue was also voiced in the Commission negotiations. One can argue that equity may be considered a much broader subject of study. As is known in the case of the North Sea Continental Shelf, however, the Court presented the equitable principles of delimitation as a proposal to the parties in its decision, and this issue caused confusion in the doctrine in terms of its relationship to equity. Taking into account the distinctions made regarding equity as *infra legem*, *praeter legem*, and *contra legem* may clarify, at least on the basis of principles, which of these are general principles of law and which are equity-based methods of solution that are only to be applied with the authorization of the parties to the case. In particular, I think the problem will clearly arise on the issue of equity *praeter legem*, due to the possibility of interpreting one of the other two groups in terms of general principles of law and the other in terms of *ex aequo et bono*. Therefore, such a study will also give an idea about the *ex aequo et bono* solution method.

Uluslararası Hukuk Komisyonunun "Hukukun Genel İlkeleri" Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme

Giriş

Uluslararası Hukuk Komisyonunun uluslararası hukukun kaynakları üzerine çeşitli çalışmaları olmuştur. Şüphesiz bunlardan en önemlisi 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne ve andlaşmalar hukukuna dair diğer uluslararası belgelere ortam hazırlayan çalışmalarıdır. Yine andlaşmalara çekinceler ve silahlı çatışmaların andlaşmalara etkisi gibi daha yeni çalışmalar da bulunmaktadır. Benzer şekilde yakın dönemde uluslararası teamül hukuku ve *jus cogens* de Komisyonun çalışma programına dahil edilmiştir. Kaynaklar çalışmalarına son olarak Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/1-c maddesinde yer alan hukukun genel ilkeleri eklenmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesindeki çalışma grubu, 2017 yılında "hukukun genel ilkeleri"ni uzun dönemli çalışma programına dahil etmeyi önermiş[1] ve Marcelo Vázquez-Bermúdez tarafından bu konuda bir ön çalışma hazırlanmıştır.[2] Komisyon 2018 yılında "hukukun genel ilkeleri" üzerine çalışma kararı almış ve Marcelo Vázquez-Bermúdez özel raportör olarak atanmıştır.[3] Özel Raportör tarafından hazırlanan ilk rapor 5 Nisan 2019'da Komisyona sunulmuştur.[4] Komisyon bünyesinde, 23-30 Temmuz 2019 tarihleri arasında ilgili rapor ve taslak önerileri görüşülmüş ve önerideki maddeler Taslak Komitesine sunulmuştur.[5] Ayrıca Sekretaryadan devletlerarası tahkim mahkemeleri, uluslararası ceza mahkemeleri ve evrensel nitelikli mahkemelerin konuyla ilgili olabilecek içtihatlarına dair bir bilgi notu (memorandum) talep edilmiştir.[6] Uluslararası Hukuk Komisyonunun 72. Oturumunda, Özel Raportör tarafından sunulan 20 Nisan 2020 tarihli ikinci rapor[7] ve Sekretarya tarafından

1 UNGA, Report of the International Law Commission on the Work Sixty-ninth Session (1 May-2 June and 3 July-4 August 2017) UN Doc A/72/10, 263, para 267.

2 Ibid 224-241 (Annex A). (Buradan itibaren: Preliminary Report)

3 ILC, Seventieth session (second part), 'Provisional summary record of the 3433rd meeting' (19 July 2018) Un Doc A/CN.4/SR.3433 [3]; UNGA, 'Report of the International Law Commission on the Seventieth Session' (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018) UN Doc A/73/10 [299]. 2017 ve 2018'deki Altıncı Komitede yapılan toplantılarda devletlerin temsilcilerinin hukukun genel ilkelerinin çalışma programına dahil edilmesi konusunda olumlu yaklaştıkları Özel Raportör tarafından Komisyonda dile getirilmiştir. Yalnızca bir devletin, bu başlığın yararlı bir sonuca ulaşabilmesine imkân verecek yeterli devlet uygulaması bulunmadığı gerekçesiyle çalışmaya şüpheli yaklaştığı ifade edilmelidir. Bkz ILC, Seventy-first session (second part), 'Provisional summary record of the 3488th meeting' (23 July 2019) Un Doc A/CN.4/SR.3488 [16]-[17].

4 ILC, Seventy-first Session, 'First Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (5 April 2019) UN Doc A/CN.4/732.

5 Bkz ILC, 'Seventy-first session (second part), Provisional summary records of the 3488th-3494th meetings' (23 July 2019) Un Doc A/CN.4/SR.3488-3494.

6 ILC, Seventy-first session (second part), 'Provisional summary record of the 3507th meeting' (9 August 2019) UN Doc A/CN.4/SR.3507 [14].

7 ILC, Seventy-second session, 'Second Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (9 April 2020) UN Doc A/CN.4/741.

hazırlanan 12 Mayıs 2020 tarihli memorandum[8] değerlendirilmiştir.[9] Görüşmeler sonucunda ortaya çıkan taslak önerileri Taslak Komitesine sunulmuş ve Komite tarafından uzlaşılan maddelere dair bir rapor sunulmuştur.[10]

Bu makale kapsamında Komisyonda yapılan çalışmalar ve Özel Raportör tarafından hazırlanan iki rapor birlikte ele alınacaktır. Bu raporlar hukukun genel ilkelerine ilişkin her anlamda geniş bilgi ve değerlendirmeler içermektedir. Özel Raportör, çalışmanın konusunu "uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkeleri" olarak açıklamaktadır.[11] Bu çalışmayla Komisyonun, devletler, uluslararası mahkemeler ve uluslararası örgütler tarafından kullanıldığı şekliyle hukukun genel ilkelerinin niteliğini, kapsamını ve belirlenme yöntemini netleştirebilmesi öngörülmüştür.[12] Yine daha detaylı olarak hukukun genel ilkelerinin diğer iki asli kaynaktan -yani andlaşmalar ve teamül kurallarından- ayrı, özerk bir kaynak olarak varlığına ve bu diğer iki kaynakla ilişkisine dair çıkarımlar yapılabilecektir.[13]

Yapılan ön çalışmada, "hukukun genel ilkeleri" konusunun, Komisyon tarafından belirlenen yeni konuların seçimine dair gereklilikleri karşıladığı zira uluslararası hukukun tedrici gelişimi ve kodifikasyonu ile ilgili olarak uluslararası toplumun ihtiyaçlarını yansıtmakta olduğu ifade edilmiştir. Uluslararası hukukun bu kaynağı yüzyıldır kullanılmakta ve güvenilmektedir ancak buna rağmen hukukun genel ilkelerinin niteliği, kapsamı, kökenleri, kriterleri ve belirlenme yöntemleri belirsizliğini korumaktadır.[14]

Kısaca ifade edilecek olursa, Özel Raportör tarafından hazırlanan ilk raporda Divan Statüsü esas alınarak hukukun genel ilkelerinin niteliği belirlenmeye çalışılmış[15] ve sonraki aşamada da bu hukuk kaynağının kökenine dair tespitlere yer verilmiştir. Özel Raportöre göre hukukun genel ilkeleri iç hukuklardan türetilen ilkeler olabileceği gibi, uluslararası hukuk sistemi içerisinde ortaya çıkan ilkeler de olabilir.[16] Komisyona sunulan ikinci raporda ise, iç hukuklardan türetilen veya uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin belirlenmesine dair hususlar ele alınmıştır.[17]

8 ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Memorandum by the Secretariat' (12 May 2020) UN Doc A/CN.4/742.

9 ILC, Seventy-second session (second part), 'Provisional summary records of the 3536th-3547th meetings' UN Doc A/CN.4/SR.3536-3547.

10 ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Provisionally adopted draft conclusions' (28 July 2021) Un Doc A/CN.4/L.955; Addendum (29 July 2021) Un Doc A/CN.4/L.955/Add.1.

11 First Report (n 4) 5, para 10.

12 Preliminary Report (n 2) 231, para 19.

13 Ibid 232, para 20.

14 Ibid 234, para 33.

15 First Report (n 4) 5-6, para 14-20.

16 Ibid 6-7, para 21-23.

17 Second Report (n 7) 3, para 5-8.

Özel Raportör, hukukun genel ilkelerine atfedilen ikame kaynak niteliğini de değerlendirmeye değer bulmaktadır ve bu kaynağın eklenmesinde temel amaç olarak *non liquet* riskinin engellemesini gören düşünceye dikkat çekmektedir. Bu bakımdan bir öneri olarak uluslararası hukuktaki potansiyel bir boşluk ihtimalinin değerlendirilmesi, varsa bu durumun tanımlanması, *non liquet*[18] ile tam olarak neyin kastedildiği ve uluslararası hukukta *non liquet*in yasaklanması gibi bir durumun söz konusu olup olmadığı gibi hususların Komisyon tarafından aydınlatılması gerektiğini belirtmiştir.[19]

Hukukun genel ilkeleri, diğer iki asli kaynağa -yani uluslararası andlaşma ve uluslararası teamül- kıyasla doktrinde daha yoğun teorik tartışmalara konu olmuştur. Doktrindeki bu farklı yaklaşımlarla, bu üçüncü kaynağın varlığına, niteliğine, fonksiyonuna, diğer iki kaynak ile arasındaki ilişkiye, yardımcı kaynaklarla ve *ex aequo et bono* ile arasındaki ilişkiye, hukukun genel ilkelerinin Statü dışında bağlayıcılığına dair farklı görüşler ortaya konulmuştur.

Giriş mahiyetinde ifade edilecek olursa şimdiye kadar hazırlanan iki raporda Özel Raportör'ün, yukarıda bahsi geçen teorik tartışmaları neredeyse bütünüyle geri planda bırakarak, hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun bir kaynağı olduğuna dair *a priori* bir kabul ile raporlarını sunduğu görülmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Özel Raportör, iddiasını ispatlamakla uğraşmaksızın, hemen başlangıçta çalışmanın konusunu "uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkeleri" olarak nitelendirmiştir.[20]

Çalışma boyunca yapılacak değerlendirmelere kaynaklık etmek üzere, hukukun genel ilkelerine dair farklı yaklaşımlardan kısaca bahsedilmesi yerinde olacaktır.[21] Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'ne üçüncü bir kaynak olarak hukukun genel ilkelerinin eklenmesiyle birlikte doktrinde çeşitli görüş farklılıkları ortaya çıkmıştır. Birtakım pozitivist/düalist görüşteki yazarlar, bu üçüncü kaynağın uluslararası hukuk alanında var olamayacağını zira uluslararası hukukta hukuk yaratma yetkisinin sadece devletlere ait olduğunu ve bunun da andlaşma veya teamül yoluyla olabileceğini iddia etmişlerdir ve iç hukuklardan kıyas yoluyla yapılan kural aktarımına karşı çıkmışlardır. Yargıçlar ise sadece Statü hükmü kapsamında ve davaya özel olarak

18 Önündeki dava bakımından uygulanacak bir kuralın yokluğu nedeniyle mahkemenin dava hakkında karar vermekten kaçınması anlamında kullanılan Latince ifade. Bkz Aaron X. Fellmeth ve Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law* (Oxford 2009) 198.

19 First Report (n 4) 7, para 25. Vázquez-Bermúdez'in ilk raporu hakkında Komisyonda yapılan görüşmeler esnasında üyelerden birinin (Tladi – Güney Afrika) *non liquet*in anlamına veya uluslararası hukukta yasaklanmış olup olmadığına dair tartışma yerinin bu başlık olmadığı kanaatini ifade ettiği görülmektedir. Tladi'ye göre bu sorun mevcut projenin kapsamını aşmaktadır. Bkz A/CN.4/SR.3489 (n 5) 4.

20 Przemysław Saganek, 'The Sources of General International Law in the Recent Works of the International Law Commission' (2019) 39 Polish Yearbook of International Law 45-46.

21 Hukukun genel ilkelerine ilişkin doktrindeki yaklaşımlar çok daha geniş çalışmaların ürünüdür ve bu çalışmada tüm ayrıntılarına değinilmesi mümkün değildir. Bu hususta daha geniş incelemeler için bkz Robert Kolb, *La Bonne Foi en Droit International Public: Contribution à l'Étude des Principes Généraux de Droit* (Graduate Institute Publications 2000) 3-79; Fabian O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 36-72; Mehmet Emin Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (On İki Levha 2018) 31-160.

norm belirleyebilirler.[22] 20. yüzyılın ilk yarısında ünlü hukukçular tarafından savunulan monist görüşteki bazı yazarlar bakımından ise hukukun genel ilkelerinin ile teamülün ortaya çıkışı arasında bir fark bulunmamaktadır zira hukuk sistemi bir bütündür. Dolayısıyla burada ayrı bir kaynaktan söz edilemez.[23] Birtakım yazarlar, farklı hukuk sistemleri arasında ortak ilkelerin bulunabileceği düşüncesini *a priori* reddederek bu hukuk kaynağının varlığına karşı çıkarlar.[24] Bazı yazarlar hukukun genel ilkelerini yardımcı kaynaklar arasına dahil etmiştir[25]; bazıları ise *ex aequo et bono* uyuşmazlık çözümü ile ilişkilendirmiştir.[26] Doğal hukuka daha yakın olan yazarlar bakımından ise hukukun genel ilkeleri, geçmiş tecrübeler de göz önüne alındığında uluslararası hukukun ayrı bir kaynağıdır ve bu yazarlar Statü'de yer alan düzenlemeyi memnuniyetle karşılamışlardır.[27] Bu yazarlar arasında ise, bu ilkelerin kökeni üzerinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir grup yazar bunları münhasıran iç hukuklardan alınan ilkeler olarak kabul ederken[28], diğer bir grup yazar ise türetilen kaynaktan bağımsız olarak genel hukuk ilkelerinin var olabileceğini savunmaktadır.[29]

Hukukun genel ilkelerinin incelenmesinde izlenebilecek çeşitli yöntemler vardır. Ancak genelleme yapılacak olursa, bu incelemelere kaynaklık edebilecek materyallerin üçlü bir ayrıma tabi tutulması mümkündür. Buna göre, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nün kabulü süreci, doktrindeki farklı yaklaşımlar ve Statü'nün kabulünün öncesinde ve sonrasındaki uygulamalar bu üçüncü kaynağı anlamak açısından ciddi bir birikim sunacaktır.

22 Bkz Dionisio Anzilotti, *Cours de Droit International (Premier Volume)*, (Traduction française d'après la 3e édition italienne par Gilbert Gidel), (Librairie du Recueil Sirey 1929) 116-118; Karl Strupp, 'Droit de la Paix' (1934) 47 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934) 334-337; Elfried Härle, 'Les Principes Généraux de Droit et le Droit des Gens' (1935) 16(4) Revue de Droit International et de Législation Comparée 664-687; Géza Herczegh, 'The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations' (1964) 6 Acta Juridica 22-28.

23 Bkz Georges Scelle, 'Essai sur les Sources Formelles du Droit International' in *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Geny, Tome III - Les Sources des Diverses Branches du Droit* (Librairie du Recueil Sirey 1935) 424; Hans Kelsen, *Principles of International Law* (3rd Ed, Rinehart & Company Inc 1959) 393-394; Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public - Tome I* (Librairie de l'Université, Georg & Cie. 1953) 151; Benedetto Conforti, 'Cours Général de Droit International Public' (1988) 212 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1991) 77; Grigory I. Tunkin, 'International Law in the International System' (1975) 147 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1975 (Sijthoff&Noordhoff 1978) 102.

24 Bkz Lazare Kopelmanas, 'Quelques Réflexions au Sujet de l'Article 38(3) du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale' (1936) 43 Revue Générale de Droit International Public 294-295.

25 Bkz Julien Makowski, 'L'Organisation Actuelle de l'Arbitrage International' (1931) 36 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1932) 360-361; Ömer İlhan Akipek, *Devletler Hukuku - Birinci Kitap: Başlangıç* (2. Baskı, Başnur Matbaası 1965) 68-69.

26 Bkz Kopelmanas (n 24) 303-308.

27 Bkz Hersch Lauterpacht, 'Droit de la Paix' (1937) 62 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, (Librairie du Recueil Sirey 1938) 163; Alfred Verdross, 'Droit International de la Paix' (1929) 30 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie Hachette 1931) 302; Louis le Fur, 'La Théorie du Droit Naturel Depuis le XVIIe Siècle et la Doctrine Moderne' (1927) 18 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie Hachette 1928) 202-204.

28 Bkz Charles De Visscher, 'Contribution à l'étude des Sources du Droit International' (1933) 14 Revue de Droit International et de Législation Comparée 405-406; James Leslie Brierly, *The Law of Nations - An Introduction to the International Law of Peace* (5th Ed, Oxford University Press 1955) 63-64; Michel Virally, 'The Sources of International Law' in Max Sørensen (Ed.), *Manual of Public International Law* (Palgrave McMillan 1968) 143-148.

29 Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge 2006) 390; Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public, Tome I: Introduction - Sources* (Éditions A. Pedone 1944) 901-924; Karl Zemanek, 'General Course on Public International Law' (1997) 266 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1998) 135-136; Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* (Judgment) [2010] ICJ Rep 143-145.

Uluslararası Hukuk Komisyonuna sunulan raporlarda, hem Statü'nün kabulü sürecinin hem de uygulamanın ciddi ve titiz bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Bunun yanında doktrinde önemli sayılan eserlerin neredeyse bütününe de çalışmada değinildiği görülmektedir. Ancak buradaki sorun, yukarıda da ifade edildiği üzere, hukukun genel ilkelerinin münhasır bir kaynak olarak niteliğine dair tartışmaların göz ardı edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Raporlarda göze çarpan bu çekingenliğin Komisyon görüşmelerinde de var olduğunu ayrıca ifade etmek gerekir. Komisyon üyelerinin de raporlara dair görüşlerini açıklarken bu doktrin tartışmalara pek değinmeden açıklamalar yaptıkları, hatta doktrin tartışmalarına girmek istemediklerini özel olarak ifade ettikleri görülmektedir.

Bir hukuk sisteminin ve özellikle de kamu hukukunun teoriden ayrıştırılarak düşünülmesi mümkün değildir. Özelde hukukun genel ilkeleri konusu için de durum böyledir. Statü'nün kabulünden sonra, aradan geçen yüz yılda hukukun genel ilkeleri üzerindeki kafa karışıklığının bütünüyle ortadan kalktığını söylemek zordur. Daha yakın tarihli eserlerde bile hukukun genel ilkelerinin ayrı bir asli kaynak olarak niteliğine karşı çıkan veya diğer iki kaynak içerisinde yer veren görüşlere rastlamak mümkündür.[30] Dolayısıyla uluslararası hukukun kodifikasyonu görevini üstlenen ve farklı hukuk sistemlerinden gelen uluslararası hukukçulardan müteşekkil Uluslararası Hukuk Komisyonunun hazırlayacağı ilkeler çalışmasının, en azından var olan sorunların çoğunluğunu göz önünde bulundurması daha doğru olacaktır.

Özel Raportör tarafından hazırlanan ayrıntılı raporlarda izlenen yöntemin özellikle hukukun genel ilkelerinin münhasır kaynak olarak varlığını savunan yazarlar tarafından da kullanıldığını söylemek yanlış olmaz. Esasında hukukun genel ilkelerinin anlaşılması için, yukarıda da değinildiği üzere, kullanılması gereken kaynakların çoğunluğuna raporda yer verilmiştir. Ancak anlaşıldığı kadarıyla doktrin, Özel Raportör tarafından esas alınan temel kaynaklar arasında görülmemiş ve daha ziyade devlet uygulamaları ve içtihat göz önünde bulundurulmuştur.

Dolayısıyla bu çalışmada, raporlarda izlenen genel plan çerçevesinde Özel Raportör tarafından yapılan açıklamalara özet mahiyetinde değinilecek ve gerektiği yerlerde

30 Bkz Conforti (n 23) 77; Prosper Weil, 'Le Droit International En Quête de Son Identité, Cours Général de Droit International Public' (1992) 237 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1996) 148-151; Hanna Bokor-Szegö, 'General Principles of Law' in Mohammed Bedjaoui (ed), *International Law: Achievements and Prospects* (UNESCO 1991) 217. Bununla birlikte, 21. yüzyılda yazılan eserlerde bu türden teorik karşıt duruşların terk edildiği; bunun yerine mevcut Statü düzenlemesi ışığında genel ilkelerin ne şekilde uygulandığı ve belirlenme yöntemlerinin anlaşılmaya çalışıldığı eserlerin ortaya konulduğuna dair kanaatimi ifade etmeliyim. Bu hususta örneğin bkz Raimondo (n 21); Beatrice I. Bonafé and Paolo Palchetti, 'Relying on General Principles in International Law' in Catherine Brölmann and Yannick Radi (eds) *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Edward Elgar 2016) 160-176. Jean d'Aspremont, 'What Was Not Meant to Be: General Principles of Law As a Source of International Law' in R. Pisillo Mazzeschi and P. De Sena (eds) Global Justice, Human Rights, and the Modernization of International Law (Brill 2018) 185-204; Marija Đorđeska, 'General principles of law recognized by civilized nations: method, inductive-empirical analysis and (more) 'scientific' results' in Rossana Deplano (Ed) Pluralising International Legal Scholarship (Edward Elgar 2019) 18-44; Imogen Saunders, General Principles as a Source of International Law Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice (Hart 2021).

bunlarla ilgili olarak doktrinde ortaya çıkan tartışmalar değerlendirilecektir. Marcelo Vázquez-Bermúdez tarafından hazırlanan raporlar ciddi bir çalışmanın ürünüdür ve Türkçe uluslararası hukuk literatürüne, hukukun genel ilkelerine dair derli toplu bilgi kazandırılması için bunların geniş ele alınması elzem görülmüştür. Diğer yandan ilgili yerlerde raporda ayrıntısına yer verilmeyen konular metin dahilinde veya dipnotlarda açıklanacak veya eleştirilere yer verilecektir.

I. Hukukun Genel İlkelerinin Komisyonun Önceki Çalışmalarındaki Görünümleri

Vázquez-Bermúdez, hukukun genel ilkelerine ilişkin konuların incelenmesinden önce, Komisyonun eski çalışmalarında bu konunun incelenmesinde altyapı oluşturabilecek referansları raporuna taşımıştır. Özel Raportör'ün izlediği bu yöntemin yararlı olduğu kanaatindeyim zira hukukun genel ilkelerinin Komisyon çalışmalarını etkilediği çok sayıda alan bulunmaktadır. Bilindiği üzere, 19. yüzyılda teoriye hâkim olan pozitivist/düalist görüş, iç hukuklardan yapılan analojilere karşı çıkmaktaydı.[31] 20. yüzyılın başlarından itibaren doğal hukuk görüşünün yeniden yükseldiği dönemde, özellikle de Lauterpacht tarafından yazılan *Private Law Analogies in International Law* başlıklı tez[32], uluslararası hukukun kurucularından başlamak üzere iç hukuk analojilerine yer verdiği iddiasına dayanıyordu ve bu eser, uluslararası hukuk teorisini ciddi bir şekilde etkiledi. Hatta Lauterpacht, hukukun genel ilkelerinin Statü'ye eklenmesinin pozitivist teorinin yenilgisini tescillediğini düşünmekteydi.[33] Pozitivist/düalist görüşün karşısında yer alan bu modern doğal hukukçu anlayış, uluslararası hukukun geçmiş tecrübelerine bakılmak suretiyle mevcut hukuk kaynaklarının yorumlanmasını önermektedir.[34] Esasında hem bu başlık altında hem de raporların genelinde Özel Raportör'ün izlediği yöntem, bu görüşteki yazarların yöntemlerine yakınlaşmaktadır ancak bunlardan farklı olarak raporlarda teorik tartışmalara yer verilmemiştir.

Özel Raportör tarafından verilen örneklerden bahsedilecek olursa, örneğin "Nürnberg İlkeleri" çalışmasında Komisyon, ceza hukukuna ilişkin birtakım "uluslararası hukuk ilkeleri" belirlemiştir. Komisyonda sanığın meşru müdafaa hakkının hukuki niteliği üzerine yapılan tartışmalar esnasında, üyelerden biri (Scelle) meşru müdafaanın hem Nürnberg Şartı'nda ve yargılamalarda tanınan uluslararası hukukun bir genel ilkesi olduğunu hem de Divan Statüsü'nün 38/1-c hükmünde işaret edilen medeni milletlerce tanınmış bir hukukun genel ilkesi olduğunu ifade etmiştir.[35] Diğer bir üye (Spiropoulos), Statü'de bahsedilen ilkelerin iç hukuk ilkeleri olduğunu öne sürmüş

31 Kolb (n 21) para 70-74.

32 LSE bünyesinde 1925 yılında sunulmuştur. Sonrasında yayımlandığı haliyle: Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)* (Longmans, Green and Co. Ltd. 1927).

33 Ibid 67-68.

34 Bkz Ibid 61-63; Alfred Verdross, 'Les Principes Généraux du Droit Applicables aux Rapports Internationaux' (1938) 45 Revue Générale de Droit International Public 44.

35 United Nations, Yearbook of International Law Commission (1949) 'Summary Records and. Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly' UN Doc A/CN.4/SER.A/1949, 205, para 75.

ve bu sebepten üzerine konuşulan ilkenin uluslararası hukuktaki varlığına itiraz etmiştir.[36] Bu görüşe karşı (Scelle tarafından), Statü hükmünde ilkelerin münhasıran iç hukuklardan alınacak ilkeler olduğuna dair bir hüküm bulunmadığı ve burada hem uluslararası hukuk hem de iç hukuk ilkelerinin kastedildiği şeklinde itiraz edilmiştir.[37]

Raporda, Scelle'in devamındaki uluslararası hukuk ilkelerinin teamül kaynaklı olduğuna dair üstteki görüşleriyle çelişebilecek ifadelerine dipnotta ayrıca yer vermiştir. Bu noktada, bir açıklama mahiyetinde Georges Scelle'in uluslararası hukuk ve iç hukuku monist bir sistem dahilinde kurguladığını hatırlatmak gerekir. Monist bir bakış açısından hukuk sistemi bir bütündür ve devletlerin iç hukuklardaki faaliyetleri de teamülün ve dolayısıyla uluslararası hukuk ilkelerinin kökenini oluşturur. Yazarın bakış açısından teamül ve genel hukuk ilkelerinin ortaya çıkışı arasında bir fark zaten bulunmamaktadır.[38] Fransız hukukçunun Komisyondaki görüşlerini bu şekilde değerlendirmek anlaşılması bakımından isabetli olacaktır. Bu noktada da yine Giriş'te bahsedildiği üzere doktrin uyuşmazlıklarına raporlarda değinilmediğine işaret etmek gerekir.

Raporda yer alan diğer bir önemli örnek, andlaşmalar hukukuna ilişkin çalışmalarda hukukun genel ilkelerine yapılan atıflardır. Raporda, ilgili çalışmada özel raportör olarak görev yapan Hersch Lauterpacht tarafından yapılan, "*Antlaşmaların geçerlilik koşulları*[39]*, bunların uygulanması, yorumlanması*[40] *ve sona ermesi*[41]*, uluslararası teamül kurallarına, ve uygun durumlarda, medeni milletler tarafından tanınan*

36 Yearbook of ILC 1949 (n 35) 206, para 80.

37 Ibid 206, para 81; First Report (n 4) 11-12, para 46-47.

38 Georges Scelle, 'Droit de la Paix' (1933) 46 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934) 435-437.

39 Andlaşmalar hukukunda hukukun genel ilkelerinin en çok etkili olduğu alanların başında hata, hile gibi geçersizlik koşulları gelmektedir. Örneğin Tayland ve Kamboçya arasındaki 1961 tarihli Preah Vihear Davası'nda Tayland hem yargı yetkisine ilişkin ön itirazlarında hem de esasa ilişkin konularda hata savunmasına başvurduğu görülmektedir. Divanın bu davalardaki değerlendirmelerinin andlaşmalar hukukuna ilişkin Komisyon çalışmalarına da etkisi büyük olmuştur. Bkz *Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)* (Preliminary Objections) [1961] 17-38; (Merits) [1962] ICJ Rep 6-38. Ayrıca bkz Büyük (n 21) 186-187.

40 Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Jaworzina Davası'nda *ejus est interpretare legem cujus condere* (kuralı ortaya koyan, onu yorumlamaya da yetkilidir) ilkesini, olay bakımından uygulanabilir bulmamış olsa da, vurgulamıştır. Bkz *Question of Jaworzina (Polish-Czechoslovakian Frontier)* (Advisory Opinion) [1923] PCIJ Rep Series B No 8 [37]. Yine Daimi Divanın Türk-Yunan ahalinin mübadelesine ilişkin verdiği iki danışma görüşünde de önüne gelen andlaşma maddeleri ve ifadelerini yorumlarken lafzi yorumun yanında, amaçsal yorum ilkesine de başvurmuştur. Bu bakımdan, örneğin mübadeleye ilişkin sözleşmenin 2. maddesini yorumladığı 1925 tarihli Danışma Görüşü'nde, hem "*établis*" kelimesinin Fransızca terminolojisine eğilmiş ve bu açıdan kelimeyi irdelemiş hem de tarafların Andlaşma'yı yapma amaçlarını da yorumunda göz önünde bulundurmuştur. Bkz *Exchange of Greek and Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Art. 2)* (Advisory Opinion) [1925] PCIJ Rep Series B No 10. Daha ayrıntılı bilgi için bkz Büyük (n 21) 181-185; ayrıca bkz Ümit Barış Bayındır, *Milletlerarası Andlaşmaların Evrimsel Yorumlanması* (On İki Levha 2021) 9-26.

41 Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Yukarı Savoy ve Gex Bölgesindeki Serbest Bölgeler Davası'nda, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin olayda uygulanabilirliğini değerlendirmiştir. Bkz *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Switzerland v France)* [1932] PCIJ Rep Series A/B No 46 [156]-[158]. Uluslararası Adalet Divanı ise, Gabcikovo-Nagymaros Davası'nda şartlarda esaslı değişikliğin kriterlerini dava bakımından değerlendirmiştir. Yine aynı davada -ve Daimi Divan tarafından Chorzow Fabrikası Davası'nda- andlaşmalar hukukunda kötü niyetin önüne geçilmesi ve haksızlık yapan devletin çıkar sağlamaması bağlamında *nullus commodum capere de sua iniuria propria* (kimse kendi haksızlığından fayda sağlayamaz) ilkesine değinilmiştir. Bkz *The Gabcikovo-Nagymaros Case (Hungary v Slovakia)* (Judgment) [1997] ICJ Rep 65; 67. Aynı ilke dolaylı olarak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 61 ve 62. maddelerinde de yer almıştır. Bkz Selami Kuran, Derya Aydın Okur, Reşat Volkan Günel ve Meltem Sarıbeyoğlu, *Uluslararası Hukuk Temel Metinler* (3. Baskı, Beta 2014) 100-101. Daha ayrıntılı bilgi için bkz Büyük (n 21) 188-191.

hukukun genel ilkelerine tabidir." şeklindeki madde önerisi hatırlatılmıştır.[42] Aynı çalışma kapsamında, konusu hukuk dışı olan andlaşmaların geçersizliği, *fraus omnia corrumpit*[43], rızayı sakatlayan unsur olarak hata[44], ve *pacta tertiis*[45] kuralının istisnaları gibi konularla ilişkili olarak hukukun genel ilkelerine değinilmiştir.[46]

Sorumluluk hukuku üzerine çalışmalarda hukukun genel ilkelerine çok sayıda referans verilmiştir.[47] Örneğin devletin haksız fiillerinden sorumluluğuna ilişkin hazırlanan taslak metnin 3. maddesiyle[48] bağlantılı olarak Komisyon bir devletin bir eyleminin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinin, aynı eylemin iç hukuk tarafından hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmediği "ilkesini" belirlemiştir.[49] Benzer şekilde *force majeure* ile ilgili olarak Komisyon tarafından "*genel hukuk ilkesi olarak nitelendirilebileceği*" ifade edilmiştir.[50]

Andlaşmalar hukuku ve sorumluluk hukuku üzerine Komisyon çalışmalarına mevcut raporlarda yapılan vurgunun önemini ayrıca vurgulamak gerekir. Bu iki alanda yapılan çalışmalarda *özel hukuk analojileri*ne sıkça başvurulmuştur. Kaldı ki, aşağıda da yer verileceği üzere, her iki Divanın da Komisyon çalışmalarından önce -bu çalışmaları da etkileyecek biçimde- iç hukuk ilkelerini uluslararası hukuka aktardığı görülmektedir.

Hukukun genel ilkeleri ve *jus cogens* arasındaki ilişki, *jus cogens* üzerine yapılan Komisyon çalışmasında Özel Raportör tarafından gündeme getirilmiştir. Raportörün burada dikkat çektiği konu, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinde geçen "uluslararası genel hukuk"[51] ifadesinin hukukun genel ilkelerini kapsayıp kapsamadığı ve yine hukukun genel ilkelerinin *jus cogens* normlara temel

42 United Nations, Yearbook of International Law Commission (1952) Vol II, 'Documents of the fourth session including the report of the Commission to the General Assembly' UN Doc A/CN.4/SER.A/1952/Add.I, 105-106.

43 "Hile her şeyi bozar." olarak çevrilebilecek Latince deyim. Bkz Fellmeth/Horwitz (n 18) 113.

44 Bkz yukarı dipnot 39.

45 *Pacta tertiis (nec nocent nec prosunt)* olarak ifade edildiğinde "andlaşmalar üçüncü tarafa (ne zarar ne de yarar getirir)" olarak bilinen genel hukuk ilkesi. Bkz Fellmeth/Horwitz (n 18) 212.

46 First Report (n 4) 13, para 51.

47 First Report (n 4) 14-15, para 57-59.

48 "*Devletin bir fiilinin, uluslararası nitelikte bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi, uluslararası hukuktan ileri gelir. Böyle bir nitelendirme, aynı fiilin iç hukukta, hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmez.*" Bkz Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha 2010) 308.

49 United Nations, Yearbook of International Law Commission (2001) Vol II(2) 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session' UN Doc A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 36. Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından bu ilkeye Wimbledon Davası'nda Almanya'nın tarafsızlığa ilişkin yaptığı iç hukuk düzenlemelerinin, uluslararası andlaşmalardan (olayda Versay Andlaşmasının 380. maddesi) doğan yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı bağlamında değinilmiştir. Bkz *SS "Wimbledon"* [1923] PCIJ Rep Series A No 1 [18]-[20]. Yine Danzig'deki Polonya Uyruklular Danışma Görüşü'nde de söz konusu ilke uygulama alanı bulmuştur. *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (Advisory Opinion) [1932] PCIJ Rep Series A/B No 44 [24]. Bkz Büyük (n 21) 206-208.

50 ILC Yearbook 2001 (n 40) 78.

51 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 53: "*Bir antlaşma, yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme amaçları bakımından, milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.*" Bkz Kuran ve diğerleri (n 41) 99.

teşkil edip edemeyeceği üzerinedir.[52] Raportör, uluslararası teamül hukuku kuralları gibi hukukun genel ilkelerinin de genel olarak uygulanabilir kurallar olduğunu ancak bir genel hukuk ilkesinin bir *jus cogens* normuna temel teşkil edebileceği konusunda uygulamada ciddi bir birikimin olmadığını ifade etmiştir.[53] Konuya dair analizlerinin ardından Özel Raportör "uluslararası genel hukuk" ifadesinin hukukun genel ilkelerini de kapsadığı ve bunların bir *jus cogens* normuna kaynaklık edebileceği kanaatine varmış ve buna uygun olarak belirlediği geçici taslak madde, birtakım değişikliklerle, Taslak Komitesi tarafından kabul edilmiştir.[54] Buna göre, "*Antlaşma hükümleri ve hukukun genel ilkeleri de, genel uluslararası hukukun emredici hükümleri (jus cogens) için temel teşkil edebilir.*"[55]

II. Hukukun Genel İlkelerinin Gelişimi

Özel Raportör tarafından Komisyona sunulan raporda, hukukun genel ilkelerinin niteliğinin belirlenmesine katkı sağlamaya yönelik olarak, hem Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nün yazılmasından önce ve hem de Statü'nün yazılması sırasında ve sonrasında bu üçüncü kaynağın uygulamadaki görünümlerine dair bilgiler verilmiştir.

A. Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü Öncesi Hukukun Genel İlkeleri

Vázquez-Bermúdez, doktrinde de sıklıkla yapıldığı üzere Daimi Divan Statüsü öncesi tahkim uygulamalarına özel olarak yer vermiştir. Raporda da ifade edildiği üzere, birtakım yazarlar bu durumu, henüz o dönemde uluslararası hukukun yeterince gelişmemiş olmasına bağlamaktadırlar. Uluslararası hukuk yeterince gelişmemiştir ancak uyuşmazlıkların her durumda çözümlenmesi gerekmektedir. Andlaşma ve teamül kurallarının yetersiz kaldığı durumlarda yargı mercileri, kendilerine verilen yetkiler dahilinde hukukun genel ilkelerini uygulamak suretiyle önlerindeki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuşlardır.[56]

Doktrin bakımından tahkim uygulamalarının dikkate alınması konusu değerlendirilecek olursa, örneğin Başkan Descamps tarafından Hukukçular Komitesinde de bu görüşün ifade edildiği görülmektedir. Ünlü hukukçuya göre, uluslararası mahkemelerin, teamül ve andlaşmada ilgili hüküm bulunmaması nedeniyle davayı sonuçsuz bırakmaması ve bunların dışında birtakım kuralları –genel hukuk ilkelerini- uygulamaları, devam edegelen bir uygulama teşkil eder.[57] Buradan hareketle

52 First Report (n 4) 19, para 73.

53 ILC, Sixty-ninth session, 'Second report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur' (16 March 2017) UN Doc A/CN.4/706, 24, para 48.

54 First Report (n 4) 20, para 74.

55 ILC, Sixty-ninth session, 'Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*), Statement of the Chairman of the Drafting Committee' (26 July 2017) 11.

56 Ibid 20, para 77.

57 League of Nations, Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee: June 16th-July 24th 1920 (Van Langenhuysen 1920) 316.

özellikle doğal hukuka yakın Lauterpacht[58], Verdross[59], Le Fur[60] gibi yazarlara göre, Komitenin hukukun genel ilkelerini Statü'ye eklemesi, uygulamanın kodifiye edilmesinden başka bir şey değildir. Karşıt bir görüş olarak Strupp[61] ve Kopelmanas[62] gibi bazı pozitivist yazarların ise, uluslararası hukukun yaratılmasında tek yetkili süjelerin devletler olması nedeniyle bu tahkim uygulamalarının emsal olmayacağını ifade ettikleri görülmektedir. Bahsi geçen yazarlara göre, özetle, tahkimname ile açık bir yetkilendirme olmadığı durumlarda, hukukun genel ilkelerini uygulayan hakimler yetkilerini aştıkları gibi, bu tahkim uygulamaları sadece *inter partes* bir yargılama teşkil eder ve sadece tarafları bağlar; dolayısıyla da genel uluslararası hukuku yansıtan uygulamalar değildir.

Bilindiği üzere, modern tahkim tarihi 1794 Jay Andlaşması ve bu sözleşme kapsamında kurulan komisyonlara kadar götürülmektedir. Ancak ek bilgi olarak, bu dönemden önceki tahkim benzeri faaliyetlerde de uygulanacak hukuka esas olarak da Taube, o dönemin mevcut uluslararası hukuk sisteminin temeli olan, *jus gentium*u ve bu anlamda o dönemin yapısı içinde düzenlenmiş olan uluslararası sözleşme ve teamül kurallarını, uyuşmazlık tarafı devletlerin kanun ve teamüllerini ve tüm medeni Avrupa'nın müşterek hukukunu saymaktadır. Yazar bunlara ek olarak, adalet ve hakkaniyet (*justitia; aequitas*)'i de ekler.[63] Alfred Verdross da, bir doğal hukukçu olarak, bu durumu, her dönem için var olan pozitif hukuk kuralları dışında birtakım objektif hukuk normlarına da ihtiyaç duyulduğu şeklinde yorumlamaktadır.[64]

Özellikle on dokuzuncu yüzyıl tahkim sözleşmelerinde "devletler hukuku", "uluslararası hukuk ilkeleri", "adalet" ve "hakkaniyet" gibi kavramlara sıklıkla yer

58 Lauterpacht, bu önceki uygulamalara dikkat çekerek Statü'nün 38/3 hükmünün, tamamen deklaratif nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Ona göre devletler, modern tahkimin başlangıcından beri teamül ve andlaşmanın yetersizliğinin farkında olmuş ve farklı isimlerle de olsa bu iki normun dışında ek kaynakların kullanımı konusunda mahkemeler yetkilendirilmiştir. Lauterpacht, 'Droit de la Paix' (n 27) 163.

59 Verdross, dogmatik olarak nitelendirdiği pozitivist doktrinin karşısında realist bir metot olarak uluslararası hukuk pratiğine bakmayı önermektedir. Bu şekilde bakıldığında sadece iki kaynağın varlığını savunan pozitivist doktrinin aksine üçüncü bir grup hukuk kuralının uygulandığı çok sayıda örnek ortaya çıkmaktadır. Verdross'a göre mahkemeler hiçbir zaman pozitivist doktrini kabul etmemişlerdir. Verdross, 'Droit International de la Paix' (n 27) 301-302

60 Le Fur, madde 38/3 düzenlemesinin, daha önceki uygulamalar dikkate alındığında Divana yeni bir yetki vermediği kanısında olduğunu ifade etmiştir. Louis le Fur 'Droit International de la Paix' (1935) 54 Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (Librairie du Recueil Sirey 1936) 199-204.

61 Strupp, genel hukuk ilkelerinin müstakil bir hukuk kaynağı niteliğine kanıt olarak, tahkim mahkemelerinin kararlarının gösterilmesinin yeterli olmadığını düşünmektedir. Çünkü bu yargı organları, kararları verirken, çoğu zaman, uluslararası hukuku göz ardı etmişlerdir ve –üstelik de ciddi şekilde eleştirilebilecek bir şekilde- belli bir Devletin özel hukukuna veya –ne kadar önemli olursa olsun- Roma hukukuna referans vermişlerdir –ki bunlar uluslararası kamu hukukunu oluşturmazlar. Dahası, unutulmamalıdır ki, Divan Statüsü'nün de 38/4 hükmünde doğru bir şekilde anlaşıldığı gibi, bu tahkim kararları, somut bir davaya ilişkin yargılama bakımından, basit birer yansıma, birer ölçüden başkası olamazlar. Strupp (n 22) 335-336.

62 Kopelmanas'a göre, tahkim yargılamaları, uluslararası hukukta, yargıca, iç hukuklardan alınan genel ilkelere başvurma yetkisi veren bir kuralın varlığına kanıt olamazlar. Sadece, bazı davalarda, uyuşmazlık tarafı Devletlerin, tahkim merciine, tahkim sözleşmesi veya kararı kabul etmek suretiyle, iç hukuklarla analoji yapma izni vermiş olduğu anlaşılabilir. Bkz Kopelmanas (n 24) 290.

63 Le Baron Michel de Taube, 'Les Origines de l'Arbitrage international: Antiquité et Moyen Age' (1932) 42 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1933) 91-92.

64 Verdross (n 34) 207.

verilmiştir.[65] Raporda, Lahey Barış Konferansları kapsamında, 1899 II Nolu Kara Savaşının Yasa ve Teamüllerine Dair Sözleşme'nin girişine eklenen Martens Kaydı'na[66] ve 1907 tarihli Uluslararası Ganaim Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Sözleşme'nin, mahkemenin uygulayacağı kuralları düzenleyen 7. maddesine[67] özel olarak vurgu yapılmıştır. Martens Kaydı'nda "*medeni milletler arasındaki muamelerle, insancıl hukuk kurallarıyla ve kamu vicdanının gerekleriyle oluşmuş milletlerarası hukuk ilkelerinin koruması*" ifadeleri yer almaktadır.[68] Bahsi geçen ikinci sözleşme ise konu bakımından daha ilgi çekicidir zira burada uygulanacak kurallara ilişkin öngörülen düzenleme, neredeyse aynı şekilde Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nde yer alacaktır. Sözleşme'ye göre, Mahkeme, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, önce taraflar arasında geçerli bir andlaşma varsa, bu andlaşmanın maddelerini; andlaşmanın yokluğu halinde uluslararası hukuk kurallarını; eğer bu tür genel bilinen kurallar da yoksa, hakkaniyet ve hukukun genel ilkelerini uygulayacaktır.[69] Eklenecek olursa, Lapradelle tarafından hazırlanan Hukukçular Komitesinin hazırladığı nihai metne ilişkin raporda da, 35. maddeyle (sonraki 38. madde) ilgili açıklamalarda 1907 tarihli Sözleşmenin 7. maddesinin referans alındığı açık bir şekilde ifade edilmiştir.[70]

Uyuşmazlıkların çözümüne dair uygulama bağlamında ise raporda bir dizi tahkim örneğine yer verilmiştir. Bunlar arasında Buenos Aires Limanının Kapatılması Davası'nda *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam* ilkesinin uygulanması[71]; Alabama Talepleri tahkiminde (1872) tahkim heyetinden *due diligence,* zararın tespiti ve faizlerin ödenmesiyle ilgili kural ve ilkelerin uygulaması istenmesi[72]; Fabiani Davası'nda ihkak-ı haktan imtina (*déni de justice*) iddialarının incelenmesi ve "*devletler hukukunun genel*

65 First Report (n 4) 20-21, para 78. Örneğin 1794 tarihli Jay Andlaşması'nın 7. maddesinde, komisyon üyelerinin, uyuşmazlığı çözerken, farklı davalardaki kararlarla benzer bir şekilde, ama her zaman *"adalet, hakkaniyet ve Devletler hukuku"na göre çözmeleri* hükmüne yer verilmiştir. Yine Amerika Birleşik Devletleri ile Meksika arasındaki Birleşik Devletler vatandaşlarının, Meksika hükümeti aleyhine tazminat taleplerine ilişkin düzenlenen tahkim andlaşmasında ise, uygulanacak hukuk olarak "*adalet ilkeleri, Devletler hukuku ve andlaşmanın maddeleri*" sayılmıştır. Henri La Fontaine, *Pasicrisie internationale: 1794-1900 Histoire Documentaire des Arbitrages Internationau*x (Stämpfli & Cie. 1902) 5, 22.

66 First Report (n 4) 21, para 80.

67 Ibid 21, para 78.

68 "*Daha eksiksiz savaş hukuku metni oluşturulana kadar, yüksek akit Taraflar, kendileri tarafından kabul edilen düzenleyici hükümlerde bulunmadığı hallerde, halkların ve savaşçıların, medeni milletler arasındaki muamelerle, insancıl hukuk kurallarıyla ve kamu vicdanının gerekleriyle oluşmuş milletlerarası hukuk ilkelerinin koruması ve hükmü altında olduklarını beyan etmenin uygun olduğunu düşünmektedirler*." Bkz James Brown Scott, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (3rd, Oxford University Press 1918) 100-101.

69 Ibid 190-191. Devletlerin o dönem böyle bir mahkemenin kurulmasına olumlu bakmadığını ve mahkemenin kuruluşunun gerçekleşmediğini ayrıca belirtmek gerekir.

70 Procès-Verbaux (n 57) 729-730.

71 First Report (n 4) 22, para 82. Bahsi geçen dava, Buenos Aires Limanına girmesi engellenen birtakım İngiliz gemilerinin zararlarına ilişkindir. Arjantin, Uruguay'a karşı, bir savaş eylemi olarak, düşman tarafın limanı olan Montevideo'yu bloke etmek amacıyla 1845 yılında aldığı bir kararla limanını kapatmıştır. 1 Ağustos 1870 tarihli kararında, tek hakem olarak, Şili Başkanı J J. Perez, diğer argümanlarla birlikte, "*Hakkını kullananın kimsenin hakkına zarar vermeyeceği, bilinen evrensel bir hukuk ilkesidir*." gerekçesiyle, Britanya'nın, gemilerin limana giremeyişlerinden gördükleri zararları tazmin taleplerini reddetmiştir. Hakemin bahsettiği ilke Roma Hukuku kaynaklıdır ve *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam* özdeyişiyle ifade edilir. Yine aynı davada, hakemin önündeki hukuki problemlerin biri, davayla ilgili bir andlaşmada geçen "ve diğer zararlar" ifadesinin yorumlanmasına ilişkindir. Hakem bu ifadeyi andlaşmanın hedef ve amacına uygun olarak yorumlamıştır. Daha sonra ise bu yorumunu davaya ilişkin başka bir andlaşmada geçen "ve diğer zararlar" ifadesinin lafzi yorumuyla teyit etmiştir. Dolayısıyla hakem önündeki ifadeyi yorumlarken hem amaçsal hem de lafzi yorum ilkelerine başvurmuştur. La Fontaine (n 55) 61-67.

72 First Report (n 4) 22, para 83.

ilkeleri"ne referanslar verilmesi[73] ve Daimi Tahkim Mahkemesi bünyesinde görülen The Pious Fund tahkiminde *res judicata* ilkesinin uluslararası hukukta uygulanabilirliğinin tespit edilmesi[74] önemli örnekler olarak sayılabilir.

Bunların dışında, raporda da yer alan[75], yine Daimi Tahkim Mahkemesi bünyesindeki ve taraflarından birini Osmanlı Devleti'nin oluşturduğu Rus Tazminat Faizi Uyuşmazlığı[76] ise o dönem için doktrini daha fazla meşgul eden bir örnek olarak ortaya çıkmaktadır. Burada tahkim heyetinden moratoryum borçları ve temerrüt faizleri ile ilgili meselelerde karar vermesi istenmiş ve tahkim mercii de uluslararası hukuk kuralları yanında çeşitli devletlerin iç hukukları ve Roma Hukuku ilkelerini de uygulamıştır. Mahkeme tarafından, borcun geç ödenmesinden kaynaklanan tazminat yükümlülüğünün, Avrupa Uyumu'nu oluşturan tüm Devletlerinin özel hukuk kurallarında ve yine Roma Hukukunda da yer tuttuğunu ifade edilmiştir. Bu şekilde, bu konuya ilişkin özel hukuklarda yer alan bir genel hukuk ilkesinin varlığı tespit edilmiş, uluslararası kamu hukuku alanına aktarılmış ve uygulanmıştır. Zira pozitif uluslararası hukuk bu konuda açıklık getirmemektedir. Uygulanan bu ilke sayesinde, andlaşma ve teamül hukukundan doğan boşluğun doldurulması temin edilmiştir. Burada verilen kararın Anzilotti ve Strupp gibi pozitivist/düalist yazarlar tarafından eleştirildiğini ifade etmek gerekir zira bu yazarlara göre andlaşma veya teamül ile açık bir yetkilendirme olmaksızın iç hukuk kurallarının analoji yoluyla uluslararası hukuk alanına aktarılmasının hukuki meşruiyeti yoktur. Lauterpacht ise mahkemenin yaptığı analojinin, hem eski tahkim uygulamaları ve Devletler tarafından da kabul edildiği hem de uluslararası ilişkilerin gereklilikleri ile önemli bir uyum taşıdığı düşüncesindedir. Yazara göre devletler, uyuşmazlıklarını tahkim organlarına götürdüklerinde, andlaşma ve teamülde bulunmazsa, özel hukuklarda aranacak hukuk kurallarının da süjesi olduklarını kabul etmek zorundadırlar zira özel hukuk da farklı koordine kurumlar arasındaki ilişkileri düzenleyen bir alandır.[77]

73 Ibid 22, para 84. Karardaki şu kısımlar konu bakımından dikkat çekicidir: "*Bu protokole göre, İsviçreli hakem, ilk olarak, Venezuela Hükümetinin, Fabiani'ye yönelik herhangi bir zarar sorumluluğu bulunup bulunmadığını tespit edecektir. Bu sorumluluk, İsviçreli hakem için en yüksek hukuk olan protokoldeki sınırlamalara uygun bir şekilde tayin edilmelidir. Bu sınırlamalar, temel olarak, kararın, "Venezuela kanunlarına, devletlerin genel hukuk ilkelerine ve tarafların arasındaki sözleşmeye" uygun bir şekilde verilmesidir.*" Yine aynı şekilde, uyuşmazlığa bakan hakem, 30 Aralık 1896 yılında verdiği kararında, tahkim sözleşmesinde yer alan üç kaynaktaki ihkak-ı haktan imtina içerikleri arasında karşılaştırma yapmış ve aralarında temel nitelikte veya önem arz eden bir farklılık olmadığı kanaatine varmıştır. İlk olarak Venezuela Ceza Kanununun ilgili maddelerini ve taraflar arasındaki sözleşmeyi incelemiş ve şu şekilde devam etmiştir: "*İhkak-ı haktan imtina konusunda, doktrin tarafından ortaya konmuş veya devletlerin çoğunluğunun yasalarında ortak kurallar olan devletler hukukunun genel ilkeleri incelendiğinde; ihkak-ı haktan imtinanın, sadece bir yargı merciinin işlevlerini yerine getirmekten ve, bu olay özelinde, kendisine yönlendirilen iddialar konusunda karar vermekten kaçınması olmayıp, hükümlerini vermekte ısrarlı gecikmeler içinde olmasını da içerdiği sonucuna karar verilecektir*." La Fontaine (n 55) 356.

74 First Report (n 4) 22-23, para 85. Bu davada, 1875 yılında çözüme kavuşturulan bir tazminat uyuşmazlığının faiz ödemelerine dair taraflar arasında çıkan sorunlar çözülmeye çalışılmıştır. Heyete, bu dava, daha önce verilen karar kapsamında *res judicata* ilkesinin uygulama sahası altında mıdır? ve değilse, iddia haklı mıdır? şeklinde iki hukuki sorun yöneltilmiştir. Mahkeme, adil ve hakça bulduğu şekilde karar vermekle yetkilendirilmiştir. Tahkim heyeti, kısa kararda, öncelikle önlerindeki sorunun -taraflar arasındaki- uluslararası andlaşmalara ve uluslararası hukuk ilkelerine göre çözüleceğini ifade etmişlerdir. Heyet, *res judicata*nın sadece ulusal mahkemelere değil, tahkim mahkemelerine ve dolayısıyla uluslararası tahkimlere de uygulanması gerektiğini görüşündedir. *The Pious Fund Case (USA v Mexico)* (1902) 9 RIAA 12-13.

75 First Report (n 4) 23-24, para 88.

76 *Affaire de l'Indemnité Russe (Russie, Turquie)* (1912) 11 RIAA 421-447. Açıklamalar için ayrıca Bkz Büyük (n 21) 84-86.

77 Lauterpacht, *Private Law Analogies* (n 32) 260-261.

Statü öncesi uygulamalara ilişkin olarak raporda yapılan çıkarımlar ise şu şekildedir: birincisi, anlaşmalarda ve teamül hukukunda bulunanlardan farklı olduğu, ancak bazen bunlarla ilişkili olduğu düşünülen kurallar veya ilkelere başvurulmuş ve bunlar uygulanmıştır; ikincisi, tahkim anlaşmalarında "adalet" ve "hakkaniyet" gibi geniş kavramlara atıfta bulunularak bu tür kuralların veya ilkelerin kullanılması yetkisi verilebilmiştir, ancak böyle bir yetkinin yokluğu bunların kullanılmasını engellememiştir; üçüncü olarak, bu kural veya ilkeleri uygularken, hakemler "*ex aequo et bono*"[78] karar vermemişlerdir; ve dördüncüsü, devletler ve hakemler, söz konusu kuralları veya ilkeleri belirlemek için genellikle ulusal hukuk sistemlerine ve Roma hukukuna başvurmuşlardır.[79]

B. Divan Statülerinde "Medeni Milletlerce Tanınmış Hukukun Genel İlkeleri" Düzenlemesi

Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nü yazmakla görevli Hukukçular Komitesine toplantıların öncesinde, Milletler Cemiyeti Sekreterliği tarafından, Adalet Divanının kurulmasına ilişkin farklı Devletlerden yetkililer veya şahıslar tarafından hazırlanmış taslak madde çalışmalarını içeren bir memorandum gönderilmiştir. Bunlar arasında özellikle, 1919 yılında tarafsız 5 Devlet, İsveç, Norveç, Danimarka, Hollanda ve İsviçre'nin temsilcileri Lahey'de bir araya gelerek hazırladığı ve "Beş Güç Planı" ya da "Beş Tarafsız Güç Planı" denilen Daimi Adalet Divanı Statüsüne dair bir taslak maddeler projesine Komitenin çalışmaları esnasında sıkça atıf yapılmaktadır.[80] Özel Raportör de bu önerilere raporunda yer vermiştir. Örneğin, kurulacak Divanın kararlarını "uluslararası andlaşmalara, uluslararası teamül hukukuna ve hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete" göre vermesine dair Almanya tarafından yapılan önerinin yanında, Yine Danimarka, Norveç ve İsveç, uluslararası hukukun yerleşik kurallarının yokluğunda Divanın hukukun genel ilkelerini uygulamasını önermişlerdir. İsviçre ise, bir andlaşmanın veya devletler hukuku ilkesinin yokluğunda Divanın adalet ve hakkaniyete göre karar vermesini önermiştir.[81]

Daimi Divan Statüsünün hazırlanmasına ilişkin görüşmelere, hukukun genel ilkelerinin anlaşılmasına ilişkin çalışmalarda sıklıkla yer verilmektedir. Böyle bir yöntem, andlaşmalar hukukunda yorum kurallarına da uygunluk taşımaktadır. Özel Raportörün de görüşmeleri genişçe ele aldığı görülmektedir.

Kısaca özetlenecek olursa, Komite Başkanı olan Descamps tarafından yapılan ilk öneride, uluslararası andlaşmalar hukuku ve uluslararası teamül dışında, "*medeni*

78 Bu uygulamaların *ex aequo et bono* yargılamalar olmadığına dair değerlendirmeler için bkz Lauterpacht, Private Law Analogies (n 32) 63–67.

79 First Report (n 4) 24, para 89.

80 Bkz Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of Justice (League of Nations Publications 1920).

81 First Report (n 4) 25-26, para 91.

milletlerin hukuk bilincinde tanınmış uluslararası hukuk kuralları"na yer verilmiştir.[82] Bu öneri Komite üyeleri arasında görüş farklılıklarına neden olmuştur. Root, üçüncü paragrafın yeterince açık olmadığı ve tehlikeli olabileceği gerekçesiyle itiraz etmiştir. Ona göre Komitenin andlaşmalarda ve pozitif uluslararası hukukta yer alan kurallarla kendini sınırlaması gerekir.[83] Phillimore da bu tasarının Mahkemeye yasama yetkisi vereceğine dair çekincesini ifade etmiştir.[84]

De Lapradelle, "*Mahkeme, hukuk, adalet ve hakkaniyete göre karar verecektir*." şeklinde kısa bir formülasyon önermiştir.[85] Hagerup ise *non liquet* riskine dikkat çekmiştir.[86] Yapılan iki oturumda konu üzerinde uzlaşma sağlanamayınca Root'tan kendi önerisini getirmesi istenmiş ve uygulanacak hukuk kurallarının görüşüldüğü üçüncü oturumda Root, yeni önerisini üyelere sunmuştur.[87] Yapılan önerinin üçüncü paragrafında "*medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkeleri*"ne yer verilmiştir.[88] Phillimore, üçüncü paragrafta işaret edilen genel ilkelerin tüm ulusların iç hukuklarında (*in foro domestico*) kabul görmüş usule ilişkin ilkeler, iyi niyet ilkesi veya kesin hüküm (*res judicata*) ilkesi gibi ilkeler olduğunu ve hukukun genel ilkeleri ifadesiyle, hukuk özdeyişlerini (*maxims of law*) kastetmeyi amaçladığını belirtmiştir.[89]

Phillimore'un buradaki açıklamaları doktrinde hukukun genel ilkelerine dair yol gösterici olarak kabul edilmiştir. Ancak burada *in foro domestico* ilkelere referans verilmiş olsa da çalışmanın inceleme konusu olan Komisyona sunulan rapor da dahil olmak üzere doktrinde ağırlıkla hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun genel ilkelerini de kapsadığı düşünülmektedir.

82 Procès-Verbaux (n 57) 306.

83 Procès-Verbaux (n 57) 294. Elihu Root, ilk olarak, "*3. fıkranın manasını tam olarak anlamadığını*" ifade etmiştir. Komitede Fransızca bilmeyen tek üye olması nedeniyle itirazını bu şekilde dillendirmiş olması muhtemeldir. Ona göre devletlerin kurulacak mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmesi için yargı yetkisinin sınırlarının iyi çizilmesi gerekir. Devletler, sadece hukuku değil, aynı zamanda medeni insanların bilinçlerinde var olduğunu düşündüğü kuralları da uygulayacak bir Mahkemenin yetkisini kabul etmeyeceklerdir. Komitedeki görüşme kayıtlarından anlaşıldığı kadarıyla Root'un tüm oturumlar bakımından öncelikli kaygısı, ileri derecede tecrübeli ve bu tür örgüt faaliyetlerinde yer almış bir uluslararası hukukçu olarak, hazırlanacak metnin Devletler tarafından kabul edilebilir olması üzerinedir. Başarısız Uluslararası Ganimet Mahkemesi gibi örnekler bu tutuma ortam hazırlamıştır. Bu noktada, uygulanacak kaynaklara ilişkin maddenin görüşülmeye başlanmasıyla, Root, Başkan Descamps'ın hazırladığı taslağa ilişkin ilk yorumunu bu çerçevede yapmıştır. Bkz Büyük (n 21) 15-16, dipnot 16-18.

84 Amerikalı üye Root ve İngiliz üye Philimore'un kaygıları aynı olmasa da, farklı yollardan aynı sonuca ulaşmışlardır. Phillimore'a göre, üçüncü ve dördüncü paragraflar Mahkemeye yasama yetkisi vermektedir ve böyle bir yetki verilmesi ancak evrensel bir uyuşma halinde mümkün olabilir. Uygulanacak kurallar, andlaşmalar hukuku ve yürürlükteki uluslararası hukuk olmalıdır. İlk iki fıkra bunu karşılamaktadır. Diğer iki hüküm ise ya teamüle dâhildir ya da buna ek olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu sınırın ötesine geçilmemesi gerekir. Bu durumda, uygulanacak hukuk olarak "andlaşmalar hukuku ve yürürlükteki uluslararası hukuk kuralları", hazırlanacak Statü'de de esas alınmalıdır. Phillimore'a göre, yürürlükteki uluslararası hukuku bu şekilde üçlü bir ayrıma tabi tutmak hatadır. Procès-Verbaux (n 57) 295.

85 Ibid 295.

86 Ibid 295-296.

87 Doktrinde maddeye ilişkin önerinin son hali Root önerisi olarak bilinse de, görüşme kayıtlarından anlaşıldığı kadarıyla maddenin fikir babası özellikle İngiliz üye Phillimore olmalıdır zira maddenin yeni haline dair açıklamaları hep Phillimore yapmıştır ve Root bu oturumda sessiz kalmıştır. Bu hususta bkz Cheng (n 29) 15.

88 Procès-Verbaux (n 57) 331, 344.

89 Ibid 335-336.

Rapora katkı mahiyetinde ifade edilecek olursa, Komite üyeleri arasındaki uzlaşamama halinin pozitivist-doğal hukukçu karşıtlığına dayandığını düşünmenin hatalı olacağı kanaatindeyim. Başkan Descamps'ın doğal hukuka yakın görüşler ortaya koyduğu vakidir ancak Descamps da dahil olmak üzere tüm üyeler pozitif hukuk sınırları ve mahkemenin yetkileri konusunda dikkatlidir. Ancak Hagerup tarafından da dillendirildiği üzere, dar bir şekilde yetkilendirilmiş bir mahkemenin *non liquet* ilan etmesi riski bulunmaktadır ve andlaşma ve teamül dışında birtakım kuralların varlığını destekleyen tarafların açıklamaları, doğal hukukçu kaygılarla değil, bu riskin bertaraf edilmesine yöneliktir. Diğer yandan Root'un da bunun karşısında öneriye pozitivist bir tavırla karşı çıkmadığı görülmektedir. Root, realist ve aynı zamanda tecrübeye dayanan bir yaklaşımla devletlerin tarafı olmadığı bir mahkeme statüsü yazmak yerine, yetkisi devletler tarafından kabul görebilir bir mahkeme kurulması niyetindedir. Öte yandan Phillimore'un yaptığı itirazlar da pozitivist bir kaygı içermez ancak mahkemenin yasama yetkisi olması anlamına gelebilecek ifadelere de karşı çıkmaktadır. Farklı taraflarda duruyor olsalar da Descamps ve Phillimore'un görüşleri benzer noktalara çıkmaktadır. Hatta bir noktada, Başkan Descamps'ın, Phillimore'un görüşlerinin doğal hukuka yakınlaştığına dair tespitine Phillimore olumlu yanıt vermiştir.[90] Anglosakson hukuk sisteminden gelen bir hukukçu olarak Phillimore, ayrıntılı bir kurallar düzenlemesine karşı çıkmakta ve esasında hâkime geniş bir alan bırakılması düşüncesindedir. Dolayısıyla Descamps ve diğerleri ile Phillimore ve diğerleri arasındaki zıtlık Kıta Avrupası sistemlerinde sınırları ayrıntılı belirlenen bir yetkinin karşısında Anglosakson hukuk sistemlerinde hâkime verilen geniş hukuk muhakemesi yetkisi üzerine olmalıdır.

Komitede Root tarafından getirilen öneri kabul edilmiştir. Divan Statüsü'nün 38/3 (daha sonra 38/1-c) hükmü üzerinde ne Milletler Cemiyeti alt komisyonlarında ne de Birleşmiş Milletler döneminde kurulan Hukukçular Komitesinde ve 1945 San Francisco Konferansı'nda değişiklik yapılmamıştır. 38. maddede yapılan değişikliklere raporda özel olarak yer verilmiştir. Bunlardan hukukun genel ilkeleri üzerinde dolaylı etkisi olabilecek iki örnek üzerinde durulabilir: Bunlardan ilki madde metninin Komitede ilk kabul edilen halinde giriş metninde yazılı olan "sırasıyla" ifadesinin silinmesidir[91] -ki bu şekilde kaynaklar arasında hiyerarşi olarak yorumlanabilecek bir ifadeye Statü'de yer verilmemiştir.[92] İkincisi ise, maddenin sonuna, "*Bu hüküm,*

90 Procès-Verbaux (n 57) 318. Phillimore'un görüşlerini pozitivist kaygılarla ilişkilendiren yazarlar da bulunmaktadır ancak bu görüşe katılmadığımı ifade etmeliyim. Karşılaştırmak için bkz Antonio Cassese, *International Law* (2nd Ed, Oxford University Press 2005) 191; Vladimir D Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff 1997) 48.

91 Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court (Geneva, 1921), Sub-Committee of the Third Committee, 7th meeting (1 December 1920) 145.

92 Statü'nün hazırlanması aşamasında İtalyan üye Ricci-Busatti tarafından "sırasıyla" ifadesine özellikle itiraz edilmiştir. Ona göre hâkimin, kaynakları birbirleriyle ilişkili biçimde, aynı anda düşünmesi gerekir. Bu itiraz, üyelerin bir kısmı tarafından yerinde bulunmuş (ör. Hagerup); bazı üyeler ise önemli bir ayrıntı olmadığına dair görüş belirtmişlerdir (Lord Phillimore, Altamira). Lord Phillimore'a göre bu sıralama zaten hukuk mantığının bir sonucudur. Başkan Descamps ise, ilk taslağın da müellifi olarak, bu ifadelerin kalması gerektiği düşüncesindedir. Bkz Procès-Verbaux (n 57) 333, 338.

tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divanın hakça ve eşitçe (ex aequo et bono) karar verme yetkisine halel getirmez." cümlesinin eklenmesidir.[93] Bu şekilde hukukun genel ilkeleri, *ex aequo et bono* çözüm yolundan açık bir şekilde ayrılmış ve hukukun genel ilkelerinin uygulanması için tarafların yetkilendirmesine ihtiyaç olmadığı dolaylı olarak vurgulanmıştır.

Vázquez-Bermúdez'in Statü'nün hazırlanmasına ilişkin süreçten yaptığı çıkarımlar şu şekildedir: İlk olarak, farklı yazarlar tarafından dillendirildiği üzere, Statü'nün hazırlayıcıları "medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkeleri"ni Statü metnine eklerken, yeni bir uluslararası hukuk kaynağı yarattıklarını düşünmemişlerdir. Bunun yerine, onlara göre yaptıkları şey, var olan bir uygulamanın kodifiye edilmesidir. İkincisi, bu üçüncü kaynağın eklenmesi kısmen kurulacak mahkemenin yargı yetkisini kullanmayı reddetmesi ve *non liquet* ilan etmesi endişesinden kaynaklanıyor görünmektedir ancak mahkemenin hukuk yaratma yetkisinin olmayacağı konusunda genel olarak fikir birliğine varılmıştır. Üçüncü olarak, Statü'nün hazırlanması süreci, hukukun genel ilkelerinin kökenleri konusunda bazı önemli çıkarımlara imkan sağlamaktadır. Bir yandan, Hukukçular Komitesi üyeleri arasında hukukun genel ilkeleri *in foro domestico* ilkeler olduğu konusunda genel bir uzlaşma bulunmaktadır. Diğer yandan, farklı kökenlerden gelen hukukun genel ilkeleri ihtimali de Komite tarafından dışlanmamıştır. Son olarak, hazırlık çalışmaları hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun bir parçasını oluşturduğunu, uluslararası hukukun farklı kaynakları arasında resmi bir hiyerarşi olmadığını ve de hukukun genel ilkelerinin *ex aequo et bono*dan açıkça ayırt edilebilir olduğunu göstermektedir.[94]

Özel Raportör'ün, Komitedeki hukukçuların önceki uygulamaları kodifiye ettiklerine dair görüşünün doktrindeki arka planına dair açıklamalara daha önce değinilmişti.[95] Ancak yine doktrindeki farklı yaklaşımlar burada kendine yer bulmamıştır. Diğer yandan mahkemeye yasama yetkisi verilmesine bütün üyeler karşı çıktıkları gibi, hakkaniyet ve adalet gibi soyut kavramların da Statü'ye eklenmesi istenmemiştir.[96] Son olarak, rapora katkı bağlamında, *non liquet* riskine dair yapılan vurgunun yerinde olduğu ifade edilmelidir. Özellikle Root'un itirazlarına karşılık diğer üyelerin, andlaşma ve teamülün düzenlemediği durumlarda kurulacak Divanın karar vermekten kaçınmasının, mahkemenin prestijine zarar vereceği görüşünde oldukları görüşme kayıtlarından anlaşılmaktadır.[97] Sonuçta *non liquet* olmaması adına Root-Phillimore taslağında hâkime esneklik yaratabilecek önerilere yer verilmiştir. Burada yeniden ifade edilecek olursa, Statü'nün hazırlanmasında önemli bir etken teşkil eden *non liquet* konusuna Komisyon çalışmalarında ayrıca yer verilmesi, hukukun genel

93 Documents (n 91) 157.

94 First Report (n 4) 30, para 108-109.

95 Bkz yukarı s 11.

96 Procès-Verbaux (n 57) 333.

97 Ör bkz Ibid 296 (Hagerup); 312 (Loder); 313 (Lapradelle).

ilkelerinin anlaşılması açısından önem teşkil etmektedir. Mevcut iki raporda buna dair öneri yer almakta ise de, ayrıntılı çalışmaya yer verilmemiştir.

C. Divan Statülerinin Kabul Edilmesinin Ardından Hukukun Genel İlkeleri

Özel Raportör, bu aşamada hukukun genel ilkelerinin kullanımına dair kısa bir genel bakış sağlamak ve kullanılabileceği alanlara ilişkin bilgi vermek amacıyla Statü sonrası uygulamalara dair örneklere yer vermiştir.

1920 sonrası sonuçlandırılan uluslararası belgelerde, özellikle de mahkemelerin uygulayacağı kuralların veya esasa ilişkin birtakım hükümlerin kapsamının belirlenmesi amacıyla hukukun genel ilkelerine yapılan çeşitli atıflara rastlamak mümkündür. Raporda, devletlerin yaptıkları bazı andlaşmalara doğrudan Divan Statüsü'nün 38. maddesini aktardıklarına dair örneklere yer verilmiştir.[98] İlk Rapora ilişkin Komisyonda yapılan tartışmalarda Oral (Türkiye) tarafından Statü sonrası uygulamalar bakımından soft law belgelerinin ileri raporlarda incelenmesinin de konu açısından faydalı olacağı ifade edilmiştir. Oral'a göre soft law konusu her ne kadar geniş bir alanı kapsıyor olsa da, özellikle çevre hukuku başta olmak üzere hukukun genel ilkelerinin önemli bir kaynağını oluşturmaktadır.[99]

Uluslararası yargılamalar bakımından ise, her iki Divanın 38. madde bağlamında hukukun genel ilkelerine başvurmak konusunda ihtiyatlı oldukları raporda ifade edilmiştir. Özel Raportör'e göre bu durum, devletlerin tavrıyla zıtlık içermektedir zira devletler tarafı oldukları davaların çeşitli aşamalarında hukukun genel ilkelerini kullanmışlardır ancak genellikle Divanın bu argümanları onaylamadığı veya göz ardı ettiği görülmektedir. Karşı veya ayrı görüşlerde ise sıklıkla hukukun genel ilkelerine referanslar yer bulmaktadır.[100]

Raporda, Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve Uluslararası Daimi Adalet Divanının hukukun genel ilkelerine değindiği durumlara örnekler sayılmıştır. Bunlardan bazılarında Divan, belli bir genel hukuk ilkesinin varlığını reddetmeden

98 Özel Raportör tarafından verilen örnekler için bkz First Report (n 4) 31, para 112-125 ve özellikle dipnot 187-188. Raporda yer verilen üç önemli örnek: (1) Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Madde 15/2: "*Bu maddedeki hiçbir hüküm, işlendiği zaman milletler topluluğu tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden ötürü bir kimsenin yargılanıp cezalandırılmasına engel oluşturamaz.*" (Bkz Kuran ve diğerleri (n 41) 246), (2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 7/2 "*Bu madde, işlendiği zaman medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.*" (Bkz Kuran ve diğerleri (n 41) 204) ve (3) Roma Statüsü Madde 21/b: "*İkinci olarak, uygun olduğu durumlarda, uygulanabilir andlaşmalar ve silahlı çatışmalara ilişkin uluslararası hukukun yerleşik ilkeleri de dahil olmak üzere uluslararası hukukun ilke ve kuralları*"; Madde 21/c: "*Aksi takdirde, uygun olduğu şekilde, normal şartlarda suç üzerinde yargı yetkisini uygulayacak Devletlerin ulusal yasaları da dahil olmak üzere, bu ilkelerin bu Statü'yle ve uluslararası hukuk ve uluslararası tanınmış norm ve standartlarla tutarsız olmaması şartıyla, dünyanın ulusal hukuk sistemlerinden Mahkeme tarafından türetilen hukukun genel ilkeleri.*" (Bkz Rome Statute of the International Criminal Court (Published by the International Criminal Court 2011) 13.) (Alt çizgiler eklenmiştir.)

99 Bkz ILC's 3492nd meeting (n 5) 6. Bu hususta özel olarak bkz Meltem Sarıbeyoğlu Skalar *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma* (Beta 2015).

100 First Report (n 4) 36, para 127.

olay bakımından uygulamasını reddetmiştir.[101] Bazılarında hukukun genel ilkeleri uygulamaya konu edilmiş;[102] birtakım davalarda ise hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilebilecek kurallara dair, bunlardan doğrudan sonuçlar çıkarmadan, kısa referanslara yer verilmiştir.[103] Divan önüne gelen davada tarafların hukukun genel ilkelerine dair argümanlar ileri sürdüğü durumlarda ise, Divanın ya bunları reddettiği[104] ya da,

101 First Report (n 4) 36, para 128. Raporda bahsi geçen davalara ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Jaworzina sorununa ilişkin danışma görüşünde *ejus est interpretare legem cujus condere* ilkesini vurgulamış ancak olay bakımından uygulamasını reddetmiştir. *Question of Jaworzina* (n 40) 37. Fransa'da çıkarılan çeşitli Sırp tahvillerinin ödenmesine ilişkin davada da, Sırp Hükümeti tarafından öne sürülen *estoppel* ilkesinin davada uygulanması için yeterli bir temelin bulunmadığını ifade etmiştir. Aynı davada *force majeure* itirazı da reddedilmiştir. *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France* [1929] PCIJ Rep Series A No 19 [38]-[39]. Öte yandan Mavrommatis Küdüs İmtiyazları Davası'nda davada ileri sürülen "sözleşmelere ilişkin genel kabul görmüş ilkeler"i kabul etmiş ancak olayda uygulanabilir bulmamıştır. *The Mavrommatis Jerusalem Concessions* [1925] PCIJ Rep Series A No 5 [30]. First Report (n 4) 36, dipnot 208-210. Bahsi geçen kararların özetleri için bkz Mehmet Emin Büyük, *Uluslararası Daimi Adalet Divanı – Kararlar, Danışma Görüşleri ve Emirnameler (1922-1930)* (Beta 2020) 46-49; 71-74; 212-219.

102 First Report (n 4) 36, para 128-129. Raporda bahsi geçen davalara ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, Örneğin Chorzów Fabrikası Davasında Daimi Divan, *"Dahası, bir Tarafın, hukuka aykırı davranışlarla diğer Tarafın uyuşmazlık konusu yükümlülüğünü yerine getirmesini engellemişse veya mahkemeye rücu hakkına engel olmuşsa, bu Tarafın yükümlülüklerini yerine getirmediği veya farklı onarım yollarını tüketmediği gerekçesiyle kendisine yarar sağlayamayacağı hem uluslararası tahkim hem de iç hukuk mahkemeleri içtihatlarında genel kabul görmüş bir ilkedir.*" değerlendirmesini yapmış ve *nullus commodum capere de sua iniuria propria* ilkesini olayda uygulamıştır. *Factory at Chorzów* (Jurisdiction) [1927] PCIJ Rep Series A No 9 [31]. Yine aynı davanın esas aşamasında, "*...bir yükümlülüğün ihlalinin, onarım yükümlülüğünü beraberinde getirmesi bir uluslararası hukuk ilkesi, ve hatta bir genel hukuk konseptidir.*" değerlendirmesiyle sorumluluğa ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. *Factory at Chorzów* (Merits) [1928] PCIJ Rep Series A No 17 [29]. (Çeviriler için bkz Büyük (n 21) 218, 220.) Lozan Andlaşması'nın 3. maddesinin 2. paragrafının yorumlanmasına ilişkin 1925 tarihli danışma görüşünde Divan, "kimsenin kendi davasında hakim olamayacağı bilinen bir kuraldır" diyerek *nemo judex in causa sua* ilkesini uygulamıştır. *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne* (Advisory Opinion) [1925] PCIJ Rep Series B No 12 [32]. Buraya kadar olan kararların özetleri için bkz Büyük, *UDAD Kararları* (n 101) 90-99; 134-139; 195-204. Benzer şekilde Uluslararası Adalet Divanının ise Korfu Boğazı Davası'nda "*Bu dolaylı delil (müessesesi), tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir, ve kullanımı uluslararası kararlarda tanınmaktadır.*" ifadesiyle ikincil delilleri dava bakımından kabul edilebilir bulduğu görülmektedir. *Corfu Channel (UK v Albania)* (Merits) [1949] ICJ Rep 18. (Çeviri için bkz Büyük (n 21) 244.) 1954 tarihli Birleşmiş Milletler İdari Mahkemesinin tazminat kararlarının etkisine ilişkin danışma görüşünde ise, "*İyice benimsenmiş ve genel kabul görmüş bir hukuk ilkesine göre, böyle bir yargı organı tarafından verilen kararlar res judicatadır ve uyuşmazlığın tarafları bakımından bağlayıcıdır.*" şeklinde görüş bildirilmiştir. *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal* (Advisory Opinion) [1954] ICJ Rep 53. Divanın Korfu Boğazı Davasından başlayarak, Soykırım Sözleşmesine Çekinceler, Barcelona Traction Davası ve Nikaragua Davası gibi bir dizi davada da "temel insani mülahazalar" ile başlayan ve bununla ilişkili olarak değerlendirdiği ve "ahlaki ve insani ilkeler", "insan haklarına ilişkin temel ilkeler", "insancıl hukukun mutfağını oluşturan metinlerin ihtiva ettiği başlıca ilkeler" şeklinde çeşitlenen kavramlandırmalar ile andlaşma ve teamül dışında devletleri birtakım kurallarla -hukukun genel ilkeleri ile- yükümlü kabul ettiği görülmektedir. Bu hususta geniş açıklamalar için bkz Büyük (n 21) 305-312.

103 First Report (n 4) 36, para 128. Raporda bahsi geçen danışma görüşüne ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, Türk-Yunan Nüfus Mübadelesi Andlaşmalarına dair yorum uyuşmazlıkları hususunda 1928 tarihli danışma görüşünde Uluslararası Daimi Adalet Divanı, "(…) *açıktır ki - diğer şeylerin yanı sıra, genel bir kural olarak, yargı yetkisine sahip herhangi bir organın, yetkisinin sınırlarını belirleme konusunda da ilk olarak yetkili olması ilkesi de göz önünde bulundurularak- Karma Komisyonun yargı yetkisinin sınırlarına ilişkin soruların, bu Komisyonun kendisi tarafından, herhangi başka bir merci önünde bir girişime ihtiyaç olmaksızın, çözülmesi gerekmektedir*." ifadeleriyle *compétence de la compétence* ilkesini dolaylı olarak uygulamıştır. *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)* (Advisory Opinion) [1928] PCIJ Rep Series B No 16 [20]. (Çeviri için bkz Büyük, *UDAD Kararları* (n 101) 192.)

104 First Report (n 4) 36, para 130. Raporda bahsi geçen davalara ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, örneğin Uluslararası Adalet Divanı, Güney Batı Afrika Davası'nın ikinci aşamasında, başvurucu devletlerin başvuru hakkının varlığına dair ileri sürdüğü *actio popularis* iddiasına ilişkin olarak, "(...) *bu iddia, Mahkemenin, bir çeşit "actio popularis" veya bir toplumun tüm üyelerine bir kamu yararının korunması amacıyla yargıya başvurma hakkını tanıması gerektiği gibi bir talep içerir. Ancak, her ne kadar bu tarz bir hak bazı iç hukuk sistemlerinde tanınmış olsa da, ne mevcut uluslararası hukuk sistemi tarafından tanınmaktadır ne de Statü'nün 38. maddesinin, 1 (c) paragrafında bahsedilen "hukukun genel ilkeleri"nin aktarılması olarak görülebilir.*" değerlendirmesinde bulunmuştur. *South West Africa (Second Phase)* (Judgment) [1966] ICJ Rep 47. Benzer şekilde Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda Almanya'nın adil ve hakça paylaşım ilkesinin Statü'nün 38/1-c hükmü dahilinde tüm hukuk sistemlerinde tanınmış olan *justitia distributiva* (dağıtıcı adalet) kapsamında olduğu iddiasını Divan reddetmiştir. *North Sea Continental Shelf* (Judgment) [1969] ICJ Rep 22. Bkz Büyük (n 21) 168-169.

uyuşmazlığı çözen andlaşma veya teamül kurallarının varlığından ötürü, bunların varlığını belirleme ihtiyacı duymadığı[105] görülmektedir.[106]

Raporda da ifade edildiği üzere, Divan uygulamalarının hukukun genel ilkelerine ilişkin bir çekingen pozisyon içerdiği görülmektedir. Bunun en önemli sebebi olarak, bu hukuk kaynağına yönelik doktrinde var olan kafa karışıklığını göstermek yanlış olmayacaktır. Divan kürsüsünde yer alan yargıçların uluslararası hukuk teorisine farklı yaklaşımları da bu sonuca ortam hazırlamış olmalıdır. Divanın, nadir şekilde olan genel hukuk ilkelerine başvurularında ise, "genel ve iyi bir şekilde kabul görmüş hukuk ilkeleri", "iyi bir şekilde yerleşmiş ve genel olarak tanınmış hukuk ilkeleri", "uluslararası mahkemelerde evrensel olarak kabul edilmiş ilke" gibi ifadeler kullandığı görülmektedir.[107] Statü'nün 38/1-c (veya 38/3) hükmüne doğrudan referanslardan kaçınılmıştır. Bunun yanında, karşılaştırmalı hukuk bakımından değerlendirilecek olursa, Gaja'ya göre, Divanın yargılamalarında özel olarak bazı ulusal hukukların kurallarına referans vermekten kaçınıyor oluşu, diğer bazı hukuk sistemlerini "daha az medeni" olarak görülmek suretiyle gücendirmekten kaçınmak içindir.[108] Statü'de yer alan "medeni milletler" ifadesi de aynı şekilde nadiren başvurulan bir ifadedir.[109]

Özel Raportöre göre, hukukun genel ilkelerinin rolü Uluslararası Adalet Divanının ötesine geçmektedir. Bu hususta, devletlerarası tahkimden, uluslararası ceza hukuku mahkemelerinden, yatırım tahkimlerinden, insan hakları hukuku üzerine yargılamalar yapan bölgesel mahkemelerden, Avrupa Birliği Adalet Divanı gibi bölgesel mahkemelerden ve uluslararası idari mahkemelerden örnekler rapora taşınmıştır.[110] Vázquez-Bermúdez'e göre raporda yer verilen uygulamalar, 1920'de Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nün kabul edilmesinden bu yana devletlerin ve uluslararası mahkemelerin farklı durumlarda ve farklı bağlamlarda uluslararası hukukun bu kaynağına atıfta bulunduğunu göstermektedir ve bu durum, hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukuk düzeniyle ilgisi konusunda hiçbir şüpheye yer bırakmamaktadır.[111]

105 First Report (n 4) 36, para 128. Raporda bahsi geçen davaya ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, örneğin Hindistan ve Portekiz arasındaki Geçiş Hakkı Davası'na ilişkin uyuşmazlıkta, Portekiz tarafı geçiş hakkına ilişkin iddialarını hem ikili teamüllere hem genel teamüllere ve hem de genel hukuk ilkelerine dayandırmıştır. Buna yönelik olarak, geçiş hakkının açık bir şekilde tanındığı 64 ülkenin karşılaştırmalı araştırmalarına dair bir uzman görüşünü, Divana sunmuştur. Bahse konu rapor Roma ve Germen medeni hukuk sistemlerinin, müşterek hukukun, Sosyalist halk cumhuriyetlerinin hukuklarının, İslam hukukunun, İskandinav ve Asya hukuk sistemlerinin konuya ilişkin düzenlemelerini içermektedir. Bkz Hermann Mosler 'General Principles of Law' in Rudolf Bernhardt (Ed), 7 *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland – Elsevier 1984) 99. Ancak Divan, dava bakımından uygulanacak yerel bir teamülün varlığını tespit ederek davayı bu teamüle dayanarak çözüme kavuşturmuştur. Şüphesiz Divanın bu uygulamasını da çok bilinen *lex specialis* ilkesinin uygulaması olarak kabul etmek mümkündür.

106 First Report (n 4) 36-37, para 128-130.

107 Taslim Olawale Elias, *New Horizons in International Law* (2nd Ed, Sijthoff&Noordhoff 1980) 118. Karşılaştırmak için bkz Đorđeska (n 30) 18-44.

108 Giorgio Gaja, 'General Principles of Law', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7 (Oxford University Press 2008) para 2.

109 Elias (n 107) 118.

110 First Report (n 4) 38-41, para 132-138.

111 Ibid 42, para 139.

Özel Raportör'ün buradaki açıklamaları, Divan Statüsü'nün 38/1-c hükmünde yer alan hukukun genel ilkelerini, Statü'den bağımsız olarak bütün bir uluslararası hukukun kaynağı olarak gördüğü tespitine imkân sağlamaktadır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere Vázquez-Bermúdez, özel olarak kanıtlamaya ihtiyaç duymadan, sadece bu örnekler üzerinden bu çıkarıma ulaşmaktadır. Statü öncesi tahkim uygulamalarına ilişkin olarak klasik pozitivist görüş tarafından getirilen, bu uygulamaların *inter partes* yargılamalar olduğu, uluslararası hukukun geneli bakımından bir anlamı olmadığı, yetkilendirmedikleri halde hukukun genel ilkelerini uygulayan yargı organlarının ise yetkilerini aştığı gibi eleştirilere değinilmemiştir.

Ayrıca, yukarıda açıklamalara yer verilen hem Statü'nün hazırlanması süreci hem de sonraki uygulamalar bakımından raporlarda hakkaniyete yer verilmemiş olmasının ciddi bir eksiklik teşkil ettiği kanaatindeyim. Daha önce de ifade edildiği üzere, hakkaniyet ve adalet gibi soyut konseptlerin Statü metnine eklenmesine Komitede sıcak bakılmamış; Milletler Cemiyeti Konseyi bünyesinde ise *ex aequo et bono* hükmü Statü'ye eklenmiştir. Dolayısıyla burada hukukun genel ilkeleri ile *ex aequo et bono* çözüm yöntemi arasında bir farklılık öngörüldüğü açıktır. Ancak hakkaniyetin rolüne dair muğlaklık ortadan kalkmamıştır.[112]

Bilindiği üzere doktrinde hakkaniyete ilişkin Roma Hukuku kaynaklı olarak *aequitas infra legem, aequitas praeter legem* ve *aequitas contra legem* şeklinde üçlü bir ayrıma yer verilmektedir.[113] Her ne kadar hâkimin hakkaniyete göre karar verme yetkisi bulunmasa da, pozitif hukukun hakkaniyetli sonuca götürmesi durumunda hâkimin *aequitas infra legem* olarak hakkaniyeti de dolaylı olarak uyguladığı açıktır. Böyle bir durumda yetkilendirmeye ihtiyaç bulunmaz. Diğer yandan *aequitas contra legem* ise sadece yetkilendirme durumunda uygulanabilir. Doktrinde ve uygulamada sorunlara yol açan durumun ise *aequitas praeter legem* uygulamaya ihtiyaç duyulan haller olduğu düşüncesindeyim. Bu durumun en çarpıcı örneği ise, Divanın Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda verdiği hakça ilkeler kararı olarak karşımıza çıkar.[114] Divanın burada önerdiği hakça ilkelerin, Divanın bunlara somutlaştırma adına yaptığı önerilere rağmen, bir hakkaniyet uygulaması olarak *infra legem* mi yoksa *praeter legem* mi olduğu konusu şüphelidir. Sonuç olarak, hukukun genel ilkeleri üzerine Komisyon tarafından yapılan böyle bir çalışmada, hakkaniyet genel başlığı altında, hakkaniyet, hakkaniyetin türleri, hakça ilkeler ve *ex aequo et bono* çözüm yoluna dair açıklamalar yapılması ve hatta bunların *non liquet* ile birlikte değerlendirilmesi[115] elzemdir.

112 Karşılaştırmak için bkz Ceren Zeynep Pirim, 'Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Normatif Niteliği' (2016) 7(26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 169-201.

113 Fellmeth-Horwitz (n 18) 23-24. Ayrıca bkz Ibid 177-182. Mark Weston Janis, 'Equity in International Law', in Rudolf Bernhardt (Ed), 7 *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland – Elsevier 1984) 74-78; Louis B. Sohn, 'Equity in International Law' (1988) 82 American Society of International Law Proceedings 277-291; Prosper Weil, 'L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice' in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996) 130.

114 *North Sea Continental Shelf* (n 104) 53.

115 Statü hazırlayıcılarının üçüncü hukuk kaynağı olarak hukukun genel ilkelerini, *non liquet* riskine karşı bir taviz olarak Statü'ye ekledikleri akılda tutulmalıdır.

III. "Medeni Milletlerce Tanınmış Hukukun Genel İlkeleri"nin Unsurları

Özel Raportör, Komisyonun çalışması için başlangıç noktasını Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/1-c maddesi olarak belirlemiştir. Buna yönelik olarak çalışmada, Statü'de geçen ifadeler "hukukun genel ilkeleri (*general principles of law*)", "tanınmış (*recognized*)" olma şartı ve "medeni milletler (*civilized nations*)" şeklinde unsurlarına ayrılarak incelenmiştir.

İlk olarak "hukukun genel ilkeleri" ifadesinin, bu hukuk kaynağının niteliğine, kökenine veya işlevine dair bir şey söyleyip söylemediği ele alınmıştır. Vázquez-Bermúdez, bu ifadenin uluslararası hukuka has bir kavram olmadığını özellikle belirtmiştir. Neredeyse bütün iç hukuk sistemlerinde, aynı terminolojiyle olmasa da, yer almaktadır.[116] Raporun görüşüldüğü toplantıda Komisyon üyelerinden biri Özel Raportör'ün bu tespitine kaynak olarak saydığı örnekleri içeren paragrafa ilişkin kaygılarını ifade etmiştir. Bilindiği üzere, hukukun genel ilkelerine pozitivist yaklaşım ve doğal hukukçu yaklaşım arasında fark bulunmaktadır. Ancak Statü düzenlemesi, Komisyon üyesinin de ifade ettiği üzere pozitif hukuk olarak anlaşılmalı ve doğal hukukla karıştırılmamalıdır. Komisyon üyesine göre, bu paragrafta iç hukuklarda doğal hukuka referans verilen örneklere yer verilmiş olmasından dolayı hukukun genel ilkelerinin doğal hukuk normları olduğu şeklinde yanlış anlaşılabilecek bir durum ortaya çıkmış ancak bir açıklama yapılmamıştır.[117]

"İlke (*principle*)" ve "kural (*rule*)" terimlerinin açıklamalarına dair çeşitli görüşlere raporda özel olarak yer verilmiştir.[118] Doktrindeki farklı görüşlere rağmen, raporda da işaret edildiği üzere, özellikle Divan yargılamaları bakımından bu iki kavramın sıklıkla birbiri yerine kullanıldığı ve aralarında ciddi bir ayrıma yer verilmediği görülmektedir.[119] Statü'nün hazırlanması sürecinde de, Statü'de de[120] bu konuda bir ayrıma rastlamak

116 Raporda, Avusturya, İtalya, Meksika, İspanya, Mısır medeni kanunlarından ilgili kısımlar örnek olarak sayılmıştır. First Report (n 4) 42-43, para 143..

117 Park – Güney Kore, ILC's 3489th meeting (n 5) 18.

118 First Report (n 4) 44-45, para 146-148.

119 Raporda yer verilen bir örnek olarak bu hususta bkz Maurice Mendelson, 'The International Court of Justice and the sources of international law' in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996) 80. Uluslararası Adalet Divanı Basit Yargılama Dairesi kendisinden meseleye uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerinin belirlenmesinin istendiği Maine Körfezi Deniz Alanlarının Belirlenmesi Davası'nda, şu değerlendirmede bulunmuştur: "*Dairenin düşüncesine göre, kurallar ve ilkeler terimlerinin çağrışımları konusunda, bunlar, tek ve aynı düşünceye dair bir ikili ifade kullanımından başka bir şey değildir zira bu bağlamda, "ilkeler" açıkça hukuk ilkeleri anlamına gelmektedir ve dolayısıyla da uluslararası hukuk kurallarını içermektedir –ki bunlara "ilkeler" denmesi de, daha genel ve daha temel karakterlerinden ötürü kabul edilebilir*." *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v United States of America)* (Judgment) [1984] ICJ Rep 288-290. Bkz First Report (n 4) 46, para 150. Çeviri için bkz Büyük (n 21) 162. Bu noktada ilke ve kural ayrımına dair Gentini Davası'nda, Hakem Ralston'ın, doktrinde de sıklıkla yer verilen, değerlendirmeleri hatırlatılabilir: Hakem'e göre, "*Bir kural (règle) (...) temelde pratik (uygulamaya yönelik)'tir ve, bunun ötesinde, bağlayıcıdır. ...; hükümet (yönetim) kuralları olduğu gibi, sanat kuralları da vardır, (...) öte yandan ilke (principe) (...) buna göre davranışların düzenlendiği, yaşamdaki farklı fiillerin düşünsel temelini oluşturan ve gerçeğe uygulanması bu veya şu sonucu doğuran genel bir gerçekliği ifade eder.*" Bkz *Gentini Case (of a general nature)* (1903) 10 RIAA 556.

120 Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/1-d hükmü, "*hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak*" kullanılacak kaynakları sayarken, "*hukuk kuralları*" ifadesi ile "*genel hukuk ilkeleri*"ne de referans vermektedir. First Report (n 4) 46, para 150.

mümkün değildir. Özel Raportör'e göre, 38/1-c hükmünde işaret edilen hukukun genel ilkelerinde, "genel ve temel" nitelikli normlara gönderme yapılmaktadır. Bu normlar belli bir derecede soyutluk içermelerinden ötürü geneldirler ve belli kuralların altında yer almaları ve önemli değerleri içermeleri bakımından temeldirler. Ancak bu iki niteliğe sahip olmayan genel hukuk ilkelerinin var olmadığı sonucuna ulaşmamak gerekir.[121]

Raporda yer alan, Statü metninde geçen "genel" ifadesini, hukukun genel ilkelerinin tüm devletlere uygulanması şeklinde yorumlamanın mümkün olmasına karşılık, bu konuda yerel çerçevede uygulamaya konu edilebilir ilkeleri bu genel kuralın istisnası olarak düşünmek gerektiği tespiti dikkat çekicidir.[122] Komisyon görüşmelerinde, yerel (bölgesel) hukukun genel ilkeleri konseptine karşı çıkıldığı görülmektedir[123] zira Komisyon üyesine göre Divanın da Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda ifade ettiği genel uluslararası hukukun "*uluslararası toplumun tüm üyeleri üzerinde eşit güce sahip olması*" tespiti, bizatihi hukukun genel ilkeleri ifadesinin kendisi ile çelişmektedir. Bu itiraz değerlendirilecek olursa, öncelikle Statü'nün yazılması esnasında hukukun genel ilkeleri ifadesiyle özellikle iç hukuklarda düzenlenen hukukun birtakım evrensel ilke ve esaslarına işaret edildiği (Phillimore tarafından iyi niyet ve *res judicata* örneklerinin verilmesi gibi[124]) açıktır. Ancak bununla birlikte belli bir davanın tarafı olan devletlerde ortak bir şekilde tanınan iç hukuk ilkelerinin o davaya özel olarak uygulanması konusunda Statü'de ve Statü öncesi ve sonrası uygulamalarda bir engel görünmemektedir. Hukuk sistemlerinin bölgeden bölgeye değiştiği düşünüldüğünde bu farklı sistemlerin kendi aralarında diğerlerinden farklı hukuk ilkeleri geliştirmeleri mümkündür. Her ne kadar Komisyon çalışması Statü'deki düzenlemeyi esas alıyor olsa da, özellikle Daimi Divan Statüsü'nün yazılmasından önceki uygulamaların bölgesel sayılabilecek (Roma Hukuku ve common law) ilkeleri esas aldığını söylemek mümkündür. Burada bir diğer sorun ise, Divanın önüne gelecek, taraflar arasındaki birtakım ortak ilkeleri evrensel veya genel olmadıkları gerekçesiyle uygulamaması gibi bir durumun ortaya çıkmasıdır -ki böyle bir olasılık kabul görmeyecektir. Özellikle yargı usulüne ilişkin ilkelerin bölgesel olması olasıdır ve devletlerarasında kurulan geçici tahkim mekanizmalarının bu tür bölgesel ilkelere başvurması söz konusu olabilir. Son olarak, ilkelere başvuruda genellik şartı aramanın, bu hukuk kaynağını doğal hukuk kuralları olarak değerlendirme riski taşıması ifade edilebilir. Dolayısıyla kanaatimce Özel Raportör'ün yerel (bölgesel) hukukun genel ilkeleri olabileceğine dair tespiti yerindedir.

Özel Raportör'e göre, Statü'deki "tanınmış" olma şartı, hukukun genel ilkelerinin belirlenmesiyle yakından ilgilidir. Teamül kurallarından farklı olarak, hukuk olarak

121 First Report (n 4) 46-47, para 153-154.

122 Ibid 47, para 155.

123 Oral (Türkiye), ILC's 3492nd meeting (n 5) 8.

124 Procès-Verbaux (n 57) 335.

kabul edilmiş bir genel uygulama yerine, hukuk genel ilkelerinde bir tanınma şartı söz konusudur. Dolayısıyla bir genel hukuk ilkesini belirlemek için tanınmaya ilişkin yeterli şekilde bir inceleme ortaya konulmalıdır. Statü'yü hazırlayan Hukukçular Komitesinin medeni milletlerce tanınma şartını eklemelerindeki arka plan, hukukun belirlenmesi sürecinde hâkime çok geniş bir takdir yetkisi verilmesinin önüne geçilmesi düşüncesidir. Dolayısıyla bir genel hukuk ilkesinin ortaya çıkışı nesnel kriterler üzerinden değerlendirilmelidir.[125]

Rapordaki genel kanaatin, Statü'deki "medeni milletler" ifadesinin dönemin siyasete ve hukuka bakışını yansıtan bir söylem olduğu ve doktrindeki genel kabule uygun olarak bu ifadeye herhangi bir özel anlam atfedilmemesi şeklinde olduğu görülmektedir.[126] Uygulamada da medeni ve medeni olmayan ayrımına dayanan bir ayrımın yapılmadığı ifade edilmiştir.[127]

Raporda hukukun genel ilkelerinin genel olarak tanınması şartı ile Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 9. maddesi ile bağlantı kuran yazarlara da yer verilmiştir.[128] Bilindiği üzere bu maddede, Divan yargıçlarının seçiminde "*belli başlı medeniyet biçimlerini ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerini*" temsil etmelerinin göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir.[129] Bu görüşe göre, iki madde birlikte yorumlandığında, Divan kürsüsünde yer alan yargıçların üzerinde ittifak edecekleri bir genel hukuk ilkesinin "medeni milletlerce kabul edilmiş" bir ilke olacağı öne sürülmüştür.[130] Michel Virally'ye referansla öne sürülen bu görüşe katıldığımı ifade etmeliyim. Yine Virally'nin de ifade ettiği üzere, tüm hukuk sistemlerinde ortak ilkelerin araştırılmasına dayanan bir karşılaştırmalı hukuk çalışması yerine böyle bir yöntem daha pragmatiktir.

125 First Report (n 4) 49, para 163-166.

126 First Report (n 4) 52-53, para 176-177.

127 First Report (n 4) 53, para 177. Bu konuda Divan uygulamalarına dair Raporda verilen örneklerden ikisi şu şekildedir: İlk olarak, 1949 tarihli Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazminine ilişkin Danışma Görüşü yargıçlarından Sergei B. Krylov'un Karşı Görüşü'nde, Divanın başvuracağı hukuk kaynaklarını sayarken, "medeni" (civilized) ifadesini çıkartmış olması sayılabilir. Diğer örnek ise Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda Yargıç Ammoun'un Ayrı Görüşü'ndeki ifadeleridir. Ammoun'a göre, "medeni milletler" ifadesi, ilgili Birleşmiş Milletler Şartı hükümleriyle uyumlu bir ifade değildir. Ona göre, medeni ve medenileşmemiş milletler ayrımı, uluslararası hukukun kurucu babaları tarafından bilinmeyen, sonradan ortaya çıkmış –ve söz konusu yargılama tarihi itibariyle de geride kalmış- kolonyal ve sınırlı sayıda Devlet tarafından oluşturulan andlaşma ve teamül kurallarının, bütün bir milletler topluluğuna uygulandığı bir sürecin mirasıdır. Bu durum, o süreçte -kendisinin de örnek olarak sıraladığı- birtakım konferanslarda ve bazı düşünürler tarafından da teyit edilmiş ve hatta desteklenmiştir. Ancak bu durum, uluslararası hukukun hem Avrupalı hem de Avrupa dışından hukukçularının düşünceleriyle değişime uğramıştır. Yargıç Ammoun, söz konusu ifadenin, Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan, devletlerin "egemen eşitliği" hükmüne de aykırılık taşıması ve özellikle de, hem uluslararası hukukun hazırlanışında yer tutan Uluslararası Hukuk Komisyonunda tüm Devletlerin bulunması ve yine, aşağıda ayrıca bahsedilecek olan, uluslararası hukukun uygulayıcısı olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 9. Maddesinde yer alan, Divanda belli başlı uygarlık biçimlerinin ve başlıca hukuk sistemlerinin temsil edilmesi hükmüyle de çelişmesi bakımından yazarlar tarafından eleştirildiğini ifade etmiştir. Ona göre, Statü'nün 38/1-c hükmüne referans verilirken "medeni" ifadesinin atılması ve "milletler tarafından tanınmış hukukun genel ilkeleri" şeklinde kullanılması veya "ulusal hukuk sistemlerinde tanınmış hukukun genel ilkeleri" şeklinde bir kullanım daha doğru olacaktır. Bkz Dissenting Opinion of Judge Krylov, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (Advisory Opinion) [1949] ICJ Rep 219; Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, *North Sea Continental Shelf* (Judgment) [1969] ICJ Rep 133-135; Büyük (n 21) 146-147.

128 First Report (n 4) 53-54, para 179-181.

129 Kuran ve diğerleri (n 41) 31.

130 Michel Virally, 'The Sources of International Law' in Max Sørensen (ed), *Manual of Public International Law* (Palgrave McMillan 1968) 146.

Bunun yanında Statü maddelerini birlikte yorumlamak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan genel yorum kuralına uygun olduğu gibi, Statü'deki "medeni milletler" ifadesini kullanışlı bir şekilde yorumlamak, yine andlaşmalar hukuku bakımından "etki doğurma ilkesi"ne uygun olacaktır.

Özel Raportör'e göre, uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkelerinin devletlerin egemen eşitliği temel ilkesi bağlamında düşünülmesi; bu sebeple Statü metninde geçen "medeni milletler" ifadesinin göz ardı edilmesi ve her halükârda genel olarak devletleri işaret eder şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamda tercih edilmesi gereken formülasyon "devletler tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri" şeklinde olmalıdır.[131]

IV. Hukukun Genel İlkelerinin Kökeni

Doktrinde uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkelerinin kökenine dair tartışmalar olmakla birlikte, Özel Raportör, hukukun genel ilkelerine dair uygulamada ve uluslararası hukukçular arasında geniş bir şekilde kabul edilen iki grubun varlığını çalışmasına taşımaktadır: ulusal hukuk sistemlerinden türetilen hukukun genel ilkeleri ve uluslararası hukuk sistemi içinde oluşan hukukun genel ilkeleri.[132] Vázquez-Bermúdez ilk raporunda sadece bu iki kategorinin varlığına dair tespitlere yer vermiş; bu iki kaynaktan doğabilecek hukukun genel ilkelerinin belirlenmesine ilişkin kriterlerin belirlenmesini ise bir sonraki raporunda geniş bir şekilde ele almıştır.[133]

Dolayısıyla Özel Raportör'ün, kanaatimce, başlangıçta da dolaylı olarak ifade ettiği üzere raporunda asli kaynak olarak değerlendirmemiş olmasından ötürü, diğer konularda olduğu gibi burada da doktrindeki farklı görüşlere dair açıklamalara yer vermediği görülmektedir. Burada kısaca yer verilecek olursa, uluslararası hukukçuların bir kısmının bu kaynağı hem iç hukuklardan türetilen hem de uluslararası hukuk kaynağı olarak anladıkları görülürken[134], bazılarının ise hukukun

131 First Report (n 4) 55, para 186.

132 First Report (n 4) 56, para 188.

133 Bkz Second Report (n 7) 3-56, para 5-181.

134 Bu ilkelerin her iki hukuk sisteminden doğabileceğine dair görüşün daha yaygın ve güncel olarak savunulduğunu ifade etmek mümkündür. Statü metninde hukukun genel ilkelerinin kökenine dair Statü'de bir epitete yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu kaynağa birtakım uluslararası hukuk ilkelerinin de dahil edilmesinde bir sakınca bulunmaz. Örneğin Cheng'e göre, "*Bu ilkelerin iç hukukların mı, yoksa uluslararası hukukun mu genel ilkeleri olduğunu sorgulamak boşunadır zira bu ilkeler, bizzat doğası gereği, herhangi bir hukuk sistemine münhasır değillerdir; aksine tümünde ortaktırlar. Dünya Mahkemesinin 38/1-c maddesinde öngörülen hukukun genel ilkeleri, bütün hukuk sistemlerinin temel ilkeleridir.*" Cheng (n 29) 390. Yargıç Tanaka ise, tartışmayı bir adım daha öteye taşıyarak, "genel hukuk ilkeleri"ne dair bir nitelendirme olmadığına göre, buradaki hukuk ifadesinin, iç hukuk, kamu hukuku, anayasa ve idare hukuku, özel hukuk, ticaret hukuku, esasa ve usule ilişkin hukuk vs. gibi hukukun tüm branşlarını karşılar şekilde anlaşılması gerektiğini öne sürmektedir; bu ilkelerin, ulusal hukukların belli kurumlarına ve kanun hükümlerine indirgenmesi doğru olmaz. Bilakis, her hukuk dalının temel kavramlarına, "medeni milletlerce tanınmış" olma şartını karşıladığı sürece, genişletilmelidir. Dissenting Opinion of Judge Tanaka, *South West Africa, Second Phase*, Judgment (ICJ Reports 1966) 295. Benzer görüşte olan yazarlara örnek olarak, Karl Wolff, Jules Basdevant, Charles Rousseau, Herman Mosler, Michael Akehurst, Oscar Schachter, Karl Zemanek, Cançado Trindade ve Türk doktrininden İlhan Lütem, Seha L. Meray ve Hüseyin Pazarcı isimleri sayılabilir. Büyük (n 21) 120-124.

genel ilkelerini münhasıran iç hukuklardan türetilen ilkeler olarak kabul ettikleri[135] görülmektedir.

İlk raporun tartışıldığı Komisyon görüşmelerinde, Özel Raportör'ün belirlediği sınıflandırmaya ek olarak üyelerden biri tarafından sınıflandırmaya ilişkin en önemli ayrım olarak usule ilişkin ilkeler ve esasa ilişkin ilkeler ayrımına yer verilmediğine dair eleştiri gelmiştir. Komisyon üyesi, Divan yargıçlarından Trindade'nin Uruguay Kağıt Hamuru Fabrikası Davası'ndaki usule ilişkin ilkelerin genellikle iç hukuk kaynaklı ve uluslararası hukuk ilkelerinin ise esasa ilişkin olduğu görüşünü[136] örnek olarak dile getirmiş ancak buradaki görüşe de tam olarak katılmadığını ifade etmiştir. Esasa ilişkin iç hukuk ilkeleri türetilebileceği gibi, usule ilişkin uluslararası hukuk sisteminde ilkeler ortaya çıkabilir. Her durumda bu iki kategori de Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi bağlamında hukukun genel ilkeleri olabilir ve buna dair ayrım Komisyon tarafından değerlendirilmeli ve taslak maddelere eklenmelidir.[137] Komisyon üyesinin yaptığı ayrım yerindedir. Andlaşma ve teamül hukuku kurallarının henüz düzenlemediği usule ilişkin kurallar konusunda modern uluslararası tahkimin başlangıcından itibaren yargı mercileri ve sonrasında da Uluslararası Daimi Adalet Divanı hukukun genel ilkelerinden sıklıkla yararlanmışlardır. Ancak burada ifade edilen sınıflandırmanın Özel Raportör tarafından yapılan ayrımı dışlamadığı kanaatimi belirtmeliyim. Hukukun genel ilkelerinin farklı nitelikleri göz önünde bulundurularak

135 Örneğin Max Habicht, "*Lafzi bir yorum, bu hükmün hem uluslararası hukukun ilkelerine hem de iç hukuk ilkelerine uygulanacağını kabul etmelidir. Pratikte, bizi sadece ikinci grup ilgilendirmektedir zira bize göre, uluslararası hukukun genel ilkeleri, madde 38'in 1 ve 2. fıkralarıyla uygulanabilirler ve eğer 3. fıkra da bunları karşılıyorsa, bu durum sadece bir tekrar olur. Madde 38/3'ün, Divanı, medeni milletlerin iç hukuklarında kabul ettikleri ilkeleri uygulamak konusunda yetkili kıldığının altını çizmek istiyoruz.*" değerlendirmesini yapmaktadır. Max Habicht, 'Le Pouvoir du Juge International de Statuer « ex aequo et bono »' (1934) 49 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1935) 286-287. Yine Humphrey Waldock'a göre, "(...) *anlıyoruz ki, metin, şimdiki haline, "hukukun genel ilkeleri" ile, özel olarak ulusal hukuk sistemlerinde –Lord Phillimore'un açıkladığı gibi in foro domestico- kabul edilmiş ve uygulanmış ilkeleri ifade ettiğini net olarak göstermek için iyileştirilmiştir. Diğer bir deyişle, Madde 38 ile uygulanması konusunda yetki verilen ilkeler, sadece pozitif iç hukuk genel ilkeleridir.*" Humphrey Waldock, 'General Course on Public International Law' (1962) 106 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Kluwer Law International 1993) 57. Burada referans verilen yazarlar dışında bu görüşte olan, Alfred Verdross, Hersch Lauterpacht, Ch. De Visscher, James L. Brierly, Louis le Fur, Michel Virally, Max Sørensen, Pierre Marie Dupuy, Antonio Cassese ve Türk doktrininden Cemil Bilsel ve Hamza Eroğlu gibi birçok isim sayılabilir. Büyük (n 21) 116-120.

136 Sep Op of Judge Trindade, *Pulp Mills* (n 29) 146.

137 Valencia-Ospina – Kolombiya, ILC's 3489th meeting (n 5) 9-11.

farklı sınıflandırmaların yapılması mümkündür.[138]

Statü'de işaret edilen hukukun genel ilkelerinin türetileceği kaynaklardan birinin ulusal hukuk sistemleri olduğu konusunda geniş bir ittifak bulunmaktadır.[139] Daha önce de ifade edildiği üzere, Statü'nün hazırlanmasıyla görevli Hukukçular Komitesi'nde Phillimore, tasarının gerekçesini açıklarken *in foro domestico* kabul görmüş ilkeler olduğunu ifade etmiştir. Aynı şekilde hem Statü öncesi uygulamada[140] hem de Statü'nün hazırlanması sonrasında devletlerin uygulamalarında hukukun genel ilkelerinin iç hukuklardan türetilecek ilkeler olduğuna dair bir kanaatten bahsedilmesi mümkündür.[141]

Uluslararası yargı organlarının da iç hukuklardan türetilen hukukun genel ilkelerine dayandıkları görülmektedir. Örneğin, Korfu Boğazı Davası'nda Divan tarafından, "*Böyle bir devlete karşı olguların çıkarımlarına ve ikinci derece kanıtlara dair daha liberal bir yaklaşım izlenmelidir. Bu dolaylı delil (müessesesi), tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir, ve kullanımı uluslararası kararlarda tanınmaktadır. Birbirine bağlı bir dizi olguya dayanıyorsa ve mantıklı tek bir sonuca yönlendiriyorsa, bunlara, belli bir ağırlık tanınmalıdır.*" denilmektedir.[142] Özel Raportör'e göre buradaki "*tüm hukuk sistemleri*" ifadesi ulusal hukuk sistemlerini de kapsar şekilde düşünülebilir.[143] Yine Uluslararası Adalet Divanı, Güney Batı Afrika Davası'nın ikinci aşamasında,

138 Bu konuda doktrine başvurulacak olursa, örneğin Lauterpacht üçlü bir ayrım ve bunlar altında farklı kategorilere yer vermektedir: 1) andlaşmaların dışında özel hukuk analojileri, 2) andlaşmaların uygulanmasında özel hukuk analojileri ve 3) kanıt ve usule ilişkin özel hukuk kuralları. Bkz Lauterpacht, *Private Law Analogies* (n 32) 89-211. Georges Ripert, temelde dörtlü bir ayrım belirlemiştir: 1) sözleşme, 2) medeni hukuk sorumluluğu, 3) hakların yürütülmesi, 4) ispat ve yorum. Yazar her bir başlığı geniş bir şekilde alt başlıklar ve bunlara alt başlıklar halinde incelemektedir. Bkz Georges Ripert, 'Les Règles du Droit Civil Applicables aux Rapports Internationaux (Contribution à l'Etude des Principes Généraux du Droit Visés au Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale)' (1933) 44 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934) 569-664. Charles Rousseau, temelde ikili bir ayrıma yer vermektedir. Bunlardan ilki, iç hukuk düzenleri ve uluslararası hukuk düzeninde ortak ilkeler; diğeri, münhasıran uluslararası hukuk düzenine ait ilkeler, diğer adıyla, uluslararası hukuk ilkeleri. Bkz Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public, Tome I: Introduction - Sources* (Éditions A. Pedone 1944) 918-924. Bin Cheng hukukun genel ilkelerini 1) kendini koruma (*self-preservation*) ilkesi, 2) iyi niyet ilkesi, 3) sorumluluk konseptine ilişkin hukukun genel ilkeleri, 4) yargılama usulünde hukukun genel ilkeleri şeklinde dört temel başlık ve bunlara alt başlıklar altında sınıflandırmaktadır. Cheng (n 29) 27-394. Friedmann ise, şu şekilde üçlü bir sınıflandırma öngörmektedir: 1) yorumlamaya ilişkin genel ilkeler, 2) adalete ilişkin usul ölçüleri, 3) esasa ilişkin genel ilkeler. Bkz Wolfgang Friedmann, 'The Uses of 'General Principles' in the Development of International Law' (1963) 57(2) The American Journal of International Law 286-290. Hermann Mosler 1) genel tanınmış ulusal hukuklardan alınan ilkeler, 2) Uluslararası ilişkilerden kaynaklanan genel ilkeler ve 3) her türlü hukuki ilişkiye uygulanabilecek genel ilkeler başlıkları altında alt başlıklara yer vermektedir. Bkz Mosler (n 105) 89-105. Son olarak Schachter ise, beş ayrı başlık altında genel ilkeleri sınıflandırmaktadır ancak yazar, herhangi bir ilkenin, aynı anda birden fazla başlık altında yer alabileceğini eklemeyi ihmal etmez. Buna göre, 1) "medeni milletlerce tanınmış" iç hukuk ilkeleri, 2) "uluslararası toplumun kendine has karakterinden türeyen" hukukun genel ilkeleri, 3) "hukuk düzeninin özünde ve bütün hukuk sistemlerinin temelinde yer alan" ilkeler, 4) "her türlü toplumda, hiyerarşi ve iş birliği ilişkilerinde geçerli" ilkeler, 5) "bizatihi makul ve sosyal bir varlık olarak insan doğasında yer etmiş" adalet ilkeleri. Oscar Schachter, 'International Law in Theory and Practice, General Course in Public International Law' (1982) 178 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Kluwer Academic Publisher Group 1983) 75. Ayrıntılı bilgi için bkz Büyük (n 21) 170-174.

139 First Report (n 4) 56, para 190.

140 Örnek olarak Bkz Fabiani Case, La Fontaine (n 73) 356; The Pious Fund Case (n 74) 5, 12-13; Affaire de l'Indemnité Russe (n 76) 421-447.

141 Örnek olarak Bkz *Right of Passage Case*, Mosler (n 105) 99.

142 *Corfu Channel* (n 102) 18.

143 First Report (n 4) 59-60, para 204.

başvurucu devletlerin başvuru hakkının varlığına dair ileri sürdüğü *actio popularis* iddiasına ilişkin olarak, "(...) *bu iddia, Mahkemenin, bir çeşit "actio popularis" veya bir toplumun tüm üyelerine bir kamu yararının korunması amacıyla yargıya başvurma hakkını tanıması gerektiği gibi bir talep içerir. Ancak, her ne kadar bu tarz bir hak bazı iç hukuk sistemlerinde tanınmış olsa da, ne mevcut uluslararası hukuk sistemi tarafından tanınmaktadır ne de Statü'nün 38. maddesinin, 1 (c) paragrafında bahsedilen "hukukun genel ilkeleri"nin aktarılması olarak görülebilir.*" değerlendirmesinde bulunmuştur.[144] Dolayısıyla belki de *actio popularis* yeterli sayıda iç hukuk sistemi tarafından tanınıyor olsa idi, Divan bu ilkeyi, uygulanabilir bir hukukun genel ilkesi olarak görebilirdi.[145]

Raporda devletlerarası tahkim ve uluslararası ceza mahkemelerinden de çeşitli örneklere yer verilmiştir.[146] Tüm örneklerde ortak ilkenin belirlendiği ulusal hukuk sistemlerine dair tam bir sayı verilmemiş olsa da "ulusal hukuk sistemlerinin çoğunluğunda", "dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde" gibi ifadeler kullanılmıştır.[147] Bir ilkenin çoğu ulusal hukuk sisteminde tanınıyor olması, Statü'nün 38/1-c hükmü bağlamında bir hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Ek olarak bu tür bir ilkenin uluslararası hukuk sistemine uygun bir şekilde "aktarılması" ve dolayısıyla aktarılabiliyor olması gereklidir.[148]

Hukukun genel ilkelerinin ikinci kategorisi, kökenleri ulusal hukuk sistemlerinde var olmayan, bunun yerine doğrudan uluslararası hukuk sisteminde ortaya çıkan ilkelerdir. Özel Raportör'e göre iç hukuklardan türetilen ilkelerde olduğu gibi, bu türden ilkelerin varlığı da uygulamada ve doktrinde kabul görmüştür. Statü metninde

144 *South West Africa, Second Phase*, Judgment (ICJ Reports 1966) 47, para 88.

145 Ibid 60, para 207.

146 First Report (n 4) 60-64, para 208-222.

147 Ibid 64-65, para 223.

148 First Report (n 4) 65, para 225. Özel Raportör bu noktada Yargıç McNair'in Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü'ne dair danışma görüşündeki çok bilinen ifadelerini çalışmasına taşımıştır: "*Uluslararası hukuk, özel hukuk sistemlerinin birçok kural ve kurumunu almıştır ve almaya devam etmektedir. Divan Statüsünün 38/1-c maddesi, bu işlemin halen aktif olduğunun kanıtıdır ve bu maddenin, Divanı, "medeni milletlerce tanınmış genel ilkeleri uygulama" konusunda yetkili kıldığı ifade edilmelidir. Uluslararası hukuk bu kaynağa başvuracağı zaman, bu, özel hukukun kurumlarının bütünüyle ("lock, stock and barrel") hazır bir halde ve birtakım kurallarla donanmış halde aktarılması anlamına gelmez. Böyle bir işlemi, "hukukun genel ilkeleri"nin uygulanmasıyla bağdaştırmak güç olacaktır. Kanımca, bu konuda, uluslararası mahkemelerin görevine ilişkin doğru görüş, özel hukukun kural ve kurumlarını hatırlatan herhangi bir özellik ve terime, bu kurumları ve kuralları doğrudan aktarmak yerine, takip edilecek metoda ilişkin bir ima ve ilkeler olarak bakmaktır.*" Yargıcın bu ifadeleri, hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukuk sistemine ne şekilde aktarılacağına dair doktrinde yol gösterici olarak görülmüştür. McNair, manda sisteminin tahlilini yaparken, özel hukuk terminolojisini ve kurallarını hatırlatan yeni bir yasal kurumla karşılaştığında uluslararası hukukun ne yapacağı sorusunu sormuştur. Ona göre, özel hukukun birçok kural ve kurumu, uluslararası hukuk tarafından toplanmaktadır ve toplanacaktır. Divanın Statüsü'nün 38/1-c hükmü, Divanı bu noktada yetkili kılmaktadır. Yukarıdaki ifadelerinden sonra Yargıç, temelini bu şekilde kurduğu düşüncelerden yola çıkarak, Milletler Cemiyeti dönemindeki Manda Sistemi'ni, iç hukuklardaki velayet veya vesayet sistemleriyle olan benzerlikleri üzerinden değerlendirmiş; bu kurumlardaki ortak ilkeleri ortaya dökmüş ve bunlardan yola çıkarak Manda Sistemi'ne ilişkin ilkeleri aydınlatmaya çalışmıştır. Separate Opinion By McNair, *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion (ICJ Reports 1950) 148. Çeviri için bkz Büyük (n 21) 164. Yargıç Simma tarafından ifade edilen benzer bir görüş için bkz Separate Opinion of Judge Simma, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v Greece)* (Judgment) [2011] ICJ Rep 60, para 13.

uluslararası hukuk ilkelerini dışlayan bir ifade bulunmamaktadır. Eğer bu üçüncü kaynağa diğer ikisinin düzenlemediği alanlardan doğan boşlukları doldurması için yer verilmişse, bunun sadece iç hukuk ilkeleriyle olması gerektiğini düşünmeleri pek olası değildir.[149]

Doktrinde bu kategorideki genel ilkeler ile uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişki tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre uluslararası hukukun genel ilkeleri başlangıçtan itibaren bu ilkelerin açık bir şekilde ifade edilmesi suretiyle oluşmuş veya devletlerin bütünü tarafından *ab initio* veya tedrici olarak kabul edilmiş ve tanınmışlardır. Bu görüşe göre, buradaki süreç bir uluslararası teamül hukuku normunun oluşumu değil, 38/1-c bağlamında bir genel hukuk ilkesinin varlığını ortaya koymaktadır. Diğer bir görüş ise uluslararası hukuk sisteminde ortaya çıkan bu hukuk ilkelerinin, andlaşma veya teamül kurallarından ayırt edilemeyeceği şeklindedir.[150]

Uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkeleri de, diğer grup için olduğu gibi, tanınma şartına tabiidir. Böyle bir tanımanın var olan andlaşma ve teamül hukuku kurallarından çıkarım veya soyutlama yoluyla olabileceği veya Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararları gibi uluslararası örgütlerin özel meselelerdeki kararlarından çıkarılabileceği ifade edilmiştir.[151]

Özel Raportör, uygulamada bu grup hukukun genel ilkelerine yapılan başvurularda birtakım ortak özellikler tespit etmiştir: İlk olarak, andlaşmalar hukuku veya uluslararası teamül hukuku kuralları kapsamında yer almayan ve uluslararası hukukun bir parçası olan "ilkeler"e referanslar verilmektedir. İkincisi, bu tür ilkeleri belirlemek adına ulusal hukuk sistemlerinde ortak olan ilkelere işaret edilmemektedir. Üçüncüsü, bu tür ilkelerin varlığına uluslararası belgelere başvurulmak suretiyle veya uluslararası hukukun diğer kurallarının temelinde yatan ilkelerin belirlenmesiyle ulaşılmaktadır.[152]

Rapora göre örneğin Korfu Boğazı Davası'nda Divan, "*(…) savaş zamanından daha fazla barış zamanlarında daha kesin olan temel insani mülahazalar (…) gibi birtakım genel ve iyi bilinen ilkeler*"e işaret etmiştir.[153] Yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından Divandan istenen Soykırım Sözleşmesine Çekinceler Danışma Görüşü'nde ise, "*(…) Sözleşme'nin temelini oluşturan medeni milletlerce tanınmış ilkeler, Devletler bakımından, bir andlaşma yükümlülüğü olmasa dahi, bağlayıcıdır.*" değerlendirmesiyle sözleşmelerde yer almasa bile var olan bir yükümlülüğe işaret ederek ve iç hukuklarda

149 First Report (n 4) 67, para 231-232. Bu hususta doktrindeki farklı görüşler için bkz yukarı, dipnot 134-135. Komisyonda dile getirilen itirazlara ise aşağıda yer verildi. Ayrıca bkz aşağı, dipnot 155.

150 First Report (n 4) 67-68, para 233.

151 First Report (n 4) 68, para 234.

152 Ibid 68, para 235.

153 *Corfu Channel* (n 102) 22.

böyle bir ortak ilkenin varlığına dair bir referans vermeden uluslararası hukukta ortaya çıkan bir genel hukuk ilkesini uygulamıştır.[154]

Sonuç olarak, Özel Raportör'e göre Statü'de işaret edilen hukukun genel ilkeleri sadece iç hukuklardan türetilen genel ilkeleri değil, aynı zamanda uluslararası hukuk sistemi içerisinde ortaya çıkan hukukun genel ilkelerini de kapsamaktadır. Ancak Özel Raportör'ün yaptığı ayrıma yönelik hem Komisyon görüşmelerinde hem de Altıncı Komitede çeşitli itirazlar ortaya çıkmıştır. Komisyon üyelerinin geneli bu ayrımı desteklemektedir. Diğer üyeler ise, her ne kadar böyle bir kategorinin varlığını doğrudan reddetmeseler de çeşitli endişelerini dile getirmişlerdir. Bunlar genellikle uygulamada yetersizlik, teamül hukuku kurallarından ayrımın zorluğu ve bu kategoride yer alan ilkelerin belirlenmesine ilişkin kriterlerin yeterince katı olmaması nedeniyle bu şekilde uluslararası hukuk kurallarının kolaylıkla ileri sürülebilme riski gibi başlıklar altında sayılabilir.[155]

Vázquez-Bermúdez, bu eleştirilere karşılık, konuya ilişkin uygulamanın belirlenmesinde birtakım sorunlara işaret etmiştir. Öncelikle Divanın, 38/1-c hükmüne referans verdiği durumlar nadirdir. Ancak bu durum bir engel oluşturmamalıdır zira hem Statü'nün yazılması süreci hem de aşağıda da yer verilecek olan uygulamalar bu ikinci kategoriyi desteklemektedir. Öte yandan var olan uygulamadaki terminoloji de belirsizdir. Dolayısıyla bir davada uygulanan bir kuralın bir genel hukuk ilkesi mi yoksa bir andlaşma veya teamül kuralı mı olduğu çoğunlukla yoruma açıktır. Bunun aşılması için de, özellikle "uluslararası hukukun genel ilkeleri" veya "uluslararası hukuk ilkeleri" ifadeleri geçen uygulamaların titizlikle incelenmesi gereklidir.

154 *Reservations to the Convention on Genocide* (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep 23. Divanın Korfu Boğazı Davası ve Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler Danışma Görüşü'nde belirlediği -ancak net bir şekilde kaynağını belirtmediği- "temel insani mülahazalar" ve devamındaki sözleşme dışı bağlayıcı kaynağa dair içtihadını sonraki bazı davalarda da uyguladığı görülmektedir. Örneğin Barcelona Traction Davası'nda "*(...) bir Devletin, uluslararası toplumun bütününe karşı ve diplomatik koruma alanında diğer bir Devlete karşı ortaya çıkan yükümlülükleri arasında temel bir ayrımın yapılması gerekir. Bizatihi doğaları gereği, ilk grup, bütün Devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların önemi doğrultusunda, bütün Devletler haklarının korunması hususunda hukuki bir menfaat sahibi olarak düşünülebilirler; bahsi geçen bu yükümlülükler, erga omnes yükümlülüklerdir. Bu tür yükümlülükler, örneğin, yürürlükteki uluslararası hukukta, saldırı ve soykırımın yasaklanmasından, kölelikten ve ırk ayrımcılığından korunmayı da içeren, insanların temel haklarına ilişkin ilkeler ve kurallardan kaynaklanmaktadır. Bu türde korunan bazı haklar, genel uluslararası hukukun bir parçasıdırlar (*Divan burada yukarıda sözü edilen Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler Davası'ndaki "*Sözleşme'nin temelini oluşturan medeni milletlerce tanınmış ilkeler, Devletler bakımından, bir andlaşma yükümlülüğü olmasa dahi, bağlayıcıdır.*" tespitine referans vermektedir.); *diğerleri ise, evrensel veya yarı-evrensel nitelikteki uluslararası metinlerle tanınmışlardır."* tespitiyle genel uluslararası hukukun bir parçası olarak sözleşme dışında olsa dahi korunan birtakım haklara referans verilmiştir. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase*) (Judgment) [1970] ICJ Rep 32. Benzer şekilde Nikaragua Davası'nda da, "*12 Ağustos 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesinin hepsinin ortak 3. maddesi, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak birtakım kuralları tanımlamaktadır. Uluslararası silahlı çatışma ihtimalinde, bu kuralların, uluslararası çatışmalarda uygulanacak daha ayrıntılı kurallara ek olarak, minimum bir ölçü oluşturduğu konusunda şüphe yoktur; ve bu kurallar, Divana göre, Divanın 1949 yılındaki ifadesiyle "temel insani mülahazalar"ı yansıtır. Dolayısıyla, Divan, bunları, somut uyuşmazlıkta uygulanabilir bulmaktadır (...)*" denilerek Korfu Boğazı Davası'ndaki "temel insani mülahazalar" içtihadını bu davaya taşımıştır. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep 114. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun isteğiyle Divanın, nükleer silahların kullanımının veya kullanılması tehdidinin hukuka uygunluğu hususunda, 1996 yılında verdiği Danışma Görüşü'nde ise, insancıl hukukun temelini oluşturan metinlerde yer alan başlıca ilkeleri saydıktan sonra şu değerlendirmede bulunmuştur: "*Silahlı çatışmalarda uygulanacak çok sayıda insancıl hukuk kuralları, insana saygı ve Divanın 9 Nisan 1949 tarihli Korfu Kanalı Davası kararında ifade ettiği "temel insani mülahazalar" konularında öylesine temel kurallardır ki, Lahey ve Cenevre Sözleşmeleri, Devletlerin büyük katılımına mazhar olmuşlardır. Bunun ötesinde, bu temel kurallar, bunları içeren sözleşmeleri onaylamış olsun veya olmasınlar tüm Devletler tarafından dikkate alınmak zorundadırlar zira (bu kurallar) uluslararası teamül hukukunun vazgeçilemez ilkelerini oluştururlar.*" *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 257. Daha geniş değerlendirme ve çeviriler için bkz Büyük (n 21) 305-312. (Alt çizgiler eklenmiştir.)

155 Örnek olarak Bkz Hmoud ve Park, ILC's 3489th meeting (n 5) 14-15 ve 16-17; Rajput ve Wood, ILC's 3490th meeting (n 5) 4, 9, 19; Argüello Gómez ILC's 3492nd meeting (n 5) 4; Šturma ILC's 3493rd meeting (n 5) 16.

Üçüncüsü de bazı davalarda hukukun genel ilkelerinin birinci ve ikinci kategorileri çakışmaktadır zira ikinci kategori altında değerlendirilebilecek bir ilkenin ulusal hukuk sistemlerinde de yer bulması mümkündür. Ancak bu çakışmanın da göz ardı edilmesi gerekir zira her iki kategorinin belirlenmesine ilişkin metotlar birbirinden farklıdır.[156]

Komisyon üyelerinden gelen itirazlara karşılık Özel Raportör'ün savunduğu görüşün, yani uluslararası hukuk alanında ortaya çıkabilecek birtakım ilkelerin de var olabileceği görüşünün yerinde olduğu kanaatindeyim. Statü'nün ne lafzında ne de hazırlık çalışmalarında bu çıkarıma engel bir durum görünmemektedir. Her ne kadar, Hukukçular Komitesindeki görüşmeler esnasında Lord Phillimore, genel hukuk ilkelerinden "bütün milletlerce *in foro domestico"* kabul edilmiş ilkeleri anladığını ifade etmiş olması, bu ilkelerin sadece iç hukuklardan türetilebileceği şeklinde yorumlanmakta ise de, bu görüş yetersiz kalmaktadır. Uluslararası hukukun ortaya çıktığı dönemlerde iç hukuklardan sıkça analoji yapıldığı vakidir. Ancak, her hukuk sistemi gibi uluslararası hukukun da kendi hukuk ilkelerine, çerçeve kurallara ihtiyacı bulunmaktadır ve bunlar zaman içinde yerleşmiştir. Ülkesel yetki, deniz hukukunda yer alan açık denizlerin serbestliği ilkesi, eşit uzaklık ilkesi, denizlerde iletişim serbestliği ilkesi, Korfu Boğazı Davasında geçen insanlığın temel gereklilikleri gibi ilkeler, teamül kurallarına doğrudan dayanmadan, iç hukuklardan analoji yapılarak aktarılmadan, doğrudan uluslararası hukuk alanında ortaya çıkmışlardır.[157]

V. Hukukun Genel İlkelerinin Belirlenmesi

A. Ulusal Hukuklardan Türetilen Hukukun Genel İlkelerinin Belirlenmesi

Özel Raportör, ulusal hukuk sistemlerinden türetilecek hukukun genel ilkelerinin belirlenmesinde iki aşamalı inceleme önermektedir: ilk aşamada, dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde[158] ortak olarak yer alan bir ilkenin varlığının belirlenmesi; ve ikinci aşamada bu ilkenin uluslararası hukuk sistemine aktarılmasının değerlendirilmesi gerekecektir. Bu test sonucunda Divan Statüsü'nde yer alan tanınma şartı karşılanmış olacaktır. Vázquez-Bermúdez, buradaki incelemenin sıkı bir şekilde yapılması gerektiğini düşünmektedir zira bir genel hukuk ilkesinin varlığı kolay bir şekilde varsayılamaz ve varsayılmamalıdır.[159]

156 Özel Raportör bu konuda *pacta sunt servanda* ilkesini örnek olarak saymıştır. Second Report (n 7) 37, para 116.

157 Büyük (n 21) 137.

158 Bu ifadede Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 9. maddesinde ve Uluslararası Hukuk Komisyonu Statüsü'nün 8. maddesinde yer verilen formülasyonun esas alınmış olduğu görülmektedir. Hatırlatılacak olursa Divan Statüsü'nün 9. maddesine göre, "*Her seçimde seçmenler Divana seçilecek kişilerin yalnızca istenen koşulları benliklerinde toplamış olmalarını değil, aynı zamanda kurul olarak belli başlı uygarlık biçimlerini ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerini temsil etmelerini de göz önünde bulunduracaklardır*." Bkz Kuran ve diğerleri (n 41) 31. (Alt çizgi eklenmiştir.) Komisyon Statüsü'nün 8. Maddesi ise, "*Seçimde, seçmenler, Komisyona seçilecek kişilerin bireysel olarak gerekli niteliklere sahip olması gerektiğini ve Komisyonda bir bütün olarak belli başlı uygarlık biçimlerini ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerini temsil etmelerini de göz önünde bulunduracaklardır.*" Bkz Statute of International Law Commission, 1947 (United Nations 2005) 3. (Alt çizgiler eklenmiştir.) Bkz Second Report (n 7) 16-17, para 54.

159 Second Report (n 7) 6, para 17-20.

Rapora göre ortaya çıkan ilk sorun, bu grupta yer alan bir genel hukuk ilkesinin belirlenmesi için hangi ulusal hukuk sistemlerine başvurulması gerektiğidir. Tanınma şartının sağlanması için belirleyici kriter, yapılacak karşılaştırmalı hukuk incelemesinin "dünyanın başlıca hukuk sistemleri" olarak adlandırmaya uygun bir şekilde geniş ve yeterli temsili sağlıyor olmasıdır.[160] Diğer yandan, bir ilkenin belirlenmesi için dünyadaki her bir ulusal hukuk sistemine ayrı ayrı bakılması da gerekli olmamalıdır. Böyle bir yöntem, hukukun genel ilkelerinin belirlenmesini imkânsız değilse bile oldukça külfetli hale getirecektir.[161]

Yeniden hatırlanacak olursa, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nün yazılması esnasında Hukukçular Komitesinde yeni eklenen hukuk kaynağına dair açıklamaları arasında Lord Phillimore, genel hukuk ilkelerinden "bütün milletlerce *in foro domestico"* kabul edilmiş ilkeleri anladığını ifade etmiştir.[162] Ünlü hukukçunun bu düşüncesi, tayin edilecek bir genel hukuk ilkesinin belirlenmesi için bütün milletlerin ulusal hukuklarına bakılması şeklinde yorumlanabilir ise de, Özel Raportör'ün raporunda da belirttiği üzere, böyle bir yöntem, devletlerin de sayısının o döneme göre oldukça fazlalaşmış olması göz önüne alındığında, gerçekten de imkânsız görünmektedir. Van Hoof, Lord Phillimore'un bu ifadesini, o zaman itibariyle Devletlerin sayısının bugüne kıyasla küçük olması ve homojen bir görünüm arz etmesine bağlamaktadır. Yazar buradan hareketle bu benzer düşüncedeki Devletlerin kendilerini "medeni", sistemin dışına ittikleri diğer Devletleri de "medeni olmayan" olarak kabul ettiklerini ifade eder. Bugün itibariyle, Devletlerin hem sayıları artmış; hem de heterojen bir yapı ortaya çıkmıştır. Lord Phillimore'un ifade ettiği "tüm milletlerce" kabul edilme şartını yerine getirmek ve ortak ilkeleri bulmak katı bir yorum olacaktır ve oldukça zorlaşmıştır.[163]

Rapora göre, uygulamada daha pragmatik bir yöntem olarak, devletler ve uluslararası mahkemeler tarafından farklı hukuk sistemlerini ve dünyanın farklı bölgelerini içeren karşılaştırmalı hukuk analizleri yapıldığı görülmektedir.[164] Raporda yer verilen örneklerden bazıları şu şekildedir: Alabama Talepleri tahkiminde Washington Andlaşması'nda yer alan *due diligence* teriminin anlamının belirlenmesi için tahkim heyeti Roma Hukuku'na, İngiltere, Amerika ve Kıta Avrupası hukuklarına başvurmuştur. Daimi Tahkim Mahkemesi bünyesinde görülen Pious Fund tahkiminde de *res judicata* ilkesinin içeriğinin belirlenmesi adına taraf devletler Roma Hukuku'ndan ve çeşitli Avrupa ve Amerika devletleri hukuklarından faydalanmışlardır. Geçiş Hakkı Davası'nda Portekiz, bu hakkın iç hukuklardaki varlığını teyit etmek adına 64 ulusal hukuk sisteminden (Roma ve Germen medeni hukuk sistemleri, common

160 Second Report (n 7) 7, para 25.

161 Ibid 9, para 28.

162 Procès-Verbaux (n 57) 335.

163 G. J. H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Academic Puplishers 1983) 141

164 Second Report (n 7) 9-10, para 28.

law, İslam hukuku, İskandinav hukuku, Sosyalist halk cumhuriyetlerinin hukukları ve Asya hukuku düzenlemelerinin bütün hukuk sistemlerini temsil ettiği iddiasıyla) karşılaştırmalı hukuk çalışmasına yer vermiştir.[165]

Divan uygulamaları dışında, devletlerarası tahkim, yatırım tahkimleri ve uluslararası ceza hukuku yargılamalarında var olan benzer birçok örnekten bahsedilebilir.[166] Sonuç olarak, Özel Raportör'e göre, bir genel hukuk ilkesinin varlığının teyit edilebilmesi adına yapılan karşılaştırmalı hukuk incelemesi dünyanın farklı bölgelerini ve farklı hukuk sistemlerini kapsar şekilde geniş ve temsili olmalıdır.[167] Bunun ötesinde, yeterli coğrafi temsil yoksa, başlıca hukuk sistemleri arasında genel bir ilkeyi belirlemek de yeterli olmayacaktır. Örneğin Avrupadaki Roma Hukuku kaynaklı hukuk sistemleri tarafından paylaşılan genel bir ilkenin, farklı coğrafi bölgelerde bulunan ve farklı medeniyetlere ait olan diğer Roma Hukuku ülkelerinde de belirlenmesi gerekir.[168]

Başlıca hukuk sistemlerinde var olan bir ilkenin belirlenmesi adına bu ulusal hukuk sistemlerinde var olan kurallar karşılaştırılmalı ve bunlarda ortak olan ilke çıkarılmalıdır ya da bu kuralların altında yatan ilke tespit edilmelidir.[169] Yine buradan hareketle, eğer farklı hukuk sistemlerinde var olan kurallar temelden birbirinden farklıysa, bunlar arasında var olan bir ortak genel hukuk ilkesinden bahsedilmesi söz konusu olmayacaktır.[170]

Özel Raportör tarafından önerilen hukukun genel ilkelerinin belirlenmesinde iki aşamalı incelemenin ikinci adımı, bir genel hukuk ilkesinin uluslararası hukuk sistemine aktarılabilirliğinin değerlendirilmesi üzerinedir. Ulusal hukuk ve uluslararası hukukun kendilerine has özelliklerinin olması ve birçok yönden farklılaşması böyle bir testi gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla iç hukuklarda var olan ilkelerin her zaman

165 Second Report (n 7) 10, para 29-30.

166 Raporda yer verilen örnekler için bkz Second Report (n 7) 10-14, para 30-44. Yargıçların ayrı görüşlerinde aynı yöntemi benimsediği örnekler bulunmaktadır. Yargıç Ammoun'un Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda Statü'nün 9. maddesi ile hakkaniyet ilkesini ilişkilendirerek yaptığı karşılaştırmalı analiz bunlardan biridir. Yargıç'a göre, "*Divan Statüsü'nün 9. maddesinde işaret edilen modern dünyanın büyük hukuk sistemlerinde mündemiç olan hakkaniyet ilkesi, kendisine, Batı Avrupa ve Latin Amerika hukukunda; Romano-Mediterranean (Roma-Akdeniz) jus gentium'unun doğrudan varislerinde; yardımcı olarak nitelenen hakkaniyetle güçlendirmiş ve desteklenmiş common law'da; kaynakları arasında hakça yargılama yetkisi veren 'istihsan'ı içeren, Kur'an ve İslamın dört büyük hukukçusunun Şeriat adı altında somutlaşan, hakkaniyet (ve bilhassa bunun eşdeğeri olan eşitlik) üzerinde temellenmiş İslam hukukunda; Marxist-Leninist felsefe ile harmoni içinde, ahlak hukuku ve hakkaniyet duygusuna önceliğiyle Çin hukukunda; hakkaniyet düşüncesine açık bir şekilde yer veren Sovyet hukukunda; "başka bir bağlayıcı kuralın bulunmaması halinde, bireylerin davranışlarında, hâkimlerin yargılamalarında hakkaniyete, adalete ve vicdana göre davranmaları"nı salık veren Hint hukukunda ve son olarak, teamülleri hâkime hakkaniyetten ayrılmamayı öğütleyen, Avrupalılar tarafından uzlaştırıcı rolü ve hakkaniyetli doğasına sıklıkla olduğundan az değer verilen, eski İngiliz sömürgesinde, boşlukların "adalet, hakkaniyet ve iyi niyete göre" doldurulduğu common law kuralları ve eski Fransız sömürgesinde Batı Avrupa hukuku ve Roma hukuk kuralları ile ortak bir şekilde oluşturulmuş olan diğer Asya ülkelerinin ve Afrika ülkelerinin hukuklarında yer bulur.*" Sep Op of Ammoun (n 128) 140-141. Çeviri için bkz Büyük (n 21) 158-159. (Alt çizgiler eklenmiştir.)

167 Second Report (n 7) 15, para 50.

168 International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law, Report of the Seventy-Eighth Conference, Sydney (2018) 1170–1242, para 214'ten aktaran: Ibid 15, para 51.

169 Ibid 17, para 56.

170 Ibid 21, para 69.

uluslararası hukukta işleyebilir olduğu varsayılamaz. Bu nedenle, aktarım otomatik olarak gerçekleşmez.[171]

Buna göre, dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde ortak bir şekilde yer alan bir ilkenin, madde 38/1-c bağlamında bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilebilmesi için öncelikle bu ilkenin uluslararası hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olması gerekir.[172] Örneğin Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda Almanya'nın öne sürdüğü "*adil ve hakça paylaşım ilkesi*" iddiasına[173] karşılık Danimarka ve Hollanda, diğerleriyle birlikte, Statü'de tanımlanan hukukun genel ilkelerinin "*aynı şekilde devletler arasındaki ilişkilere de uygulanabilir*" olmaları gerektiği üzerinden itiraz etmişlerdir.[174] Burada Özel Raportör önemli bir tespite yer vermektedir: İç hukuklardan türetilen ilkelerin uluslararası hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olması gerekir. Öte yandan, Divan Statüsü'nün 38. maddesinde sayılan kaynaklar arasında bir hiyerarşi var olmadığından, belirlenecek genel hukuk ilkesinin burada yer alan diğer iki kaynağa da aynı şekilde uyumlu olması gerekliliği bulunmamaktadır. Bu üç kaynak arasındaki olası bir çatışma hali, *lex specialis* gibi kuralların uygulanmasıyla çözümlenecektir.[175]

İkinci şart ise tespit edilen bir ilkenin uluslararası hukuk sisteminde uygun bir şekilde uygulanmasına imkan verecek koşulların mevcut olmasıdır. Bu kriter, ilkenin uluslararası hukuktaki amacına uygun şekilde hizmet etmesini, çarpıtma veya olası suistimallerden kaçınılmasını sağlamaya hizmet eder. Uygulamada, metodolojinin bu kısmı genellikle ulusal hukuk sistemlerinin yapısına, özellikle de kuralların veya ilkelerin uygulandığı usul çerçevelerine bakma ve uluslararası düzeyde var olan yapının ilkenin uygun bir şekilde uygulanmasına izin verip vermediğini belirleme ihtiyacı olarak değerlendirilmiştir.[176]

171 Second Report (n 7) 22, para 73.

172 Ibid 23, para 75.

173 Memorial of Germany of 21 August 1967, *North Sea Continental Shelf* (n 104) 30, para 30.

174 Common Rejoinder of Denmark and the Netherlands of 30 August 1968, *North Sea Continental Shelf* (n 104) 524 para 117.

175 Second Report (n 7) 26, para 84.

176 Second Report (n 7) 26, para 85. Bu bağlamda raporda yer verilen bir örnek, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi'nin, uluslararası insan hakları sözleşmelerine göre, bir suç isnadının "kanunla kurulmuş" bir mahkeme tarafından belirlenmesi gerektiği argümanını ele aldığı Tadić davasıdır. Temyiz Dairesi, bir mahkemenin kanunla kurulması gerektiği ilkesinin "*yalnızca iç hukuk düzeninde ceza hukukunun yürütülmesinde uygulanan uluslararası yükümlülük yükleyen bir genel hukuk ilkesi*" olduğunu belirtmiştir. Daire devamında "kanunla kurulmuş" ifadesinin olası yorumlarını incelemeye devam etmiştir. İlk olası yorum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "kanunla kurulmuş" ifadesinin bir yasama organı eliyle kurulmuş olma anlamına geldiği şeklindeki yorumudur. Temyiz Dairesi'ne göre iç hukuklarda var olan yasama, yürütme ve yargı erkleri ayrımı, uluslararası hukuk düzeninde ve özel olarak Birleşmiş Milletler düzeninde yer almaz. Birleşmiş Milletlerin başlıca yargı organı Uluslararası Adalet Divanı olsa da diğer iki erkin karşılığı net değildir. Sonuç olarak, bir mahkemenin "kanunla kurulması" şartının kuvvetler ayrılığı unsuru, uluslararası hukuk ortamında uygulanmamaktadır. Yukarıda bahsi geçen ilke, Devletlere yalnızca kendi ulusal sistemlerinin işleyişine ilişkin bir yükümlülük getirebilir. Dolayısıyla bu argüman reddedilmelidir. Devamında Daire, "kanunla kurulmuş" ifadesinin "hukukun üstünlüğüne uygun olarak" anlamına geldiğine dair bir yorumu değerlendirmiştir. Temyiz Dairesine göre bu ifadenin uluslararası hukuk bağlamındaki en olası ve anlamlı yorumu bu olmalıdır. Böyle bir mahkemenin hukukun üstünlüğüne göre kurulabilmesi için, uygun uluslararası standartlara göre kurulması gerekir; uluslararası kabul görmüş insan hakları belgeleriyle tam bir uyum içinde, hakkaniyet, adalet ve tarafsızlığın tüm garantilerini sağlamalıdır. Bir mahkemenin "kanunla kurulmuş" olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınması gereken önemli husus, önceden kurulmuş veya belirli bir amaç veya durum için kurulmuş olup olmadığı değildir; önemli olan yetkili bir organ tarafından ilgili yasal prosedürlere uygun olarak kurulması ve usuli adaletin gereklerine uymasıdır. Bkz *Prosecutor v Duško Tadić* (Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction) IT-94-1 [1995] ICTY para 41-45.

Bir ilkenin uluslararası hukuk alanına aktarıma elverişli olduğuna dair uluslararası belgeler ve özellikle andlaşmalar gibi uluslararası hukuk alanından birtakım delillerin kanıt olarak ileri sürülmesi mümkündür[177] zira böyle bir durumda, devletler bir ilkenin uluslararası alanda uygulanabilirliğini açık olarak tanımışlardır. Bu da bahsi geçen ilkenin uluslararası hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olduğunu ve ilkenin uluslararası hukuk sisteminde uygun bir şekilde uygulanabilir olma şartlarını taşıdığını ima etmektedir.[178] Bir örnek verilecek olursa, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargılama Dairesi, Tadić kararında, birçok devletin iç hukuk düzenlemelerinin bir parçası olarak görünen *non bis in idem* ilkesine Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14/7 maddesinde yer verilmesinin sonucu olarak, bu ilkenin bir uluslararası statü kazandığını ifade etmiştir.[179]

B. Uluslararası Hukuk Sistemi İçerisinde Ortaya Çıkan Hukukun Genel İlkelerinin Belirlenmesi

Özel Raportör'e göre iç hukuklardan türetilen ilkelerde olduğu gibi, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin de öncelikle ve temelde uluslararası toplumun geneli tarafından tanınma şartını sağlıyor olmaları gerekir. Bu bağlamda üç farklı tanınma biçiminden bahsetmek mümkündür: Birincisi, bir ilke andlaşmalarda veya diğer uluslararası belgelerde geniş bir biçimde tanınıyor olabilir. İkincisi, bir ilkenin andlaşmalar hukuku veya uluslararası teamül hukukunun temeline yatıyor olması mümkündür. Son olarak da, bir ilke uluslararası hukuk sisteminin temel özelliklerine ve gerekliliklerine içkin bir ilke olabilir. Bu üç tanınma şartının birbirini dışlamadığına dikkat edilmelidir. Birlikte var olmaları mümkündür.[180]

Raporda, andlaşmalarda veya diğer uluslararası belgelerde tanınması yoluyla uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerine dair birtakım örneklere yer verilmiştir. Nürnberg Mahkemesi Şartı ve Nürnberg Yargılamalarında Tanınmış Uluslararası Hukuk İlkeleri bunlardan biri olarak sayılabilir.[181] Benzer şekilde Soykırımın Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne konulabilecek çekinceleri değerlendirirken Divan, ulusal hukuklardan türetilmemiş olan birtakım ilkelerin varlığını incelemiştir. Divana göre bu sözleşmenin temelinde yatan ilkeler, sözleşmesel bir yükümlülük olmasa bile devletler bakımından bağlayıcı olan medeni milletlerce tanınmış ilkelerdir.[182] İlk olarak 1899 II Nolu Kara Savaşının Yasa ve

177 Second Report (n 7) 32, para 97.

178 Ibid 34, para 106.

179 Ibid 33, para 103.

180 Second Report (n 7) 38, para 121.

181 Ibid 39-40, para 123-125.

182 Reservations to the Convention on Genocide (n 154) 15.

Teamüllerine Dair Sözleşme'nin girişine eklenen Martens Kaydı da bu hususta bir diğer örnek olarak verilebilir.[183]

Rapora göre andlaşmalar hukukuna ve uluslararası teamül hukukuna ilişkin genel kuralların temelinde yatan ilkelerin tanınması, bizatihi bu kurallara dair genel tanınma durumundan çıkarılabilir.[184] Örneğin, Korfu Boğazı Davası'nda, Arnavutluk'un karasularında yer alan mayınlardan dolayı diğer devletleri uyarma yükümlülüğünü temellendirirken Divan, savaş zamanlarında geçerli olan Lahey Sözleşmeleri'ni uygulamamış -ki Arnavutluk zaten sözleşmenin tarafı da değildi; bunun yerine genel ve iyi bir şekilde kabul görmüş, temel insani mülahazalar başlığı altında, var olan andlaşmalar hukuk ve uluslararası teamül hukuku kurallarından süzüldüğü düşünülebilecek birtakım yükümlülüklere işaret etmiştir.[185] Özel Raportör'e göre, bu grupta yer alan ilkelerin tespiti çıkarım yoluyla olacaktır. Uluslararası hukukun birtakım spesifik kurallarına bakılacak ve bunların altında yer alan ilkeler ortaya çıkarılacaktır. Böylece ortaya çıkarılan bir ilke, ilgili andlaşma veya teamül hukuku kurallarından bağımsız olarak ve hatta bunların yokluğunda uygulanabilecektir. Diğer bir deyişle, bahsi geçen ilke, kendisinden çıkarım yapılan uluslararası hukuk kuralının bir parçasını oluşturmaz.[186]

Yukarıda ifade edildiği üzere, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin belirlenebileceği üçüncü bir yol, bunların uluslararası toplumun bir eseri olan uluslararası hukuk sisteminin temel özelliklerine ve temel gereksinimlerine içkin ilkeler olarak tespit edilmeleridir. Bu bağlamda önemli bir örnek, uluslararası hukuk sisteminin yapısından dolayı bu sistemin özünde yer aldığı düşünülebilecek olan yargı yetkisinin rızaya dayanmasına ilişkin ilkedir. Uluslararası hukuk sistemi egemen devletlerin eşitliğine dayanır ve bunun bir sonucu olarak, ulusal hukuk sistemlerinde olanın aksine, uyuşmazlıkların zorunlu olarak havale edildiği bir yargı sistemi mevcut değildir.[187] Örneğin Monetary Gold Davası'nda Divan "*Arnavutluk'un uluslararası sorumluluğu hakkında onun rızası olmadan karar vermek, Divanın Statüsünde yer alan yerleşik bir uluslararası hukuk ilkesine, yani Divanın bir devlet üzerinde yargı yetkisini ancak kendi rızasıyla kullanabileceğine dair ilkeye aykırı olacaktır*."[188] değerlendirmesinde bulunmuştur. Divanın bu değerlendirmesinin doktrinde Monetary Gold ilkesi olarak bilindiğini eklemek gerekir.

183 "*Daha eksiksiz savaş hukuku metni oluşturulana kadar, yüksek akit Taraflar, kendileri tarafından kabul edilen düzenleyici hükümlerde bulunmadığı hallerde, halkların ve savaşçıların, medeni milletler arasındaki muamelerle, insancıl hukuk kurallarıyla ve kamu vicdanının gerekleriyle oluşmuş milletlerarası hukuk ilkelerinin koruması ve hükmü altında olduklarını beyan etmenin uygun olduğunu düşünmektedirler*." Scott (n 68) 100-101.

184 Second Report (n 7) 45, para 138.

185 *Corfu Channel* (n 142) 22.

186 Second Report (n 7) 46, para 145.

187 Ibid 47, para 146-147.

188 *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (Preliminary Question) [1954] ICJ Rep 19.

Uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin belirlenmesine dair Özel Raportör tarafından sayılan farklı durumlardan özellikle son ikisinin, doktrindeki hukukun genel ilkeleri tartışmaları ile de ilgili olduğu kanaatindeyim. Bilindiği üzere, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nün yazıldığı dönemde özellikle klasik anlamda pozitivist ve düalist olan Anzilotti[189], Strupp[190] gibi yazarlar hukukun genel ilkeleri şeklinde yeni bir hukuk kaynağının varlığına doğrudan karşı çıkmışlar ve hukukun genel ilkelerini, teamül ve andlaşmaların içine yerleştirerek, bunların bir parçası olarak kabul etmişlerdir. Bu durumda, bu genel ilkeler, ancak uluslararası hukukun iki klasik kaynağı dâhilinde somutlaşırlar ve gerçekte bunların birer parçasıdırlar. Yeniden ifade edilecek olursa bu görüşteki yazarlar düalist yaklaşım temelinde uluslararası hukuk ve iç hukuklar arasında katı bir ayrım öngörmektedir. Klasik pozitivist düşünce açısından uluslararası hukukta hukuk yaratma yetkisi sadece devlete aittir ve bu durumda yazılı olarak veya uygulamalarla somutlaşan iki hukuk kaynağı -andlaşma ve teamül- dışında başka bir hukuk kaynağından bahsedilemez.

Öte yandan, bu pozitivist yazarlar da, bir hukuk sisteminin yürütülmesi için gerekli birtakım kuralların varlığının farkındadırlar. Zira sadece andlaşmalar ve uygulamalarla şekillenen teamül kuralları üzerinden belli bir tertip ve düzene sahip bir hukuk sisteminin yürütülmesi mümkün olmayacaktır. Bazı uluslararası hukuk kuralları, bizatihi devlet uygulamalarını sınırlayıcı nitelik arz ederler. Yine bazı kurallar da, Devletlerin uygulamalarına veya yaptıkları andlaşmalara ilişkin olmayıp, uluslararası yargı organlarının işleyişlerinin yürütülmesine ilişkin olabilir. Örneğin Anzilotti, andlaşmaların sadece yazılı hükümlerden oluşmadığına; bununla birlikte, bu yazılı hükümlerin mantıksal yönlendirmelerinin ve gerekli mantıksal çıkarımlarının da andlaşmaların bir parçası olduğuna işaret eder. Tarafların, andlaşmada yer alan normlara yönelik rızası, yokluklarında andlaşmanın anlamsız hale geleceği bu gizli normlara da rızaları anlamına gelir. Anzilotti, kendisine göre her hukuk sistemi için gerekli olan bu gizli normlara "yapısal kurallar" (*règles constructives*) adını vermektedir. Yazar, örneğin andlaşmaların bağlayıcılığı hususunda *pacta sunt servanda* kuralına/ilkesine referans verir ve bu kuralın yokluğunda, uluslararası hukuk sisteminin bir hipotez, bir kanıtlanamayan önerme haline geleceğini ifade eder. Benzer şekilde, teamülün bağlayıcılığının temeline de bu kuralı yerleştirmektedir.[191] Benzer bir yaklaşım Henkin tarafından da "temel yasa" (*basic law*) başlığında dillendirilmektedir.[192]

Farklı bir örnek olarak da, yeni kurulmuş Devletlerin, uluslararası hukuk sistemine girerken, var olan bütün kurallara –ve özellikle teamül kurallarına- uymalarının beklenmesi verilebilir. Lauterpacht, pozitivist olan Oppenheim üzerinden bu örneği

189 Anzilotti (n 22) 116-118.

190 Strupp (n 22) 334-337

191 Anzilotti (n 22) 68-69, 74.

192 Louis Henkin, 'International Law: Politics, Values and Functions' (1989) 216 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Kluwer Academic Publishers 1990) 52-53.

verdikten sonra, pozitivistlerin bu durumu, halihazırdaki kuralları kabul etmenin uluslararası hukuk ailesinin bir parçası olmanın şartı olduğu şeklinde açıkladıklarını; ancak bu açıklamanın da, uluslararası hukuk sisteminin objektivist yönünü gizlemek amaçlı bir kurgudan başkası olmadığını ifade etmektedir.[193]

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Başkanı olan Antonio Cassese ise, uluslararası hukuk ilkelerinin varlığını kabul ederken, bunları ayrı bir kategori altında sıralamaktadır. Hatta bu ilkelerden bazılarını "kurucu ilkeler" (*constitutional principles*) olarak addeder. Ünlü hukukçu, 38/1-c maddesini yorumlarken, "*Bu ilkelerin, birtakım en önemli ortak noktalarının genelleştirilmesi ve çıkarılması yoluyla andlaşma ve teamül kurallarından süzülen değişken ve daha geniş davranış standartları olan uluslararası hukukun genel ilkeleri ile karıştırılmaması gerekir. Bunlar (uluslararası hukukun genel ilkeleri), kendi başlarına bir kaynak niteliği taşımazlar*." değerlendirmesini yapmaktadır.[194]

Görüleceği üzere, klasik pozitivist yazarlar da dahil olmak üzere uluslararası hukukun işlerliği adına birtakım ilkelerin varlığı zımni bir kabul görmektedir. Raporda sayılan uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin belirlenmesine dair son iki kategorinin bu durumu doğru bir şekilde yansıttığı kanaatindeyim. Ayrıca bu değerlendirmeler ışığında, hukukun genel ilkelerinin varlığının bir zorunluluk teşkil ettiği konusunda Lauterpacht'a katıldığımı ifade etmeliyim. Anzilotti'nin yapısal kurallar açıklaması da bu tespiti desteklemektedir. Bu ilkelerin varlığını dolaylı kabul etmek ile üçüncü bir hukuk kaynağını tespit ederek bunun sınırlarını çizmek arasında bir fark bulunmamaktadır.

Değerlendirme ve Sonuç

"Medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkeleri" şeklinde bir üçüncü hukuk kaynağına Divanın önüne gelecek uyuşmazlıklarda uygulayacağı hukuk kuralları arasında yer verilmesi, her hukuk görüşü bakımından aynı şekilde kabul görmemiştir. Genel bir ayrım yapmak gerekirse, özellikle doğal hukuka yakın yazarlar bu eklemeyi memnuniyetle karşılarken, pozitivist/düalist görüşteki yazarlar açısından bu durum birtakım sorunları beraberinde getirmiştir. Bazı katı monist yaklaşıma sahip yazarların da hukukun genel ilkelerine şüpheyle yaklaştığı söylenebilir.

Hukukun genel ilkelerine ilişkin doktrin tartışmaları farklı başlıklara yayılmıştır. Uluslararası hukukçular, bu kaynağın varlığı, niteliği, özerkliği, kapsamı ve diğer iki hukuk kaynağı ile arasındaki ilişki gibi farklı konularda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Aradan geçen yüz yıllık süreçte bu teorik tartışmaların sona ermediği ancak özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde geri planda kaldığı ifade edilmelidir.

193 Lauterpacht, Private Law Analogies (n 32) 53.

194 Cassese (n 90) 188.

Divan Statüsü'nde hukukun genel ilkelerine ilişkin yer verilen düzenlemenin farklı hukuk görüşlerini bir araya getiren oldukça etkin bir çözüm olduğunu ifade etmek gerekir. Bu düzenleme sayesinde hem *non liquet*in önüne geçilmiş hem de "medeni milletlerce" tanınma şartıyla birlikte pozitivist sınırlar içerisinde kalınması temin edilmiştir. Bunun yanında, Divan Statüsü'ne *ex aequo et bono* çözüm yolunun eklenmesiyle de hukukun genel ilkeleri hakkaniyetten ayrılmıştır. Doktrindeki tartışmalar bir yana, Divan Statüleri uluslararası toplum nezdinde yetkin bir metin olarak kabul görmüş ve sıklıkla uluslararası hukuk kaynakları sayılırken Divan Statülerinin 38. maddelerine işaret edilmiştir. Divan uygulamalarında hukukun genel ilkelerine yapılan açıktan başvurular sınırlı olmuş ise de, hem Daimi Divan Statüsü öncesi hem de Statü sonrası her iki Divanın, devletlerin ve diğer mahkemelerin uygulamaları bu hukuk kaynağına dair bir birikim oluşmasına imkan sağlamıştır.

Komisyon tarafından gündeme alınan hukukun genel ilkeleri çalışmasının bu birikimi esas aldığı görülmektedir. Özel Raportör tarafından hazırlanan ön çalışma ve iki raporun oldukça ayrıntılı hazırlandığı ifade edilmelidir. Bu çalışmalarda hem bütün bir literatürün gözden geçirildiği hem de sadece genel uluslararası hukuk değil, uluslararası ceza hukuku, uluslararası yatırım hukuku, insan hakları hukuku ve bölgesel uygulamaların ele alındığı görülmektedir. Raporda doktrine atıflar sıkça yapılmakla birlikte, hukukun genel ilkelerine ilişkin doktrin tartışmalarına yer verilmediği ve aynı şekilde Komisyon üyelerinin de doktrin tartışmalarına girmekten genellikle kaçındıkları görülmektedir. Bu noktada Komisyonun yapacağı çalışmada uluslararası hukukun asli kaynaklarını ve özellikle de devlet uygulamalarını esas almak istediği çıkarımı yapılabilir. Özel Raportör de, yönteme dair açıklamasında buna işaret etmiştir. Ancak yine de hukukun genel ilkelerinin diğerlerinden ayrı bir hukuk kaynağı olarak varlığına dair tartışmalara ve bunlara dair açıklamalara yer verilmesi faydalı olacağı gibi, buna yönelik olarak Komisyondaki farklı ekollerden hukukçuların görüşleri de aydınlatıcı olabilirdi.

Raporlarda, çalışmanın kapsamının "uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkeleri" olduğu ifade edilmiş ve metin olarak da Divan Statüsü'nün 38/1-c hükmü esas alınmıştır. Burada doktrinde yapılan farklı bir tartışma gündeme gelebilir. Hukukun genel ilkeleri, sadece Divan Statüsü'ne taraf olan devletler bakımından bağlayıcı olan bir sözleşmesel hüküm mü teşkil eder, yoksa genel uluslararası hukukun, Divan Statüsü'ne taraf olsun veya olmasın, tüm devletler bakımından bağlayıcı bir kaynağını mı oluşturmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, doktrinde yapılan tartışmalardan biri ve belki de en önemlisi bu hususdur. Örneğin, bir pozitivist ve düalist olan Anzilotti'ye göre bu madde kapsamında hâkime sadece belli bir dava için iç hukuklardan bir ilke aktarma yetkisi verilmiştir ve hâkim sadece o dava için bu kuralı uygular. Ancak, Lauterpacht ve Verdross gibi doğal hukuka daha yakın yazarlar için hukukun genel ilkeleri sadece Statü'nün tarafları açısından değil,

bütün bir uluslararası toplum açısından bağlayıcı uluslararası hukuk normlarıdır. Bu tartışmalı hususlar raporlarda yeterince aydınlatılmamıştır.

Raporda *non liquet*in de Komisyon tarafından ayrıca incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu konuda Komisyonda farklı görüşler ifade edilmiş olsa da, bu konuda Özel Raportör'ün önerisinin yerinde olduğu kanaatindeyim. Zira hem Statü'nün hazırlandığı Hukukçular Komitesinde hem de Statü sonrasında doktrinde hukukun genel ilkeleri sıklıkla *non liquet*e bir önlem olarak düşünülmüştür. Bu bakımdan bu hukuk müessesesinin de çalışmada yer alması doğru olacaktır.

Şimdiye kadar hazırlanan raporlar bakımından bir eksiklik olarak, hakkaniyet, hakça ilkeler ve hukukun genel ilkeleri arasındaki ilişkiye yer verilmemiş olması sayılabilir. Bu konu Komisyon görüşmelerinde de dillendirilmiştir. Hakkaniyetin çok daha geniş bir çalışma konusu olduğu düşünülebilir. Ancak bilindiği üzere Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda Divan, kararında, sınırlandırma konusunda hakça ilkeleri taraflara öneri olarak sunmuş ve doktrinde bu konu hakkaniyet ile ilişkisi bakımından kafa karışıklığına sebep olmuştur. Hakkaniyete dair yapılan *infra legem, praeter legem* ve *contra legem* ayrımları da dikkate alınarak bunların hangilerinin hukukun genel ilkeleri, hangilerinin ise ancak davanın taraflarının yetkilendirmesiyle uygulanacak olan hakkaniyete göre çözüm yöntemi olduğu, en azından ilkeler bazında netleştirilebilir. Özel olarak sorunun hakkaniyet *praeter legem* konusunda ortaya çıkacağı açıktır zira diğer iki gruptan birini hukukun genel ilkeleri, diğerini ise *ex aequo et bono* çözüm dahilinde yorumlamak mümkündür. Dolayısıyla böyle bir çalışma, *ex aequo et bono* çözüm yöntemine dair de bir fikir verebilecektir.

Statü'de kaynaklar arasında hiyerarşi biçiminde anlaşılabilecek bir ifadeye yer verilmemiştir. Hukukçular Komitesinde yer verilen "sırasıyla" ifadesi de Milletler Cemiyeti alt komisyonlarında metinden çıkarılmıştır. Dolayısıyla kaynakların ele alınmasına dair bir sıralama da öngörülmemiştir. Bu noktada genel kanaat *lex specialis* ilkesi uyarınca kaynaklar arasında bir sıralama yapılması şeklindedir -ki bu hususta bir tartışmaya girilmesine lüzum bulunmamaktadır. Ancak raporda hukukun genel ilkelerinin işlevine de ayrıntılı yer verilmemiştir. Genel olarak bu kaynağa ikame bir kaynak niteliği atfedildiği ve diğer iki kaynağın yokluğunda hukukun genel ilkelerine başvurulmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak bu husus da doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimce bizatihi *lex specialis* bir genel hukuk ilkesidir ve esasında her durumda bir mahkeme ilk olarak bu şekilde hukukun genel ilkelerini uygulamak suretiyle yargılamaya başlamaktadır. Ancak bu kuralı uluslararası hukukun yapısal kuralları arasında sayabilecek görüşlerin de var olduğu ifade edilmelidir. Sonraki raporlarda hukukun genel ilkelerinin işlevinin ve kapsamının belirlenmesinin bu hukuk kaynağı üzerindeki kafa karışıklığını gidermek konusunda ciddi faydalarının olacağı açıktır.

Son olarak, hem raporlardan hem de Komisyon tartışmalarından anlaşıldığı kadarıyla ortaya çıkan en önemli uyuşmazlık konusu, iç hukuklardan türetilen hukukun genel ilkelerinin yanında, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin varlığı meselesidir. Yine uygulamadan yola çıkılacak olursa, Divanın ve diğer yargı organlarının, andlaşma veya teamül hukuku kuralı olmayan ve aynı zamanda iç hukuklardan da türetilmemiş olan birtakım ilkeleri uyguladığı görülmektedir. Bu tür bir kategorinin kabul edilmesine ne Statü'de ne de Statü'nün hazırlanması sürecinde ve uygulamada bir engel olmadığı konusunda Özel Raportör'e katıldığımı belirtmeliyim. Bu bakımdan bu ikinci kategorinin de -sonraki rapor ve görüşmelerde uygulamanın titizlikle analiz edilmesi kaydıyla- kabul edilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Aksine, Uluslararası Hukuk Komisyonunun bu çalışması sayesinde başvuruların çerçevesi netleştirilebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Kitaplar ve Makaleler (Alfabetik)

Akipek Öİ, *Devletler Hukuku - Birinci Kitap: Başlangıç* (2. Baskı, Başnur Matbaası 1965).

Anzilotti D, *Cours de Droit International (Premier Volume)*, (Traduction française d'après la 3e édition italienne par Gilbert Gidel), (Librairie du Recueil Sirey 1929).

D'Aspremont J, 'What Was Not Meant to Be: General Principles of Law As a Source of International Law' in R. Pisillo Mazzeschi and P. De Sena (eds) *Global Justice, Human Rights, and the Modernization of International Law* (Brill 2018) 185-204.

Bayındır ÜB, *Milletlerarası Andlaşmaların Evrimsel Yorumlanması* (On İki Levha 2021)

Bokor-Szegö H, 'General Principles of Law' in Mohammed Bedjaoui (ed), *International Law: Achievements and Prospects* (UNESCO 1991).

Brierly JL, *The Law of Nations - An Introduction to the International Law of Peace* (5th Ed, Oxford University Press 1955).

Büyük ME, *Uluslararası Daimi Adalet Divanı – Kararlar, Danışma Görüşleri ve Emirnameler (1922-1930)* (Beta 2020).

Büyük ME, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (On İki Levha 2018).

Cassese A, *International Law* (2nd Ed, Oxford University Press 2005).

Cheng B, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge 2006).

Conforti B, 'Cours Général de Droit International Public' (1988) 212 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1991).

Degan VD, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff 1997).

Đorđeska M, 'General principles of law recognized by civilized nations: method, inductive-empirical analysis and (more) 'scientific' results' in Rossana Deplano (Ed) *Pluralising International Legal Scholarship* (Edward Elgar 2019) 18-44.

Elias TO, *New Horizons in International Law* (2nd Ed, Sijthoff&Noordhoff 1980).

Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha 2010).

Fellmeth AX and Horwitz M, *Guide to Latin in International Law* (Oxford 2009).

Friedmann W, 'The Uses of 'General Principles' in the Development of International Law' (1963) 57(2) The American Journal of International Law.

Fur L le, 'Droit International de la Paix' (1935) 54 Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (Librairie du Recueil Sirey 1936).

Fur L le, 'La Théorie du Droit Naturel Depuis le XVIIe Siècle et la Doctrine Moderne' (1927) 18 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie Hachette 1928).

Gaja G, 'General Principles of Law', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7 (Oxford University Press 2008).

Guggenheim P, *Traité de Droit International Public - Tome I* (Librairie de l'Université, Georg & Cie. 1953).

Habicht M, 'Le Pouvoir du Juge International de Statuer « ex aequo et bono »' (1934) 49 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1935).

Härle E, 'Les Principes Généraux de Droit et le Droit des Gens' (1935) 16(4) Revue de Droit International et de Législation Comparée 664-687.

Henkin L, 'International Law: Politics, Values and Functions' (1989) 216 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Kluwer Academic Publishers 1990).

Herczegh G, 'The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations' (1964) 6 Acta Juridica 1-35.

Janis MW, 'Equity in International Law', in Rudolf Bernhardt (Ed), 7 *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland – Elsevier 1984).

Kelsen H, Principles of International Law (Rinehart & Company Inc. 1959).

Kolb R, *La Bonne Foi en Droit International Public: Contribution à l'Étude des Principes Généraux de Droit* (Graduate Institute Publications 2000).

Kopelmanas L, 'Quelques Réflexions au Sujet de l'Article 38(3) du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale' (1936) 43 Revue Générale de Droit International Public 285-308.

Kuran S, Aydın-Okur D, Günel RV ve Sarıbeyoğlu M, *Uluslararası Hukuk Temel Metinler* (3. Baskı, Beta 2014).

Kwiecień R, 'The Gentle Guardians of Systemic Integration of International Law' (2017) 37 Polish Yearbook of International Law 235-242.

La Fontaine H, *Pasicrisie internationale: 1794-1900 Histoire Documentaire des Arbitrages Internationau*x (Stämpfli & Cie. 1902).

Lauterpacht H, 'Droit de la Paix' (1937) 62 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1938).

Lauterpacht H, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)* (Longmans, Green and Co. Ltd. 1927).

Makowski J, 'L'Organisation Actuelle de l'Arbitrage International' (1931) 36 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1932).

Mendelson M, 'The International Court of Justice and the sources of international law' in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996).

Mosler H, 'General Principles of Law' in Rudolf Bernhardt (Ed), 7 *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland – Elsevier 1984).

Pirim CZ, 'Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Normatif Niteliği' (2016) 7(26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 169-201.

Raimondo FO, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Martinus Nijhoff Publishers 2008).

Ripert G, 'Les Règles du Droit Civil Applicables aux Rapports Internationaux (Contribution à l'Etude des Principes Généraux du Droit Visés au Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale)' (1933) 44 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey, 1934).

Rousseau C, *Principes Généraux du Droit International Public, Tome I: Introduction - Sources* (Éditions A. Pedone 1944).

Saganek P, 'The Sources of General International Law in the Recent Works of the International Law Commission' (2019) 39 Polish Yearbook of International Law 37-60.

Sarıbeyoğlu-Skalar M, *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma* (Beta 2015).

Scelle G, 'Essai sur les Sources Formelles du Droit International' in *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Geny, Tome III - Les Sources des Diverses Branches du Droit* (Librairie du Recueil Sirey 1935).

Scelle G, 'Droit de la Paix' (1933) 46 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934).

Saunders I, *General Principles as a Source of International Law Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice* (Hart 2021).

Schachter O, 'International Law in Theory and Practice, General Course in Public International Law' (1982) 178 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Kluwer Academic Publisher Group 1983).

Scott JB, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (3rd, Oxford University Press 1918).

Sohn LB, 'Equity in International Law' (1988) 82 American Society of International Law Proceedings 277-291.

Strupp K, 'Droit de la Paix' (1934) 47 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934).

Taube M de, 'Les Origines de l'Arbitrage international: Antiquité et Moyen Age' (1932) 42 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1933).

Tunkin GI, 'International Law in the International System' (1975) 147 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1975 (Sijthoff&Noordhoff 1978).

Van Hoof GJH, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Academic Puplishers 1983).

Verdross A, 'Droit International de la Paix' (1929) 30 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie Hachette 1931).

Verdross A, 'Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Internationale' (1935) 52 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1936).

Verdross A, 'Les Principes Généraux du Droit Applicables aux Rapports Internationaux' (1938) 45 Revue Générale de Droit International Public 44-52.

Virally M, 'The Sources of International Law' in Max Sørensen (Ed), *Manual of Public International Law* (Palgrave McMillan 1968).

Visscher C de, 'Contribution à l'étude des Sources du Droit International' (1933) 14 Revue de Droit International et de Législation Comparée 395-420.

Waldock H, 'General Course on Public International Law' (1962) 106 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Kluwer Law International 1993).

Weil P, 'Le Droit International En Quête de Son Identité, Cours Général de Droit International Public' (1992) 237 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1996).

Weil P, 'L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice' in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996).

Zemanek K, 'General Course on Public International Law' (1997) 266 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1998).

Belgeler ve Kararlar (Kronolojik)

League of Nations, Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee: June 16th-July 24th 1920 (Van Langenhuysen 1920).

Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of Justice (League of Nations Publications 1920).

Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court (Geneva 1921), Sub-Committee of the Third Committee, 7th meeting (1 December 1920).

United Nations, Yearbook of International Law Commission (1949) 'Summary Records and. Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly' UN Doc, A/CN.4/SER.A/1949.

United Nations, Yearbook of International Law Commission (1952) Vol II, 'Documents of the fourth session including the report of the Commission to the General Assembly' UN Doc A/CN.4/SER.A/1952/Add.I.

ILC, 'Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure Adopted by the International Law Commission at its Fifth Session' (April 1955) UN Doc A/CN.4/92.

ILC, 'Model Rules on Arbitral Procedure with a general commentary' United Nations, Yearbook of International Law Commission (1958) Vol II, 'Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly' UN Doc A/CN.4/SER.A/1958/Add.l.

United Nations, Yearbook of International Law Commission (2001) Vol II(2) 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session' UN Doc A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).

ILC, Sixty-ninth session, 'Second report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur' (16 March 2017) UN Doc A/CN.4/706.

ILC, Sixty-ninth session, 'Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*), Statement of the Chairman of the Drafting Committee' (26 July 2017).

UNGA, 'Report of the International Law Commission on the Work Sixty-ninth Session' (1 May-2 June and 3 July-4 August 2017) UN Doc A/72/10.

ILC, Seventieth session (second part), 'Provisional summary record of the 3433rd meeting' (19 July 2018) Un Doc A/CN.4/SR.3433.

UNGA, 'Report of the International Law Commission on the Seventieth Session' (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018) UN Doc A/73/10.

ILC, Seventy-first session (second part), 'Provisional summary record of the 3488th meeting' (23 July 2019) Un Doc A/CN.4/SR.3488.

ILC, Seventy-first Session 'First Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (5 April 2019) UN Doc A/CN.4/732.

ILC, Seventy-first session (second part), 'Provisional summary records of the 3488th-3494th meetings' (23 July 2019) Un Doc A/CN.4/SR.3488-3494.

ILC, Seventy-first session (second part), 'Provisional summary record of the 3507th meeting' (9 August 2019) UN Doc A/CN.4/SR.3507.

ILC, Seventy-second session, 'Second Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (9 April 2020) UN Doc A/CN.4/741.

ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Memorandum by the Secretariat' (12 May 2020) UN Doc A/CN.4/742.

ILC, Seventy-second session (second part), 'Provisional summary records of the 3536th-3547th meetings' UN Doc A/CN.4/SR.3536-3547.

ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Provisionally adopted draft conclusions' (28 July 2021) UN Doc A/CN.4/L.955.

ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Provisionally adopted draft conclusions, Addendum' (29 July 2021) UN Doc A/CN.4/L.955/Add.1.

***

The Pious Fund Case (USA v Mexico) (1902) 9 RIAA 1-14.

Gentini Case (of a general nature) (1903) 10 RIAA 551-561.

Affaire de l'Indemnité Russe (Russie, Turquie) (1912) 11 RIAA 421-447.

SS "Wimbledon" [1923] PCIJ Rep Series A No 1.

Question of Jaworzina (Polish-Czechoslovakian Frontier) (Advisory Opinion) [1923] PCIJ Rep Series B No 8.

The Mavrommatis Jerusalem Concessions [1925] PCIJ Rep Series A No 5.

Exchange of Greek and Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Art. 2) (Advisory Opinion) [1925] PCIJ Rep Series B No 10.

Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Advisory Opinion) [1925] PCIJ Rep Series B No 12.

Factory at Chorzów (Jurisdiction) [1927] PCIJ Rep Series A No 9.

Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV) (Advisory Opinion) [1928] PCIJ Rep Series B No 16.

Factory at Chorzów (Merits) [1928] PCIJ Rep Series A No 17.

Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France [1929] PCIJ Rep Series A No 19.

Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory (Advisory Opinion) [1932] PCIJ Rep Series A/B No 44.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion) [1949] ICJ Rep.

Corfu Channel (UK v Albania) (Merits) [1949] ICJ Rep.

Reservations to the Convention on Genocide (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep.

Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal (Advisory Opinion) [1954] ICJ Rep.

Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question) [1954] ICJ Rep.

Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) (Preliminary Objections) [1961] ICJ Rep 17-38.

Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) (Merits) [1962] ICJ Rep 6-38.

South West Africa (Second Phase) (Judgment) [1966] ICJ Rep.

North Sea Continental Shelf (Judgment) [1969] ICJ Rep.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase) (Judgment) [1970] ICJ Rep.

Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v United States of America) (Judgment) [1984] ICJ Rep.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep.

Prosecutor v Duško Tadić (Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction) IT-94-1 [1995] ICTY.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgment) [2010] ICJ Rep.

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v Greece) (Judgment) [2011] ICJ Rep.

EK: Özel Raportör'ün Taslak Maddeler Önerisi[195]

1- Kapsam:

İşbu taslak sonuçlar, uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkeleriyle ilgilidir.

2- Tanıma gerekliliği:

Bir genel hukuk ilkesinin var olması için, uluslararası toplum tarafından genel olarak tanınmış olması gerekir.

3- Hukukun genel ilkelerinin kategorileri:

Hukukun genel ilkeleri şunları içerir:

(a) ulusal hukuk sistemlerinden türetilen;

(b) uluslararası hukuk sistemi içinde oluşmuş.

4- Ulusal hukuk sistemlerinden türetilen hukukun genel ilkelerinin belirlenmesi

Ulusal hukuk sistemlerinden türetilen bir genel hukuk ilkesinin varlığını ve içeriğini belirlemek için aşağıdakileri tespit etmek gerekir:

(a) dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde ortak bir ilkenin varlığı; ve

(b) uluslararası hukuk sistemine aktarılması.

5- Dünyanın belli başlı hukuk sistemlerinde ortak bir ilkenin varlığının tespiti

1. Dünyanın belli başlı hukuk sistemlerinde ortak bir ilkenin varlığını belirlemek için ulusal hukuk sistemlerinin karşılaştırmalı bir analizi gereklidir.

2. Karşılaştırmalı analiz, dünyanın farklı hukuk sistemleri ve bölgeleri dahil olmak üzere geniş ve temsili olmalıdır.

3. Karşılaştırmalı analiz, ulusal mevzuatların ve ulusal mahkemelerin kararlarının bir değerlendirmesini içerir.

6- Uluslararası hukuk sistemine aktarımın tespiti

Dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde ortak olan bir ilke, aşağıdaki durumlarda uluslararası hukuk sistemine aktarılır:

(a) uluslararası hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olması; ve

(b) uluslararası hukuk sisteminde uygun bir şekilde uygulanması için koşulların mevcut olması.

7- Uluslararası hukuk sistemi içinde oluşan genel hukuk ilkelerinin belirlenmesi

Uluslararası hukuk sistemi içinde oluşan genel bir hukuk ilkesinin varlığını ve içeriğini belirlemek için aşağıdakileri tespit etmek gerekir:

(a) bir ilkenin anlaşmalarda ve diğer uluslararası belgelerde yaygın olarak tanındığını;

195 Second Report (n 7) 58-59.

(b) bir ilkenin andlaşma veya uluslararası teamül hukuku genel kurallarının temelini oluşturduğunu; veya

(c) bir ilkenin uluslararası hukuk sisteminin temel özelliklerine ve temel gereksinimlerine içkin olduğunu.

8- Mahkeme kararları

1. Hukukun genel ilkelerinin varlığına ve içeriğine ilişkin başta Uluslararası Adalet Divanı olmak üzere uluslararası mahkemelerin kararları, bu tür ilkelerin belirlenmesinde yardımcı araçlardır.

2. Hukukun genel ilkelerinin mevcudiyeti ve içeriğine ilişkin ulusal mahkemelerin kararlarına, bu tür ilkelerin belirlenmesine yardımcı bir araç olarak, uygun olduğu şekilde bakılabilir.

9- Öğreti

Çeşitli milletlerin en yüksek nitelikli yazarlarının öğretileri, hukukun genel ilkelerinin belirlenmesi için yardımcı bir araç olarak hizmet edebilir.