

ULUSLARARASI HUKUKTA GÜÇ VE HUKUK İLİŞKİSİ

Relationship Between Power and Law in the International Context

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA *

ÖZET

Uluslararası Hukukun bir hukuk yahut güç düzeni olup olmadığı sorusu asırlardır tartışılmaktadır. Uluslararası Hukuk kadar Uluslararası Hukuka getirilen eleştiriler de eskidir. Uluslararası Hukuk alt-üst ilişkisini düzenleyen bir hukuk olmayıp, koordinasyon hukuku karakterine sahiptir. Devletler Uluslararası Hukukta egemen eşittir. Eşitliğe dayanan bir düzende ise hukukun mevcut olup olmadığı tereddüt yaratmaktadır. Uluslararası Hukuku reddedenlerin Uluslararası Hukukun icra edilebilirliğine ve Uluslararası Hukukun kaynaklarına ilişkin analizleri ikna edici değildir. Hukuk gücün amaca uygun kullanılmasını sağlayan bir araçtır. Uluslararası güç kullanımı Uluslararası Hukuk tarafından meşrulaştırılırken, diğer taraftan da güç kullanımı hukukun geçerlilik kazanmasında araç olmaktadır. Bir güç düzeni olan Uluslararası Hukukta da gözardı edilmemesi gereken husus gücün ne şekilde kullanıldığıdır.

Klâsik Uluslararası Hukukun ve çağdaş Uluslararası Hukukun güç kullanımına ilişkin yaklaşım farklılıklarına ışık tutan makale Uluslararası Hukukun gücün amaca uygun kullanılmasını sağlayan bir enstrüman olduğu tespitini yapmakta ve uluslararası güç kullanımının Uluslararası Hukuk tarafından meşrulaştırılırken, güç kullanımının da Uluslararası Hukukun geçerlilik kazanmasında yardımcı olduğu şeklinde hukuk ve güç kullanımı arasındaki karşılıklı bir etkileşim bulunduğunu ortaya koymaktadır.

Anahtar Sözcük: Uluslararası Hukukun kaynakları, Uluslararası teamül kuralları, eşit olmayan anlaşmalar, Uluslararası Hukukta temsili uygulama, Uluslararası Hukukta emredici normlar

ABSTRACT

Whether international law deserves an entitlement to be called “law” or reflects power politics has been debated for centuries and criticisms against international law have been advanced since the emergence of international law. International law does not order hierarchical relations; it carries out coordination function among sovereign and equal states. Thus that there is not a hierarchy in international order arises concerns over whether international law exists. Analyses of scholars who confront

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi- farsava@atilim.edu.tr

enforcement and sources of international law are not persuasive, for international law is a tool that enables the use of power to be consistent with objectives. While international law legitimizes use of power, use of power is a means of enforcement of law. With regard to international law which is reduced to power by some scholars, the issue which must not be ignored is how power is used.

This article which sheds light on differences between approaches of classical international law and contemporary international law to the use of power identifies that international law is a tool which enables the use of power to be consistent with objectives. It also underlines that there is an interaction between international law and the use of power, since international law legitimizes the use of power and the use of power is a means of enforcement of law.

Keywords: Sources of international law, customary international law, unequal treaties, representative application in international law, jus cogens in international law

GİRİŞ

Uluslararası hukukun bir hukuk yahut güç düzeni olup olmadığı sorusu asırlardır filozofları, siyaset bilimcilerini ve hukukçuları meşgul eden bir konudur. Eski Yugoslavya veya Irak'ta gerçekleşen olayları hatırlayacak olursak bu sorunun aktüelliğini kaybetmediği bir kez daha ortaya çıkacaktır. Bu çerçevede uluslararası hukuku ve uluslararası düzeni sadece gücün şekillendirildiğinin kabul edilmesi kolaycılık olacaktır. 1648 tarihli Vestefelya barış anlaşmasından itibaren uluslararası düzen öncelikle egemen devletlerarasındaki ilişkilerle şekillenmektedir. Bugün sadece devletler değil, diğer kimi istisnai aktörler de uluslararası düzeni şekillendirmektedir¹. Devletler yanısıra, uluslararası örgütler, bireyler, çok uluslu şirketler, fonlar, çok sayıda sivil toplum örgütleri uluslararası düzen üzerinde etkiler yapmaktadır². Devlet dışı bu aktörlerin hepsinin uluslararası hukuk sujeliği tartışmasız kabul görmemektedir. Bu aktörlerin şüphesiz hepsi uluslararası hukuktan doğan hakları iddia etmek yahut uluslararası hukuktan doğan mükellefiyetlere tabî olmak durumunda değildir. Diğer bir ifade ile bu aktörlerin uluslararası hukuku doğrudan etkilemeleri kabul edilmemektedir. Ancak bu durum onların uluslararası düzeni kültürel veya ekonomik olarak şekillendirme olanağını engellememektedir.

¹ Gert Krell, *Weltbilder und Weltordnung – Einführung in die Theorie der internationalen Beziehungen*, 3.Aufl. 2004, s.111 vd.

² Stephan Hobe, *Einführung in das Völkerrecht*, 9.Aufl. 2008, 8,64 vd.

Uluslararası örgütlerin uluslararası hukukun sujeliği konusu günümüzde tartışılan bir konu olmaktan çıkmıştır³. 1949 tarihinde uluslararası sürekli Adalet Divanı Bernadotte olayına ilişkin görüşünde BM'in uluslararası hukuk sujeliğini tescil etmiştir⁴. Bireyler de günümüzde kimi konuları itibariyle uluslararası hukuk süjesi olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede sayısız insan hakları anlaşmaları ve uluslararası ceza hukuku düzenlemeleri ile bireyler uluslararası hukuka göre hak elde edebilmekte ve yükümlülük altına girebilmekte, diğer bir ifade ile uluslararası hukukun objesi olmak yahut devletler tarafından mediyatize edilmek durumundan çıkarılmakta, sonuç olarak uluslararası hukukun süjesi olarak kabul edilmektedir.

Buna karşılık sivil toplum örgütlerinin ve herşeyden önce çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk sujeliği konusundaki tartışmalar yoğunluk kazanmaktadır; hukukçuların büyük bir kısmı bu aktörlerin uluslararası hukuk sujeliğini kabul etmemektedir⁵. Bu görüşün özellikle hükümet dışı kuruluşlardan çok, çok uluslu şirketler bakımından temsil edildiği görülmektedir. Uluslararası hukuk hükümet dışı kuruluşları istisnai olarak muhatap almakta, onlara haklar tanımaktadır⁶. Bu bağlamda kimi uluslararası hukukçular uluslararası hukukun hükümet dışı kuruluşları refleks türden muhatap aldığını kabul etmekte, yaklaşım olarak hükümet dışı kuruluşların sujeliğine sıcak bakmakta ve bu çerçevede hükümet dışı kuruluşların özellikle BM anlaşmasının 71.maddesi muvacehesinde BM Ekonomik ve Sosyal Konsey nezdinde sahip oldukları danışma statüsüne işaret etmektedir. Çok uluslu şirketler de çok sayıda iki taraflı yatırımların korunması anlaşmalarında doğrudan uluslararası hakların ve mükellefiyetlerin muhatapı olarak kabul edilmektedir⁷. Özellikle yatırımların korunması anlaşmalarında yer alan hakemlik düzenlemesi bunun güzel bir örneğini vermektedir⁸. Bunun dışında uluslararası ilişkilerde yer alan tüm aktörlere uluslararası hukuk sujeliğinin verilmesinin aşırıya gideceği tartışmasız kabul görmektedir. Uluslararası

³ **Eckart Klein**, bkz.: Wolfgang Graf Vitzthum, Völkerrecht, 4.Aufl. 2007, 307 vd.

⁴ **Eckart Klein**, Reparations for Injuries Suffered in Service of UN (Advisory Opinion), bkz.: Rudolf Bernhardt, EPIL, Vol.IV, 2000, 174 vd

⁵ **Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum**, Völkerrecht, Bd.I/2, 2.Aufl. 2002, s.234 vd.

⁶ **Ralf Müller-Terpitz**, Beteiligungs- und Handlungsmöglichkeiten nichtstaatlicher Organisationen im aktuellen Völker- und Gemeinschaftsrecht, AVR 43 (2005), 466; Stephan Hobe, Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigem Völkerrecht, AVR 37 (1999), 152

⁷ **Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum**, Völkerrecht, Bd.I/2, 2.Aufl. 2002, 256 vd.

⁸ **Jörn Griebel**, Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon, RIW 55 (2009), 469

hukuk sujelerine ilişkin genel bir kategori yapmak yerine, söz konusu aktörlere somut durumda ne ölçüde haklar sağlandığı ve yükümlülük verildiği hususunun irdelenmesi daha sağlıklı bir yaklaşım olacaktır⁹.

Devlet dışı aktörlerin bugün devletlere nazaran daha önemli olup olmadığı günümüzün tartışılan konularındandır. Asli uluslararası hukuk süjesi devletler gelecekte de uluslararası hukuktaki özel yerlerini koruyacaktır. Bununla beraber uluslararası düzenin bundan böyle sadece devletler tarafından belirlenen bir düzen olamayacağı aşikârdır. Hatta devletlerin uluslararası hukukun asli süjesi olarak çeşitli şekillerde diğer aktörlere bağlı hale geldiği görülmektedir¹⁰. Uluslararası düzen artan bir şekilde devletlerin ve devlet dışı aktörlerin ilişkilerinin yumağı haline gelmektedir. Tek kutupluluk, iki kutupluluk ve çok kutupluluk karşılıklı ilişkilerde denge ve hegemonya uluslararası ilişkiler düzeni tarihinde gidip gelen, tekrarlanan şekillenmeler olarak görülmektedir. Herhalukârda devletler ve devlet dışı aktörler dünya düzeninin bir parçası olarak uluslararası ilişkileri şekillendirmeye birlikte devam edecektir.

I. Klâsik Dönemde ve Çağdaş Dönemde Uluslararası Hukuk ve Güç Kullanımına İlişkin Yaklaşımlar

354

Uluslararası hukuk kadar uluslararası hukuka getirilen eleştiriler de eskidir. Hugo Grotius (1583-1645) *De Jure Belli ac Pacis*'te uluslararası hukukun reddedilmesini eleştirmiştir¹¹. Aynı dönemde yaşayan Thomas Hobbes (1588-1679) ve Niccolò di Machiavelli (1469-1527) uluslararası hukuka eleştirisel bakışlarıyla uluslararası ilişkiler tarihinde izler bırakmıştır¹². Hobbes'e göre uluslararası hukuk egemen devletler arasında geçerli bir hukuk olarak imkânsız kalmaya mahkûmdur. Zira devletlerin sınırsız egemenliği diğer bir egemen için, hatta onun üstünde yer alan bir egemene yer bırakmamaktadır. Münferit insanların stratejik aklını kullanarak güçlü bir egemen yaratarak hukuksuzluktan ve vahşi tabiat halinden kurtulup, ona tâbi olmayı kabulü ile oluşturulan düzen, devletlerin kendi aralarında *bellum omnium contra omnes* kalmaları olasılığını ortadan kaldırmayacaktır¹³. Devletler arasında uluslararası hukuk değil, her aracın caiz olduğu bir güç ortamı söz konusudur.

⁹ **Hermann Mosler**, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962), 1

¹⁰ **Stephan Hobe**, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1988, 205 vd.

¹¹ bkz.: **Friedrich Berber**, Lehrbuch des Völkerrechts-Allgemeines Fridensrecht, Bd.I, 2.Auf. 1975, s.12

¹² bkz.: Hans-Joachim Cremer, Völkerrecht-Alles nur Rhetorik?, ZaöVR 67 (2007), 267

¹³ **Thomas Hobbes**, Leviathan, 1651, Cap.13,17,26

Niccolò Machiavelli'nin siyasi danışmanlıktan azledildikten sonra Lorenzo de Medici'nin güvenini yeniden kazanmak için kaleme aldığı "prens" pratik siyasi tasarrufların uluslararası hukuku reddeden yaklaşımla ele alındığı bir çalışmadır¹⁴. Machiavelli "prens"te uluslararası hukukun bağlayıcı karakterini esas almaksızın, akıllı bir yöneticinin ona zarar verecek sözleri tutmayacağını görüş olarak benimsemektedir. Baruch Spinoza da (1632-1677) uluslararası hukukun bağlayıcı hukuki karakterini reddetmektedir. Ona göre bir devlet devletler arasında yapılan bir anlaşma ile ona yarar sağladığı sürece bağlıdır¹⁵.

19 yüzyılın uluslararası hukuku reddeden tanınmış ismi Georg Wilhelm Friedrich Hegel'dir¹⁶. Hegel uluslararası hukukun bağlayıcılığını reddetmektedir. Zira devletler mutlak olarak egemen-bağımsız birimlerdir. İlişkilerinde egemenlik prensibi geçerli olduğuna göre, haklarını kendi üzerlerinde bulunan bir gücü esas olarak değil, yeryüzünün mutlak gücü olarak kendi isteklerine göre düzenlerler. Bu nedenle de egemen devletler arasındaki uyumsuzluklar üstün bir otorite tarafından değil, savaşla karara bağlanır¹⁷. John Austin (1790-1859) diğer yazarlardan farklı olarak uluslararası hukuku felsefi olarak değil, hukuki gerçeklerle reddetmiştir¹⁸. Hukuk ona göre zorlama olanağı ile donatılmış emirdir. Sadece alt-üst ilişkisinin olduğu durumlarda hukuktan söz edilebilir. Sadece bu tür bir ilişkide emrin yerine getirilmemesi halinde zorla icra söz konusu olabilir.

Uluslararası hukuku inkâr edenler arasında uluslararası hukuka karşı olanların da nadiren de olsa mevcut olduğunun örneğini İsveçli hukukçu Anders v. Lundstedt (1882-1955) vermektedir. Lundstedt'e göre uluslararası hukuk siyasi gücün idealizm, adalet gerekçeleriyle kullanılmasında riyakâr bir paravandır¹⁹. Macchiavelli ve Hobbes'in fikri

¹⁴ **Herfried Münkler**, Niccolò Machiavelli Grundannahmen zu den zwischenstaatlichen Beziehungen, bknz.: Hans Maier/Heinz Rausch/Horst Denzer, Klassiker des politischen Denkens, 2.Aufl. 2004, 120 vd

¹⁵ bknz.: **Gustav Adolf Walz**, Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner, 1930, s.135 vd.

¹⁶ bknz.: **Friedrich Berber**, Lehrbuch des Völkerrechts – Allgemeines Friedensrecht, Bd.I, 2.Aufl. 1975, s.10

¹⁷ bknz.: **G.F.Hegel**, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, §331

¹⁸ bknz.: Friedrich Berber, Lehrbuch des Völkerrechts – Allgemeines Friedensrecht, Bd.I, 2.Aufl. 1975, s.10

¹⁹ **Anders Vilhem.Lundstedt**, Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice – A Criticism of Jurisprudence, 1925, 236

varisliği uluslararası ilişkiler ve güvenlik politikasına ilişkin realist-doktrin çerçevesinde yeniden karşımıza çıkmaktadır²⁰. Realist doktrinin en önemli temsilcilerinden Hans J. Morgenthau'a göre uluslararası hukukun normatif bir değeri yoktur. Uluslararası hukuk çıkarların dengelenmesi ve güç dengesini sağlayan bir işleve sahiptir. Morgenthau'a göre uluslararası hukuk devletler arasında ortaya çıkan bir mutabakatla bağlayıcı bir hukuk olarak kabul edilebilir. Ancak bu oldukça nadir bir şekilde kimi koşullarla, devletlerin münferit dezentralize çıkarlarının birbirine uygun düşmesi ve devletlerin güçlerinde bir denge bulunması halinde söz konusu olabilir²¹. Uluslararası hukuk ancak bu koşullarla bağlayıcı bir varlık kazanabilir. Realist doktrine göre uluslararası hukuk real güç dengelerinden bağımsız olarak dış politikada normatif yönlendirme fonksiyonuna sahip değildir.

Uluslararası hukuka ilişkin postmodern yorumlar da yapılmaktadır. Bu yorumların bir çoğu uluslararası hukukun hukuki karakterini inkâr etmemekte, daha çok muayyen bir bakış açısından – kültürel, siyasi, ekonomik veya teorik olarak – uluslararası hukukun etki mekanizmalarının anlaşılmasına ve iyileştirilmesine yönelik cereyan etmektedir²². 1940'larda New Haven School pozitif uluslararası hukuku kapsamlı siyasi karar analizleriyle ikâme etmeyi denemiştir. New Haven School hukuk pozitivizmine karşı bir yaklaşım olarak kendini takdim etmiştir ve politika ve hukuk arasındaki karşılıklı etkileşime ve bağımsızlığa vurgu yapmıştır. Bu yaklaşımda uluslararası hukuk dış politika kararlarında çok sayıdaki siyasi faktörlerden biridir²³. Anne-Marie Slaughter uluslararası hukuku liberal perspektiften değerlendirmektedir. Onun tezine göre uluslararası hukuka riayet büyük ölçüde ulusal siyasi yapıya bağlıdır. Liberal devletler – demokrasi, hukuk devleti, medeni ve siyasi hakların temin edildiği – herşeyden önce kendi aralarındaki ilişkilerde uluslararası hukuka riayet eder. Liberal olarak nitelendirilemeyen devletler buna karşılık uluslararası hukuka riayet etmezler²⁴. Koşullara bağlı olarak bu varsayım kabul edilebilir. Liberal

²⁰ **Christian.Hacke**, Außen- und Sicherheitspolitik, bknz.: Herfried.Münkler, Politikwissenschaft: Ein Grundkurs, März 2003, 324

²¹ **Hans Joachim Morgenthau**, Politics Among Nations – The Struggle for Power and Peace, 7.Aufl. 2006, 283 vd.

²² **Andreas L.Paulus**, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, ZaöRV 67(2997), 695

²³ **Andreas L.Paulus**, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht – Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, 2001, 194 vd.

²⁴ **Anne-Marie Slaughter**, International Law in a World of Liberal States, EJIL 6(1995), s.503

devletler liberal olmayan devletlere karşı liberal devletlerin dünyasına yönelik tehditler veya insani felaketleri önlemek için kuvvet kullanmaktadır.

Koskenniemi'ye göre uluslararası hukuk yapısal bir tenakuz içindedir. Bir taraftan devletlerin gücünü sınırlamak için normatif bir düzen oluşturulmak istenmektedir; diğer taraftan bu düzenin kuralları devletlerin iradesi ile belirlenmektedir. Devletler hem normlar ihdas eden, hem de DH yükümlülüklerine muhatap olan durumundadır. Uluslararası hukukun normatif alanı olaylar dikkate alınmaksızın şekillendirilemez. Uluslararası hukuka esas olan bu yapı nedeniyle uluslararası hukuk argümanları siyasi gerçekler ile uluslararası hukuk topluluğu ütopyası arasında kalmaktadır²⁵. Tenakuz içermeyen bir hukuki görüş bu çerçevede olası değildir. Koskenniemi bu tenakuzu ortadan kaldırma denemesi yapmamıştır. Bu tenakuz aşılamaz. Koskenniemi uluslararası hukukçulara daha çok bu siyasi boyutu görüşlerine entegre etme bilincinde olma çağrısı yapmaktadır. Koskenniemi bununla beraber uluslararası hukuku reddetmek istememektedir. Son zamanlarda yankı uyandıran uluslararası hukuka karşı bir deneme de Jack L.Goldsmith ve Eric A.Posner tarafından hazırlanan ve dış politikada realizme benzer sonuçlara varan “The Limits of International Law” isimli kitapla ortaya çıkmıştır²⁶. The Limits of International Law’da varılan sonuca göre uluslararası hukuk devletlerin kendi çıkarlarının takibinin bir yan ürünüdür, diğer bir ifadeyle çöp ürünüdür. Uluslararası hukuk sadece devletlerin tutumlarını yansıtır; ancak onların çıkarlarını sınırlamaz. Ne uluslararası teamül hukuku ne de uluslararası anlaşmalar hukuku uluslararası ilişkileri bağımsız yönlendirme fonksiyonuna sahiptir. Uluslararası hukukun göz önünde tuttuğu en önemli husus devletlerin çıkarlarının ve gücünün yahut diğer devletlerle çıkar dengesinin sağlanmasıdır. Devletlerin çıkarına olan hususlar hükümet başkanları tarafından “State leaders” olarak saptanmaktadır. Bu insanlar devletlerin çıkarlarını uluslararası hukuka uygun olarak tanımlamaktadır. Goldsmith/Posner uluslararası hukuku inkâr etmemekle beraber, uluslararası hukukun kendiliğinden bağlayıcılığını kabul etmemektedir. Hatta bu bakış açısı teorilerinin dayanağını oluşturmaktadır. Bu nedenle onlar sadece post-modern

²⁵ **Martti Koskenniemi**, from Apology to Utopia – the Structure of International Legal Argument, 2005, 65

²⁶ **Jack L.Goldsmith/Eric A.Posner**, The Limits of International Law, 2005, 170 vd.

yorumcular olarak değil, uluslararası hukuku inkâr edenler olarak nitelendirilmektedir²⁷. Uluslararası hukuka karşı olanlar, inkâr edenler, eleştirenler veya uluslararası hukukun post-modern yorumcuları uluslararası hukukun hukuki karakteri konusunda iki argüman getirmektedir: Bunlar, uluslararası hukukun icrasındaki eksiklik ve gerçek bir hukuk kaynağının eksikliğidir.

Hukuk kuralları gerektiğinde devletin gücünü kullanması ile icra edilir. Hukuku ihlâl eden aşağı hiyerarşide bulunan süjeye karşı güç kullanılması ve bu şekilde kurala riayetin sağlanması kurala hukuki nitelik kazandırmakta, diğer bir ifade ile hukukun özünü oluşturmaktadır. Uluslararası hukukta devletlerin üstünde, uluslararası hukuka riayeti icbar eden böyle bir merkezi icra organı bulunmamaktadır²⁸. ABD'nin Irak'ı işgali ve ondan önceki saldırılar hatırlandığında, uluslararası hukukun icra edilebilirliğindeki zafiyet bütün kapsamı ile, tüm açıklığı ile ortaya çıkar. Irak uyuşmazlığı ile nedeniyle diplomatik seviyede yapılan görüşmelerde dile getirilen uluslararası hukuk argümanları ABD'yi etkilememiştir. 20.3.2003'te Amerikan askeri gücü, müttefik güç olarak İngiltere, sembolik olarak Avustralya'nın ve Polonya'nın katılımıyla Irak'a karşı savaş harekâtını başlatmıştır²⁹. Irak'ın işgalinde Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesi söz konusu olmadığı gibi, BM anlaşmasının 51.maddesine göre yasal savunma durumunun koşullarının da gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir³⁰. Kuveyt'in kurtarılması için uluslararası koalisyon devletlerinin Güvenlik Konseyi'nin 678 sayılı 21.11.1990 tarihli kararı ile yetkilendirilmesi en geç 11.4.1991 tarihinde ateşkesle sona ermiştir. Bu yetkilendirmenin yeniden canlandırılması mümkün değildir. 1441 (2002) sayılı Resolasyonun güç kullanılması konusunda yetki içermediği sürekli üye Çin, Fransa ve Rusya'nın sonradan yaptıkları açıklamalarla sabittir³¹. Uluslararası camianın ve uluslararası hukukçuların büyük kısmının haklı gerekçelerle ABD'nin Irak'a işgalini uluslararası hukuka aykırı bulmasına rağmen, uluslararası

²⁷ bkzn.: **Hans-Joachim Cremer**, Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?, ZaöRV 67(2007) 276

²⁸ **Philip Kunig**, Völkerrecht als öffentliches Recht – ein Glasperlenspiel, bkzn.: Gedächtnisschrift für E.Grabitz (1995), 328

²⁹ **Sebastian Graf von Einsiedel/Simon Chesterman**, Doppelte Eindämmung im Sicherheitsrat - USA und Irak im diplomatischen Vorfeld des Krieges, VN 51 (2003), s.47

³⁰ **Christian Schaller**, Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht, ZaöRV 62 (2002), 641

³¹ UN Doc.S/2002/1236, 8.11.2002; bkzn.: **Sebastian Graf von Einsiedel/Simon Chesterman**, Doppelte Eindämmung im Sicherheitsrat. USA und Irak im diplomatischen Vorfeld des Krieges, VN 51 (2003), s.47

hukukun icra eksikliği nedeniyle ihlâl iddialarının gereği yerine getirilememiştir³². Uluslararası hukuk alt-üst ilişkilerini düzenleyen bir hukuk olmayıp, koordinasyon hukuku karakterine sahiptir. Devletler uluslararası hukuka göre egemen eşitliğe sahiptir (BM anl., md.2, Nr.1). Ancak bir kuralın icrası yukarıdan aşağıya verilen emirle, alt-üst ilişkisi çerçevesinde söz konusu olur. Bu nedenle eşitliğe dayanan, tâbiyet ilişkisi olmayan bir düzende hukukun mevcut olup olamayacağı tereddüt yaratmaktadır³³. Eksik olan icra edilebilirlik argümanı uluslararası hukuk inkârcılarının da en önde gelen argümandır.

II. Uluslararası Hukukun Ulusal Hukukla Karşılaştırılması

Ulusal hukukun büyük ve hatta önemli bir kısmının icra edilme olanağı yoktur. Bununla beraber biz bu normları “hukuk” olarak kabul etmekteyiz³⁴. Örneğin, devletlerin kuvvetler ayrılığına tabî anayasal organlarının anayasa hukukunun yorumu nedeniyle uyumsuzluğa düşmesi nedeniyle açılan davalarda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını zorla icra etme olanağı bulunmamaktadır³⁵. Devlet organları anayasa mahkemesi kararlarını siyasi rasyonalite gereği yerine getirir. Aksi takdirde iktidarlarının tehlikeye gireceği bilincini taşırlar. Ancak hiçbir şekilde cebir, zorlama kararların yerine getirilmesinde bir rol oynamaz. Bütün bunlara rağmen anayasanın hukuki karakterinden kimse şüphe etmemektedir. Anayasanın normlar hiyerarşisindeki yeri ve anlamı nedeniyle böyle bir düşünceye hiçbir şekilde yer verilmemektedir. Devlet ve vatandaşın karşı karşıya olduğu davalarda, örneğin özel hukuk, vergi hukuku, ceza hukuku ve idare hukuk davalarında hak ve icra olanağı ilişkisi zorunlu olmaktan çıkmaktadır. Süper güç ABD’nin bir vergi hukuku davasında vatandaşına karşı davayı kaybettiğinde, kim ABD hükümetini vatandaşına vergiyi geri ödemeye zorlayabilecektir? Devletin hukuki uyumsuzlukta taraf olduğu durumlarda, devlet mahkeme kararına, birisinin devleti zorlama olanağı bulunması nedeniyle değil, öyle istediği için uymaktadır. Güç kullanma tekeline sahip olması nedeniyle devletin zorlanmaktan korkmaya gereksinimi yoktur. Bu tablo ışığında sonuç olarak iki hususun istihraç edilmesi mümkündür. Bunlardan birincisi ulusal hukukun büyük bir kısmının icra edilme

³² Christian Tomuschat, Völkerrecht ist kein Zweiklassenrecht. Der Irak-Krieg und seine Folgen, VN 51 (2003), 41(46)

³³ Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, Völkerrecht I/1, 2.Aufl 1988, 34 vd.

³⁴ bkz.: Friedrich Berber, Lehrbuch des Völkerrechts-Allgemeines Friedensrecht, Bd.I, 2.Aufl.1975, s.13

³⁵ Christian Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 2.Aufl. 2006, s.12

olanağı bulunmaması ulusal hukukun hukuk olarak nitelendirilmesini değiştirmemektedir. Diğer taraftan merkezi bir icra merciinin bulunmamasının da uluslararası hukukun hukuki karakterini etkilememesi gerekmektedir. Nasıl ki devletin taraf olduğu yahut olabileceği alanlar ulusal hukukun hukuk niteliğini etkilemiyor ise, uluslararası hukukun da öncelikle bu nedenle hukuk olarak nitelendirilmesinde bir sorun olmaması gerekmektedir. Zira ulusal hukuk bir subordinasyon hukukudur. Hakkını arayan vatandaş ulusal hukuka tâbi bir hukuk süjesi olarak devleti aleyhine mahkemeye başvuru yapabiliyor ve davayı kazanabiliyorsa da, devletin iradesine karşı mahkeme kararını icra etme olanağına sahip değildir. Koordinasyon hukuku karakterli uluslararası hukukta en azından aynı hiyerarşiye sahip hukuk süljeleri karşı karşıyadır. Bir güç kullanma tekeli diğer güç kullanma tekeline karşıdır. BM anlaşması 2.madde, 1.fıkrası muvacehesinde egemen eşitlik normatif eşitlik olarak anlaşılmaktadır. Hukuki varsayım olarak anlaşılan egemen eşitlik güç politikası gerçeğine uymadığı gibi, prensip olarak hukuken de bir şeyi değiştirmemektedir. Bütün bunlardan devletin taraf olduğu yahut taraf olabileceği ulusal hukuk alanlarına nazaran uluslararası hukukun hukuk niteliğinin daha belirgin olduğu sonucu çıkmaktadır.

360

Ulusal hukuk alanında cereyan eden davalarda ağırlıklı olarak vatandaşlar dava tarafıdır. Ulusal hukukun önemli bir kısmında hukukun icra edilmesinde bir sorun bulunmamaktadır. Aynı şekilde demokratik yaklaşımı benimseyen devletlerde kamuoyu ve seçimler ile kararı icra etmeyen hükümet üzerinde baskı oluşturulması mümkündür. Bu icra mekanizması uluslararası hukukta tanıdığımız mekanizmaya benzemektedir. Ulusal kamuoyu yerine uluslararası kamuoyunun geçmesi önemli bir fark yaratmamaktadır. Herhalukârda her iki durumda da zorlama yerine başka bir icra mekanizması kullanılmaktadır. Ortaya konulan bu sonuçlar uluslararası hukukçuların kural olarak kabul ettiği üzere uluslararası hukukun ve ulusal hukukun büyük ölçüde birbirine yakın olduğunu göstermektedir.

Hukukun hukuk olarak nitelendirilmesi için zorla icra edilmesi gerektiği yaklaşımının doğru olmadığı, hukuka riayetinin sadece istisnai durumlarda zorlama ile icra edildiği örnekleri ile de teyit olmaktadır. Çoğu insan hukuka doğru ve haklı bulunduğu için riayet etmektedir³⁶. İcra edilebilirlik

³⁶ bkzn.: **Friedrich Berber**, Lehrbuch des Völkerrechts – Allgemeines Friedensrecht, Bd.I, 2.Aufl. 1975, 14vd.

hukuk niteliğinin kazanılmasında ölçü olsa idi, her hukuki ilişkinin gerisinde devlet gücünün bir temsilcisinin bulunması gerekirdi. Bunun dışında şimdiye dek hiçbir şekilde ihlâl edilmemiş kanunların bulunması da mümkündür. İhlâllere karşı icra önlemlerinin alınmamış olması bu kanunların hukuki niteliğini tartışma konusu yapmamaktadır. Bunun tersine sürekli olarak ihlâl edilen ulusal hukukun –trafik kanunları- hukuk niteliği de hiçbir şekilde inkâr konusu oluşmamaktadır. Bu örnekler de icra edilebilirliğin zorunlu olarak hukuku oluşturmadığını göstermektedir. Hernekadar hukukun zorla icrası kural durum değilse de, hukuk kurallarının gerisinde potansiyel icra edilebilirlik olasılığı bulunduğu bilinmektedir. Bu durum insanların hukuka riayetini sağlamak ve hukuk bilincini şekillendirmektedir.

Subjektif ve objektif hukuk arasında yapılan ayırım da uluslararası hukukun hukuki niteliği çerçevesinde açıklayıcı bir dayanak olarak kullanılmaktadır. Objektif hukuk bir hukuk sisteminin uygulanabilir hukuk normlarının bütünüdür. Sübjektif hukuk ise objektif hukuk tarafından bireylere çıkarlarını gerçekleştirmek veya korumak için verilen pozisyonudur. Windscheid bu pozisyonu “irade gücü” kavramı ile ifade etmeye çalışmaktadır³⁷. Objektif hukuk İngilizce “law” ve sübjektif hukuk “right” olarak ifade edilmektedir. Bu tanım esas alındığı takdirde hukukun sübjektif boyutunun icra edilmesi mümkündür. Objektif hukukun yukarıdaki tanım ışığında icra edilebilirlikle alakası bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk bu açıklamalar ışığında objektif hukuk anlamında hukuk teşkil etmektedir. Ortaya çıkan bu sonuca, bir taraftan objektif hukuk olmaksızın sübjektif hukukun olamayacağı, diğer taraftan da objektif hukukun sübjektif hukuk olmaksızın içeriğini büyük ölçüde kaybedeceği, sübjektif hukuk olmaksızın objektif hukukun anlam kazanamayacağı nedeni ile itiraz yapılmaktadır. Hukukun objektif ve sübjektif boyutu itibarı ile taksiminin, bu taksimin sun’i olduğu ve sadece tek bir hukuk olduğu gerekçesi ile reddedilmesi mümkündür. Anglo-Amerikan hukukunda objektif ve sübjektif hukuk ayırımı alışılmış bir durum değildir. Uluslararası hukukun ve ulusal hukukun büyük bir kısmı bakımından objektif ve sübjektif hukuk arasında soyut bakış açısından çok fark olmadığını ortaya koyan bu yaklaşım sadece icra edilebilir olanın hukuk olabileceğine ilişkin görüşe uygun düşmemektedir.

³⁷ Bernhard Windscheid, *Lerhbuch der Pandekten*, 5.Aufl. 1879, §37, 92

III. Uluslararası Hukukun İcra Mekanizmaları

Uluslararası camiada çoğu kez uluslararası hukuk ihlalleri sosyal ve siyasi eleştirilere neden olmaktadır. Bu eleştirilerin uluslararası hukukun icrası çerçevesinde yaptırım olarak düşünülmesi gerekmektedir³⁸. Bu yaptırım şekli dolaylı olsa da, sonuçlar ekonomik, siyasi ve kültürel bakımından ulusal mahkeme kararlarının zorla icrasına nazaran hatta daha kapsamlı olabilir. Repressalie uluslararası hukuk ihlâline karşı uluslararası hukukun icrası için kabul edilen bir enstrümandır³⁹. Bir devletin diğer bir devlete bir uluslararası hukuk ihlâli yapması durumunda ihlâle uğrayan devlet ihlâli yapan devlete uluslararası hukuka aykırı bir eylemle cevap verir. Cevap teşkil eden bu eylem uluslararası hukuka aykırı olarak değerlendirilmez. Repressallie'den farklı olarak Retortionda uluslararası hukuka aykırı bir eylem bulunmamaktadır; dostça nitelendirilmeyen bir tasarruf söz konusudur. Retortion ile dostça olmayan bu tasarruftan karşı tarafın caydırılması istenmektedir. Uluslararası hukuk düzeninin Repressallie ve Retortion ile yeniden tesisi ve uluslararası hukukun icrası temin edilmektedir⁴⁰.

A. Uluslararası Yargı ve Hakemlik Mahkemesi

Bu çerçevede özellikle BM'in yargı organı olarak Uluslararası Adalet Divanına işaret edilmektedir. BM tarihinde şimdiye dek örneği olmamakla beraber BM anlaşmasının 94.madde, 2.fıkrasına göre BM Güvenlik Konseyi Uluslararası Adalet Divanı kararlarının icrası için hatta askeri önlemler karara bağlayabilir⁴¹. Uluslararası hukuk tarihçesinde uluslararası ceza hukukunda bireysel ceza hukuku sorumluluğunun kabul edilmesi bir dönemeç olarak nitelendirilmektedir⁴². Soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları son olarak saldırı suçları⁴³ 30 yıla kadar hapis cezasına mahkûmiyete neden olabilir. Bu suçlar çerçevesinde bireyler uluslararası hukuk süjesi olarak uluslararası ceza hukukuna göre sorumlu olmaktadır. Emir üzerine tasarrufta bulunma çok sınırlı olarak savunma nedeni olarak kabul edilmektedir (uluslararası ceza mahkemesi

³⁸ Friedrich Berber, Lehrbuch des Völkerrechts - Allgemeines Friedensrecht, Bd.I, 2.Aufl. 1975, 13

³⁹ Bernhard Kempen/Christian Hillgruber, Völkerrecht, 2007, s.190

⁴⁰ Matthias Herdegen, Völkerrecht, 9.Aufl. 2009, 451

⁴¹ Karl Doehring, Völkerrecht, 2.Aufl.2004, s.22

⁴² Hans Peter Kaul, Durchbruch in Rom - Der Vertrag über den internationalen Strafgerichtshof, VN 46 (1998), 125

⁴³ Kirsten Schmalenbach, Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof - Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen, JZ 15/16 (2010), 745

statüsü md.77). Devlet görevlilerinin, bu meyanda hükümet ve devlet başkanlarının bağışıklıkları uluslararası ceza hukuku sorumluluğunu engellemektedir. Bu şekilde devletlerin ve devlet görevlilerinin dokunulmazlığı yaklaşımı terk edilerek uluslararası ceza hukukunun öngördüğü yaptırımlar bir tehdit olarak uluslararası ceza hukuku yasalarına ve emirlerine uyulmasını sağlamaktadır. Dünya ticaret hukuku ve yatırımların korunması hukuku çerçevesinde uyuşmazlıkların çözümlenmesi mekanizmaları da⁴⁴ zorlamanın önemli bir rol oynadığını ortaya koymaktadır.

Dünya ticaret hukuku uyuşmazlıklarının Panels (Paneller) ve Appellate Body (Arabuluculuk Kurulu) tarafından Dispute Settlement Body (DSB) ile birlikte karara bağlanması zorunludur. Uluslararası Adalet Divanı'nın tersine uyuşmazlık taraflarının yargı faaliyetine tâbi olma iradelerini açıklamalarına gerek yoktur. General Agreement on Tariffs and Trade'47 (GATT'47) döneminden farklı olarak Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization – WTO) 1994'te kurulan uluslararası bir örgüt olarak dünya ticaret hukuku uyuşmazlıklarında Olumsuz Konsensus Prensibi'ni kabul etmektedir. Bu prensibe göre kararlar sadece Dünya Ticaret Örgütü'nün bütün üyelerinin reddetmesi halinde alınamamaktadır⁴⁵. GATT'47'de buna karşılık alışılmış Konsensus prensibine göre uyuşmazlıkların çözümü engellenebiliyordu. Diğer bir ifade ile GATT'a aykırı tasarrufların itham edildiği devlete karşı ticaret ve gümrük hukuku prosedürünün uygulanabilmesi için bu devletin onay vermesi gerekliliği kabul edilmekteydi. Bugün geçerli olan olumsuz Konsensus prensibi dünya ticaret hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde esas olmaktadır. Prosedür mahkeme benzeri panellerin oluşumunu, Panellerin ve Appellate Body'nin kararlarının kabulünü, yaptırımların DSB tarafından kabul edilmesini düzenlenmektedir. Paneller ve Appellate Body revizyon mercii olarak ticaret hukuku uyuşmazlıkları için şeklen tavsiye nitelikli bir karar verebilmektedir. Bu kararların uluslararası hukuka göre bağlayıcılık kazanması DSB (Dispute Settlement Body) tarafından kabul edilmesine bağlıdır. Dispute Settlement Understanding (DSU) bir temyiz prosedürü olarak karşı önlemler bakımından bir düzenleme sistemi içermektedir. Kararın muhatabı olan devlet Panelin veya Appellate Body'nin tavsiye kararına uymazsa, lehine karar çıkan WTO-üyesi devlet (DSU md. 22.3 ve c bendi

⁴⁴ Jörn Griebel, Internationales Investitionsrecht, 2008, 119 vd.

⁴⁵ Meinhard Hilf/Stefan Oeter, WTO-Recht: Rechtsordnung des Welthandels, 2005, 509 vd.

arasında yer alan) aşamalı olarak ile ilgili ekonomi sektörü için verilen tavizleri, bu da yeterli olmaz ise ihlâl edilen anlaşmanın tümünü askıya alabilir. Ultima ratio olarak lehine karar çıkan üye devlet DSU madde 22.3, bent c'ye göre cross retaliation'a yetkilidir ve anlaşmada öngörülen istediği diğer tavizleri askıya alabilir⁴⁶. WTO çerçevesinde uyuşmazlıkların olumsuz Konsensus prensibine göre çözülmesi ekonomik olarak önemli zorlayıcı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle de uluslararası hukukta uyuşmazlıkların çözümünde etkin prosedür örneği teşkil etmektedir.

Yatırımların korunmasına ilişkin anlaşmanın 54.madde 1.fikrasına göre uyuşmazlıklar hakkında verilen hakemlik mahkemesi kararları (International Centre for Settlement of Investment Disputes) ulusal hukukta doğrudan icra edilebilecek niteliktedir. ICSID-hakemlik mahkemesi kararına göre yabancı bir yatırımcıya karşı davayı kaybeden devlet, hakemlik mahkemesi kararını, başka bir mahkemenin denetiminden geçmeksizin tanımak ve ulusal bir mahkemenin kararı gibi icra etmekle mükelleftir⁴⁷. Yatırımların korunması hukukunda öngörülen hakemlik mekanizması dünya çapında ortalama 2600 yatırımı koruma anlaşmasının icrasında etkin bir araç olarak kabul edilmektedir⁴⁸.

B. Güvenlik Konseyi'nin Önlemleri, Yasal Savunma ve Savaş

Geçmişte uluslararası hukukun icrası için savaş da bir araç olarak kabul edilmiştir. Uluslararası hukuku ihlâl eden bir devlet haklı savaşın objesi olmak durumundaydı⁴⁹. BM anlaşmasının VII. Bölümü ile Milletler Cemiyeti ertesinde savaşı uluslararası ilişkiler düzeninin dışına çıkararak bir maddi hukuk düzenlemesi yapılmıştır. Yapılan düzenlemeye göre oldukça dar öngörülen istisnalar dışında BM Güvenlik Konseyi kuvvet kullanma tekeline sahiptir. BM anlaşmasının 51.maddesinde yer alan doğal bir hak olan yasal savunma hakkı ve BM anlaşmasının 39.42.maddelerine göre Güvenlik Konseyi tarafından yapılan yetki delegasyonu Güvenlik Konseyi'nin yetki tekeline getirilen istisnalardır. İstisnaların kabul edildiği alanda savaş uluslararası hukukun icra aracıdır. Hukukun devletin tekel teşkil eden gücüne istinaden zorla icra edilmesi ulusal hukuka çok yabancı değildir. Ancak hukukun aşırı zorlayıcı bir araç olarak savaşla icra edilmesi çağdaş uluslararası hukukta tasavvur

⁴⁶ Markus Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 2.Aufl. 2009, 75 vd.

⁴⁷ Christoph Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, 2.Aufl. 2009, Art.54, Rn.1 vd.

⁴⁸ bkz.: J.Griebel, Internationales Investitionsrecht, 2008, 119 vd.

⁴⁹ Stephan Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9.Aufl. 2008, 325 vd.

dışıdır. Bununla beraber insani müdahale gibi henüz uluslararası hukuk tarafından tam olarak değerlendirilmesi yapılmamış uygulamalar haklı savaşta rönesans nitelendirilmesi ile uluslararası hukukun temel değerlerinin icrası aracı olarak gündeme gelmektedir⁵⁰. Haklı savaş anlayışı ile insani müdahalenin uluslararası teamül hukukunun oluşumuna yol açması devletlerin uygulamasına ve bu çerçevede oluşacak hukuki kanaate bağlıdır (K.Schmalenbach, insani müdahaleye ilişkin teamül hukukunun BM anlaşması 103.maddesinin anlam ve amacı ışığında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁵¹).

Uluslararası hukukun uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin mekanizmalarına yapılan göndermeler, bu prosedürlerin hukukun icrasını zamansal olarak ertelediğini göstermektedir. Yine uluslararası ceza hukukunun etkinliği uluslararası ceza mahkemesi statüsüne taraf devletlerin işbirliği yükümlülüklerini yerine getirmesine ve aranan faili teslim etmesine bağlıdır. Dünya ticaret hukukunun uyuşmazlıkları çözüm sisteminin önlemleri uyuşmazlık taraflarının ticari ilişkilerinin yapısına, kapsamına ve karşılıklı bağımlılıklarına göre farklı etki göstermektedir. Büyük ekonomik güçler, küçük ekonomik güçlere nazaran daha geniş bir hareket alanına sahiptir. ICSID hakemlik mahkemelerinin kararları ulusal icra kararları olarak kabul edilse de, hakemlik prosedürüne tabi olan devletin bu kararı icraya koyması gerekmektedir. Bağlayıcı kararın gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, kararın muhatabı iki ihlâl gerçekleştirmiş olur. Kararda tespit edildiği üzere ilk olarak uluslararası hukukun mükellefiyetleri ihlâl edilmiştir. Karar uluslararası hukukun ihlâlinin tespiti yanısıra bu ihlâl devam edilmemesi yükümlülüğünü de öngörmektedir. İkinci olarak ve bunun ötesinde uluslararası hukuka göre bağlayıcı olan hakemlik mahkemesi karar ihlâl edilmiş olur. Hukuku ihlâl edenin uluslararası camiada saygınlığını kaybetmesi yanısıra, somut sonuçlardan da korkması söz konusudur. Yabancı yatırımcılar o ülkeye gelmeyecektir. ICSID hakemlik mahkemelerinin kararının icrası söz konusu olacaktır. Ev sahibi devletin yabancı yatırımcının işini zorlaştırması durumunda kararı icra etmeyen devletin yabancı ülkelerdeki servetine el konulması mümkündür. Ticari ilişkilerin bozulması ve DSU'nun ticaret politikası önlemleri alması söz konusu olabilir. Savaş suçları için uluslararası ceza mahkemesi ile işbirliği yapılmamasının sonsuza dek devam etmesi mümkün değildir. Siyasi güç dengelerinin

⁵⁰ **Kirstin Schmalenbach**, Recht und Gerechtigkeit im Völkerrecht, JZ 13(2005), s.637

⁵¹ bknz.: **Kirstin Schmalenbach**, Recht und Gerechtigkeit im Völkerrecht, JZ 13(2005), s.639

değişmesi sonucu sorumluların La Haye'e teslim edilerek, uluslararası ceza mahkemesinde hesap vermek zorunda kalacaklarının dikkate alınması gerekmektedir.

Uluslararası hukuk kararlarının bir ön etkisinin bulunduğu da bu çerçevede işaret etmek gerekmektedir. Uluslararası hakemlik kararları sadece uluslararası hukukun ihlâlini tespit etmez. Sadece bir icra emri teşkil etmezler. İcra emrini sıkça bir parça öne alırlar. Bunun nedeni kararın ikna edici gücüdür. Yargı prosedürü mahkeme kararı ile ilân edilmiş olur. Karara riayet edilmemesi nitelikli uluslararası hukuk ihlâli oluşturur. Riayet edilmeyen karar nedeniyle potansiyel bir zorlama tehdidi gündeme gelir. Ulusal mahkeme kararları gibi çoğu uluslararası mahkeme kararlarının zorla icra edilmesine gerek bulunmamaktadır. Uluslararası mahkemeler, tribunal ve hakemlik mahkemeleri icra edilme problemini sadece zamansal olarak ertelemeyebilir. Daha çok uluslararası hukukun icrasına asgari bir katkı yapmış olurlar⁵². Uluslararası camia birçok alanı itibariyle eşitler arası ilişkiler olarak kabul ediliyor ve uluslararası mahkemelerin kararlarının merkezî bir icra merciinin olmaması nedeniyle tarafların karara uyma iradesinin önemini ortaya koyuyor ise de, bu durum uluslararası camianın uluslararası hukukun icrasında oynadığı rolün küçümsenmesine yol açmamaktadır. Siyasi, ekonomik veya askeri olarak zayıf devletler bu önlemleri güçlü devletlere karşı almak olanağına sahip değildir. Ancak bu durumun ulusal hukukta da bir problem olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir. İstihdam edilen bir işçinin hakları için işverene karşı dava açması, işini kaybetme korkusu nedeniyle çoğu kez söz konusu olmamaktadır. Bu tablo uluslararası hukukun sürekli ihlâl edildiği ve icra edilemediği, ulusal hukukun ise buna karşılık saygı gördüğü ve icra edildiği yanlıgısı yaratmamalıdır. Uluslararası hukukun icra mekanizmalarının ulusal hukukun icra mekanizmasından farklı olması, uluslararası hukukun hukuk karakterine sahip olmadığını ileri süren uluslararası hukuk inkârcılarının tezlerini güçlendiren bir husus değildir. Nitekim ulusal hukuklar farklı icra ve yaptırım mekanizmaları öngörmektedir. ABD'nin, Çin ve Avrupa devletlerinin hukuk düzenlerinin ölüm cezasına ilişkin düzenlemeleri somut olarak hukuk düzenlerinin farklılığını ortaya koymaktadır.

⁵² K.Oellers-Frahm, Zur vollstreckung der Entscheidungen internationaler Gerichte im Völkerrecht, ZaöRV 36 (1967), 654

IV. Hukuk Yahut Güç –Gerçek Hukuk Kaynaklarının Eksikliği

Uluslararası hukukun hukuk karakterine getirilen eleştirilerden en önemlisi gerçek hukuk kaynaklarının eksikliğine ilişkindir. Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38.madde, 1.fikrasında sayılan geleneksel uluslararası hukuk kaynaklarından uluslararası anlaşmalar ve uluslararası teamül hukuku uluslararası hukuku oluşturmaları ve şekillendirmeleri nedeniyle önem taşımaktadır. Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38.madde, 1.fikrasındaki sıralama bozularak meseleye konu itibariyle önemi nedeniyle uluslararası teamül hukukundan başlanması uygundur. Uluslararası teamül hukukunun ortaya çıkışında söz konusu olan iki husus uluslararası hukukun hukuki tabiatını ortaya koymak bakımından önem taşımaktadır. Bunlardan biri uluslararası teamül hukukunun oluşumunda devletlerin uygulamasının rolüdür. Diğer ise yeni uluslararası teamül hukukunun sık olarak mevcut uluslararası hukukun ihlâli ile ortaya çıkmasıdır.

Hukuk normunun gereğini yerine getirme kanaati ile sürekli ve mütecanis devlet uygulamaları uluslararası teamül hukukunun oluşumuna esas olan iki temel unsurdur. Teamül hukukunun oluşumunda devletlerin uygulaması, devletlerin birbirleriyle ilişkilerinde ilgili konu çerçevesinde aldıkları tutumdur⁵³. Bu çerçevede devletlerin temsili uygulaması esas alınmaktadır. Bunun anlamı uygulamaya bütün devletlerin aynı ölçüde katılması değil, uluslararası ilişkilere büyük ölçüde katılması değil, uluslararası ilişkilere büyük ölçüde katılan devletlerin uygulamasıdır. Uluslararası teamül hukukunun oluşumu özellikle önemli ve güçlü devletlerin tutumuna bağlıdır. Zira sadece bu devletler uluslararası ilişkiler trafiğine önemli ölçüde katılmaktadır. Bir devlet ne kadar güçlü ise, uluslararası teamül hukukunu o ölçüde şekillendirebilir. Güç hukuku oluşturmaktadır. Uluslararası teamül hukukunun oluşumunda devletin gücü esas olduğu takdirde, uluslararası hukukun bugünkü güç ilişkilerinin normatif olarak düzenlenmesi olarak tanımlanması gerekmektedir⁵⁴. Bu çerçevede hukuk ve gücün uluslararası hukukta ne denli bir sıkı ilişki içinde olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Güç ve hukuk uluslararası ilişkilerde bir madalyonun iki yüzü gibidir. Uluslararası hukuk en azından teamül hukuku alanında güç ilişkilerinin normatif olarak

⁵³ Wolfgang Graf Vitzthum, Völkerrecht, 4.Aufl. 2007, s.67 vd.

⁵⁴ Anthony D'Amato, Is International Law Really "Law"?, Northwestern Law Review 79 (1985), 1314

tespitidir. Bu sonucun kabulü şayet güç ve hukuk birbirini karşılıklı olarak devre dışı bırakan kavramlar ise zorunlu değildir.

Bununla beraber uluslararası hukuk sükeleri güçlü devletlerin uygulamaları ile kendi iradelerine uymayan şekilde uluslararası teamül hukukunun oluşturulduğunu hissettiklerinde bu gelişmeye karşı sağlam durabilirlerse, yeni oluşan uluslararası teamül hukukuna bağlı olmazlar⁵⁵. Bunun yegâne istisnası sadece yeni oluşan ius cogens nitelikli kurallardır. Bu istisna dışında onların sürekli karşı direnişleri güçlü devletlerin temsili uygulamalarının zorunluluğundan bir çıkış yolu oluşturur. Sürekli karşı duruşa rağmen ius cogens karakterli kurallar uluslararası hukuk sükelerini bağlar. Bu yolun aşılması mümkün olmakla beraber kolay değildir. Yeni oluşan uluslararası teamül hukukunun devleti bağlamaması uluslararası teamül hukukunun her uygulanmasında yahut teyit edilmesinde açık bir şekilde itiraz yapılmasını gerektirmektedir⁵⁶. Oldukça zahmetli olan bu yol aynı zamanda uluslararası ilişkilerde ithamlara da yol açmaya müsaittir.

A. Uluslararası Hukukun İhlâli ile Yeni Uluslararası Teamül Hukukunun Oluşumu

368

Yeni uluslararası teamül hukuku istisnai olarak şimdiye dek düzenlenmeyen bir alanda ortaya çıkması dışında, yeni teamül hukuku mevcut uluslararası hukukun ihlâli ile ortaya çıkmaktadır. Bir devlet şimdiye dek geçerli uluslararası hukuk normunu ihlâl eder ve bu ihlâli temsili olarak uluslararası camiada yer alan devletlerin çoğunluğu bir hukuk normunun gereğini yerine getirdikleri kanaati ile takip ederse ve devlet olarak uygulamalarını bu yönde yaparlarsa uluslararası hukuk ihlâli bundan böyle ihlâl olarak değil, yeni uluslararası teamül hukuku olarak geçerli olur⁵⁷. Bu uluslararası hukuk ihlâli, onu engellemek durumunda olan normun yerine geçerek geçerli olur. Ancak uluslararası hukuk normları, bütün hukuk normları gibi, ihlâllerini önlemeye matuftur. Uluslararası teamül hukukunda görüldüğü üzere hukuk ve hukukun ihlâli istenildiği gibi yer değiştirebilir. Bir dönemde uluslararası hukuk ihlâli oluşturan bir durum ancak aynı zamanda uluslararası hukuk düzenlemesi olarak geçerli olamaz.

⁵⁵ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 7.Aufl.2008, 65 vd.

⁵⁶ Jonathan I.Charney, Universal International Law, AJIL 87 (1993), 929

⁵⁷ Torsten Stein/Christian von Buttlar, Völkerrecht, 12.Aufl.2008, Rn.144 vd.

Uluslararası teamül hukukunun oluşumu hemen değil, uzun bir zaman içinde olur. Bu nedenle bir dönemde uluslararası hukuk ihlâli oluşturan bu durumun, daha sonraki bir dönemde uluslararası hukuk niteliği kazanması mümkündür. Güçlü devletlerin uluslararası hukuku davranışlarıyla belirlemesi, uluslararası teamül hukukunun oluşumu süresini kısaltabilmekte, hatta bazıları (instant custom) derhal uluslararası teamülün oluşabileceğini kabul etmektedir. Özellikle 2001'den sonra uluslararası teamülün derhal oluşumu özellikle ABD tarafından desteklenmektedir. Uluslararası teamülün derhal oluşumunu (instant custom) destekleyenler sadece bir devletin tek bir davranışının uluslararası teamül hukukunun oluşumunun sağlayabileceğini savunmaktadır⁵⁸. Uluslararası teamül hukukunun oluşumunun yine bir uluslararası teamül hukukuna tâbi olması, güçlü ve temsili uygulamayı şekillendiren devletlere uluslararası teamülün derhal oluşumunu oluşturma ve uluslararası teamül hukukunu yerleştirme olanağı vermektedir.

Uluslararası teamül hukukunun oluşumu çerçevesinde ortaya çıkan tenakuzlu durum önemli bir yarara sahiptir. Uluslararası teamül hukuku devletlerin tüm davranışlarını kapsamaktadır. Bir devlet uluslararası teamül hukuku tarafından düzenlenmeyen yahut yasaklanmayan bir davranış yaptığında uluslararası teamül hukuku hemen bu gelişmeye normatif olarak eşlik etmek istemektedir. Uluslararası teamül hukukunun bu dinamizmi uluslararası camianın yaklaşımına ve uluslararası ilişkiler gereksinimlerine uygundur. Bunun dışında ulusal hukuk da güç ilişkileri ile belirlenmektedir. Parlamento belli güç ilişkilerine göre şekillendirilir. Oyların dağılımı toplumdaki siyasi güç ilişkilerini yansıtır. Güç ilişkilerini hukukta yansıtan mekanizmalar uluslararası hukukun hukuk olarak nitelendirilmesini engelleyen argümanlar olarak kabul edilemez.

B. Uluslararası Anlaşmalar Hukuku

Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin 31.madde, 3.fıkra, b bendine göre anlaşmaların yorumunda güçlü devletlerin temsili değil, onların sonraki uygulamaları anlaşmaların etkileri bakımından ölçü oluşturmaktadır. Devletlerin uygulamaları anlaşmalar hukukunda şüphesiz uluslararası teamül hukukunda olduğundan daha az etkili olmaktadır. Zira anlaşmalar hukukunda instant custom faktörü hiçbir etki doğurmamaktadır. Bununla beraber Viyana Anlaşmalar Hukuku

⁵⁸ bknz.: **Karl Doehring**, Völkerrecht, 2.Aufl.2004, 127

Sözleşmesinin 31.madde, 3.fıkra, b bendinin olan ve olması gereken arasındaki sınırın kaybolmasına yol açacak şekilde anlaşmaların sonraki uygulama ışığında yorumlanmasına imkân tanıdığı görülmektedir. Trilateral bir anlaşmanın yapılmasından sonra iki güçlü devletin anlaşmanın lâfzı ve sistematığına uymayan belki orijinal iradelerine paralel olarak yaptıkları uygulama anlaşmanın yorumuna esas kabul edilmektedir.

Uluslararası teamül hukukundaki temsili uygulamadan (representative praxis) daha az etkili bir yöntem olarak güçlü devletler 31.madde, 3.fıkra, b bendi üzerinden anlaşmalar hukukuna etki yapmaktadır. Anlaşmalar hukukunda sonraki uygulama anlaşmaların değiştirilmesi için yegâne yol değildir. Bunun için anlaşma tarafları genellikle değişiklik anlaşmaları veya aynı konuya ilişkin sonraki tarihli bir anlaşma yapmaktadır.⁵⁹ Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31.madde, 3.fıkra, b bendi sadece uygulamadan söz etmesine karşılık yerleşik bir hukukî kanaatten söz etmemektedir. Güçlü devletler sonraki uygulamalarıyla uluslararası teamül hukukuna nazaran daha az gerekliliği yerine getirerek anlaşmalar üzerinde etki yapma olanağına sahiptir. Bu nedenle güçlü anlaşma taraflarının sonraki uygulamalarıyla 31.madde, 3.fıkra, b bendi üzerinden normatif seviyede hukuku şekillendirme olanağının küçümsenmemesi gerekmektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31.madde, 3.fıkra, b bendinde bir yorum kuralı öngörülmeyle beraber anlaşma taraflarının davranışlarına anlaşmanın hükümlerinin yerine getirilmesi ve anlaşılması bakımından büyük önem verilmektedir. 31.madde, 3.fıkra, b bendi anlaşmaların yorumu ve değişikliği arasındaki şeklî sınırı ortadan kaldırmadan dar bir hareket alanı bırakmıştır. Bu yorum kuralının fiilen anlaşma değişikliğine yol açması olasıdır. Güçlü devletlerin diğer anlaşma taraflarından farklı olarak sonraki uygulamaları ile anlaşma içeriğinin değişikliğine yol açılabilir.⁶⁰ Sonraki uygulama ile uluslararası anlaşmanın normatif içeriğinin tanınmayacak duruma gelmesi mümkündür; ancak uluslararası anlaşmaların sonraki uygulama ışığında yorumlanmasının ve uygulanmasının istisna teşkil ettiğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir. BM anlaşmasının 27.madde, 3.fıkrasının Güvenlik Konseyi sürekli üyelerinden birinin çekimser oy kullanması veya Konsey'e katılmaması durumlarını Güvenlik Konseyinin karar almasına engel olarak kabul etmesine karşın, Kore uyuşmazlığından

⁵⁹ Bernard Kempen/Christian Hillgruber, Völkerrecht 2007, 78 vd.

⁶⁰ Richard Gardiner, Treaty Interpretation 2008, 225, 230 vd.

(1950-1953) beri sonraki uygulama ışığında yapılan yoruma istinaden Güvenlik Konseyi toplantısına katılmama veya çekimser kalma Güvenlik Konseyinin karar almasına engel teşkil etmemektedir⁶¹.

Bunun dışında uluslararası hukukun emredici normları sınır oluşturmaları nedeniyle devletlerin gerek sonraki uygulamasını, gerekse temsili uygulamasını etkilemektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53.madde, 1.cümlesine göre ius cogens normları ihlâl eden uluslararası anlaşmalar hükümsüzdür⁶². Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31.madde, 3.fıkra, b bendine göre emredici uluslararası hukuk normlarını ihlâl eden sonraki uygulamalar uluslararası hukuka göre dikkate alınmayacaktır. 31.madde, 3.fıkra, b bendi ius cogens normların ihlâli durumunda uygulama bulmadığı ve sonraki uygulama dikkate alınmadığı için, ius cogens normları ihlâl eden uygulama uluslararası anlaşmanın ihlâli sonucunu doğurmaktadır. Emredici uluslararası hukuk normlarının sonraki uygulama ve temsili uygulama üzerinde yaptığı sınırlayıcı etki Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin 64.maddesi tarafından genişletilmektedir. 64.madde arada geçen dönemde oluşan ius cogens normları ihlâl eden uluslararası anlaşmaların geçersiz olacağını öngörmektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53.maddesine göre ius cogens normların aynı hiyerarşide bulunan emredici uluslararası hukuk normlarıyla değişikliğe uğraması mümkündür. Emredici uluslararası hukuk normlarının sınırlayıcı etkisine burada sınırlama getirilmektedir. 31.madde, 3.fıkra, b bendi buna göre emredici uluslararası hukuk alanında dahi etki doğurabilir; bunun koşulları 53.madde 2.cümleye göre oldukça ağır olabilir. Bu durum emredici hukukun dahi uluslararası hukuku güç politikası dayanaklarından uzaklaştırmadığını ortaya koymaktadır.

C. Anlaşma Yapma Özgürlüğü ve Eşit Olmayan Anlaşmalar: Güç İlişkilerinin Uluslararası Anlaşmalarla Konserve Edilmesi

Eşit olmayan anlaşmaların mütecanis tanımı hiçbir zaman mümkün olamamıştır. Eşit olmayan anlaşmalar taraflardan sadece birisine kendisinden beklenemeyecek yükümlülükler getirmesi nedeniyle devletlerin eşitliği prensibinden saptığı kabul edilen anlaşmalardır⁶³. Eşit olmayan anlaşmaların örnekleri en çok sömürgecilik döneminde

⁶¹ Kore uyuşmazlığı nedeniyle Sovyetler Birliği Güvenlik Konseyi toplantılarına katılmamıştır; bknz.: **Matthias Herdegen**, *Völkerrecht*, 9.Aufl. 2009, s.313

⁶² bknz.: **Alfred Verdross**, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, 1973, s.27

⁶³ **Karl Doehring**, *Völkerrecht* 2.Aufl.2004, s.282

görülmüştür. Avrupalı devletler ve ABD birçok devletle o dönemde bu tür anlaşmalar yapmıştır (İngiltere ve Çin arasında 1842’de yapılan Nanking anlaşması bu çerçevede önemli bir örnektir. Birinci afyon savaşını bitiren (1839-1842) bu anlaşma İngiltere ve Çin İmparatorluğu arasında yapılmış ve 3.maddede İngiltere’ye Hong-Kong adasının ebedi kullanma hakkı verilmiştir. Çin ve İngiltere arasında Hong-Kong’ın kiralanması anlaşması 1898’de yapılmıştır. Anlaşmada Hong-Kong yanısıra önemli limanlara (Kanton, Xiamen, Fouzhou, Ningbo, Shanghai) giriş hakkı ve düşük gümrük vergileri ve 21 milyon gümüş doların İngiltere’ye ödenmesi kabul edilmiştir). 1920’li yıllardaki bu anlaşmalar uluslararası hukukta eşit olmayan anlaşmaların doktrininde ele alınmasına yol açmıştır⁶⁴. Eşit olmayan anlaşmaların diğer bir örneğini barış anlaşmaları vermektedir.⁶⁵

Dayton barış anlaşması için de eşit olmayan anlaşma nitelendirilmesi yapılmaktadır⁶⁶. Dayton anlaşması Bosna-Hersek’te 3 yıl devam eden savaşı bitirmiştir. 21.11.1995’te Dayton/Ohio’da parafe edilen anlaşma, 14.12.1995’te Paris’te imzalanmıştır⁶⁷. Anlaşmaların IV. eki Bosna ve Hersek için anlaşmanın imzası ile yürürlüğe giren yeni bir anayasa öngörmüştür. Parlamenter bir anayasa meclisi veya halkın “pouvoir constituant” olarak demokratik katılımını sağlayan bir yöntem uygulanmamıştır. Sadece üç tek taraflı onay bildirisi - Bir taraftan Bosna-Hersek Cumhuriyeti’nin yeni kurulan Bosna-Hersek devletinin devam edeceğine ilişkin bildirisi, diğer taraftan Bosna Hırvat Federasyonu ve Sırp Cumhuriyeti’nin bildirimleri- anayasa ilişkin onayı dile getirmiştir⁶⁸. Anayasanın bu olağandışı ortaya çıkışı şüphesiz çok zor müzakerelerden geçilmesi ve nihayet barışı sağlama amacı sonucudur. Bununla beraber birçok Bosnalılar anayasanın kendilerine empoze edildiğini, demokratik olmadığını, ırkçı bir yaklaşımın ürünü olduğunu düşünmektedir. Saldırı kurbanı Bosnalılar bugün halâ kendi katkılarıyla değil, uluslararası hukuk tarafından empoze edilen Dayton anayasası ile yönetildiklerini düşünmektedir.

⁶⁴ **Heinrich Herrfahrdt**, bkz.: K.Strupp/H.-J.Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd.3, 2.Aufl.1962, 471 vd.

⁶⁵ Karl Doehring, Völkerrecht, 2.Aufl.2004, s.282 .

⁶⁶ **Michael Brand**, Letzter Weg: Raus aus Daytonistan, bkz.: FAZ 15.7.2010: Dayton anlaşmasında Amerika ve AB saldırı kurbanı Bosna’ya bugün halâ sorunları yaşanan anayasa empoze etmişlerdir

⁶⁷ bkz.: ILM 35 (1996), 75

⁶⁸ **Oliver Dörr**, Die Vereinbarungen von Dayton/Ohio, AVR 35 (1997), 129

Taraftarlardan birinin gücüne istinaden yapılan anlaşmalar sadece tarihi bir vakıa değildir. Gelecekte de bu tür anlaşmaların yapılması olasılığı bulunmaktadır. Anlaşma taraflarından birinin diğer tarafa istediği anlaşma koşullarını dikte ettirebildiği anlaşmalar uluslararası hukukun kölelik anlaşmalarıdır. BM anlaşmasının 2.madde, 1.fikrasında temin edilen devletlerin egemen eşitliğine ters düşen bu anlaşmalar aynı zamanda uluslararası hukukun anlaşma yapma özgürlüğünü ihlâl etmektedir. Böyle bir durumda güç hukuku oluşturmakta ve zayıf olan uluslararası hukuk sujesi eşit olmayan sonuçlara katlanmak zorunda kalmaktadır.

Eşit olmayan anlaşmalar muayyen bir dönemdeki güç politikası ilişkilerinin normatif olarak konserve edilmesinden başka bir şey değildir. Eşit olmayan anlaşmalara ilişkin doktrin bu anlaşmaların geçersiz olmasını ve uluslararası hukuka göre hüküm ve sonuç doğurmaması gerektiğini savunmaktadır⁶⁹. Eski literatürden farklı olarak, yeni literatür eşit olmayan anlaşmalara bu tür anlaşmaların günümüzde halâ örnekleri olmasına rağmen eğilmemektedir. Atom silahlarını yasaklayan anlaşmanın atom silahlarına sahip olma hakkına sadece az sayıda devlete vermesi, BM anlaşması 27.madde, 3.fikrasına göre sürekli üyelerin sahip olduğu veto hakkı günümüzün en açık eşit olmayan düzenleme örnekleridir⁷⁰.

Eşit olmayan anlaşmalar her ne kadar uluslararası düzenin ve uluslararası hukukun güç tarafından belirlendiğine yönelik dayanak sunuyorsa da, bu anlaşmaların ne Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38.madde, 1.fikra, c bendinde sayılan genel hukuk ilkeleri, ne de uluslararası teamül hukuku ışığında açıklanması mümkündür. Tamamen aksine Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi eşit olmayan anlaşmalara yer vermeyerek yaklaşımını ortaya koymuştur. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 42.maddesi bir anlaşmanın Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin kurallarına göre geçerliliğinin iptal edilebileceğini öngörmektedir. Sözleşmenin sistematüğinde ve geçersizlik nedenleri arasında eşit olmayan anlaşmalara yer verilmemiştir. Hile, devlet temsilcisine rüşvet verilmesi, devlet temsilcisine ve devlete kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi ile ilgili sözleşmenin 43-52 maddeleri arasında yer alan hükümler devletlerin anlaşma tarafı olarak

⁶⁹ **Jan-Hendrik Conrad**, Die Geschichte der ungleichen Verträge im neueren Völkerrecht, 1999, s.199 vd.; **Karl Doehring**, Völkerrecht, 2.Aufl. 2004, s.282

⁷⁰ **Werner Morvay**, Unequal Treaties, bkz.: Rudolf Bernhardt, EPIL, Vol.IV, 2000, 1010

iradelerini serbest ve yanılığsız olarak şekillendirmelerinin teminatı olarak kabul edilmektedir. Hile veya zorla yaptırılan anlaşmalar geçersizdir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 62.maddesinde düzenlenen *clausula rebus sic stantibus* ilkesinden de bu çerçevede sistematik bir gerekçe ile sonuç çıkartılması mümkündür. Anlaşmanın akdi esnasında taraflar arasında eşit yükümlülükler öngören bir anlaşmanın sonradan değişen koşullarla taraflardan biri için kendinden beklenmeyecek ölçüde yükler getirmesi söz konusu olabilir. Eşit olmayan anlaşmalar doktrini bu anlaşmaların başlangıçtan itibaren eşit olmayan anlaşma özelliği göstermemeleri nedeniyle sonradan eşit olmayan anlaşmaya dönüşme durumunda sözleşmenin 62.maddesinin uygulanamayacağını kabul etmektedir⁷¹. Ancak başlangıçta eşit olmayan anlaşma özelliği taşıyan bir anlaşmanın daha sonra öngörülmeleyen koşullarla beklenilmeyen başka yükümlülükler getiren anlaşmaya dönüşmesi durumunda 62.maddenin uygulanması olanak dışı değildir. Bu olasılık da Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin sistematığının eşit olmayan anlaşmalar doktrinine alan bırakmadığını göstermektedir.

Eşit olmayan anlaşmalar doktrini, eşit olmayan anlaşmalar kavramını elle tutulabilir şekilde geniş olarak sınırlamayı başaramamıştır. Bu nedenle de bu kavram bir siyasi kavram mücadelesi konusu olarak kalmaya devam etmektedir. Eşit olmayan anlaşmalar doktrini güçlü devletler için 62.madde muvacehesinde cazip sonuçlar doğurmaktadır. Bu devletler anlaşmanın akdi esnasındaki mevcut koşullarda küçük bir değişiklik olsa eşitsizlik nedeniyle anlaşmanın etkisiz olduğunu ileri sürmektedir. Bu şekilde istenilen uluslararası anlaşma yükümlülüklerinden kurtulmaları mümkün olmaktadır. Ancak daha az güçlü devletler bu sonuçlara katlanmak zorunda kalmaktadır. Eşit olmayan anlaşma doktrinine nazaran Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin irade özgürlüğüne ilişkin düzenlemeleri anlaşmaların zayıf tarafları bakımından daha somut himaye olanağı sunmaktadır. Bununla beraber Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi de uluslararası hukukta anlaşma yapma özgürlüğü ile real güç ilişkileri arasındaki gerilimi nihai olarak çözmüş değildir. Eşit olmayan anlaşmalar her uluslararası hukuk anlaşmasının başlangıcında real güç ilişkilerinin önem taşıdığını gözler önüne sermektedir. Anlaşma, anlaşma tarafı devletler arasındaki güç ilişkilerinin özü gibi okunabilir. Ulusal anlaşmalar hukukunda durumun daha farklı olduğu söylenemez.

⁷¹ Lucius Calfisch, *Unequal Treaties*, GYIL 35 (1992), 52 vd.

Uluslararası anlaşmalar hukukunda “güç” her hâlükârda yerini korumaktadır⁷².

SONUÇ: Uluslararası Hukuk ve Güç Düzeni

Uluslararası hukukun bir hukuk düzeni mi, yoksa bir güç düzeni mi olduğu yukarıdaki açıklamalar ışığında cevaplandırılabilir. Uluslararası hukuku reddedenlerin icra edilebilirlik ve hukuk kaynaklarına ilişkin analizleri uluslararası hukukun hukuk olarak görülmemesinde oldukça rasyonel gözükmele beraber uluslararası hukuku reddedenlerin her iki gerekçesinin ikna edici olduğu söylenemez. Bu gerekçelerin hiçbirisi kesin ve zorunlu bir sonuç olarak uluslararası hukukun hukuk niteliği üzerinde etki doğurma özelliğine sahip değildir. Uluslararası hukuk bugün tüm devletler tarafından uygulanmaktadır. Fiilen de olsa uluslararası hukukun hukuk karakteri hiçbir devlet tarafından reddedilmemektedir⁷³. Uluslararası hukuku reddedenlerin bu çerçevede ulusal hukukun gerçekten hukuk olarak nitelendirilmesini mümkün kılacak ikna edici gerekçeler getirmelerinin mümkün olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yapılan inceleme ile hernekadar uluslararası hukukun hukuki karakterinin mutlak olarak kanıtlanması mümkün olmasa da, hukukçuların -uluslararası hukukçu olsun, ulusal hukukla iştigal eden hukukçu olsun- hukukun tam olarak ne olduğunu değerlendirmeden aynen insanın burnunun üstünde bulunan gözlüğü görmeden dünyayı görmesi ve değerlendirmesi gibi, her gün yorumladıkları ve uyguladıkları hukukun inkâr edilemez olduğu ortaya konulmaktadır⁷⁴. Hukuk kaynakları gerekçesi uluslararası hukukta güç ilişkilerini gözler önüne sermektedir. Hukuk ve güç zıt kavramlar değildir. Hukuk gücün muayyen bir şekilde kullanılmasından başka bir şey değildir. Uluslararası hukuk devletler arasındaki güç ilişkilerini hiçbir şekilde ortadan kaldırmamakta, sadece belli bir kulvara sokmaktadır. Hukuk kavramsal açıklığı sağlamak ve tenakuzları ortadan kaldırmak için kendi dilini kullanmakta ve belli bir mantık takip etmektedir.

Hukuk gücün amaca uygun olarak kullanılmasını sağlayan bir enstrümandır. Gücün per se negatif olarak anlaşılması gerekmektedir.

⁷² (Jan-Hendrik Conrad, Die Geschichte der ungleichen Verträge im neueren Völkerrecht, 1999, s.200 vd.)

⁷³ Friedrich Berber, Lehrbuch des Völkerrechts-Allgemeins Friedensrecht, Bd.I, 2.Aufl.1975, 12

⁷⁴ Andreas Funke, Die Definition des Rechts und die Brille auf der Nase der Juristen, Rechtslehre 36 (2005), 427

Güç ilişkileri prensip olarak tarafsızdır. İçinin pozitif ve yapıcı olarak doldurulması mümkündür. Hukuk ile güç ilişkileri ve güç strüktürü tespit edilir; bu şekilde kurulan düzenin uzun süre devam etmesi sağlanır. Uluslararası güç kullanımı uluslararası hukuk tarafından meşrulaştırılırken, güç kullanımı hukukun geçerlilik kazanmasında yardımcı olmaktadır. Uluslararası hukukun da güç kullanmanın bir şekli olması nedeniyle sorunun uluslararası hukuk düzeni veya güç düzeni olarak, ya o, ya diğeri şeklinde sorulmaması gerekmektedir. Uluslararası hukuk bir güç düzenidir. Bunun zorunlu olarak kötü olması gerekmez, önemli olan gücün ne şekilde kullanıldığıdır.

KAYNAKÇA

Anders Vilhem.Lundstedt, Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice – A Criticism of Jurisprudence, 1925

Christian.Hacke, Außen-und Sicherheitspolitik, bkz.:Herfried. Münkler, Politikwissenschaft: Ein Grundkurs, März 2003, 324).

Hans Joachim Morgentahu, Politics Among Nations – The Struggle for Power and Peace, 7.Aufl. 2006

Alfred Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973

Andreas L.Paulus, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, ZaöRV 67(2997)

Andreas Funke, Die Definition des Rechts und die Brille auf der Nase der Juristen, Rechtstheorie 36 (2005)

Andreas L.Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht – Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, 2001, 194 vd.).

Anne-Marie Slaughter, International Law in a World of Liberal States, EJIL 6(1995

Anthony D’Amato, Is International Law Really “Law”?, Northwestern Law Review 79 (1985)

Bernard Kempen/Völkerrecht 2007

Christian Hillgruber, **Bernhard Windscheid**, Lehrbuch der Pandekten, 5.Aufl. 1879

Christian Hillgruber/Verfassungsprozessrecht, 2.Aufl. 2006

Christoph Goos, **Christian Schaller**, Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg–Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht, ZaöRV 62 (2002)

Christian Tomuschat, Völkerrecht ist kein Zweiklassenrecht. Der Irak-Krieg und seine Folgen, VN 51 (2003)

Christoph Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, 2.Aufl. 2009,

Eckart Klein, bknz.:Wolfgang Graf Vitzthum, Völkerrecht, 4.Aufl. 2007, 307 vd.).

Eckart Klein, Reparations for Injuries Suffered in Service of UN (Advisory Opinion), bknz.: Rudolf .Bernhardt, EPIL, Vol.IV, 2000, 174 vd.)

Friedrich Berber, Lehrbuch des Völkerrechts-Allgemeines Friedensrecht, Bd.I, 2.Aufl.1975

Georg Dahm/Jost Delbrück/ Völkerrecht I/1, 2.Aufl 1988

Rüdiger Wolfrum, Gert Krell, Weltbilder und Weltordnung – Einführung in die Theorie der internationalen Beziehungen, 3.Aufl. 2004, s.111 vd.

Gustav Adolf Walz, Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner, 1930, s.135 vd.).

Georg.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, §331).

Hans-Joachim Cremer, Völkerrecht-Alles nur Rhetorik?, ZaöVR 67 (2007)

Hans-Joachim Cremer, Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?, ZaöRV 67(2007)

Hans Peter Kaul, Durchbruch in Rom – Der Vertrag über den internationalen Strafgerichtshof, VN 46 (1998)

Heinrich Herrfahrdt, bknz.:K.Strupp/H.-J.Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd.3, 2.Aufl.1962

Herfried Münkler, Niccolò Machiavelli Grundannahmen zu den zwischenstaatlichen Beziehungen, bknz.: Hans Maier/Heinz Rausch/Horst Denzer, Klassiker des politischen Denkens, 2.Aufl. 2004, 120 vd.).

Hermann Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962)

Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 7.Aufl.2008

Jack L.Goldsmith/Eric A.Posner, The Limits of International Law, 2005

Jan-Hendrik Conrad, Die Geschichte der ungleichen Verträge im neueren Völkerrecht, 1999

Jonathan I. Charney, Universal International Law, AJIL 87 (1993)

Jörn Griebel, Internationales Investitionsrecht, 2008

Jörn Griebel, Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon, RIW 55 (2009)

Karl Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004

Karin Oellers-Frahm, Zur vollstreckung der Entscheidungen internationaler Gerichte im Völkerrecht, ZaöRV 36 (1967)

Kirsten Schmalenbach, Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof – Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen, JZ 15/16 (2010)

Lucius Caflisch, Unequal Treaties, GYIL 35 (1992)

Markus Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 2. Aufl. 2009

Martti Koskeniemi, from Apology to Utopia—the Structure of International Legal Argument, 2005

379

Matthias Herdegen, Völkerrecht, 9. Aufl. 2009, 451).

Michael Brand, Letzter Weg: Raus aus Daytonistan, bkz.: FAZ 15.7.2010

Oliver Dörr, Die Vereinbarungen von Dayton/Ohio, AVR 35 (1997),

Philip Kunig, Völkerrecht als öffentliches Recht – ein Glasperlenspiel, bkz.: Gedächtnisschrift für E. Grabitz (1995)

Ralf Müller-Terpitz, Beteiligungs- und Handlungsmöglichkeiten nichtstaatlicher Organisationen im aktuellen Völker- und Gemeinschaftsrecht, AVR 43 (2005)

Richard Gardiner, Treaty Interpretation 2008

Sebastian Graf von Einsiedel/Doppelte Eindämmung im Sicherheitsrat - USA und Irak

Simon Chesterman, im diplomatischen Vorfeld des Krieges, VN 51 (2003)

Stephan Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9.Aufl. 2008

Stephan Hobe, Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigem Völkerrecht, AVR 37 (1999)

Stephan Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1988

Thomas Hobbes, Leviathan, 1651, Cap.13,17,26).

Torsten Stein/Völkerrecht, 12.Aufl.2008

Christian von Buttlar, Werner Morvay, Unequal Treaties, bkz.: Rudolf Bernhardt, EPIL, Vol.IV, 2000, 1010).

Wolfgang Graf Vitzthum, Völkerrecht, 4.Aufl. 2007