



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

**ULUSLARARASI DENİZ HUKUKUNDA HAKKIN KÖTÜYE
KULLANILMASI VE ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR
BAĞLAMINDA UYGULANMASI**

Gökey SARAÇYAKUPOĞLU

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2022

ULUSLARARASI DENİZ HUKUKUNDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI
VE ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR BAĞLAMINDA UYGULANMASI

Gökey SARAÇYAKUPOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2022

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayımlanan “*Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge*” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

06/06/2022

Gökey SARAÇYAKUPOĞLU

“*Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge*”

- (1) *Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.*
- (2) *Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.*
- (3) *Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.*
Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

* Tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, **Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

Gökey SARAÇYAKUPOĞLU

TEŞEKKÜR

Öncelikle beni bugünlere getiren ve kanatlarını hiçbir zaman üstümden kaldırmayan annem Arzu Muzaffer SARAÇYAKUPOĞLU ve babam Tamer SARAÇYAKUPOĞLU'na, Hacettepe Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı'na girmeye hak kazandığımı öğrendiğimde haber verdiğim ilk kişi olan, disiplinli ve gayretli olmanın hayatta her zaman başarıyı getirdiğini bana öğreten ve 2021 yılında ebediyete intikal eden babaannem Şükran SARAÇYAKUPOĞLU'na, en önemlisi de adımın konulmasına vesile olan ve tanıma şerefine nail olamasam da her zaman varlığını yanımda hissettiğim amcam Şehit P. Komd. Ütğm. Alaattin SARAÇYAKUPOĞLU'na;

Yüksek lisans eğitimimin başladığı andan itibaren desteğini benden bir an olsun esirgemeyen ve bu zorlu süreçte beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan; bunun yanında derslerinde ve baş başa yaptığımız görüşmelerde bana uluslararası hukuka farklı bir şekilde bakmayı öğreten kıymetli danışmanım Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU'ya;

Tez savunma sınavımda jüri olmayı kabul eden saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR'e, Prof. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU'na, Doç. Dr. Reşat Volkan GÜNEL'e ve Dr. Neslihan ÖZKERİM GÜNER'e;

Bana bir YLSY bursiyeri olarak Almanya'da uluslararası hukuk alanında doktora eğitimi alma imkanını veren aziz ve necip Türk Milleti'ne şükranlarımı sunuyorum.

ÖZET

SARAÇYAKUPOĞLU, Gökey. *Uluslararası Deniz Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması ve Uluslararası Andlaşmalar Bağlamında Uygulanması*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022.

Ulusal hukuk düzenlerinde iyiniyetin korunmasına yönelik en önemli araçlardan biri olan hakkın kötüye kullanılması yasağı uluslararası hukukun kaynaklarını ortaya koyduğu kabul edilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi doğrultusunda “medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri” kapsamına girmektedir. Bu doğrultuda hakkın kötüye kullanılması yasağının, “genellik” yani farklı hukuk sistemlerinde kullanılma ve “medeni milletlerce tanınma” olmak üzere iki farklı niteliği haiz olması gerekmektedir. Ulusal hukuk sistemlerinde özellikle mülkiyet hakkının bir başkasına kötünüyetle zarar verecek şekilde kullanılmasının engellenmesi amacını taşıyan hakkın kötüye kullanılması yasağı, uluslararası hukukta ise devletlere tanınan hakların başka devletlerin zararına olacak şekilde kullanılması ihtimalini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda, tahkim mahkemeleri ve uluslararası mahkemeler tarafından da hakkın kötüye kullanılması yasağına, her ne kadar doğrudan dayanılmasa da, yargılama sürecinde ya da kararlarda yer verilmiştir. Buna ek olarak, uyuşmazlıklara taraf olan Birleşik Krallık ve Panama gibi devletler de dava dilekçelerinde bu yasağa atıf yapmışlardır. Özellikle 20. yüzyılın ilk yarısı itibariyle başlayan uluslararası deniz hukukunun kodifikasyonu faaliyetlerinde hakkın kötüye kullanılması yasağı da çeşitli açılardan kendine yer bulmuştur. Bu doğrultuda, başlarda yalnızca açık denizdeki canlı kaynakların korunması ve sürdürülebilirliğinin sağlanmasına yönelik olarak açık denizde balıkçılık serbestisinin sınırlandırılması amacıyla ele alınan hakkın kötüye kullanılması yasağı, sonraki dönemde oldukça detaylı ve uluslararası deniz hukukunun tam ve kesin bir şekilde düzenlenmesi amacını taşıyan 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'yle, 300. madde kapsamında uluslararası deniz hukukunun tümüne uygulanabilecek bir genel ilke haline getirilmiştir.

Anahtar Sözcükler

Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Hukukun Genel İlkeleri, İyiniyet ilkesi, Kötüniyet,
Uluslararası Deniz Hukuku, Uluslararası Hukukun Kaynakları

ABSTRACT

SARAÇYAKUPOĞLU, Gökey. *Abuse of Rights in International Law of the Sea and Its Implication in the Context of International Treaties*, Master's Thesis, Ankara, 2022.

The prohibition of abuse of rights, one of the most important tools for the protection of good faith in national legal orders, falls within the scope of "general principles of law recognized by civilized nations" under Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. Following this, the abuse of rights principle should have "generality" as used in different legal systems and a recognition by civilized nations. In national legal systems, the prohibition is used for preventing abusive usage of the property right in a way that harms the neighbors. However, the rule is applied in international law in order to eliminate the possibility of the abuse of the rights of states recognized by international law to the detriment of other states. In this context, the prohibition was used by "arbitration tribunals" and "international courts" have been discussed either in proceedings or included in the final decisions, although it was not directly based on. Moreover, the parties of international disputes such as United Kingdom and Panama have also referred to the prohibition on their applications. Especially within the process of codification of international law of the sea, which started in the first half of the 20th century, the principle of abuse of rights also had an important place. In this regard, in the beginning, the principle was only applied for limiting the freedom of fishing in the open sea to conservation and sustainability of living resources of the open seas. Thereafter, with the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, which aimed to regulate the international law of the sea in a very detailed and precise manner, it evolved to a general principle that can be applied to all international law of the sea within the scope of Article 300.

Keywords

The Prohibition of Abuse of Rights, General Principles of Law, Good Faith, Malice, International Law of the Sea, Sources of International Law

İÇİNDEKİLER

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	i
ETİK BEYAN.....	ii
TEŞEKKÜR	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR DİZİNİ	x
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM: ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARINDAN BİRİ OLARAK “MEDENİ MİLLETLERCE TANINAN HUKUKUN GENEL İLKELERİ”	3
1.1. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARINA GENEL BİR BAKIŞ ...3	
1.1.1 Uluslararası Gelenek Hukuku	7
1.1.2. Uluslararası Andlaşmalar	9
1.1.3. Medeni Milletlerce Tanınan Hukukun Genel İlkeleri ve Uluslararası Hukukun Bütünlüğü	10
1.1.3.1. Kavramın İncelenmesi ve Unsurları.....	14
1.1.3.1.1 İlke ve Kural Ayrımı	20
1.1.3.2. Uluslararası Toplumda Hukukun Genel İlkelerinin Kodifikasyonuna Yönelik Çalışmalar.....	22
1.1.3.2.1. Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü Öncesindeki Çalışmalar	22
1.1.3.2.1.1. Tahkim Mahkemelerinin Kararlarında ve Daimi Tahkim Mahkemesi’nde (DTM) Hukukun Genel İlkeleri	23
1.1.3.2.1.2. Uluslararası Ganaim Mahkemesi’nde Hukukun Genel İlkeleri	29
1.1.3.2.2. UDADS ve UADS’de Hukukun Genel İlkeleri	31
1.2. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI ARASINDA BİR HİYERARŞİNİN VARLIĞI TARTIŞMASI.....	36
2. BÖLÜM: HUKUKUN GENEL İLKELERİNDEN BİRİ OLARAK HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI	42
2.1. İYİNİYET İLKESİ	42
2.1.1. İyiniyet İlkesinin Tarihsel Gelişimi ve Ulusal Hukuktaki Yeri	47

2.2. KÖTÜNİYETİN TEZAHÜRÜ: HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI	55
2.2.1. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Ulusal Hukuk Düzenlerindeki Yeri ve Hukukun Genel İlkesi Niteliği	57
2.2.2. Uluslararası Hukukta Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	72
2.2.2.1. Uluslararası Yargı Organlarının Önüne Gelen Davalarda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	72
2.2.2.1.1. 1945 Öncesi Dönem’de Uluslararası Yargı Organlarının Önüne Gelen Davalarda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	72
2.2.2.1.2. 1945 Sonrası Dönem’de Uluslararası Yargı Organlarının Önüne Gelen Davalarda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	82
2.3. DENİZ HUKUKU’NUN KODİFİKASYONUNA YÖNELİK KONFERANSLAR BAKIMINDAN HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI	92
2.3.1. 1930 Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı ve “Hayati Bir Gereklilik” Kavramı Bakımından Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	93
2.3.2. 1958 Cenevre Deniz Hukuku Konferansı’nda Açık Denizde Balıkçılık Serbestisi Bakımından Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	96
2.3.3. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 300. Maddesi Kapsamında Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	104
SONUÇ	116
KAYNAKÇA	119
EK 1. ORJİNALLİK RAPORU	140
EK 2. ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU	141

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BM	Birleşmiş Milletler
BMDHS	Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
BMGK	Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi
Çev.	Çeviren
DTM	Daimi Tahkim Mahkemesi
Ed.	Editör
UDHM	Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi
Dm	Deniz Mili
NPT	Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması)
Para.	Paragraf
s.	Sayfa
SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UADS	Uluslararası Adalet Divanı Statüsü
UDAD	Uluslararası Daimi Adalet Divanı
UDADS	Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü
UGM	Uluslararası Ganaim Mahkemesi
UHE	Uluslararası Hukuk Enstitüsü
UHK	Uluslararası Hukuk Komisyonu
VAHS	Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

GİRİŞ

Hukukun öznelerinin, hukuk düzenlerinin kendilerine tanıdığı hakları kötüniyetli olarak bir başkasına zarar verecek şekilde kullanmalarını engelleyen hakkın kötüye kullanılması yasağı, uluslararası hukukta da hukukun genel ilkelerinden biri olarak yer almaktadır. Bununla beraber, uluslararası hukukun bir asli kaynağı olarak hukukun genel ilkeleri, temelde ulusal hukuk düzenlerinde mevcut olan ve hukuk düzeninin temelini oluşturan ilkelerin çeşitli işlemlerden geçirildikten sonra uluslararası hukuka alınan biçimleridir. Bu durum, hem Anglo-Sakson hem de Kara Avrupası Hukuk Sistemleri'nde mevcut olan hakkın kötüye kullanılması yasağının da bu işlemlere tabi olması sonucunu doğurmuştur.

Yapılan işlemler sonucunda uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağı, ulusal hukuk düzenlerindeki farklı ve daha geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Nitekim, uluslararası yargı organlarının önlerine gelen ve uluslararası hukukun gelişimi açısından oldukça önemli olan davalarda taraflar, uyuşmazlık bakımından bir hakkın kötüye kullanılması halinin var olduğu yönünde çeşitli iddialarını dile getirmişlerdir. Bununla beraber yargı organlarının kararlarında doğrudan hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmaması yasağın bu geniş uygulanma alanı bakımından, tam bir belirlemenin yapılamamasına neden olmuştur.

Buna karşın, 20. yüzyılın ilk yarısında başlayan ve asıl olarak ikinci yarısı itibariyle hızlanan uluslararası deniz hukukunun kodifikasyonu sürecinde gerçekleştirilen konferanslarda hakkın kötüye kullanılması yasağı oldukça önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bu doğrultuda, 1958 tarihli Balıkçılık ve Canlı Kaynakların Korunması Sözleşmesi'nin temelini oluşturan yasak; 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 300. maddesinde doğrudan yer alarak, Sözleşme'nin taraf devletlere tanıdığı hakların tümü bakımından uygulanabilir hale getirilmiştir.

Bu çalışmada, uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağı ve uluslararası deniz hukukundaki yeri ele alınmaktadır. Çalışma temelde iki ayrı bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde uluslararası hukukta "kaynak" tartışmasına

değirilerek, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde belirtilen asli kaynaklar bakımından bir inceleme yapılmıştır. Bu incelemede, asıl olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının da dahil olduğu “medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri”nin kapsamı, içeriği ve işlevi belirlenmeye çalışılmış ve “genellik” ile “medeni milletlerce tanınma” şartları tanımlanmıştır. Buna ek olarak, uluslararası hukukta “kural” ve “ilke” ayırımına da değinilmiştir. Ayrıca, uluslararası yargı organlarının kurucu andlaşmaları niteliğinde olan statülerinin hazırlanması sürecinde ve statülerinde hukukun genel ilkelerinin önemi ele alınmıştır. Sonrasındaysa hukukun genel ilkelerinin, her ne kadar varlığı konusunda çeşitli şüpheler bulunsa da; doktrinde yazarların birçoğunun mevcudiyetini kabul ettiği gayriresmi üstünlük hiyerarşilerinde uluslararası hukukun asli kaynakları arasındaki yeri sorgulanmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümündeysen, hakkın kötüye kullanılması yasağına yönelik münhasır bir değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirmenin başında, hakkın kötüye kullanılması yasağının varlığını koruduğu ve ihlalini engellediği iyiniyet ilkesinin tanımı yapılmış ve tarihsel arkaplanı incelenerek yasak ile arasındaki bağ ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, “subjektif iyiniyet” ve “objektif iyiniyet” kavramlarına ilişkin bir belirleme yapılarak, bunların ulusal hukuk düzenlerinde hakkın kötüye kullanılması halinin temel şartı olan “kötüniyet” kavramına olan etkileri incelenmiştir. İyiniyet ilkesinin mahiyeti ortaya konulduktan sonra, kötüniyetin tezahürü olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının ulusal hukuk düzenlerindeki yeri ele alınmıştır. Burada, hem Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ne hem de Anglo Sakson Hukuk Sistemi'ne dahil olan çeşitli hukuk düzenleri incelenerek, yasağın bu hukuk düzenlerindeki varlığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme sonucunda, yasağın bir hukukun genel ilkesi niteliğini haiz olup olmadığı tartışılmıştır. Bu tartışmadan sonra, yasağın uluslararası yargı organlarının faaliyetlerindeki konumu belirlenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, yasağın ulusal hukuk düzenlerinde ve uluslararası hukuktaki niteliksel ve içeriksel bakımdan farklılıklarına değinilmiştir. Sonrasında yasağın, başta 1930 tarihli Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı olmak üzere uluslararası deniz hukukunun kodifikasyonu sürecinde taşıdığı önem ile süreç sonunda imzalanan evrensel nitelikteki uluslararası andlaşmalardaki yeri ortaya konulmuş ve Uluslararası

Deniz Hukuku Mahkemesi'nin önüne gelen birtakım davalarda hakkın kötüye kullanılması yasağının nasıl ele alındığı açıklanmıştır.

1. BÖLÜM: ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARINDAN BİRİ OLARAK “MEDENİ MİLLETLERCE TANINAN HUKUKUN GENEL İLKELERİ”

1.1. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARINA GENEL BİR BAKIŞ

Uluslararası hukuk, devletlerarası ilişkilerin devamlılığının sağlanması amacıyla normatif bir çerçeve ortaya koymaktadır. Bu anlamda “uluslararası hukukun kaynakları” kavramı,¹ birbiriyle bağlantılı fakat temelde birbirinden farklı iki süreci ifade

¹ Oppenheim, bazı yazarların “kaynak” ve “neden” kavramlarını karıştırdıklarından bahsederek; kaynak kavramını bir örnekle açıklamıştır:

“Kaynak, bir pınar ya da kuyu, yani “bir su kütleinin toprağın altından yüzeye çıktığı yer” olarak tanımlanmaktadır. Biz bir dere gördüğümüzde ve derenin nereden geldiğini öğrenmek istediğimizde, dereyi yukarıya doğru takip ederiz ve topraktan doğal bir şekilde çıktığı yeri buluruz. İşte bu nokta, derenin kaynağıdır. Biz bu kaynağın, derenin varlık nedeni olmadığını çok iyi biliriz. Kaynak sadece, bir su kütleinin çeşitli doğal nedenlerle toprağın yüzeyine çıktığı belirli bir nokta anlamına gelir. Eğer biz bu kavramsallaştırmayı “hukukun kaynağı” kavramına uygulayabilirsek “kaynak” ile “neden” kavramları arasında bir karışıklık ortaya çıkmaz. Nasıl ki toprağın yüzeyinde akıp giden dereleri görüyorsak, hukukun yüzeyinde akıp giden kural derelerini de görürüz. Eğer bu kuralların nereden geldiğini öğrenmek istiyorsak, bu kural derelerini çıktıkları yere kadar takip etmeliyiz. İşte bu kural derelerinin neşet ettikleri yer, onların kaynağıdır. Muhakkak ki hukuk kuralları, su gibi toprağın tek bir noktasından değil; bir topluluğun tarihsel gelişim sürecinde ortaya çıkan çeşitli olgulardan kaynaklanır.”

...

Bu doğrultuda “hukukun kaynağı”, bireylerin davranışlarını düzenleyen hukuk kurallarının varlığını ve bağlayıcılığını kazandığı tarihsel olguyu ifade etmektedir” (Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 1. Cilt: Peace (Londra, Birleşik Krallık: Longmans, Green, and Co., 1905), s. 20-21).

Lessafer, uluslararası hukukta kaynak kavramına üç farklı anlamın atfedildiğini bildirmiştir. “Bir bilgilendirici kaynak olarak kaynak” hukukçular için bilginin, ilhamın ve otoritenin bulunduğu yerdir. “Bir biçimlendirici kaynak olarak kaynak” hukuk yapma sürecini ve uluslararası andlaşmalar ile gelenek hukuku gibi araçları ifade etmektedir. “Bir otorite kaynağı olarak kaynak” ise uluslararası hukukta mevcut olan bir kuralın bağlayıcılığının temel nedenini karşılamaktadır (Randall Lesaffer, "Sources in the Modern Tradition: The Nature of Europe's Classical Law of Nations," *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* içinde, ed. Samantha Besson ve Jean D'Aspremont (New York, ABD: Oxford University Press, 2017), s. 100).

İşıқтаç'a göre ise hukukta kaynak kavramı; hukuk kuralı koyma yetkisini ya da doğrudan bu yetkiye sahip olan makamı, kanun vb. gibi hukuk kurallarının somutlaştırılmalarını, belirli bir hukuk düzeni içinde bir hukuk kuralının oluşum sebeplerini, hukuk kurallarının büdüğü somut biçimleri ve bu kuralların bulunduğu belgeleri en geniş anlamıyla herhangi bir hukuk kuralını karşılamaktadır. Bu anlamda toplamda beş farklı anlama sahiptir (Yasemin Işıқтаç, "Hukukun Çağdaş Eğilimlerinin Hukukun

etmektedir. Bu farklı süreçlerden ilki, uluslararası hukukun bağlayıcı kurallarının; diğeriye uluslararası hukukun bağlayıcı olmayan kurallarının oluşturulmasıdır. Bir “süreç” olarak uluslararası hukukun kaynakları, bu hukuk sisteminin hukuken bağlayıcı niteliğini sorgulama amacını değil; uluslararası ilişkiler üstünde dengeleyici bir etkiye sahip olduğu veya olması gerektiği halde, sürekli bir devinimin içinde bulunduğunu vurgulamak amacıyla yapılmaktadır.² Bir kuralın uluslararası hukukun bir parçası haline gelebilmesi için, yine uluslararası hukukun “tanınan” kaynaklarından biri tarafından onaylanması ve bu kaynağa içkin olması gerekmektedir.³

Ulusal hukuk düzenlerinde, hukukun kaynaklarına ilişkin yapılan en temel ayırım “maddi kaynak” ve “biçimsel kaynak” ayırımıdır.⁴ Hukukun maddi kaynakları, hukukun içeriğini oluşturan tüm ahlaki ve sosyal süreçleri, yani gerçek anlamda kuralların kaynaklarını kapsarken;⁵ biçimsel kaynaklar bu ahlaki ve sosyal süreçlerin hukuk kuralı haline geldiği biçimsel sürecin sonucunda ortaya çıkan ürünlerdir.⁶ Uluslararası hukukun kaynaklarına yönelik olarak da bu sınıflandırma kabul edilmektedir. Biçimsel

Kaynakları Kavramına Etkileri," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 54 (1-4) (1994), s. 386-87).

Yukarıdaki bilgiler doğrultusunda uluslararası hukukta kaynak kavramına birçok farklı anlamın atfedildiği ve bu anlamlardan hangisinin kabul edileceğine yönelik doktrinde tam bir uzlaşma bulunmadığı görülmektedir.

² Rüdiger Wolfrum, "Sources of International Law," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* içinde (Oxford University Press, 2011), s. 307.

³ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9. Baskı, (Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2019), s. 20.

⁴ Bu ayırım, Kara Avrupası ve Anglo Sakson Hukuk Sistemleri'nin her ikisinde de uygulanmaktadır. Anglo Sakson Hukuk Sistemi açısından bu ayırımı ilk kez kullanan kişi İngiliz hukukçu James Salmond'dır. Salmond'a göre, biçimsel kaynaklar belirli bir kurala bağlayıcılık veren kaynaklar; maddi kaynaklar ise kuralların içeriğinin alındığı kaynaklardır (Roscoe Pound, "Sources and Forms of Law," *Notre Dame Lawyer* 21(4) (1946), s. 248). Maddi kaynakları da, hukukun kabul ettiği kanun ve yargı içtihatlarını karşılayan “hukuksal kaynaklar” ile yargı kararları yoluyla İngiliz Hukuku'ndaki birçok kuralın alındığı Roma hukuku gibi “tarihsel kaynaklar” olarak ikiye ayırmıştır (Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, The Melland Schill Lectures, (Manchester, Birleşik Krallık: Manchester University Press, 1965), s. 1). Türk Hukuk Doktrini'nde de, hukukun kaynaklarına ilişkin maddi ve biçimsel kaynak ayrımının kabul edildiği görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 12. Baskı, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015), s. 148-49. ve Mukbil Özyörük, *Hukuka Giriş* (Ankara: Ege Matbaası, 1959), s. 126-27.

⁵ Boas maddi kaynakların, bir kuralın bir biçimsel kaynağı olduğunu tespit etmek için gerekli olan kanıtları yansıttığını belirtmiştir. Bu kapsamda, uluslararası gelenek hukukunun iki temel unsuru olan sürekli uygulama ve genel inanışın gelenek hukuku kuralları bakımından birer maddi kaynak olduğunu ifade etmiştir (Gideon Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar, 2012), s. 47).

⁶ Samantha Besson, "Theorizing the Sources of International Law," *The Philosophy of International Law* içinde, ed. Samantha Besson ve John Tasioulas (New York, ABD: 2010), s. 170-71. ve Rona Aybay, *Kamusal Uluslararası Hukuk* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), s. 36.

kaynakların uluslararası hukuk üstündeki etkisi, maddi kaynaklardan çok daha fazladır. Bu kaynaklar, devletler ve uluslararası hukukun diğer kişileri arasında belirli kurallar veya uygulamalara yönelik normatif uzlaşmanın bir sonucu niteliğindedir.⁷

Uluslararası hukukun biçimsel kaynakları, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün (UADS) 38. maddesi kapsamında “asli kaynaklar” ve “yardımcı kaynaklar” olmak üzere iki farklı türe ayrılarak sınıflandırılmıştır. Asli kaynaklar, uluslararası hukuk kurallarını doğrudan yaratan kaynaklar; yardımcı kaynaklar, uluslararası hukuk kurallarının kapsamının ve varlığının tespitinde yararlanılan kaynaklardır.⁸ 38. maddede bu kaynaklar şöyle sayılmıştır:

“1. Önüne gelen uyuşmazlıkları uluslararası hukuka göre çözmekle yükümlü olan Divan şunları uygulayacaktır:

a. Uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin açıkça tanıdığı kuralları koyan, genel veya özel nitelikteki uluslararası anlaşmalar

b. Hukuk olarak kabul edilen, genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası gelenek hukuku

c. Medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri⁹

d. 59. madde hükmü saklı kalmak üzere hukuk kurallarının tespit edilmesinde yardımcı araç olarak, yargı kararları ve farklı milletlerin en yetkin yazarlarının öğretileri

2. Bu hüküm, tarafların uyuşması halinde Divan'ın ex aequo et bono karar verme yetkisini etkilemez.”¹⁰

Yukarıdaki maddenin lafzı doğrultusunda, uluslararası hukukun asli kaynaklarının “uluslararası anlaşmalar, uluslararası gelenek hukuku ve medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri”;^{11,12} yardımcı kaynaklarının ise “yargı kararları ve farklı

⁷ Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, s. 21.

⁸ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Cilt (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2014), s. 121-22.

⁹ Bundan sonra, çalışmanın “medeni milletlerce tanınma” niteliğinin önem arz etmediği bölümlerinde yalnızca “hukukun genel ilkeleri” olarak anılacaktır.

¹⁰ 38. maddenin tarihsel arka planına ilişkin, merkezinde “medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri” olan detaylı bir inceleme, “Uluslararası Toplumda Hukukun Genel İlkelerinin Kodifikasyonuna Yönelik Çalışmalar” başlığı altında yapılmıştır.

¹¹ Crozat, hukukun genel ilkelerini uluslararası hukukun bir asli kaynağı olarak kabul etmemiştir. Ona göre bu ilkeler, “ikame edici kaynak” niteliğindedir. Yani, ancak kendisinin “emredici kaynaklar” olarak tanımladığı uluslararası anlaşmaların ve uluslararası gelenek hukukunun düzenlemediği konularda, hukukun genel ilkelerine başvurulabilecektir. Bununla beraber, bu tür bir boşluğun mevcudiyeti halinde hukukun genel ilkelerine başvurulması zorunlu değildir. Yardımcı kaynaklar ile hiyerarşik açıdan eşit düzeyde olduğundan bu kaynağa başvurulmadan doğrudan yardımcı kaynaklar kullanılabilir (Charles

milletlerin en nitelikli yazarlarının öğretileri” olduğu belirtilebilir. Temelde 38. madde Uluslararası Adalet Divanı (UAD) yargıçlarına, Divan’ın önüne gelen davalarda uygulamak amacıyla gerekli hukuk kurallarının tespiti için göz önüne alınacak çeşitli kaynakları bildirmektedir. Maddenin varlık nedeni uluslararası hukukun kaynaklarını sıralamak değildir. Buna karşılık 38. madde, genel olarak uluslararası hukukun kaynaklarının bulunduğu bir liste olarak kabul görmüştür.¹³ Bu doğrultuda, UAD’nin

Crozat, *Devletler Umumi Hukuku*, çev. Edip F. Çelik, 1.Cilt (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları 1950), s. 140).

¹² Sovyet doktriniyse hukukun genel ilkelerinin, uluslararası hukukun asli kaynaklarından biri olması fikrini reddetmiştir. Doktrinin temelinde, uluslararası hukukun kurallarının yalnızca devletlerin iradelerinin uyuşması sonucunda oluşabileceği fikri vardır. (Olufemi Elias ve Chin Lim, "General Principles of Law", "Soft" Law and the Identification of International Law," *Netherlands Yearbook of International Law* 28 (1997), s. 20-21). Bununla birlikte, doktrinin en önemli temsilcilerinden olan Tunkin konuya ilişkin olarak yapılacak bir çıkarım için, ilk olarak maddenin tarihsel yorumunun yapılmasının gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda maddeyi hazırlayanların asıl amacının Divan’a, burjuva devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde ortak olan ilkeleri uygulama yetkisinin tanınması olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla, Sosyalist Hukuk Sistemi ile Burjuva Hukuk Sistemi’nin ilkeleri içerik ve esas açısından birbirlerinden çok farklı olduklarından, maddenin lafzında yer alan “genellik” niteliği de Tunkin’e göre bir grup burjuva devletin uygulamalarından ibarettir. Ulusal hukuk düzenlerinin ilkeleri, uluslararası hukukun gelişim sürecinde her ne kadar etkili olsa da; bu durum onları uluslararası hukuk ilkeleri haline getirmemektedir. Bir devlet, diğer devletler açısından hukuki anlamda bağlayıcı kurallar oluşturamayacağından, ulusal hukuk düzenlerinde bulunan ilkeler yalnızca mevcut oldukları ulusal hukuk düzeni açısından bağlayıcıdır. Bununla beraber hukukun genel ilkelerinin yaratılmasında ulusal hukuktaki ilkelerden yararlanılabilir. Fakat bu durumda dahi, bu yöntemle yaratılan hukukun genel ilkesinin içeriği ve özü değişmektedir. Dolayısıyla Sovyet doktrinine göre, 38/1-c maddesinde yer alan “hukukun genel ilkeleri”nin kapsamına giren ilkeler ulusal hukuktan kaynaklanamazlar; yalnızca uluslararası toplumun tümünün varlığını kabul ettiği uluslararası hukukun ilkeleri bu maddenin kapsamına girmektedir. Sonuç olarak Sovyet doktrini açısından hukukun genel ilkeleri UAD’nin hukuk yaratma yetkisi bulunmadığından, genellikle ulusal hukukta varlık kazanan ve andlaşma ya da gelenek hukuku yoluyla uluslararası hukukun kapsamına giren, yürürlükteki kuralların uygulanmasında önem kazanan normatif nitelikte olmayan kurallardır (Grigory I. Tunkin, *Theory of International Law* (Massachusetts, ABD: Harvard University Press, 1974), s. 195-202).

Lammers, Tunkin’in yaptığı tarihsel yoruma karşı çıkararak; 38. maddeyi hazırlayanların maddenin kapsamı göz önüne alındığında “tamamen gereksiz” bir bendi madde lafzına koymayacağını belirtmiştir. Bununla beraber, Sosyalist ve Burjuva hukuk sistemlerinde ortak hiçbir ilkenin olmadığı konusunda bir iddianın ortaya atılabilmesi için çok derin bir incelemenin yapılmasının bir gereklilik olduğunu; fakat Tunkin’in böyle bir çalışmayı yapmadan sonuca vardığını bildirmiştir (Johan G. Lammers, "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations," *Essays on the Development of the International Legal Order* içinde, ed. Frits Kalshoven (Maryland, ABD: Kluwer Academic Publishers, 1980), s. 54-56).

¹³ David Kennedy, "The Sources of International Law," *American University International Law Review* 2 (1) (1987), s. 2., Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, s. 22-23. ve Anthony Aust, *Handbook of International Law*, 2. Baskı, (Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2010), s. 5-6.

Diğer taraftan, 38. maddenin uluslararası hukukun kaynaklarını tam ve kesin olarak ortaya koymadığını iddia eden birtakım farklı görüşler de mevcuttur. Vec, maddenin lafzının uluslararası hukukun kaynaklarını sıralamaya yönelik herhangi bir ifade içermemesi nedeniyle, halihazırda uluslararası hukukun kaynaklarının neler olması gerektiğini belirtmediğini ve buna ek olarak konuya ilişkin birçok görüşün ve farklı uygulamanın bulunması sonucunda ortaya çıkan çoğulculuğu koordine etmeye yönelik evrensel bir listenin mevcut olmadığını bildirmiştir (Miloš Vec, "Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: The Myth of Positivism," *The Philosophy of International Law* içinde, ed. Samantha Besson ve John Tasioulas (New York, ABD: Oxford University Press, 2010), s.

kurucu anlaşması olan UADS’de bir kural olarak yer aldığından Divan tarafından her uyuşmazlıkta uygulanmak zorundadır.¹⁴ Nitekim maddenin 1. fıkrasında bu durum, maddenin lafzında sayılan kaynakların UAD tarafından, önüne gelen her uyuşmazlıkta “uygulanacağı” belirtilerek ortaya konulmuştur.

1.1.1 Uluslararası Gelenek Hukuku¹⁵

Gelenek hukuku, uluslararası hukukun ve aynı zamanda genel olarak hukukun en eski kaynağı olarak kabul edilmektedir.¹⁶ Nitekim, bir toplum içinde yaşayan insanlar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi amacıyla yazı öncesi dönemde dahi bağlayıcı olduğu kabul edilen gelenek hukuku; devletlerarası ilişkiler açısından da özellikle 1945 Öncesi Dönem’de uluslararası hukuk kurallarının büyük bir bölümünün esas kaynağı niteliğinde olmuştur. 1945 Sonrası Dönem’de uluslararası toplumun ve buna bağlı olarak da uluslararası hukukun kapsamının üstel bir şekilde genişlemesiyle kuralların oluşturulmasında iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar, gelenek hukukundan daha çok kullanılmaya başlanmıştır. Gelenek hukuku, temelde devletlerarası ilişkilerin yürütülmesindeki uygulamaların birikiminden doğan hukuksal güce sahip kuralları kapsamaktadır.¹⁷

127). Fitzmaurice ve Aybay da aynı görüştedir. Görüşleri için bkz. Gerald Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law," *Sources of International Law* içinde, ed. Martti Koskenniemi (New York, ABD: Routledge, 2016), s. 162, 73. ve Aybay, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, s. 41-42.) Buna karşın Akehurst 38. maddenin uluslararası hukukun kaynakları açısından tam bir liste olduğunu, buna karşı çıkanların ise örnek olarak “uluslararası organizasyonların eylemleri” ve “devletlerin çok taraflı eylemlerini” de uluslararası hukukun kaynağı olarak kabul ettiklerini; fakat verilen bu örneklerin de meşruiyetlerini asıl olarak 38. maddede sayılan kaynaklardan aldıklarını ya da bu kaynakların farklı bir görünümüleri olduklarını belirterek 38. maddenin sınırları nitelikte olduğunu iddia etmiştir (Peter Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law* (Londra, Birleşik Krallık: Routledge, 1997), s. 32).

¹⁴ Robert Y. Jennings, *General Course on Principles of International Law* (Leiden, Hollanda: A.W. Sijthoff, 1969), s. 8.

¹⁵ Bundan sonra, “gelenek hukuku” olarak anılacaktır. Ancak, doktrinde bu kurallar “örf-adet kuralları” ya da “yapılageliş kuralları” olarak da adlandırılmaktadır.

¹⁶ Robert Jennings ve Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9. Baskı, 1. Cilt: Peace (Londra, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 1992), s. 22.

¹⁷ Aybay, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, s. 121.

UAD, Libya ve Malta arasındaki *Kıta Sahaneliği Davası*'na¹⁸ ilişkin 3 Haziran 1985 tarihinde verdiği kararında gelenek hukuku kurallarının unsurlarını “*sürekli uygulama (maddi unsur)*” ve “*genel inanç (psikolojik unsur)*” olarak ikiye ayırmıştır.^{19,20} Sürekli uygulama, devletlerin benzer eylemleri tekrar eder biçimde uzun bir süre²¹ uygulamasıdır. Bu eylem, ulusal hukuk düzeni işlemleri ya da bir ulusal mahkeme kararı olabileceği gibi devletler arasında yapılan bir uluslararası anlaşma da olabilir.²² Her ne kadar “uzun bir süre devam etmesi” gerektiğinden bahsedilse de uluslararası yargı ve hakemlik organlarının kararlarında maddi unsurun değerlendirilmesinde, sürenin uzunluğundan ziyade; uygulamanın istikrarlı ve yeknesak olup olmadığı incelenmiştir.²³ Diğer unsur olan genel inanç ise, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası*'nda şöyle tanımlanmıştır:

“Söz konusu eylemler yalnızca bir yerleşik uygulamaya değil; aynı zamanda bu yerleşik uygulamanın, bir hukuk kuralının varlığı için zorunlu addedilmesine yönelik bir inancın kanıtı niteliğinde olmalı ya da bu şekilde görülmelidir. Bu tür bir inanca olan ihtiyaç, “*opinio juris sive necessitatis*” kavramının içinde örtülü bir şekilde bulunmaktadır. Bu

¹⁸ Libya ve Malta arasındaki kıta sahanlığının sınırlandırılması amacıyla, 23 Mayıs 1976 tarihinde yaptıkları anlaşmayla UAD'ye başvurmuşlardır. Divan, yetkisinin yapılan anlaşmayla sınırlı olduğunu belirttikten sonra, tarafların da iddia ettikleri gibi her ne kadar o dönemde daha yürürlüğe girmemiş olsa da BMDHS'nin deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerinin gelenek hukuku kuralı niteliğinde olduğunu bildirmiştir (Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) (Merits), Judgment of 3 June 1985, I.C.J. Reports 1985, s.15-17, 29-30).

¹⁹ a.g.e.

²⁰ 2012'de Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), “uluslararası gelenek hukukunun oluşması ve kanıtlarını” çalışma programına almış ve İngiliz Hukukçu Michael Wood'u özel raportör olarak atamıştır. Wood, UHK'nin 66. Oturumu'nda bir taslak anlaşma ile rapor sunmuştur. Bu raporda da, gelenek hukukuna iki unsurlu yaklaşımın hem Komisyon hem de UAD ile diğer uluslararası yargı organları tarafından kabul edildiğine ilişkin bir tespit yer almıştır. (Second Report on Identification of Customary International Law, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 Mayıs 2014), s. 7-14).

²¹ UAD, 12 Nisan 1960 tarihli *Hindistan'ın Ülkesinden Geçiş Hakkı Davası*'nda bu süreye ilişkin bir belirleme yapmıştır. Divan, uyumsuzluğa konu olan bölgede Hindistan bağımsız olduktan sonra dahi değişmeyen ve 125 yıldan uzun süredir devam eden bir uygulamanın taraflarca bir hukuk kuralı olarak kabul edildiğini ve karşılıklı hak ve yükümlülüğe vücut verdiğini bildirmiştir (Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960, s. 40). Diğer taraftan, 20 Şubat 1969 tarihli *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası* kararında 10-15 yıldır devam eden bir eylemi de sürekli uygulama olarak nitelendirerek düz esas hat uygulamasının bir gelenek hukuku kuralı olduğunu belirtmiştir (North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) (Merits), Judgment of 20 February 1969, I.C.J. Reports 1969, s. 43).

²² Michael Akehurst, "Custom as a Source of International Law," *British Yearbook of International Law* 47 (1) (1975), s. 8-11.

²³ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Cilt, s. 247.

nedenle ilgili devletler, hukuki yükümlülüğe vücut veren bir olguyla uyum halinde olduklarını hissetmek zorundadırlar."²⁴

Devletlerin uygulamalarını, uluslararası hukuktan doğan bir yasal zorunluluk olduğu kanısıyla yerine getirmelerini gerektiren genel inanç unsuru gelenek kuralı niteliğindeki uygulamanın, yalnızca "görgü kuralları" gerektirdiği için yapılan uygulamadan ayrışmasını sağlamaktadır.²⁵

1.1.2. Uluslararası Andlaşmalar²⁶

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) "*Terimlerin Kullanılması*" başlıklı 2. maddesine göre andlaşma, "*bir veya iki ya da daha çok ilişkili belgede yer almasına bakılmaksızın ve kendine mahsus ismi ne olursa olsun, devletler arasında yazılı bir şekilde yapılan ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası anlaşmalar*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım dolayısıyla, VAHS'nin kapsamına sözlü olarak yapılan ya da taraflarından birinin uluslararası örgüt olduğu uluslararası andlaşmalar girmemektedir.²⁷

²⁴ North Sea Continental Shelf, s. 44.

²⁵ Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, s. 80-81.

²⁶ Fitzmaurice uluslararası andlaşmaları bir biçimsel kaynak olarak değil; bir maddi kaynak olarak nitelendirmiştir. Ona göre yasa andlaşmalar dahi, "adına uygun olarak" hukuk kuralı koymazlar; ancak hükümlerinin uluslararası gelenek hukukunun kapsamı dahiline girerek taraf olmayan 3. devletler açısından bağlayıcı hale gelmesi durumunda hukuk kuralını yaratabilir ya da halihazırda mevcut olan gelenek hukuku kurallarını açıklayıcı veya kodifiye edici nitelikte olabilirler. Bununla beraber uluslararası andlaşmalar temelde, devletler açısından yalnızca bir uluslararası sorumluluk kaynağıdır. Dolayısıyla özel kişiler arasındaki bir sözleşme ne kadar ulusal hukukun kaynağıysa uluslararası andlaşmalar da o kadar uluslararası hukukun kaynağıdır.

Bir kanun başından itibaren bir hukuk kuralı niteliğindedir. Fakat uluslararası andlaşmalar için aynıysı söylenemez. Halihazırda mevcut olan hukuk kurallarını içerdiği durumlarda, taraf olmayanların bu kurallara uyma nedeni uluslararası andlaşmanın varlığı değil; uluslararası andlaşmada yansıtılan bağlayıcı kurallardır. Fitzmaurice ayrıca, uluslararası hukukun kapsamı içine uluslararası andlaşmada bulunan bir kuralın alınması durumunda, bu kuralın biçimsel kaynağının uluslararası andlaşma değil açıkça gelenek hukuku olduğunu iddia etmiştir (Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law," s. 61-64). Oppenheim da uluslararası andlaşmalardan ancak, uluslararası toplumda gelecekte ortaya çıkacak devlet eylemlerine ilişkin kuralları belirlemek ya da halihazırdaki gelenek hukuku kurallarını onaylamak, tanımlamak ya da kaldırmak amacını taşıyanlarının uluslararası hukukun kaynağı olarak kabul edileceğini belirtmiştir (Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 1. Cilt: Peace, s. 23).

²⁷ Nitekim uluslararası örgütlerin tarafı olduğu uluslararası andlaşmaların düzenlenmesi amacıyla, 1986 tarihli Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütlerle Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi yapılmıştır.

Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılığı, bir hukukun genel ilkesi olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinden²⁸ kaynaklanmaktadır. Uluslararası andlaşmalar en temelde, içerdikleri hükümlerin niteliğine göre “yasa andlaşmalar” ve “sözleşme (akit) andlaşmalar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²⁹ Yasa andlaşmalar, bir devletin yasama işleminin ulusunun tamamını bağlaması gibi evrensel olma amacı taşıyan, bu anlamda da uluslararası toplumun büyük bir bölümü açısından bağlayıcı nitelikteki genel kuralları içermektedir. Sözleşme (akit) andlaşmalar ise iki ya da çok fazla sayıda olmayan devletin özel menfaatlerini etkileyen belirli bir konuyu düzenleyen ve yalnızca bu devletler arasında etki doğurmayı amaçlayan andlaşmalardır.³⁰

1.1.3. Medeni Milletlerce Tanınan Hukukun Genel İlkeleri ve Uluslararası Hukukun Bütünlüğü

Tüm hukuk düzenlerinde mahkemeler, önlerine gelen bir uyuşmazlığa ilişkin yazılı bir hukuk kuralının ya da benzer bir uyuşmazlığa yönelik bir mahkeme kararının bulunmadığı durumlarda uyuşmazlığa uygulamak üzere adalet, hakkaniyet ya da birtakım başka kaynaklardan türetildiğine bakmaksızın halihazırda mevcut olan kurallardan analogi yaparak veya hukuk düzenine rehberlik eden genel ilkeleri göz önüne alarak bir kural meydana getirmek yükümlülüğü altındadır.³¹ Bu işlemi gerektirecek bir durumun, gelişim süreçlerini uzun süreden beri devam ettiren ulusal hukuk düzenlerinden ziyade; tüm devletlerin üstünde uzlaşmaya vardığı bir uluslararası mevzuatın bulunmadığı, ayrıca bu türde bir mevzuatı oluşturmaya yönelik bir uluslararası yasama organının mevcut olmadığı görece oldukça yeni bir hukuk sistemi olan uluslararası hukukta ortaya çıkması çok daha muhtemeldir.³² Bu tür durumların

²⁸ Ahde vefa ilkesine ilişkin bir tanımlama, bu çalışmanın “İyiniyet İlkesi” başlığı altında yapılmıştır.

²⁹ Yasa andlaşma ve akit andlaşma ayrımından başka, doktrinde uluslararası andlaşmalara yönelik birçok farklı sınıflandırma da yapılmaktadır. Bu sınıflandırmalardan bazıları şunlardır: Tarafların sayısına göre andlaşmalar, konularına göre andlaşmalar, objektif statü yaratma durumuna göre andlaşmalar, coğrafi açıdan kapsadığı alana göre andlaşmalar.

³⁰ P. K. Menon, "Primary, Subsidiary and other Possible Sources of International Law," *Sri Lanka Journal of International Law* 1 (1989), s. 116-17.

³¹ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 8. Baskı, (Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2017), s. 72-73.

³² Neha Jain, "General Principles of Law as Gap-Fillers" (*Filling the Gaps: The Study of Judicial Creativity and Equity in Mixed Jurisdictions and Beyond*, University of Catania Department of Political and Social Sciences: 2013), s. 8-10.

uluslararası hukuk açısından yaygın olarak meydana gelmesi, uluslararası hukukta çeşitli boşlukların (*lacunae*) ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Uluslararası hukukta, ulusal hukuk düzenlerinde olduğu gibi boşlukların doldurulması amacıyla “hukukun bütünlüğü ilkesi” uygulanmaktadır. Bu ilkenin, iki adet esas unsuru bulunmaktadır. Birincisi uyuşmazlığın taraflarının, bir mahkemeyi yetkili kıldıktan sonra uyuşmazlığın hukuki bir uyuşmazlık niteliğine sahip olmadığını ve çözümüne ilişkin hukuk kurallarının bulunmadığını iddia edememesidir. İkincisi ise bir mahkemenin, önüne gelen bir uyuşmazlığa yönelik olarak hukukta bir boşluğun olması nedeniyle karar vermemesi ya da bir karar verebilmesi için yeterli hukuki zeminin bulunmamasını belirtmesinin mümkün olmamasıdır.³³ İkinci unsurun bir sonucu da “*non liquet yasağı*”dır.^{34,35} Pozitif hukukun tartışmasız en önemli ilkelerinden biri olan bu yasağın, bir mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlık açısından karara varmayı herhangi bir nedenle reddetmeme zorunluluğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme yine görevsizlik kararı verebilir. Fakat bu yasağın kapsamında, önüne gelen uyuşmazlığa uygulanabilecek bir hukuk kuralının mevcut olmadığı, tartışmalı olduğu ya da kesin ve açık olmadığı gerekçeleriyle karar vermektен kaçınmamaktadır. Bununla beraber, *non liquet yasağının* kaynağı olarak görülebilecek uluslararası hukukun bütünlüğü ilkesi de mahkemelerin, “herhangi bir uyuşmazlığı tarafları tatmin edecek şekilde çözen çeşitli araçlar” olarak değil; “çekişmeli yargılamalarda her zaman tarafların taleplerinin hukukiliğini ve dolayısıyla verilecek olan kararın hangi tarafın lehine olacağını belirleyen varlığı zorunlu bir yargı organı” olarak tanımlanmasını gerektirmektedir.^{36,37}

³³ Hersch Lauterpacht, "Some Observations on the Prohibition of "Non liquet" and the Completeness of the Law," *Sources of International Law* içinde, ed. Martti Koskenniemi (New York, ABD: Routledge, 2016), s. 198-200.

³⁴ *Non liquet* Türkçe'ye “açık değil” olarak çevrilebilir.

³⁵ *Non liquet* yasağının Roma hukukundan bu yana olan tarihsel gelişim sürecine ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Alfredo Mordechai Rabello, "Non liquet: From Modern Law to Roman Law," *Annual Survey of International & Comparative Law* 10 (1) (2004).

³⁶ *Non liquet*, “geçici non liquet” ve “gerçek non liquet” olmak üzere iki türe ayrılmaktadır. *Geçici non liquet*, hukuk düzeninde bir uyuşmazlığa uygulanabilecek bir kuralın bulunmaması durumudur. Neff'e göre “geçici non liquet”, gerçek anlamda bir *non liquet* değildir. Gerçek anlamda *non liquet*in mevcudiyeti için bir mahkeme tarafından yalnızca uygulanacak kuralın bulunmaması değil; aynı zamanda ve daha önemlisi bu boşluğun doldurulmasını sağlayacak hiçbir hukuki yolun olmaması, yani bu eksikliğin giderilmesine yönelik bir onarım aracının hiçbir şekilde yaratılmaması gerekmektedir.

Uluslararası mahkemelerin *non liquet* yasağı gereğince önlerine gelen uyuşmazlıklarda uluslararası hukukta mevcut olan bir boşluğu öne sürerek karar vermeme yetkilerinin bulunmaması, bu boşlukların mahkemeler tarafından nasıl doldurulacağı sorununu da beraberinde getirmiştir. Bu soruna ilişkin olarak Lauterpacht çeşitli yöntemler ortaya koymuştur. Ona göre uluslararası hukuktaki bir boşluk, bir uluslararası mahkeme tarafından şu yöntemlerle doldurulabilir: Bir dava türüne yönelik yerleşik kuralların görece benzer diğer durumları da kapsayacak şekilde genişletilmesi anlamına gelen analoginin uygulanması, yeni durumlara genel ilkelerin uygulanması veya somut olay adaletini sağlamayı amaçlayan hakkaniyetin uygulanması.^{38,39}

Gerçek *non liquet* ise *non liquet*'in kaynağına göre, yargıçların ya da hakemlerin önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak karar alma yeteneklerinin mevcudiyeti açısından "*karar almada non liquet*" (*decision making non liquet*) ve bu sorunun temelde hukuk düzeniyle ilgili olması açısından "*sistemik non liquet*" (*systemic non liquet*) olarak ikiye ayrılmaktadır (Stephen C. Neff, "In Search of Clarity: Non liquet and International Law," *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice* içinde, ed. Kaiyan Homi Kaikobad ve Michael Bohlander (Boston, ABD: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), s. 63-65).

³⁷ Her ne kadar Lauterpacht makalesini yazdığı dönemde "önemsiz" örnekler dışında uluslararası mahkemelerin uygulamaları açısından *non liquet* ilkesine hiç başvurulmadığını belirtse de (Lauterpacht, "Some Observations on the Prohibition of "non liquet" and the Completeness of the Law," s. 198.); 1996 yılında UAD, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun talebi üzerine nükleer silah kullanımının ve tehdidinin hukuka uygunluğuna ilişkin verdiği danışma görüşünde "*Divan'ın mevcut ilkeleri ve kuralları tespit edip, bunları yorumlayarak nükleer silah tehdidinde ve kullanımına uygulaması gerektiğini*" belirttiikten sonra yaptığı incelemenin sonunda şu kararlara varmıştır:

"Nükleer silah tehdidinde ya da kullanımına yönelik ne gelenek hukukunda ne de uluslararası anlaşmalarda açık bir yetkilendirmenin mevcut olmadığına oybirliğiyle; Nükleer silah tehdidinde ya da kullanımına yönelik ne gelenek hukukunda ne de uluslararası anlaşmalarda kapsamlı ve evrensel bir yasaklamanın olmadığına oyçokluğuyla karar verilmiştir."

Danışma görüşünün son bölümünde ise konuya uygulanabilecek kurallara yönelik bir tespit yapılmıştır:

"Bir nükleer silah tehdidi ya da kullanımı, silahlı çatışmalara uygulanabilecek uluslararası hukukun, özellikle de uluslararası insancıl hukukun ilke ve kurallarıyla; aynı zamanda da uluslararası anlaşmalardaki ve diğer taahhütlerdeki özel yükümlülüklerle uyumlu olmalıdır" (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, s. 265-266).

Karardan alınan yukarıdaki bölümler birlikte değerlendirildiğinde, Divan'ın nükleer silah tehdidi ya da kullanımına yönelik yazılı bir hukuk kuralı bulunmadığını tespit ettiği görülebilir. Fakat, bu bir *gerçek non liquet* olmaktan ziyade; bir *geçici non liquet* halidir. Nitekim Divan, düzenleyici yazılı hukuk kurallarının bulunmamasına rağmen; "uluslararası insancıl hukukun ilke ve kurallarının" olaya uygulanabileceğini belirterek halihazırdaki boşluğu doldurmaya yönelik bir çözüm ortaya koymuştur.

³⁸ Iain G. M. Scobbie, "The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function," *European Journal of International Law* 8 (2) (1997), s. 274-78.

³⁹ Alman hukukçu Hans Kelsen de benzer bir listeyi ortaya koymuş; fakat Lauterpacht'tan farklı olarak boşluğun mevcudiyeti halinde yukarıdaki araçlara ek olarak, bu araçların da boşluğu doldurmadığı durumlarda "kalan negatiflik ilkesi"nin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Bu ilke doğrultusunda mahkeme, "yasaklanmayı yapmak hukukidir." anlayışıyla hareket ederek hukuktaki boşluğun konusu olan olayı, *non liquet* ilan etmek yerine hukuka uygun saymak suretiyle ortadan kaldırmaktadır (Kiyotaka

Bu kapsamda, *non liquet yasağı* çerçevesinde uluslararası hukukta mevcut olan bir boşluğun doldurulması amacıyla kullanılacak araçlardan biri de hukukun genel ilkeleridir.⁴⁰ UADS’de her ne kadar asli kaynaklar arasında hiyerarşinin varlığına yönelik bir ifade bulunmasa da, uluslararası hukuk doktrininde yaygın olarak hukukun genel ilkelerinin esasında uluslararası anlaşmaların ve gelenek kurallarının düzenlemediği durumlara, yani genel olarak yazılı hukuk kuralları açısından bir boşluğun mevcut olduğu durumlara uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁴¹ Nitekim, başta UAD olmak üzere birçok uluslararası mahkeme ancak bir boşluk halinde hukukun genel ilkelerini⁴² uygulamayı tercih etmiştir.

Dolayısıyla hukukun genel ilkelerinin temel işlevi, uluslararası hukukta halihazırda mevcut olan bir boşluğun doldurulmasıdır. Bununla beraber hukukun genel ilkeleri, yorumlayıcı işlevi doğrultusunda uluslararası anlaşma hükümlerinin ve gelenek hukuku kurallarının anlamları açısından bir belirsizliğin mevcudiyeti halinde, bu belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla da kullanılabilir.⁴³ Ayrıca, mahkemelerin

Morita, "The Issue of Lacunae in International Law and Non liquet Revisited," *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 45 (2017), s. 42-43).

⁴⁰ Crozat, *Devletler Umumi Hukuku*, 1.Cilt, s. 139. ve Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 11. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), s. 86.

⁴¹ Hukukun genel ilkelerinin, uluslararası hukukta mevcut olan gayriresmi üstünlük hiyerarşilerindeki yeri “Uluslararası Hukukta Bir Hiyerarşinin Varlığı” başlığı altında detaylı bir şekilde incelenmiştir.

⁴² Burada “hukukun genel ilkeleri” ve “uluslararası hukukun genel ilkeleri” kavramları arasındaki ayrımın da açıklanması gerekmektedir. Bu iki kavram arasında, kapsadıkları kurallar bakımından farklılık bulunmaktadır. Brownlie, uluslararası hukukun genel ilkeleri kavramının kapsamının belirsiz olduğunu ve “uluslararası gelenek hukukunu, 31/3-c maddesinde belirtildiği gibi hukukun genel ilkelerini ya da halihazırda var olan uluslararası hukuk temelinde yapılan hukuksal muhakemenin altında yatan mantıksal önermeleri ifade edebileceğini” bildirmiştir (Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, s. 37.) Le Fur ise uluslararası hukukun genel ilkelerinin asıl olarak uluslararası gelenek hukukuna karşılık geldiğini belirtmiştir. (Louis Le Fur, *Devletler Umumi Hukuku*, çev. Şinasi Z. Devrin (Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1942), s. 206).

⁴³ Koskenniemi, hukukun genel ilkelerinin uluslararası anlaşmalar bakımından yorumlayıcı işlevinin özellikle şu hallerde kullanıldığını belirtmiştir:

“Anlaşma hükmünün belirsiz ya da farklı şekillerde yorumlanabilecek durumda olması, veya anlaşmada kullanılan kavramların hukukun genel ilkeleri bakımından belirli ve açık bir karşılığının bulunması ya da anlaşmanın uygulanacak hukuk açısından sessiz kalması ve anlaşmadan doğan uyumsuzlukların çözülmesi amacıyla yorumlayanın sistemik entegrasyon karinesini uygulayarak uluslararası hukukun başka bölümlerinde geliştirilen kurallara başvurmasının zorunlu olması” (Marti Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U.N. Doc. A/CN.4/L. 682 (2006), s. 235).

kararlarının hukuki gerekçelendirmesinde de hukukun genel ilkelerinden yararlanılmaktadır.^{44,45,46}

1.1.3.1. Kavramın İncelenmesi ve Unsurları

Uluslararası hukukun bir asli kaynağı olarak “Medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri”nin temelde “hukukun genel ilkeleri” ve “medeni milletlerce tanınma” olmak üzere iki farklı unsuru olduğu belirtilebilir.

“Hukukun genel ilkeleri”nin kapsamına ilişkin uluslararası hukuk doktrininde tam bir uzlaşma bulunmadığından, konuya yönelik farklı görüşler ortaya atılmıştır. Lauterpacht’ın da dahil olduğu yaygın olarak kabul edilen görüşe göre bu ilkeler, çeşitli ulusal hukuk düzenlerinde yapılan bir karşılaştırmanın sonucunda bu düzenlerin hepsinde ya da çoğunluğunda mevcut olan ilkelere dir. Diğer bir deyişle, dünyadaki tüm ulusal hukuk düzenleri incelendiğinde bunların tümü ya da çoğunluğunun tanıdığı belirli ilkeler hukukun genel ilkeleri olarak değerlendirilmektedirler.^{47,48} Bu doğrultuda,

⁴⁴ Fabián Raimondo, "General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, University of Amsterdam, 2007), s. 20.

⁴⁵ Hukukun genel ilkelerinin işlevlerine yönelik doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Cheng, hukukun genel ilkelerinin üç farklı işlevi olduğunu belirtmiştir. Bu işlevler şunlardır: Yansıması olan hukuk kurallarının kaynağı olması, pozitif hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasına yönelik olarak mahkemeye bir rehber ya da çerçeve oluşturması ve hukuki boşlukları doldurması (Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (New York, ABD: Cambridge University Press, 2006), s. 390).

Bassiouni’ye göre ise bu işlevler; uluslararası andlaşmaların ve uluslararası gelenek hukuku kurallarının yorumlanması, yeni andlaşma ve uluslararası gelenek hukuku kurallarının geliştirilmesi, andlaşma ve uluslararası gelenek hukuku açısından bir ikincil kaynak olması, andlaşma ve gelenek hukuku kurallarını değiştirmesidir (M. Cherif Bassiouni, "A Functional Approach to "General Principles of International Law", *Michigan Journal of International Law* 11 (1990), s. 775-76).

⁴⁶ Hukukun genel ilkelerinin işlevlerine, birtakım uluslararası andlaşma hükümlerinde de yer verilmiştir. Buna ilişkin örneklere yönelik detaylı bir inceleme için bkz. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği, *General Principles of Law*, U.N. Doc. A/CN.4/742 (2020), s. 21-23.

⁴⁷ Hersch Lauterpacht, "Private Law Analogies in International Law" (Yayınlanmış Doktora Tezi, 1926), s. 60-61. Bu görüş farklı yazarlar tarafından da benimsenmiştir. Örneğin Pellet’ye göre, hukukun genel ilkelerinin “ulusal hukukta tanındığına yönelik bir şüphe yoktur.” ayrıca; “her ne kadar hukukun genel ilkeleri birtakım doğal hukuk bileşenlerini içinde barındırıyor da bu “bileşenlerin” devletlerin ulusal hukuk düzenleri tarafından hukukileştirilmesi zorunludur” (Alain Pellet, "Art. 38," *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* içinde, ed. Andreas Zimmermann, Christian J. Tams vd. (Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2012), s. 932-33.) ve Marcelo Vázquez-Bermúdez, *Second Report on General Principles of Law*, U.N. Doc. A/CN.4/741 (2020), s. 6.

⁴⁸ Cheng, bu niteliğe sahip bir hukukun genel ilkesine “kesin hüküm ilkesi”ni (*res judicata*) örnek olarak vermiştir (Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, s. 336-38). Bir mahkeme kararıyla kesin olarak çözüme ulaştırılmış bir uyuşmazlık anlamına gelen kesin hüküm

hukukun genel ilkeleri temelde “*in foro domestico*” ilkeleridir.⁴⁹ Fakat bu ilkeler ulusal hukukun yapısı, özneleri, kaynakları gibi kendine has özelliklerini barındırdıklarından uluslararası hukuktan doğan bir uyumsuzluğa doğrudan uygulanamazlar. Uygulanabilir hale getirilmeleri için çeşitli işlemlerden geçirilmeleri gerekmektedir. Bu işlemler sırasıyla şunlardır: Dünyadaki hukuk sistemlerinde (Kara Avrupası ve Anglo Sakson Hukuk Sistemi) benzer şekilde mevcut olan bir ilkenin bulunması, ele alınan ulusal hukuk ilkesinin, ulusal hukuk düzeninin “çekirdeği”ni oluşturan bir ilke niteliğinde olup olmadığının tespiti ve son olarak ilkenin ulusal hukuka özgü özelliklerinden arındırılarak uluslararası hukuka “transpozisyonu” ya da “uyarlanması”.⁵⁰ Üçüncü aşamada, ilkeler ulusal hukuka özgü özelliklerinden ve bu doğrultuda ulusal hukuk ilkesi kimliklerinden büyük ölçüde ayrıştırılırlar. Bu işlem “damıtma” olarak

ilkesinin Gözler’e göre “tekrar yargılama yasağı”, “bağlayıcılık” ve “kesin delil teşkil etme” olmak üzere üç farklı etkisi bulunmaktadır. Bu etkilerin sonucu olarak, verilen karar kesin bir delil niteliğinde olduğundan bu karara konu olan uyumsuzluk başka bir mahkeme tarafından tekrar görülemez (Kemal Gözler, "Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56 (2) (2007), s. 46-49). Mejia-Lemos’a göre ise, kesin hüküm ilkesinin iki farklı etkisi bulunmaktadır. Bu etkilerden şekli hukuka ilişkin olanı “olumsuz etki”; maddi hukuka ilişkin olanı ise “olumlu etki” olarak adlandırılmıştır. Olumsuz etki doğrultusunda, taraflar arasındaki bir dava geçerli ve kesin bir hükümle karara bağlandıysa; taraflar davaya konu uyumsuzlukla ilgili olarak, karar yürürlükte kaldığı sürece yeni bir dava açamazlar. Olumlu etkiye göreyse, kesin hüküm niteliğindeki bir karar tarafların tümü açısından bağlayıcıdır. Dolayısıyla olumlu etki, bu tür bir kararlar sonuçlandırılan davalarda taraflardan birinin davanın diğer tarafından bu davaya konu olan uyumsuzluğa ilişkin bir hak iddiasında bulunmasını engellemektedir (Diego Mejía-Lemos, "The Principle of Res Judicata, Determination by "Necessary Implication" and the Settlement of Maritime Delimitation Disputes by the International Court of Justice," *The Journal of Territorial and Maritime Studies* 5 (2) (2018), s. 51-52). İlke, hem Kara Avrupası hem de Anglo-Sakson Hukuk Sistemi kapsamındaki ulusal hukuk düzenlerinin birçoğunda etkin bir şekilde mevcuttur (Silja Schaffstein, "The Doctrine of *Res Judicata* Before International Arbitral Tribunals" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, University of London, 2012), s. 14-59). Uluslararası hukuk açısından ilke, UADS’nin 59. ve 60. maddelerinde yer almıştır. Sırasıyla bu maddelere göre;

“*Divan’ın kararı ancak uyumsuzluğun tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır.*

“*Hüküm kesindir ve buna karşı başvurma yolu yoktur...*”

Yukarıdaki maddeler ışığında UAD’nin, kesin hüküm ilkesini tam ve kesin olarak benimsediği görülebilir. Nitekim, verdiği kararların bazılarında doğrudan bu ilkeye atıf yapmıştır. (William S. Dodge, "Res Judicata," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* içinde (Oxford University Press, 2011), para. 11-15.)

⁴⁹ Beatrice I. Bonafé and Paolo Palchetti, "Relying on General Principles of International Law," *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* içinde, ed. Catherine Brölmann ve Yannick Radi (Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing, 2016), s. 169., Paolo Palchetti, "The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Rules," *General Principles and the Coherence of International Law* içinde, ed. Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice vd. (Leiden, Hollanda: Brill Nijhoff, 2019), s. 48. ve Marcelo Vázquez-Bermúdez, *First Report on General Principles of Law*, U.N. Doc. A/CN.4/732 (2019), s. 49-50.

⁵⁰ Peter G. Staubach, *The Rule of Unwritten International Law: Customary Law, General Principles, and World Order* (New York, ABD: Routledge, 2018), s. 192.

adlandırılır.⁵¹ Dolayısıyla, damıtma işlemine tabi tutulan bir ilkenin işlem öncesinde “genellik” özelliği nedeniyle ulusal hukuk düzenlerinin birçoğunda yer alması yeterli olmayıp; farklı ulusal hukuk sistemlerinde de varlık göstermesi gerekmektedir. Fakat ilkenin evrensel bir ilke niteliğinde olması zorunlu değildir.⁵² Damıtma işlemine ilişkin olarak yapılan en açıklayıcı tanımlamalardan biri de UAD’nin *Güneybatı Afrika Davası*’nda verdiği 11 Temmuz 1950 tarihli danışma görüşü’ne Yargıç Arnold McNair’in verdiği ayrık görüşte yer almaktadır. Görüşünde McNair, damıtma işlemini şu şekilde tanımlamıştır:

“Uluslararası hukuk, kurallarının ve kurumlarının büyük çoğunluğunu özel hukuktan almıştır ve almaya devam etmektedir. Uluslararası hukukun bu kaynaktan ödünç alma biçimi, özel hukuk kurumlarını “hiçbir değişikliğe uğratmadan”,⁵³ halihazırdaki halleriyle ve tam bir kurallar dizisine sahip olarak almak değildir. Bu tür bir süreci “hukukun genel ilkeleri”nin uygulanmasıyla bağdaştırmak zor olacaktır. Benim görüşüme göre, uluslararası mahkemelerin bu konudaki gerçek görevi özel hukukun kurallarını ve kurumlarını hatırlatan özellikleri ve terminolojiyi doğrudan almaktansa; bunları politikanın ve ilkelerin bir göstergesi olarak görmektir.”⁵⁴

Bu kapsamda damıtma işleminin en önemli sonucu ilkenin, ulusal hukuka münhasır birtakım özelliklerinin ortadan kaldırılmasıdır. Artık ilke ulusal hukuk düzenleriyle ya da devletlerle olan ilişkilerinden belirli oranda arınmış bir şekilde, yalnızca uluslararası hukukun bir ilkesi haline gelmiştir.⁵⁵ Dolayısıyla uluslararası mahkemeler, önlerine gelen bir uyuşmazlıkta ulusal hukuk düzenleri açısından genel olan temel nitelikteki ilkelerden bazılarını analogik akıl yürütme yoluyla kullanabilmeleri konusunda

⁵¹ Raimondo, uluslararası mahkemeler tarafından uygulanan hukukun genel ilkelerinin büyük bir bölümünün uyarlanma işleminden geçmediğini belirtmiştir. Bunun nedeninin ise açık olduğunu; çünkü bu ilkelerin büyük bölümünün önceden tahkim mahkemeleri tarafından uygulandığını ve bu sayede uyarlandıklarını bildirmiştir. Bu tür ilkelere örnek olarak ise kesin hüküm ilkesini vermiştir. Kesin hüküm ilkesine 14 Ekim 1902 tarihli *The Pious Funds of the Californias Davası*’na yönelik tahkim kararında yer verilmiştir. Bu kararda tahkim mahkemesi, önüne gelen olaya ilişkin olarak 1875’te verilen bir hakem kararının ABD’nin bazı talepleri için kesin hüküm niteliğinde olduğunu kabul ederek, bu talepler açısından önceki hakem kararının uygulanması gerektiğini bildirmiştir (*The Pious Funds of the Californias Case* (The United States of America v. The United Mexican States), Award of the Tribunal of 14 October 1902, s. 2-4).

⁵² Ben Juratowich ve James Shaerf, "Unjust Enrichment as a Primary Rule of International Law," *General Principles and the Coherence of International Law* içinde, ed. Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice vd. (Leiden, Hollanda: Brill Nijhoff, 2019), s. 232.

⁵³ Burada McNair, uluslararası hukuk literatüründe damıtma işlemiyle ilgili olarak oldukça yaygın bir şekilde kullanılan “*lock, stock and barrel*” deyimini kullanmıştır. Bu deyim, “hiçbir şekilde değişikliğe uğramadan” ya da “tamamen” anlamına gelmektedir.

⁵⁴ International Status of South-West Africa, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, s. 148

⁵⁵ Jaye Ellis, "General Principles and Comparative Law," *The European Journal of International Law* 22 (4) (2011), s. 959.

yetkilendirilmiştir.⁵⁶ Bu kapsamda ele alınması gereken önemli bir nokta da ulusal hukukun hangi ilkelerinin uluslararası mahkemeler tarafından yapılan analogik akıl yürütmeye konu olabileceğidir. Bu tür ilkeler, 38/1-c maddesinin lafzı gereğince “medeni milletlerce tanınma” niteliğine haiz olmalıdırlar. “Medeni millet” kavramı, devlet niteliği kazanmış olan ve “medeni milletlerin oluşturduğu devletler topluluğu içinde kendine yer bulabilen” siyasi varlıkları işaret etmektedir.⁵⁷ Cassese, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü’nün (UDADS) 38/3. maddesine yönelik olarak yapmış olduğu tarihsel yorumda, belirtilen ilkelerin temelde Batılı Devletler’in ulusal hukuk düzenlerinden alındığını ve bu nedenle de medeni milletler kavramının asıl olarak Batılı Devletler’i işaret ettiğini belirtmiştir.^{58,59} Nitekim bu durum, *Petroleum Development*

⁵⁶ Analogik akıl yürütmeye verilebilecek bir örnek, UAD’nin 6 Kasım 2003 tarihinde *Petrol Platformları Davası*’na ilişkin kararına Yargıç Simma’nın verdiği ayrık görüşte bulunabilir.

“Mevcut ikileme çözüm bulabilmek için, UAD’nin 38/1. maddesi kapsamında “hukukun genel ilkesine” vücut veren şeyin, ulusal hukukta birden çok haksız fiilin varlığı halinde kullanılan çözüm yollarından geliştirilip geliştirilemeyeceğini görmek için karşılaştırmalı hukuk alanında bazı araştırmalar yaptım. Bu kapsamda Kara Avrupası Hukuk Sistemi’ndeki Fransa, İsviçre ve Almanya haksız fiil kanunlarında yaptığım inceleme sonucunda, sorunun bu hukuk düzenlerinde tutarlılıkla ele alındığını ve çözüldüğünü gördüm.

...

Haksız fiil hukukuna ilişkin olarak yaptığım çalışmada, incelediğim hukuk düzenlerinde ortak olan müşterek sorumluluğun UADS’nin 38/1-c maddesindeki ifade doğrultusunda bir hukukun genel ilkesi olarak görülebileceği sonucuna vardım. Bu ilkenin, elimizdeki davaya uygulanabileceğini iddia ediyorum” (Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Separate Opinion of Judge Simma, I.C.J Reports 2003, s. 356-358).

⁵⁷ Frances T. Freeman Jalet, "The Quest for the General Principles of law Recognized by Civilized Nations," *University of California Law Journal* 10 (5) (1963), s. 1044-45. Hall ise, bunun tam tersini iddia etmektedir. Ona göre, madde lafzında “millet” kavramına özellikle vurgu yapılmış ve bu “devlet” kavramından ayrı bir şekilde kullanılmıştır. Devletler, uluslararası hak ve yükümlülüklerin asli öznesi olan uluslararası siyasi varlıklarken; milletler, halkın kendisidir. Bu doğrultuda maddenin lafzı, hukukun genel ilkelerinin devletler tarafından tanınmasının zorunlu olmadığını; asıl olarak dünya halkları tarafından tanınması gerektiğini bildirmektedir (Stephen Hall, *Principles of International Law* (Sydney, Avustralya: Lexis Nexis Butterworths, 2016), s. 52-53).

⁵⁸ Antonio Cassese ve Joseph H. H. Weiler, *Change and Stability in International Law-Making* (New York, ABD: De Gruyter, 1988), s. 54.

⁵⁹ Cheng, yalnızca medeni milletlerin büyük bölümü tarafından tanınan hukuk ilkelerinin evrensel bir geçerliliğinin olduğunu ve uluslararası hukukun bir kaynağını oluşturduğunu belirtmiştir. “Medeni” sıfatının bazı durumlarda çeşitli tartışmalara yol açabildiğini, fakat bunun ayrıştırıcı bir kavram olmaktan ziyade; “*ilkel hukuk düzenleriyle medeni hukuk düzenleri arasındaki farkı ortaya koymak amacıyla*” madde metninde yer aldığını bildirmiştir (H. C. Guttridge, "The Meaning and Scope of Article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice," *Transactions of the Grotius Society* 38 (1952), s. 130-31). Crawford ise tarihsel yorumun doğru yapılmadığını, madde metnini hazırlayanların tüm milletleri “medeni” olarak değerlendirdiğini bildirmiş; diğer taraftan da madde hükümünün bu şekilde yanlış yorumlanmaya oldukça açık olduğunu iddia etmiştir (Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, s. 56).

*LTD. v. Sheikh of Abu Dhabi Davası'na*⁶⁰ yönelik olarak hakem Lord Asquith'in verdiği kararda da kendine yer bulmuştur. Kararda Lord Asquith, uyuşmazlığın taraflarından biri olan Abu Dhabi Emirliği'ni “*petrol bulunmadan önce gelirinin büyük bir bölümünü inci avcılığının oluşturduğu geniş, ilkel, fakir ve düşük nüfuslu bir ülke*” olarak tanımladıktan sonra, uyuşmazlığa uygulanacak olan hukukun belirlenmesi aşamasında aslında ilk olarak Abu Dhabi hukukunun uygulanması gerektiğini; fakat “*Şeyh'in Kur'an'ı kaynak olarak göstererek adaleti tamamen kendi iradesine göre şekillendirmesi nedeniyle, oldukça ilkel olan bu bölgede çağa uygun ticaret kurallarının oluşturulmasına yönelik herhangi bir yerleşmiş hukuk ilkeleri dizisinin varlığının mevcut olduğunu savunmanın hayalcilik olacağını*” belirterek Abu Dhabi hukukunda bu uyuşmazlığa uygulanabilecek herhangi bir hukuk kuralının olmadığını bildirmiştir. Bu kapsamda, uyuşmazlığa konu olan andlaşma gereğince “*iyiniyet ve medeni milletlerin genelinin ortak uygulamasından kaynaklanan ilkelerin uygulanması gerektiğine*” karar vermiştir.⁶¹

Bu karar, 20. yüzyılın ilk yarısında uluslararası toplumun yapısının bir yansıması niteliğindedir. Bahsedilen dönemde, 1919 yılında imzalanan ve her ne kadar bir barış andlaşması olarak nitelendirilse de içerdiği ağır hükümler nedeniyle bir teslimiyet andlaşması olan Versailles Barış Andlaşması'nın ilk bölümüyle kurulan Milletler Cemiyeti'ne taraf devletlerin neredeyse hepsi Avrupalı devletlerden oluşmaktaydı. Avrupa dışındaki kıtalardaki halklar ise yine bu devletlerin kolonisi niteliğinde olduğundan ve 1. Dünya Savaşı'nda yenilen devletlerin kolonileri Milletler Cemiyeti Misakı'nın 22. maddesi⁶² kapsamında oluşturulan manda sistemi aracılığıyla koloni

⁶⁰ Abu Dhabi Şeyhi Şehbut bin Sultan el Nehyan, Abu Dhabi şehrinin etrafında petrol çıkarma ve işlemeye yönelik münhasır yetkisini, İngiliz şirketi Petroleum Development Limited'e 11 Ocak 1939 tarihinde dili İngilizce olan bir andlaşmayla devretmiştir.

Uyuşmazlık dört sorun etrafında şekillenmiştir. Bunlar sırasıyla şunlardır: “Andlaşmanın yapıldığı tarihte Şeyh'in Abu Dhabi'nin karasularının altındaki deniz yatağından petrol çıkarmaya yönelik münhasır yetkisi mevcudiyeti, eğer mevcutsa yapılan andlaşmanın bu yetkiyi devredip devretmediği, andlaşmanın yapıldığı tarihte Şeyh'in Abu Dhabi'nin karasularının dışındaki deniz alanlarında petrolü çıkarma ve işleme yetkisine sahipliği, sahipse andlaşmanın bu yetkinin şirkete devrine neden olup olmadığı” Bu kapsamda uygulanacak hukukun da “bir tür modern doğal hukuk” olduğu belirtilmiştir. (*Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, Umpire of September 1951, s. 146).

⁶¹ a.g.k. s. 145, 148-149.

⁶² 22. maddenin 1. ve 2. fıkraları şu şekildedir:

“*Savaşın bir sonucu olarak, önceden kendilerini yöneten devletlerin egemenliğinden çıkan ve modern dünyanın zorlu koşulları altında kendi başlarına ayakta kalma yeteneğinden*

olmaya devam ettiklerinden bu dönemde geniş katılımlı ve çeşitliliğe sahip bir uluslararası toplum oluşturulamamıştır.

Gerçek anlamda bir uluslararası toplumun inşası süreci ancak, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra hız kazanan dekolonizasyon hareketleriyle beraber başlamıştır.⁶³ Süreç, uluslararası mahkemelerin ve uluslararası hukuk yazarlarının “medeni milletler” kavramına bakışlarını da büyük oranda etkilemiştir. Nitekim Almanya ile Hollanda arasındaki *Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davası*'na⁶⁴ ilişkin olarak Yargıç Ammoun'un verdiği ayrık görüşte “medeni” sıfatının artık geçerli olmadığı şöyle belirtilmiştir:

“İlk olarak Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın “medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkelerini” karşılayan 38/1-c maddesinde kullanılan “medeni milletler” ifadesinin, Şart'ın olaya uygulanacak ilgili hükümleriyle uyumsuz olması ve bunun bir sonucu olarak hukukun genel ilkeleri kavramını kötü bir şekilde sınırlaması nedeniyle olaya uygulanamayacağı belirtilmesi gerekmektedir.

Vittoria, Suarez, Gentilis, Pufendorf, Vattel gibi evrensel milletler hukukunun öncüleri ve uluslararası hukukun kurucu babaları tarafından bilinmeyen medeni ve medeni olmayan millet ayrımı artık geride kalan koloncilik döneminin ve az sayıda devletin egemen olduğu çok eski zamanların bir mirasıdır.”⁶⁵

yoksun halkların meskun olduğu koloniler ve bölgelere, bu tür halkların refahının ve gelişiminin medeniyetin kutsal bir görevi olduğu ilkesi uygulanmalı ve bu görevin gerçekleştirilmesine ilişkin güvence Misak'ta yer almalıdır. Bu ilkeyi uygulamaya koymanın en iyi yolu bu tür halkların vesayetini, bu sorumluluğu kaynakları, deneyimleri ya da coğrafi konumları kaldırabilecek ve kabul etmeye istekli gelişmiş uluslara emanet etmektir. Belirlenen bu vesayet rejimi, bu uluslar tarafından mandater unvanıyla Cemiyet adına uygulanacaktır.”

Yukarıdaki hükümler kapsamında Milletler Cemiyeti'ni kuran iradenin, kolonileri daha uluslararası topluma katılmaya hazır olmayan yani “medeni olmayan halklar” olarak gördüğü belirtilebilir.

⁶³ Dekolonizasyon süreci 1960 yılında Afrika'daki 18 koloninin bağımsızlaşmasıyla tepe noktasına ulaşmıştır. 1970'lerde 25 tane ada devleti bağımsızlığını elde etmiş; 1980'lerde ise koloni sayısı önceki yıllarda yaşanan dekolonizasyon hareketleri sonucunda mevcut koloni sayısının azalmasıyla yavaşlamaya başlamıştır. Son olarak 1994 yılında ABD kolonisi olan Palau'nun bağımsız olmasıyla süreç tamamlanmıştır (David Strang, "Global Patterns of Decolonization," *International Studies Quarterly* 35 (4) (1991), s. 437).

⁶⁴ Almanya ile Hollanda arasında 2 Şubat 1967 yılında yapılan andlaşmayla, bu devletlerin Kuzey Denizi'ndeki kıta sahanlıklarının sınırlandırılmasına yönelik olarak UAD'ye yetki verilmiştir. Almanya, Divan'ın sınırlandırmayı ortay hat yöntemine göre yapmaya karar vermesi halinde, Almanya'nın Kuzey Denizi'ndeki kıyasının coğrafi yapısı nedeniyle bir “özel durum” teşkil edeceğini ve bu yöntemin uygulanamayacağını iddia etmiştir. Bununla beraber, hakça ve eşitçe paylaşımın ulusal hukuk düzenlerinin bir temel ilkesi olan “*justitia distributiva*” (dağıtıcı adalet) ilkesinin bir sonucu olduğunu belirterek; hakça ve eşitçe paylaşımın 38/1-c maddesi gereğince bir hukukun genel ilkesi olduğunu ifade etmiştir (North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, s. 21).

⁶⁵ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands), Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, I.C.J Reports 1969, s. 132-133.

Ayrıca günümüz itibariyle uluslararası hukuk doktrininde de birçok yazar, hukukun genel ilkeleri bakımından medeni ve medeni olmayan millet ayrımını Ammoun gibi “çağdışı” olarak tanımlamış ve uygulamada etkisini yitirdiğini belirtmiştir.^{66,67}

1.1.3.1.1 İlke ve Kural Ayrımı

Doktrinde birtakım yazarlar, “ilke” ve “kural” kavramları arasında, ilkelerin kurallara göre daha yüksek bir genellik seviyesinde uygulandığı bahsiyle bir fark olduğunu dile getirmiştir.^{68,69} Bu ayrımın mevcudiyetini savunan iki temel görüş bulunmaktadır.

Ronald Dworkin’e göre ilke arzu edilen ekonomik, siyasi ya da toplumsal bir durumu koruyacağı ya da geliştireceği için değil; adaletin veya adillığın ya da ahlakın başka bir boyutunun bir gerekliliği olduğu için gözetilmesi gereken bir standarttır.⁷⁰ Kural ise, “ya hep ya hiç” biçiminde uygulanacak standartlardır. Yani kurallar, ancak durumun koşullarına uygun olduklarında verilecek hüküm açısından geçerlidirler; uygun olmadıklarında ise hükme herhangi bir etkileri bulunmamaktadır. İlkelerin ağırlık ya da önem boyutu vardır.⁷¹ Bu anlamda, ilkeler çatıştığında, hangi ilkenin uygulanacağı bu

⁶⁶ “Medeni milletler”e yapılan referans, Milletler Cemiyeti Misakı’nın kabul edilmesinden hemen sonraki dönem açısından geçerlidir” (Hilary Charlesworth, "Law-making and Sources," *The Cambridge Companion to International Law* içinde, ed. James Crawford, Martti Koskenniemi vd. (New York, ABD: Cambridge University Press, 2012), s. 196). “Günümüzde uluslararası toplumun tüm üyeleri “medeni millet” niteliğindedir ve “medeni milletler” kavramının artık sınırları (önceki niyet buna yönelik olsa dahi) bir etkisinin olmadığı neredeyse evrensel olarak kabul edilmiştir” (Staubach, *The Rule of Unwritten International Law: Customary Law, General Principles, and World Order*, s. 179). “1920 Komitesi’nin üyeleri “tüm milletlerin” medeni olduğunu kabul etmişlerdir. Günümüz itibariyle herhangi bir özel anlamı karşılamaktan tam anlamıyla yoksun olan bu formüle ilişkin herhangi bir tartışma yoktur. Kesin olarak kabul edilebilir ki, günümüz itibariyle tüm devletler “medeni millet” olarak kabul edilmelidir” (Pellet, "Art. 38," s. 934).

⁶⁷ Vázquez-Bermúdez, *First Report on General Principles of Law*, s. 52, 54-55.

⁶⁸ *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, International Law Association (2000), s. 10-11.

⁶⁹ Bu konu, UDADS’nin hazırlanması sırasında Danışma Komitesi üyesi Root tarafından da öne sürülmüştür. Root, Danışma Komitesi üyesi Descamps’ın verdiği teklifteki “Medeni ulusların hukuk bilinçleriyle tanıdıkları uluslararası hukuk kuralları” kavramına yönelik olarak “kural” yerine “ilke” kavramının kullanılması durumunda Divan’a hukuk yaratma yetkisi verileceğini ve bu bağlamda Divan’ın zorunlu yargı yetkisinin sınırlarının ortadan kalkacak kadar genişleyebileceğini belirtmiştir (Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee* (Lahey, Hollanda: Van Langenhuisen Brothers, 1920), s. 286).

⁷⁰ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Londra, Birleşik Krallık: Bloomsbury Publishing, 2013), s. 38.

⁷¹ a.g.e. s. 40-43

ağırlıkların göz önüne alınmasıyla belirlenecektir.⁷² Kurallarda ise ağırlık boyutu bulunmamaktadır, işlevsel olarak önemli ya da önemli olmamalarına bakılmaktadır. İki kural her ne kadar çok nadir olarak çatışsa da, geçerlilikleri işlevlerine göre belirlenmektedir. Bu nedenle de olaya uygulanamayacak kurallar olay açısından etkisiz hale gelmektedir.⁷³

Diğer görüş ise Robert Kolb'a aittir. Bu görüşe göre ilkeler, "genellik" niteliği dolayısıyla basit kurallardan ya da anlaşılması zor düşüncelerden farklıdır. İlkelerin hukuksal içerikleri, kurallar kadar kesin bir şekilde tanımlanmamıştır. Diğer taraftan ise ilkeler, siyasi kavramlar kadar da geniş bir anlama sahip değildirler.⁷⁴ Bu anlamda ilkeler uygulama bileşeninin etkili olduğu basit kurallar olmadığı gibi; yasama bileşeninin ağır bastığı basit hukuki düşünceler de değildir. Bu özelliği nedeniyle Kolb tarafından "norm-kaynak" olarak adlandırılan ilkeler, daha ziyade bu ikisinin kombinasyonu niteliğindedir.⁷⁵ Bu görüş, 20 Nisan 2010 tarihli *Uruguay Nehri'ndeki Kağıt Fabrikaları Davası* kararına Yargıç Cançado Trinidad'e'nin verdiği ayrık görüşte de yer almıştır. Trinidad'e'ye göre;

*"Bir hukukun genel ilkesi, bir uluslararası gelenek hukuku kuralından ya da bir uluslararası anlaşma normundan oldukça farklıdır. Bir ilke, bir norm ya da kuralla aynı değildir. Normlar ve kurallar, ilkelerden esinlenerek oluşturulur ve ilkelerle uyum halinde olmak zorundadırlar. Bir ilke, bir gelenek kuralı ile ya da bir anlaşma normuyla aynı değildir."*⁷⁶

Kurallar ile ilkeler arasında bir farkın mevcut olduğunu iddia eden yazarların dışında, bu iki kavramın temelde aynı anlama sahip olduğunu ve birbirinin yerine

⁷² Hasan Tuna Göksu, "Ronald Dworkin'in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 0 (4) (2014), s. 120-121

⁷³ M. Balkan Demirdal, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18 (3-4) (2014), s. 792-94.

⁷⁴ Koskenniemi de aynı görüştedir. Ona göre kurallar ile ilkeler arasındaki en temel fark genellik seviyelerinden ileri gelmektedir. Bazı durumlarda bir kural, soyut bir ilkenin somut ve özel bir olaya uygulanmasının yansımaları niteliğinde olabilir. Bu durumda *lex specialis* ya da *lex posterior* ilkeleri gereğince kural, ilkenin yerine olaya uygulanabilir (Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, s. 20).

⁷⁵ Robert Kolb, "Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)," *Netherlands International Law Review* 53 (1) (2006), s. 9.

⁷⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Separate Opinion of Judge Cançado Trinidad, I.C.J. Reports 2010, para. 17.

kullanılabileceğini belirten yazarlar da mevcuttur.⁷⁷ Bu görüş, UAD tarafından da benimsenmiş görünmektedir. Divan, 12 Ekim 1984 tarihli *Maine Körfezi Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası*’nda verdiği kararda kural ve ilke kavramlarının temelde aynı ve tek bir düşünceyi ifade ettiğini belirtmiş; bununla beraber ilke kavramının, daha genel ve daha temel nitelikte olan uluslararası hukuk ilkelerini de kapsadığını bildirmiştir.^{78,79}

1.1.3.2. Uluslararası Toplumda Hukukun Genel İlkelerinin Kodifikasyonuna Yönelik Çalışmalar⁸⁰

1.1.3.2.1. Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü Öncesindeki Çalışmalar

Her ne kadar “hukukun genel ilkeleri” kavramının genellikle UDADS’nin taslağının hazırlanmasıyla görevlendirilen Danışma Komitesi’nin başkanı Baron Edouard Descamps’ın, Komite’nin 1 Temmuz 1920 tarihli 13. Oturumu’nda verdiği teklif

⁷⁷ Bu yazarların konuya ilişkin düşünceleri için bkz. Sienho Yee, "Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases," *Journal of International Dispute Settlement* 7, no. 2 (2016), s. 488-89. ve Pellet, "Art. 38." para. 5-10

⁷⁸ Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgement, I.C.J. Reports 1984, para. 79.

⁷⁹ Bermudez de, ilke kavramıyla UADS’nin asıl olarak “genel” ve “temel” nitelikteki normları işaret ettiğini belirtmiştir. Genel olmaları, ilkelerin kapsamı bakımından içerdikleri belirsizliği; temel olmaları ise, önemli değerleri bünyelerinde barındırmaları ya da belirli birtakım kuralların bu ilkelerin üstüne bina edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bermudez bu tür ilkelere örnek olarak iyiniyet ilkesini vermiş; ayrıca tüm ilkelerin genel ve temel nitelikte olmayabileceğini bildirmiştir (Vázquez-Bermúdez, *First Report on General Principles of Law*, s. 44-46).

⁸⁰ UHK’nin 2017 yılında düzenlenen 69. Oturumu’nda Komisyon “Hukukun Genel İlkeleri”nin uzun dönem çalışma programı kapsamına alınmasına karar vermiştir. 2018 yılındaki 70. Oturumu’nda ise Ekvadorlu hukukçu Marcelo Vazquez-Bermudez’i özel raportör olarak atamıştır (UHK, *Provisional Summary Record of the 3433rd Meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3433 (2018), s. 3). Bermudez, hazırladığı ilk raporu 2019 yılındaki 71. Oturum’da sunmuştur. Aynı oturumda, UHK Sekreteri’nin de hukukun genel ilkelerinin uluslararası yargı organları tarafından uygulanmasının araştırılması amacıyla bir rapor hazırlanmasına karar verilmiştir (UHK, *Provisional Summary Record of the 3507th Meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3507 (2019), s. 14. ve UHK, *Report of the International Law Commission*, U.N. Doc. A/74/10 (2019), s. 329).

Sekreter’in raporu ve özel raportörün hazırladığı 2. rapor, 2021 yılında gerçekleşen 72. Oturum’da Komisyon’a sunulmuştur. Konuya ilişkin çalışmalar, bu çalışmanın kaleme alındığı dönemde halen daha nihayete erdirilmediğinden ve sunulan raporların kapsamı oldukça geniş olduğundan, tezde ayrı bir başlık olarak ele alınmamış; bunun yerine tezde işlenen konularla alakalı olan bölümlere dipnotlarda yer verilmiştir.

sonucunda modern anlamıyla ilk kez ortaya çıktığı kabul edilse de;⁸¹ uluslararası andlaşmalardan ya da gelenek hukukundan başka bir kaynağın varlığı ve tanınması konusu Komite'nin göreve başlamasının öncesinde de tartışılmıştır.⁸²

1.1.3.2.1.1. Tahkim Mahkemelerinin Kararlarında ve Daimi Tahkim Mahkemesi'nde (DTM) Hukukun Genel İlkeleri

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile Birleşik Krallık arasında Amerikan Bağımsızlık Savaşı'ndan arta kalan birtakım sorunların çözülmesine yönelik olarak 19 Kasım 1794'te imzalanan Jay Andlaşması⁸³ kapsamında, andlaşmanın barındırdığı kurullarla çözülemeyecek nitelikte olan üç uyuşmazlığa ilişkin ABD ve Birleşik Krallık vatandaşlarından oluşan üç farklı tahkim komisyonu^{84, 85} kurulmuştur. Komisyonların bazılarının, önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde çok başarılı olması⁸⁶ 19. yüzyılda birçok devlet arasında devletlerarası tahkim andlaşmaları yapılmasına neden olmuştur.⁸⁷ Bu tahkim andlaşmaları kapsamında, taraflar arasında çıkan

⁸¹ Marija Đorđeska, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018), The Evolution of the Third Source of International Law through the Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice*, ed. Malgosia Fitzmaurice ve Sarah Singer, Queen Mary Studies in International Law, (Leiden, Hollanda: Koninklijke Brill NV, 2020), s. 9-24., Charlesworth, "Law-making and Sources," s. 195-97., Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, s. 6-16 ve Mehmet Emin Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), s. 10-25.

⁸² Imogen Saunders, *General Principles as a Source of International Law: Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice* (Oxford, Birleşik Krallık: Hart Publishing, 2021), s. 21-22.

⁸³ "Britanya Majesteleri ve Amerika Birleşik Devletleri arasında Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Andlaşması". Andlaşma'nın "Jay Andlaşması" olarak adlandırılmasının nedeni ABD'yi, dönemin adalet bakanı aynı zamanda da Kurucu Baba olan John Jay'in temsil etmesidir.

⁸⁴ Bu komisyonlar şu şekilde sıralanabilir: 5. madde kapsamında Bağımsızlık Savaşı sonrasında ABD'nin, o dönemde Birleşik Krallık'ın bir kolonisi olan Kanada ile kuzeydoğu sınırını oluşturan St. Croix Nehri'nin konumunun tam olarak belirlenmesine yönelik tahkim komisyonu; 6. madde kapsamında Birleşik Krallık vatandaşı tüccarların, ABD vatandaşlarının kendilerine olan borçlarına ilişkin taleplerine yönelik tahkim komisyonu; 7. madde kapsamında ise ABD vatandaşlarının, Birleşik Krallık yetkilileri tarafından gemilerinin durdurulması ve mallarına el konulması dolayısıyla maruz kaldıkları zararın karşılanmasına yönelik tahkim komisyonu.

⁸⁵ Oluşturulan komisyonların işleyiş biçimi şu şekildedir: Her bir komisyona ilk olarak biri Büyük Britanya Kralı diğeri ise ABD tarafından iki komisyoner atanmış; bu iki komisyonerin karar veremediği durumlarda, üçüncü bir komisyoner atanması kararlaştırılmıştır. Bu komisyoner, iki devlet temsilcisinin teklif ettiği iki isim arasında yapılan kura sonucunda belirlenmiştir (Richard B. Lillich, "The Jay Treaty Commissions," *St. John's Law Review* 37 (2) (1963), s. 263-66).

⁸⁶ Öyle ki komisyonlar, kurulmalarından itibaren geçen 5 yıl içerisinde 500'den fazla uyuşmazlığı çözmüştür (Saunders, *General Principles as a Source of International Law: Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice*, s. 23).

⁸⁷ Tamar Meshel, "225 Years to the Jay Treaty: Interstate Arbitration between Progress and Stagnation," *International Comparative, Policy & Ethics Law Review* 3 (1) (2019), s. 12.

uyuşmazlıklarda çeşitli ad hoc tahkim mahkemeleri kurulmuş ve bu mahkemeler, verdikleri kararlarda uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla bazı hukukun genel ilkelerine başvurmuştur.⁸⁸

Devletlerarası tahkim sürecinin Birleşik Krallık ile ABD arasında yapılan *Alabama Talepleri* tahkimi⁸⁹ ile birlikte zirve noktasına ulaşması 1873 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nin (UHE) kurulmasının yolunu açmıştır. UHE'nin ilk çalışmalarından biri tahkim yargılamasının incelenmesi olmuştur. Bu incelemeyi yapmak ve uluslararası tahkim yargılamasına yönelik bir taslak andlaşma hazırlamak üzere Alman hukukçu Levin Goldschmidt atanmıştır.⁹⁰

⁸⁸ Bu kararlardan bazılarını Raimondo şu şekilde sıralamıştır: 21 Ekim 1861 tarihli *Affaire Yuille, Shortridge et Cie* kararı, 13 Nisan 1864 tarihli *Affaire du Capitaine Thomas Melville White* kararı, 1 Ağustos 1870 tarihli *Affaire au sujet des réclamations présentées par des sujets anglais à la République argentine pour les pertes provenant du décret du 13 février 1845* kararı, 26 Mart 1872 tarihli *Affaire du Queen* kararı ve 11 Kasım 1912 tarihli *Osmanlı İmparatorluğu ile Rusya Arasındaki Tazminat Faizi Uyuşmazlığı* kararı. Bu kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Raimondo, "General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals," s. 14-20. ve Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*, s. 70-76.

⁸⁹ 1861-1865 yılları arasında, Kuzey ve Güney eyaletleri arasında gerçekleşen ABD iç savaşı sırasında Birleşik Krallık, 13 Mayıs 1861 tarihinde iki tarafın savaştan nitelikte olduğunu ve bu savaşta tarafsız kalacağını ilan etmiştir. Buna karşın Konfederasyon temsilcilerinin gizli bir şekilde, Birleşik Krallık tersanelerinden savaş gemisi temin etmelerine mâni olmamıştır. Diğer taraftan, üretilen iki zırhlı savaş gemisine el konulmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Geçen süreçte başta *CSS Florida*, *CSS Alabama*, *CSS Georgia* ve *CSS Shenandoah* olmak üzere birçok savaş gemisi üretilmiştir. Bu savaş gemileri Birlik'in ticaret gemilerinin batırılmasında ve Konfederasyon limanlarına uygulanan ablukanın kaldırılmasında etkin bir şekilde rol almıştır. Nitekim, Alabama Tahkimi'ne de ismini veren *CSS Alabama* batırılmadan önce 60'a yakın Birlik gemisini batırmıştır (Tom Bingham, "The Alabama Claims Arbitration," *The International and Comparative Law Quarterly* 54 (1) (2005), s. 1-8). Birlik'in 1865 yılında savaşı kazanmasından sonra ABD, Konfederasyon'un Birleşik Krallık'ta üretilen savaş gemileri yoluyla verdiği zarardan Birleşik Krallık'ı sorumlu tutmuştur. ABD ile Birleşik Krallık arasında 1871 yılında yapılan Washington Andlaşması'nın 1. maddesiyle uyuşmazlığın çözülmesine yönelik olarak ABD, Birleşik Krallık, İtalya Kralı, İsviçre Başkanı ve Brezilya İmparatoru tarafından atanacak 5 hakemden müteşekkil bir tahkim mahkemesi kurulmuştur (Richard Brent, "The Alabama Claims Tribunal: The British Perspective," *The International History Review* (2021), s. 7-8). Yapılan yargılama sonucunda Birleşik Krallık'ın, ABD'ye 15.500.000 Amerikan doları ödemesine karar verilmiştir ("Alabama claims of the United States of America against Great Britain," *Reports of International Arbitral Awards* 29 (1871), s. 134).

⁹⁰ Shabtai Rosenne, *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*, ed. Loretta Malintoppi ve Eduardo Valencia-Ospina, *International Litigation in Practice*, (Boston, ABD: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), s. 7.

Goldschmidt'in hazırladığı taslak andlaşma, Enstitü'nün 1874 yılında yapılan Cenevre Oturumu'nda sunulmuştur. Taslak andlaşmanın ön yorumlarında Goldschmidt, 22. maddeye⁹¹ yönelik şöyle bir açıklamada bulunmuştur:

*“Taraflar, tahkimname ya da daha sonraki bir andlaşma yoluyla tahkim mahkemesine yalnızca hakkaniyete göre karar verme olanağı tanımadıkça; ya da aksine, üstünde anlaşmaya varılan kurallara göre karar vermesini öngörmedikçe karar, davaya konu olaylara uluslararası hukukun kurallarından dolayı uygulanabilir olan hukuk ilkelerine göre verilecektir.”*⁹²

Bununla beraber Goldschmidt, hakemlerin önlerine gelen uyuşmazlıklara uygulayabilecekleri kuralları şu şekilde belirlemiştir:

*“... Bir genel kural olarak hakem, kararını mevcut uluslararası hukuka uyumlu bir şekilde verecektir. Uyuşmazlığın mevcut olduğu uluslararası nitelikteki hususlarda, ilk olarak taraflar arasında halihazırda var olan uluslararası andlaşmalar ve gelenek hukuku kuralları; kamu hukuku ya da özel hukuka ilişkin ulusal hukukun ilkeleri, uluslararası hukukun ilkeleri dolayısıyla uygulanabilir olduğu durumlarda ise genel uluslararası hukuk uygulanır.”*⁹³

Her ne kadar yukarıdaki ifadelerde “hukukun ilkeleri” ve “uluslararası hukukun ilkeleri” gibi kavramlar kullanılmış olsa da, bu kavramların tanımı yapılmamıştır. Diğer taraftan, Goldschmidt, hakemlerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda uygulamaları gereken kuralları da belirlemiştir. Yukarıda da görüldüğü üzere bunlar uluslararası andlaşmalar, gelenek kuralları ve genel uluslararası hukuktur. Diğer taraftan, genel uluslararası hukuk “*çeşitli medeni milletlerde tahkimin kapsamına giren uyuşmazlıklarda ele alınan bağımsız çıkarımların sonucu*” olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda, Goldschmidt'in hazırladığı taslak andlaşmada “hukukun ilkeleri”nin, yalnızca uluslararası andlaşmaların ve devlet uygulamasının (geleneğin) düzenlemediği durumlara uygulanabileceği

⁹¹ 22. madde şu şekildedir:

“Eğer tahkim mahkemesi, tarafların iddialarının ortaya konulmadığını tespit ederse, bunu beyan etmeli ve tahkimname bakımından sınırlandırılmadıysa, uyuşmazlığın tarafları açısından gerçek hukuki durumu ortaya koymalıdır”(J. B. Scott, Unofficial Translations of Public Law Resolutions (New York, ABD: Oxford University Press, 1916), s. 5).

⁹² Levin Goldschmidt, "Projet de Règlement: Pour Tribunaux Arbitraux Internationaux," *Revue de Droit International* Tome VI. (1874), s. 442.

⁹³ a.g.e.

çıkartılabilir.⁹⁴ Taslak andlaşma 1875 yılında yapılan Lahey Oturumu'nda oybirliğiyle kabul edilmiş; fakat bir uluslararası andlaşma niteliği kazanamamıştır.

Descamps'ın raporundan önce, hukukun genel ilkelerine yönelik diğer bir gelişme de 1899 ve 1907 yıllarında gerçekleştirilen Lahey Konferansları'dır. Temelde "askeri silahlanmanın ve deniz silahlanmasının aşamalı şekilde artmasının sınırlandırılması" ve "silahlı çatışmaların barışçıl yollarla çözülmesi" amaçlarını gözeten konferanslardan ilkinde 3 adet komisyon kurulmuştur.⁹⁵ Bu komisyonlardan biri de, tahkim ve arabuluculuğa yönelik taslak bir andlaşma oluşturmakla görevlendirilen⁹⁶ 3. Komisyon'dur.^{97, 98}

19. yüzyılda tüm tahkim mahkemelerinin ad hoc ve geçici nitelikte olmasıyla uyuşmazlığın tarafları arasında yapılacak andlaşmalara bağlı olması; diğer taraftan da bu mahkemelerin uyuşmazlıkların çözümünde çok etkili olması uluslararası toplumda bir daimî tahkim mahkemesi kurulmasına yönelik bir iradenin ortaya çıkmasına neden olmuştur.⁹⁹ Bu irade dolayısıyla, 3. Komisyon'un hazırladığı "Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözümüne Dair Sözleşme"yle Daimî Tahkim Mahkemesi'nin kurulmasına karar verilmiş; ve aynı sözleşmenin 3. Bölümü'nde bu tahkim mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta işleyeceği usul belirlenmiştir. Sözleşme'nin bu bölümü büyük oranda UHE'nin taslak andlaşmasıyla örtüşmektedir.

⁹⁴ Saunders, *General Principles as a Source of International Law: Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice*, s. 24-26.

⁹⁵ Emily Crawford ve Alison Pert, *International Humanitarian Law*, 1. Baskı, (Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2015), s. 10-11.

⁹⁶ 3. Komisyon'un görevi Konferans'ın 20 Mayıs 1899'da toplanan 2. Oturumu'nda, 11 Ocak 1899 tarihli Rus genelgesine atıf yapılarak şu şekilde ortaya konulmuştur:

"Uluslar arasındaki silahlı çatışmaları önlemek amacıyla dostane girişim, arabuluculuk ve ihtiyari tahkimden yararlanmayı ilke olarak kabul etmek; bu dostane girişimlerin uygulanma şekli konusunda bir ortak kaniya varmak ve bunları kullanmada yeknesak bir uygulama ortaya koymak." ("Peace Conference at the Hague 1899: Russian Circular January 11, 1899," (1899).

⁹⁷ 1. Komisyon silahlanmanın ve askeri harcamaların sınırlandırılması; 2. Komisyon ise medenileştirilmiş savaşı düzenleyen kuralların ortaya konulması ile görevlendirilmiştir.

⁹⁸ 3. Komisyon'un raportörü, sonradan 1938 Tarihli UDADS'nin hazırlanmasında da etkili bir biçimde görev alan Belçika Delegasyonu üyesi Baron Descamps'tır.

⁹⁹ Manley O. Hudson, "The Permanent Court of Arbitration," *The American Journal of International Law* 27 (3) (1933), s. 441-45.

Nitekim Sözleşme'nin 48. maddesinde uluslararası hukukun ilkelerinden söz edilmiştir. Bu maddeye göre:

“Mahkeme, davada ileri sürülebilecek diğer andlaşmaların dışında tahkimnameyi yorumlama ve uluslararası hukukun ilkelerini uygulama yetkisinin varlığını ilan etme olanağını haizdir.”

48. maddede uluslararası hukukun ilkelerinden bahsedilse de, oturumlarda kavramın ifade ettiği anlama yönelik bir tanımlama yapılmamıştır. Bununla beraber 1907 yılında gerçekleştirilen İkinci Lahey Konferansı'nda imzalanan 13 sözleşmeden¹⁰⁰ biri de yine “Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözümüne Dair Sözleşme” olmuştur. Bu sözleşmede, 1899 yılında imzalanan sözleşmenin 48. maddesi; 73. madde olarak yer almıştır. Fakat, “uluslararasılık niteliğinin 29 Temmuz 1899 tarihli Konvansiyon'un yazarlarının düşünceleriyle uyumlu olmadığı, mahkemenin hukukun ilkelerini uygulamakla yükümlü olduğu ve bunun sınırlandırılmayacağı”¹⁰¹ belirtilerek “uluslararası hukukun ilkeleri” yerine; “hukukun ilkeleri” kavramı kullanılmıştır. Yukarıdaki andlaşmalar doğrultusunda kurulan DTM,¹⁰² Osmanlı Devleti ile Rusya

¹⁰⁰ Bu andlaşmalar şöyle sıralanabilir: I No'lu Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne Dair Sözleşme, II No'lu Borçlarının Ödenmesinde Kuvvet Kullanımunun Sınırlanmasına Dair Sözleşme, III No'lu Muhasamatın Başlamasına Dair Sözleşme, IV No'lu Kara Savaşındaki Kural ve Örlere Dair Sözleşme, V No'lu Kara Savaşında Tarafsız Güçlerin ve Kişilerin Hak ve Yükümlülüklerine Dair Sözleşme, VI No'lu Muhasamatın Başlangıcında Düşman Ticaret Gemilerinin Statüsüne Dair Sözleşme, VII No'lu Ticaret Gemilerinin Savaş Gemilerine Dönüştürülmesine Dair Sözleşme, VIII No'lu Otomatik Denizaltı Müsademeli Mayınların (Dokunmayla Kendiliğinden Patlayan Su Altı Mayınları) Döşenmesine Dair Sözleşme, IX No'lu Savaşta Deniz Kuvvetlerinin Bombardımanına Dair Sözleşme, X No'lu Cenevre Sözleşmesi İlkelerinin Deniz Savaşına Uyarlanmasına Dair Sözleşme, XI No'lu Deniz Savaşında Zapt Hakkının Kullanılmasına Dair Bazı Sınırlamalara İlişkin Sözleşme, XII No'lu Milletlerarası Ganaim Mahkemesi Kurulmasına Dair Sözleşme, XIII No'lu Deniz Savaşında Tarafsız Güçlerin Hak ve Yükümlülüklerine Dair Sözleşme, I No'lu Şarapnel ve Patlayıcıların Balonlardan Atılmasının Yasaklanmasına Dair Bildiri (Sözleşmelerin içeriğine ilişkin bilgi için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, 4. Baskı, (İstanbul: Beta Basım Yayım 2019), s. 4-13).

¹⁰¹ Baron Guillaume, *Report of Baron Guillaume on the Revision of the Convention of 1889 for the Pacific Settlement of International Disputes* (1907), s. 433.

¹⁰² DTM, her ne kadar bir “mahkeme” olarak nitelendirilse de bir mahkemenin özelliklerine sahip değildir. Temelde, yeni mahkemelerin kurulmasını kolaylaştıran bir araç ve tahkim yargılamalarının yapılmasına destek vermek amacıyla oluşturulmuş bir mekanizmadır. Bu kapsamda, DTM'nin teşkilat şemasının da incelenmesi gerekmektedir.

DTM'nin üç adet organı bulunmaktadır. Bunlar: Genel Hakem Listesi, Uluslararası Büro ve İdari Konsey'dir. Genel Hakem Listesi'nde, uyuşmazlığın taraflarının seçebileceği hakemlerin isimleri bulunmaktadır. Her ne kadar Uluslararası Büro ve İdari Konsey'in varlığı süreklilik arz etse de; sürekli bir tahkim mahkemesi mevcut değildir. Nitekim Tahkim Mahkemesi, her uyuşmazlık için yalnızca o uyuşmazlığa özel olarak kurulmaktadır. Bu durum, tarafların her seferinde Tahkim Mahkemesi'ni tekrar yetkili kılmalarını da gerektirmektedir (Hudson, "The Permanent Court of Arbitration," s. 445-46).

arasındaki *Rusya Tazminat Faizi Talebi Davası*'na¹⁰³ ilişkin 11 Kasım 1912 tarihinde verdiği kararında savaş tazminatlarına temerrüt faizi işlenmesi uygulamasının, uluslararası andlaşmalarda ve uluslararası gelenek hukukunda düzenlememesine rağmen; uyarlama işlemi yapmak suretiyle bir hukukun genel ilkesi olduğunu belirtmiştir. DTM, yaptığı işlemi şu şekilde temellendirmiştir:

“Avrupa Uyumu’nu oluşturan devletlerin özel hukuk mevzuatlarının tümü, Roma hukukunun da önceden kabul ettiği gibi, yasal tazminat nedeniyle sözleşmeyle belirlenen, vadesi gelmiş ve talep edilebilir bir para alacağının ifasını içeren yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, yasal tazminat kapsamında ödemelerin en azından gecikme faizlerinin ödenmesi yükümlülüğünün en geç alacaklının borcun ödenmesine yönelik talebini borçluya usule uygun olarak iletmesinden sonra varlık kazanacağını kabul etmektedir. Bazı mevzuatlar daha ileri gitmekte ve borçlunun, alacağın vade tarihinin dolması itibarıyla doğrudan temerrüde düştüğünü hatta basit yasal faizin ödenmesi yerine zararın tümünün tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

...

Bu anlamda Mahkeme, devletlerin sorumluluğu ilkesinin, uluslararası gelenek hukukunda aykırı bir hüküm bulunmadığı sürece, bir para borcunun ödenmesinin gecikmesiyle ilgili olarak özel bir sorumluluğa vücut verdiği görüşündedir.”¹⁰⁴

DTM her ne kadar, uyarlama işlemi yaparak iç hukukta bireyler arasında uygulanan bir ilkeyi uluslararası hukuka aktarmış olsa da bu işlem, sürekli bir uygulama niteliği kazanmamış ve bu büyük oranda yalnızca Rusya ile Osmanlı İmparatorluğu arasındaki

¹⁰³ Osmanlı Devleti'nin mutlak yenilgisiyle sonuçlanan 1877-78 Osmanlı Rus Savaşı sonrasında Ayastefanos Andlaşması imzalanmıştır. Bu andlaşmanın 19. maddesinde, Osmanlı'nın ödeyeceği savaş tazminatının miktarı 310.000.000 Rus rublesi olarak belirlenmiştir. Sonrasında bu miktar yapılan diğer andlaşmalarla birtakım değişikliklere uğramış; nihayetinde 1882 yılında imzalanan “Rusya ile Harp Tazminatı Andlaşması”nda bu miktar, 802.500.000 frank olarak karara bağlanmıştır. Bu savaş tazminatına ek olarak, bir de savaş esnasında Osmanlı Devleti'nin ülkesinde bulunan ve zarara uğrayan Rus tebaa ve müesseselerine verilecek tazminata ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Ayrıca bu andlaşmayla, savaş tazminatının kaç taksitte ödeneceği belirlenmiş ve Rusya'nın faiz talep etmeyeceği kararlaştırılmıştır. 1884'e kadar herhangi bir ödeme yapılmaması dolayısıyla Rusya, gecikme nedeniyle ortaya çıkacak faiz taleplerinin tanınacağını bildiren resmi bir talepte bulunmuştur. 1902 yılına kadar Osmanlı Devleti birtakım ödemeler yapmış olsa da, andlaşmada belirtilen miktarın tamamı ödenememiş ve Rusya, kalan anaparanın üstüne gecikme faizinin ekleneceğini Osmanlı Devleti'ne iletmiştir. Osmanlı Devleti, İstanbul Andlaşması'nda herhangi bir gecikme faizinin düzenlenmemesi dolayısıyla bu talebi reddetmiş ve uyuşmazlık tarafların rızasıyla 1910 yılında DTM'nin önüne getirilmiştir. Hazırlanan tahkimnamede iki temel sorunun mevcut olduğu bildirilmiştir. Bunlar: Osmanlı Devleti'nin, ülkesindeki hak talep eden Rusların zararlarına ilişkin gecikme faizini ödemek zorunda olup olmadığı ve eğer zorunda ise, bu faizin miktarıdır. Osmanlı Devleti yaptığı savunmada uluslararası hukukta, açıkça belirtilmediği takdirde temerrüt faizinin bulunmadığını ileri sürmüştü; buna karşılık Rusya ise bunun belirli bir taahhütten kaynaklanan akdi faiz olmadığını, Osmanlı Devleti'nin üstlendiği yükümlülükleri ifa etmedeki eksikliğinden kaynaklandığını iddia etmiştir. (Uğur Bayılıoğlu, "Daimi Hakemlik Mahkemesi'nin Osmanlı İmparatorluğu ile Rusya Arasındaki Tazminat Faizi Uyuşmazlığına İlişkin Kararı Hakkında Bir Değerlendirme," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7 (2) (2011), s. 175-86).

¹⁰⁴ Russian Claim for Interest on Indemnities (Russia v. Turkey), Award of the Tribunal of 11 November 1912, s. 10-12.

uyuşmazlığa münhasır olarak kalmıştır. Diğer taraftan, öncesinde bazı tahkim mahkemeleri tarafından da önlerine gelen uyuşmazlıklara uygulanan hukukun genel ilkelerine ilk kez çok taraflı bir uluslararası andlaşmayla kurulan bir uluslararası mahkeme tarafından da başvurulması, sonraki dönemde kurulan uluslararası mahkemeler açısından da bir örnek teşkil etmiştir.

1.1.3.2.1.2. Uluslararası Ganaim Mahkemesi'nde Hukukun Genel İlkeleri

2. Lahey Konferansı'yla kurulan bir diğer uluslararası mahkeme de Uluslararası Ganaim Mahkemesi'dir (UGM)¹⁰⁵. UGM'nin dayanağı XII No'lu Milletlerarası Ganaim Mahkemesi Kurulmasına Dair Lahey Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme'nin 7. maddesinde, DTM'yi kuran Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözümüne Dair Sözleşme'den farklı olarak, Mahkeme'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta hangi kuralları uygulayacağı belirlenmiştir. Bu maddeye göre:

“Eğer hükme bağlanacak hukuki uyuşmazlık, savaşan ganimetçi ile kendisi veya vatandaşı davaya taraf olan bir devlet arasındaki uluslararası andlaşma tarafından düzenleniyorsa Divan, uyuşmazlığa andlaşmanın kurallarını uygulayacaktır. Bu kuralların yokluğu halinde Divan, uluslararası hukukun kurallarını kullanacaktır. Eğer genel olarak tanınmış kurallar mevcut değilse, Divan adalet ve hakkaniyet genel ilkelerine uygun olarak hükmü verecektir.”

¹⁰⁵ Savaşan taraflardan birinin, diğer savaşanın ya da tarafsız olup; diğer savaşa silah desteği veya finansal destek sağlamak amacıyla kullandığı ticaret gemilerini ele geçirmesi sonucunda bu gemiler ve taşıdıkları kargolar “ganimet” olarak adlandırılmıştır. Bu ganimetlerin hukuka uygun bir şekilde elde edilip edilmediği “ganaim mahkemeleri” adı verilen çeşitli özel mahkemeler tarafından belirlenmiştir. Her devletin kendi ganaim kanununun bulunduğu 20. yüzyılda, bu kanunlar genel olarak uluslararası gelenek hukuku temel alınarak oluşturulmuştur. Bununla beraber, ganaim mahkemeleri her ne kadar ganaim kanunlarını tarafsız bir şekilde uyguladıklarını iddia etseler de; bu mahkemelerin savaşçı devletlerin yargı organının bir parçası niteliğinde olması, taraf olan devletlerin alınacak kararları etkilemelerine neden olmuştur. Bu nedenle 2. Lahey Konferansı'nda, her devletin kendine münhasır ganaim mahkemesinin bulunması uygulaması ciddi bir şekilde eleştirilmiş ve bu doğrultuda Almanya ve Birleşik Krallık iki farklı andlaşma teklifi sunarak “Uluslararası Ganaim Mahkemesi” adı altında tamamen tarafsız bir uluslararası mahkeme kurulmasını talep etmiştir. Bu teklif, diğer devletlerce de kabul görmüştür (James L. Tryon, "The International Prize Court and Code," *The Yale Law Journal* 20 (8) (1911), s. 604-06. ve *The Proceedings of the Hague Peace Conferences Vol II. - Meetings of the First Commission*, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, (New York, ABD: Oxford University Press, 1921), s. 784).

Almanya'nın andlaşma teklifinde, kurulacak olan mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta uygulayacağı kurallara yönelik bir belirleme yapılmamış; Birleşik Krallık'ın teklifinin 6. maddesinde ise bu konu detaylı bir biçimde ele alınmıştır.

Burada, “uluslararası hukukun kuralları” ve “adaletin ve hakkaniyetin genel ilkeleri” kavramlarının dönemsel açıdan anlamlarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu kavramlara ilişkin tanımlama, UGM’yi kuracak andlaşmanın taslağını hazırlamakla görevlendirilen 1. Komisyon tarafından 2. Lahey Konferansı’na sunulan andlaşma taslağında yapılmıştır. Bu taslağa göre “uluslararası hukukun kuralları”, “*devletlerin iradelerinin zımni bir ifadesi olarak tanınan gelenek hukuku kuralları*” olarak tanımlanmıştır. Bununla beraber uyuşmazlığı kapsamı içine alan bir andlaşma kuralının, sonrasında ise bir gelenek hukuku kuralının mevcut olmaması durumunda savaşan her bir devletin kendi düzenlemelerini yapabileceği ve bu düzenlemelerin halihazırda zaten mevcut olmayan bir kurala aykırı olamayacağı bildirilmiştir. Böyle bir halde UGM, bu tür bir uyuşmazlığa ilişkin verilen kararın önüne gelmesi durumunda “adaletin ve hakkaniyetin genel ilkeleri”ni uygulamak suretiyle “*hukuk yaratmak ve temyiz edilen kararın sahibi olan ulusal ganaim mahkemesinin uyması gereken ilkelerden farklı ilkeleri göz önüne almakla*” görevlendirilmiştir.^{106,107} Bu anlamda, “adaletin ve hakkaniyetin genel ilkeleri” kavramı, hukukun genel ilkeleriyle büyük oranda aynı kaynağı karşılamaktadır. Bununla beraber, 1908-1909 yılları arasında on adet denizci devletin katılımıyla gerçekleştirilen Londra Deniz Konferansı’nda UGM’nin önüne gelen uyuşmazlıklarda başvurabileceği deniz hukukunun bazı ilkelerinin de kodifiye edilmesi amacı güdülmüş ve Konferans’ın sonunda imzalanan Londra Bildirisi’yle “adaletin ve hakkaniyetin genel ilkeleri” kavramının XII No’lu Milletlerarası Ganaim Mahkemesi Kurulmasına Dair Andlaşma’dan çıkartılması konusunda mutabakata

¹⁰⁶ *The Proceedings of the Hague Peace Conferences Vol I. - Plenary Meetings of the Conference*, Publications of the Carnegie Endowment for International Peace, (New York, ABD: Oxford University Press, 1920), s. 189-90.

¹⁰⁷ Gregory’nin, “adaletin ve hakkaniyetin genel ilkeleri”nin UGM’ye verdiği yetkilere Mahkeme’nin yapısı dolayısıyla birtakım itirazları mevcuttur. Ona göre, UGM’yi oluşturan on beş hâkimden sekizinin dönemin güçlü devletlerinden; yedisinin ise diğer devletlerden oluşması ve bu devletlerin hukuk düzenlerinin farklılık göstermesi nedeniyle bu yargıçlar, kendilerini görevlendiren devletin hukuk düzeninden etkilenecektir. Gregory bu durumun, adaletin ve hakkaniyetin genel ilkelerinin UGM’ye verdiği hukuk yaratma ve ilkelerin tespiti yetkilerine yönelik olarak yargıçlar arasında bir mutabakatın sağlanmasını zorlaştırma ihtimalini kuvvetlendireceğini ifade etmiştir (Charles Noble Gregory, "The Proposed International Prize Court and Some of Its Difficulties," *The American Journal of International Law* 2 (3) (1908), s. 464-65). Bu ihtimal, aslında Konferans sırasında da gündeme gelmiş görünmektedir. Nitekim Konferans’a iletilen raporda “ *taraflarca atanan hakimlerin kendilerine verilen görevde, devletlere eşitliği gözeterek yaklaşacağı ve bu görevi ölçülü ve metanetli bir şekilde yerine getireceği*” konusunda emin olduğu belirtilmiştir (*The Proceedings of the Hague Peace Conferences Vol I. - Plenary Meetings of the Conference*, s. 190).

varılarak, hakimlere verilen hukuk yaratma yetkisinin kaldırılması amaçlanmıştır.¹⁰⁸ Bu durum, UGM'nin kurulması sürecinin durağanlaşmasına neden olmuş ve sonuç olarak UGM etkinleştirilememiştir.

1.1.3.2.2. UDADS ve UADS'de Hukukun Genel İlkeleri

Milletler Cemiyeti Misakı'nın 14. maddesine göre Milletler Cemiyeti Konseyi, “*bir Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın kurulmasına yönelik taslakları oluşturacak ve Cemiyet'in üyelerine iletacaktır. Divan, tarafların kendisine başvurduğu uluslararası nitelikteki her uyuşmazlığa bakmaya yetkili olacaktır.*” Bu doğrultuda Konsey'in, 1920 yılının şubat ayında gerçekleştirilen 2. Oturum'da aldığı kararlardan biri de Misak'ta belirtilen Divan'a yönelik bir statünün oluşturulması amacıyla hukukçulardan müteşekkil bir Danışma Komitesi'nin kurulması olmuştur.^{109,110} Danışma Komitesi'nin gerçekleştirdiği oturumlarda temelde iki konu üyeler arasında tartışmaya neden olmuştur. Bunlar: Divan'ın yargı yetkisinin kapsamı ve Divan'ın önüne gelen bir uyuşmazlığa hangi kuralları uygulayacağıdır.¹¹¹

Danışma Komitesi'nin toplanmasından önce, Komite'ye Milletler Cemiyeti Sekreterliği tarafından bir Dünya Mahkemesi'nin oluşturulmasına yönelik olarak devletler ve hukukçular tarafından hazırlanan çeşitli taslak andlaşmaları içeren bir muhtıra

¹⁰⁸ Saunders, *General Principles as a Source of International Law: Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice*, s. 32-33.

¹⁰⁹ C. Howard-Ellis, *The Origin Structure & Working of the League of Nations* (Londra, Birleşik Krallık: George Allen & Unwin, 1928), s. 365.

¹¹⁰ Danışma Komitesi şu kişilerden oluşmaktadır: Japonya eski büyükelçisi Satsuo Akizuki (sonrasında yerini Japonya'nın Belçika büyükelçisi Mineichiro Adatci almıştır.), İspanyol hukukçu Rafael Altamira, Brezilyalı hukukçu Clovis Bevilacqua (sonrasında yerini Versailles Andlaşması'yla kurulan Savaş Tazminatı Komitesi Üyesi Raoul Fernandes almıştır.), Belçika Devlet Bakanı Baron Descamps, Arjantin Cumhuriyeti Dışişleri Eski Bakanı Luis Maria Drago (oturumlara katılamamıştır.), İtalyan hukukçu Carlo Fadda (sonrasında yerini İtalya Dışişleri Bakanlığı hukuk danışmanı Arturo Ricci-Busatti almıştır.), Fransa Dışişleri Bakanlığı Danışmanı Henri-Fromageot (sonrasında yerini Fransız hukukçu Albert de Lapradelle almıştır.), Norveç Yüksek Mahkemesi eski üyesi G. W. W. Gram (sonrasında yerini İsveç elçisi Francis Hagerup almıştır.), Hollanda Danıştay üyesi B. C. J. Loder, İngiltere Kraliyet Danışma Meclisi üyesi Lord Phillimore, ABD Dışişleri Eski Bakanı Elihu Root ve Yugoslavya Orta Elçisi Milenko R. Vestnich (oturumlara katılamamıştır.). (James Brown Scott, *The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists* (Washington, ABD: Carnegie Endowment for International Peace, 1920), s. 3-5).

¹¹¹ *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, s. 293.

iletmiştir.¹¹² Bu taslak andlaşmaların bir bölümünde, uyuşmazlıklara uygulanacak kurallar bakımından uluslararası andlaşmaların ve gelenek hukuku kurallarının düzenlemediği konularda “hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet”,^{113,114} “uluslararası hukukun tanınmış kuralları”,^{115,116} “hukukun ilkeleri”¹¹⁷ ve “uluslararası hukukun yerleşik kuralları”¹¹⁸ gibi çeşitli kavramlardan bahsedilerek uluslararası andlaşmalardan ve uluslararası gelenek hukukundan farklı bir üçüncü kaynağın mevcudiyeti ortaya konulmuştur.

Danışma Komitesi’nin, mahkemenin hangi kuralları uygulanacağına ilişkin görüşmeleri ise 1 Temmuz 1920 tarihli 13. Oturum’da başlamıştır. Bu oturumda, oturumun başkanı olan Baron Descamps bir teklif sunmuştur. Bu teklife göre:

“Aşağıda verilen kurallar yargıç tarafından uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde, belirtilen sıraya göre uygulanacaktır:

1. Devletler tarafından açıkça tanınan genel veya özel nitelikli andlaşma temelli uluslararası hukuk
2. Uluslar arasında uygulanan ve hukuk olarak kabul edilen uluslararası gelenek
3. Medeni ulusların hukuk bilinçleriyle¹¹⁹ tanıdıkları uluslararası hukuk kuralları

¹¹² Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, s. 6-7.

¹¹³ *Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice*, The Secretariat of the Advisory Committee of Jurists (Londra, Birleşik Krallık, 1920), s. 353.

¹¹⁴ Bevilacqua, hazırladığı taslak andlaşmaya yönelik Komite’ye ilettiği açıklama notunda 24. maddedeki “hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet” kavramına ilişkin olarak şöyle bir açıklama yapmıştır:

“Eğer uyuşmazlığa uygulanacak yazılı hukuk kuralları yoksa, gelenek hukuku uygulanacaktır.

Eğer gelenek hukuku yoksa, ya da gelenek hukuku kuralının varlığına yönelik şüphe varsa Divan pozitif hukuktaki bu boşluğu, uluslararası yargı düzeninin temelini oluşturan yüksek ilkelerin rehberliğiyle dolduracaktır” (a.g.e. s. 371).

¹¹⁵ a.g.e. s. 301.

¹¹⁶ “Uluslararası hukukun tanınmış kuralları” kavramının, 18 Ocak 1907 tarihli XII No’lu Milletlerarası Ganaim Mahkemesi’nin Kurulmasına Dair Andlaşma’nın 7. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde aslında uluslararası gelenek hukukuna karşılık geldiği görülebilir. Bununla birlikte bu kavramın yer aldığı “Beş Tarafsız Güç Planı”nda, doğrudan hukukun genel ilkelerine yer verilmemiştir. Fakat, Danışma Komitesi’ne gönderilen taslak andlaşmalardaki genel eğilim göz önüne alındığında, uluslararası hukukun tanınmış kuralları kavramının hem uluslararası gelenek hukukunu hem de hukukun genel ilkelerini kapsadığı söylenebilir.

¹¹⁷ a.g.e. s. 289.

¹¹⁸ a.g.e. s. 241.

¹¹⁹ Maddede kullanılan “bilinç” kavramı Cheng’e göre, “hukukun neyin doğru neyin yanlış olduğuna ilişkin medeni milletlerin ortak kanısı”dır. (Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, s. 9).

4. *Hukukun uygulanmasının ve genişlemesinin aracı olarak uluslararası yargı kararları.*¹²⁰

Bu doğrultuda Divan'ın, önüne gelen bir uyuşmazlığa yönelik olarak üyelerinin hangi kuralları göz önünde bulundurarak hüküm vereceği ve özellikle de hukukun genel ilkelerinin bu kuralların kapsamı dahilinde olup olmadığı tartışma konusu olmuştur.¹²¹ Bu doğrultuda Root, taslak maddenin 3. fıkrasının hangi kuralları karşıladığını anlamadığını ve 3. ile 4. fıkraların Divan'ın yargı yetkisini genişletmek amacını taşıdığını belirtmiş; ayrıca Komite'nin kendisini uluslararası andlaşmalar ve pozitif uluslararası hukuk ile sınırlandırması gerektiğini bildirmiştir.^{122,123} Buna karşılık, Loder ise 3. fıkranın asıl olarak “*tüm dünya tarafından tanınan ve saygı duyulan; fakat henüz pozitif hukukun kapsamına girmemiş olan kuralları*” karşıladığını ve Divan'ın bir görevinin de “*hukuku geliştirerek gelenek kurallarıyla herkesçe tanınan ilkeleri olgunlaştırarak kristalleştirmek*” olduğunu ifade etmiştir.¹²⁴ Hagerup da uygulanabilir bir kuralın mevcut olmadığı hallerde Divan açısından, bir non liquet'in meydana gelmesi olasılığının ortadan kalkması için bir kuralın varlığının gerekliliğinden bahsetmiştir.¹²⁵

2 Temmuz 1920 tarihli 14. Oturum'da da ana gündem maddesi 3. fıkra olmuştur. Root'un, Divan'ın *non liquet* ilan edebileceği fikrine Descamps, Divan'ın sıradan bir mahkemeden çok daha farklı bir konumda olduğunu söyleyerek karşı çıkmıştır.¹²⁶ Root ise uyuşmazlıklara, devletler tarafından farklı şekillerde anlaşılacak ilkeleri uygulayacak zorunlu yargı yetkisine sahip bir divanın uluslararası toplum tarafından kabullenilmesinin mümkün olmadığını düşündüğünü belirterek, Divan'ın ilkeyi yorumlamasının bir yasama faaliyeti niteliğinde olacağını bildirmiştir.¹²⁷ Descamps, Root'un itirazlarına verdiği cevapta, adalet ilkelerinden yalnızca “ikincil önemde

¹²⁰ *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, s. 306.

¹²¹ Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*, s. 10-11.

¹²² *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, s. 293-94.

¹²³ Root, bu fikrini desteklemek amacıyla Uluslararası Ganaim Mahkemesi'nin başarısızlığını örnek olarak vermiştir. Bu madde kapsamında Root birtakım devletlerin hukuk, adalet ve hakkaniyet ilkelerini nasıl uygulayacağını bilmeden, haklarını bir uluslararası mahkemeye teslim etmeye razı olmamaları nedeniyle Uluslararası Ganaim Mahkemesi denemesinin başarısız olduğunu belirtmiştir (a.g.e. s. 286).

¹²⁴ a.g.e. s. 294.

¹²⁵ a.g.e. s. 296.

¹²⁶ a.g.e. s. 308.

¹²⁷ a.g.e. s. 308-309.

olanlarının” farklı şekilde yorumlanabildiğini; buna karşın “*her bir insanoğlunun kalplerine derin bir şekilde kazınan ve medeni milletlerin hukuk bilinçlerinde en yüksek ve en yetkin ifadesini bulan adalet ve adaletsizliğe ilişkin temel ilkeler*” açısından bunun geçerli olmadığını belirtmiştir.¹²⁸ De Lapradelle de Root’a karşılık, Divan’ın ulusal mahkemelerde de olduğu gibi *non liquet* ilan edememesi gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁹ Hagerup da aynı görüşü benimsemiştir.¹³⁰

Descamps aynı oturumda, uygulanacak hukuk kurallarına ilişkin olarak yaptığı konuşmasında objektif adaletin “*yargıç tarafından tüm uyuşmazlıklarda uygulanacak doğal ilke*” olduğundan bahsetmiş ve tek sorunun “*yargıca rehberlik etmesi için kusursuz kuralların nasıl meydana getirileceğine*” yönelik olduğunu belirtmiştir.¹³¹

Root, Descamps’ın taslak maddesinin 3. ve 4. fıkralarında birtakım değişiklikler yapmış ve bu değişiklikleri 3 Temmuz 1920 tarihli 15. Oturum’da sunmuştur. Bu teklif, Danışma Komitesi üyeleri tarafından büyük ölçüde kabul edilmiştir. Teklife göre 3. ve 4. fıkralar şöyle olacaktır:

“...

3. Medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri

4. Hukukun uygulanması ve gelişmesi amacıyla yargı kararlarının hükümleri ve yazarların görüşleri”¹³²

Ricci-Busatti taslak maddeye “hakkaniyet ilkeleri”nin de eklenmesi gerektiği itirazında bulunmuş; bu itiraza karşılık Descamps, belirtilenler dışında uyuşmazlığın durumuna göre farklı kuralların da uygulanabileceğini ve ayrıca 3. fıkranın bir *non liquet* durumunun ortaya çıkmasını engellemek için zorunlu olduğunu belirtmiştir.¹³³

¹²⁸ a.g.e. s. 310-311.

¹²⁹ a.g.e. s. 312.

¹³⁰ a.g.e. s. 317.

¹³¹ a.g.e. s. 323.

¹³² a.g.e. s. 344.

¹³³ a.g.e. s. 334-336.

De Lapradelle ise gelenek hukuku dışında hukukun genel ilkelerinin nasıl oluşturulduğunu sorgulamış ve eğer hukukun genel ilkeleri, gelenek hukukundan kaynaklanıyorsa 2. ve 3. fıkraların hiyerarşinin mevcudiyeti nedeniyle yer değiştirmesi gerektiğini belirtmiştir. Phillimore bu teklife cevap niteliğinde olarak 3. fıkrada belirtilen genel ilkelerin “*usule ilişkin belirli ilkeler, iyiniyet ilkesi ve kesin hüküm ilkesi gibi tüm milletlerin in foro domestico kabul ettiği ilkelere*” karşılık geldiğini bildirmiştir.¹³⁴

Bu kapsamda, yapılan tartışmalar sonrasında Statü’nün 35. maddesinde, yargıcın önüne gelen uyuşmazlığa uygulayacağı kurallar bakımından yalnızca uluslararası andlaşmalar ve gelenek hukuku değil; aynı zamanda kurulacak olan Divan’ın önüne gelen bir uyuşmazlık bakımından kuralsızlık halinin varlığının engellenmesi amacıyla medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri de bir kaynak olarak yer almıştır.¹³⁵ 35. maddenin son hali şöyledir:

“Divan 34. maddede tanımlanan yargı yetkisinin sınırları içinde, kuralları aşağıdaki sıralamaya göre uygulayacaktır:

- 1. Uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin açıkça tanıdığı kuralları koyan, genel veya özel nitelikteki uluslararası andlaşmalar*
- 2. Hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası gelenek hukuku*
- 3. Medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri*
- 4. Hukuk kurallarının tespit edilmesinde yardımcı araç olarak yargı kararları ve farklı milletlerin en nitelikli yazarların öğretileri”*

Milletler Cemiyeti Genel Kurulu’nun alt komitelerinde, taslak maddenin başında yer alan “aşağıdaki sıralamaya göre” ifadesi silinmiştir. Dolayısıyla, taslak maddede Danışma Komitesi tarafından yaratılan hiyerarşi sonradan ortadan kaldırılmıştır. Bu değişiklikle 13 Aralık 1920 tarihinde Genel Kurul tarafından taslak madde, UDADS’nin

¹³⁴ a.g.e. s. 335.

¹³⁵ Büyüç, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*, s. 24-25.

38. maddesi olarak oybirliğiyle kabul edilmiştir.¹³⁶ 38. madde, sonrasında Birleşmiş Milletler tarafından UADS'nin 38. maddesinde aynı şekilde yer almıştır.¹³⁷

1.2. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI ARASINDA BİR HİYERARŞİNİN VARLIĞI TARTIŞMASI¹³⁸

Alman Hukukçu Hans Kelsen'e göre ulusal hukuk düzenlerinde hukuk, bir hukuk normunun nasıl yaratılacağını ve bazı durumlarda muhteviyatını ortaya koymak suretiyle kendi varlığını düzenlemektedir. Bir hukuk normunun geçerli olmasının temel nedeninin başka bir hukuk normu tarafından belirlenmesi, bir normun geçerliliğinin diğer normun varlığına bağlı olması anlamına gelmektedir. Bu kapsamda, bu iki norm arasında bir "astlık-üstlük ilişkisi" mevcuttur ve varlığı belirleyen norm "üst norm"; varlığı belirlenen norm ise "ast norm" olarak adlandırılmaktadır.^{139, 140} Bu astlık üstlük

¹³⁶ Manley O. Hudson, *A Treatise on the Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (New York, ABD: The Macmillan Company, 1943), s. 118-22.

¹³⁷ Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, s. 21.

¹³⁸ Uluslararası hukuk normları arasında çeşitli hiyerarşik sınıflandırmalar yapılmaktadır. Bunlardan en önemlileri şunlardır: Uluslararası hukukun geleneksel kaynakları, yani UADS'nin 38. maddesinde belirtilen normlar arasındaki hiyerarşi; 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesinde belirtilen ve belirli temel insan haklarını karşılayan Jus Cogens (emredici hükümler) ile uluslararası hukukun diğer normları arasındaki hiyerarşi ve son olarak BM Şartı'nın 103. maddesi kapsamında BM Şartı ile diğer andlaşmalar arasında var olduğu iddia edilen hiyerarşidir. Çalışmanın kapsamı açısından yalnızca uluslararası hukukun geleneksel kaynakları arasında bir hiyerarşinin mevcudiyeti üzerine yapılan tartışmalar incelenecektir.

BM Şartı'nın 103. maddesi, Jus Cogens normlar ve erga omnes yükümlülükler arasındaki hiyerarşiye yönelik detaylı bilgi için bkz. Zdislaw Galicki, "Hierarchy in International Law within the Context of Its Fragmentation," *International Law Between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* içinde, ed. Isabelle Buffard, James Crawford vd. (Leiden, Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers).

¹³⁹ Hans Kelsen, *General Theory of Law & State* (New Jersey, ABD: Transaction Publishers, 1949), s. 123-24.

¹⁴⁰ 20. yüzyılda yaşayan Kelsen'e göre tüm geleneksel hukuk felsefeleri, bir taraftan siyasi ideolojiler ve ahlakileştirmeye; diğer taraftan ise hukuku doğal ya da toplumsal bilimlere indirgeme girişimleri nedeniyle büyük oranda bozulmuştur (Andrei Marmor, "The Pure Theory of Law," içinde *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (2016). Kelsen, bu bozulmanın olmadığı bir hukuk bilimi ortaya koymuş ve bunu "saf hukuk kuramı" olarak adlandırmıştır. Saf hukuk kuramına göre hukuk, doğası gereği belirli bir hukuk normudur. Bir "norm" olarak hukuk, belirli bir insan davranışına yönelik irade işleminin özgün anlamıdır. Yani insan, hukuk gereğince belirli bir şekilde davranmalıdır (Hans Kelsen, "On the Pure Theory of Law," *Israel Law Review* 1 (1) (1966), s. 1).

Ahlakileştirmenin, hukuk felsefelerini bozan nedenlerden biri olarak görülmesi dolayısıyla hukukun normatifliği saf hukuk kuramına göre bir ahlak normundan değil; hukuk normunun belirli bir yöntem izlenerek varlık kazanmasından kaynaklanmaktadır. Kelsen'e göre bir hukuk normu, varlığı ancak başka bir hukuk normu ile düzenleniyorsa normatiftir. Bu anlamda, bir hukuk normunun normatifliğini kazanması, bulunduğu hukuk düzenindeki bir üst norma uygun olarak yaratılmasına bağlıdır (Richard D. Latta, "Hans Kelsen and the Bindingness of Supra-National Legal Norms" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Georgia State University, 2012), s. 1-2).

ilişkisi, ulusal hukuk normları arasında “*Stufenbau*” adı verilen bir hiyerarşiyi ortaya çıkartmıştır. Hukuk düzenin birliği ancak, bu bağlantı ile mümkün olmaktadır. Saf hukuk kuramına göre normlar piramidinin en alt basamağında başta mahkemeler olmak üzere, hukuk kurallarını uygulayan organların oluşturduğu normlar vardır. Piramidin sonraki basamaklarında ise yukarıya doğru sırasıyla; kanun koyucu tarafından yapılan kanunlar, örf-adet kuralları, son olarak ise anayasa bulunmaktadır. Pozitif normlar açısından anayasa en üst basamaktadır.¹⁴¹ Anayasaların geçerliliği ise, bir önceki anayasadan kaynaklanmaktadır. Saf hukuk kuramı kapsamında, tarihsel anlamda ilk anayasanın ise geçerliliğini, bütün hukuki normların geçerliliğinin nihai temeli olan “temel norm”dan (*grundnorm*) aldığı belirtilmektedir. Temel norm, Kelsen’in ifadesiyle “*insanoğlunun eylemleriyle yaratılan zorlayıcı ve genel olarak etkili bir düzen olarak tanımlanabilecek pozitif hukuk düzenlerinin tümünün geçerliliğini sağlar.*”^{142,143}

Saf Hukuk Kuramı’nın ortaya koyduğu gibi, ulusal hukuk düzenlerinde normlar arasında bir hiyerarşinin varlığından bahsedilebilse de; uluslararası hukuk açısından aynı hiyerarşinin uygulanması mümkün görünmemektedir.¹⁴⁴

Bu olanaksızlığın temel nedeni uluslararası hukukun, normları açısından yatay bir hukuk düzeni niteliğinde olmasıdır. Bunun yanında uluslararası hukuk, her ne kadar

¹⁴¹ Yunus Emre Koçak, "Değerlerinden Arınmış Hukuk İçin Bir Savaş: Hans Kelsen ve Saf Hukuk Teorisi" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi, 2018), 48-49.

¹⁴² Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight, 2. Baskı, (California, ABD: University of California Press, 1967), s. 217-18.

¹⁴³ Kelsen, temel normu bir örnekle açıklamıştır:

“Yardıma ihtiyacı olan bir adam, başka bir adamdandan yardım talep ediyorsa, bu talebin öznel anlamı adamın ona yardım etmesi gerektiğidir. Ama nesnel anlamda bu zorunluluk, ancak bir genel normun, örnek olarak dinin “komşunu sev.” gibi bir emrinin mevcudiyeti halinde ortaya çıkar. Bu ikinci norm nesnel olarak yalnızca dinin emrettiği gibi davranması gerektiği varsayılırsa geçerlidir. İşte, bir ahlaki ve hukuki düzenin normlarının nesnel geçerliliğini sağlayan bu tür bir varsayım “temel norm” (grundnorm) olarak adlandırılacaktır” (a.g.e. s. 8).

¹⁴⁴ Kelsen, ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki niteliksel farklılıkları da tamamen inkâr etmiştir. Ona göre, uluslararası hukuk günümüzde dahi büyük oranda temel özne olarak düşünülen devletler arasındaki ilişkileri değil; aynı zamanda devletler ile kendi milletleri arasındaki ilişkileri de düzenleme alanı içine almalıdır. Buna karşın, kuramın temel unsurlarından biri olan ve ahlak ile hukukun ayrılmasını sağlayan zorlayıcılığın, uluslararası hukukta nasıl tezahür edeceğine ilişkin yaptığı belirlemede, uluslararası hukukun yalnızca bir devletin başka bir devlete karşı güç kullanmasının yaptırım ya da suç olarak ilkesel anlamda mevcut olması durumunda ulusal hukukla aynı olarak görülebileceğini belirterek kendini ulusal hukukun geleneksel özellikleriyle sınırlandırmıştır (François Rigaux ve Elif Başkaracaoğlu, "Kelsen ve Uluslararası Hukuk," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 65 (1) (2007), s. 390-93).

Kelsen bir şekilde ulusal hukuk ile benzer olarak var olduğunu savunsa da, merkezi bir yaptırım sisteminden de yoksundur. Dolayısıyla, normların çatışması durumunda bu çatışmayı olaya uygun bir yorum yaparak çözebilecek bir merkezi yargı organı da mevcut değildir.¹⁴⁵ Bu durum, hukuk düzeni içindeki hiçbir hukuki yükümlülüğün diğer bir hukuki yükümlülüğün ifa bakımından önüne geçememesine neden olmaktadır.

UADS'nin 38. maddesi doğrultusunda uluslararası hukukun uluslararası andlaşmalar, uluslararası gelenek hukuku ve medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri olmak üzere üç adet asli kaynağı; uluslararası mahkeme kararları ve doktrin olmak üzere de iki adet tali kaynağı bulunmaktadır.¹⁴⁶ Bununla beraber, yukarıda da açıklandığı üzere asli kaynaklar arasında UDADS'nin hazırlanması sürecinde kaynaklara ilişkin taslak maddede bir sıralamanın olduğu belirtilmiş; fakat bir hiyerarşinin mevcudiyetine ilişkin ifadeler Milletler Cemiyeti Genel Kurulu kapsamında kurulan Danışma Komitesi'nde yapılan görüşmeler sonrasında kaldırılmıştır. Buna karşın, günümüzde birçok yazar başta UADS'nin tarihsel yorumu olmak üzere çeşitli temellendirmeler yapmak suretiyle uluslararası hukukun asli kaynakları arasında bir hiyerarşinin mevcut olduğunu iddia etmektedir.¹⁴⁷ “Gayrıresmi üstünlük hiyerarşileri” olarak adlandırılan bu görüşe göre kaynaklar biçimsel ve işlevsel anlamda denk olarak kabul edilse de; uluslararası hukukun özneleri, uluslararası toplumu ilgilendiren konularda bazı kaynakları birtakım

¹⁴⁵ Erika de Wet ve Jure Vidmar, "Conflicts Between International Paradigms: Hierarchy Versus Systemic Integration," *Global Constitutionalism* 2 (2) (2013), s. 197.

¹⁴⁶ Uluslararası hukukun kaynakları arasındaki genel geçer sınıflandırma bu şekilde yapılsa da; doktrinde bazı yazarların farklı asli-tali kaynak sınıflandırmaları yaptıkları görülmektedir. Bunlardan dikkate değer biri de Bos'un sınıflandırmasıdır. Bos'a göre asli-tali kaynak ayrımının temelinde yazılı-yazısız kaynak ayrımı bulunmaktadır. Bu doğrultuda, asli kaynaklar “uluslararası örgütlerin bazı kararları, uluslararası andlaşmalar ve uluslararası gelenek hukuku”; tali kaynaklar ise “medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri, tamamlayıcı doğal hukuk ve bazı yargı kararları”dır. Bos, tali kaynakları da hangi asli kaynaklar açısından tamamlayıcı nitelikte olduklarına göre ikiye ayırmıştır. Bu bağlamda medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkeleri uluslararası örgütlerin kararlarının, uluslararası andlaşmaların, uluslararası gelenek hukukunun tamamlayıcısıyken; tamamlayıcı doğal hukuk ise hukukun genel ilkeleri için tamamlayıcı niteliktedir (Maarten Bos, "The Hierarchy among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law," *Netherlands International Law Review* 25 (3) (1978), s. 334-36).

¹⁴⁷ Bu kapsamda uluslararası hukukta “hiyerarşi” kavramının anlamının da belirlenmesi gerekmektedir. Uluslararası hukukta “hiyerarşi” kavramı, geniş ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. “Geniş anlamda hiyerarşi”, iki veya daha fazla asli kaynaktan uyumsuzluğu çözmeye yönelik kuralların bulunması durumunda bu kaynaklardan hangisinin öncelikli olarak uygulanacağını belirlemektedir. “Dar anlamda hiyerarşi” ise asli kaynaklardan yalnızca birinde uyumsuzluğu çözmeye yönelik birden fazla kuralın mevcudiyeti halinde hangi kuralın öncelikli olduğunu bildirmektedir. Bu bölümde asıl olarak geniş anlamda hiyerarşi kavramı incelenmiştir.

özellikleri dolayısıyla diğerlerinden daha üstün olarak görmektedir.¹⁴⁸ Bu kapsamda, doktrinde “uluslararası andlaşmaların üstünlüğü” ve “gelenek hukukunun üstünlüğü” olmak üzere iki farklı hiyerarşi savunulmaktadır.¹⁴⁹

Uluslararası andlaşmaların üstünlüğü görüşü iki farklı argümanı içinde barındırmaktadır. İlk argümana göre her ne kadar uluslararası andlaşmalar ile gelenek hukuku kuralları normatif anlamda denk olsa da hem yazılı olduklarından daha kolay tespit edilebilmeleri hem de varlıklarının gelenek hukuku kurallarından daha kolay bir şekilde kanıtlanabilmesi nedeniyle uluslararası mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıklarda ilk olarak uluslararası andlaşma kurallarını uygulamaya eğilimlidirler. Bu nedenle uluslararası andlaşmalar, hiyerarşik olarak diğer asli kaynaklardan önce gelmektedir. İkinci argümana göre ise uluslararası andlaşmalar, taraf devletlerin iradelerinin uyuşması sonucunda, bir olaya ilişkin özel bir düzenleme yapma amacı

¹⁴⁸ Uluslararası hukukun kaynakları arasında bir hiyerarşinin varlığına yönelik bir diğer görüş ise, bu hiyerarşiyi normlar ihtilafı kapsamında ele almaktadır. Bu görüşü savunan Bos'a göre, yalnızca uluslararası hukukun asli kaynakları (uluslararası örgütlerin bazı kararları, uluslararası andlaşmalar ve uluslararası gelenek hukuku) arasında bir ihtilaf meydana gelebilmektedir. Bos, bu ihtilafın çözülebilmesi amacıyla üç farklı ölçütün mevcut olduğunu belirtmiştir. Bu ölçütler şunlardır: Köken (origin), anlam (purport) ve yaş (age).

Yazarın belirttiği asli kaynaklar arasında bir ihtilaf çıktığında, üç ölçütün tümünde uluslararası örgütlerin bazı kararları diğer iki asli kaynağın önüne geçmektedir. Asıl konu, uluslararası andlaşmalar ile gelenek hukuku kuralları arasındaki bir ihtilafın bu üç ölçüt bakımından nasıl çözüleceğidir. Bu konuda Bos bu iki kaynağın denk olduğunu belirterek, ihtilaf halinde iç hukukta genel olarak uygulanan yorum ilkelerinin kullanılması gerektiğini bildirmiştir. Bu yorum ilkeleri şunlardır: sonraki kanun önceki kanunları ilga eder (*Lex posterior derogat legi priori*), üst kanun ast kanunları ilga eder (*lex superior derogat legi inferiori*), özel kanun genel kanunları ilga eder (*lex specialis derogat legi generalis*) (Bos, "The Hierarchy among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law," s. 335-37). 38. maddedeki sınıflandırmayı takip eden Akehurst ve Boas'ın da Bos ile aynı görüşte olduğu söylenebilir. Onlara göre hukukun genel ilkeleri yalnızca uluslararası andlaşmaların ve uluslararası gelenek hukukunun düzenlemediği alanlarda uygulanabildiğinden, bir normlar ihtilafı yalnızca bu iki kaynak arasında meydana gelebilecektir. Bu ihtilafın çözümünde ise yukarıda belirtilen üç yorum kuralı uygulanacaktır. Bununla beraber Akehurst, *Lotus Davası'nı* örnek olarak vererek *lex specialis* ilkesi gereğince bazı durumlarda gelenek hukuku kuralının çok genel olması halinde uyuşmazlık konusu açısından daha özel nitelikteki bir hukukun genel ilkesinin uygulanabileceğini belirterek bir istisnanın mevcut olduğunu iddia etmiştir (Michael Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law," *British Yearbook of International Law* 47 (1) (1976), s. 274-79. ve Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, s. 47). Koskenniemi, “*her mahkemenin veya avukatın önüne gelen uyuşmazlıkta ilk olarak uluslararası andlaşmaya, sonrasında gelenek hukukuna ve en sonunda hukukun genel ilkelerine başvuracağını*” bildirerek uluslararası hukukun kaynakları arasında bir gayrresmi üstünlük hiyerarşisinin bulunduğunu ifade etmiştir. Bu doğrultuda da gelenek hukuku ile hukukun genel ilkelerinin “doğaları gereği” uluslararası andlaşmalarla karşılaştırıldığında *lex generalis* niteliğinde olduğunu belirtmiştir (Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, s. 47-49, 166-67).

¹⁴⁹ Mario Prost, "Hierarchy and the Sources of International Law: A Critique," *Houston Journal of International Law* 39 (2) (2017).

taşıdığından daha özel niteliklidirler.^{150,151} Bu görüş, uluslararası hukuk doktrininde büyük oranda kabul görse de, başta Oppenheim olmak üzere bir grup hukukçu uluslararası hukukun çekirdeğini uluslararası gelenek hukukunun oluşturduğunu kabul ederek “gelenek hukukunun önceliği” tezini savunmuştur.¹⁵²

Bu teze göre uluslararası gelenek hukuku kuralları, diğer kaynaklar açısından belirleyici niteliktedir. Yani gelenek hukuku diğer kaynaklarla bağlı olmadığı gibi gelenek hukukunun, hukuki çerçevesini oluşturmadığı bir konunun uluslararası anlaşmalar tarafından düzenlenmesi de mümkün değildir.¹⁵³ Özellikle çok taraflı uluslararası anlaşmaların yaygın olmadığı 1945 Öncesi Dönem’de bu tez, uluslararası mahkemeler tarafından da kabul görmüştür. Örneğin, uluslararası hukuk alanındaki ilk uluslararası mahkeme niteliğinde olan Orta Amerika Adalet Divanı’nın *Costa Rica v. Nicaragua Davası*’na ilişkin olarak 30.09.1917 tarihinde verdiği kararda, Nikaragua’nın 1914 yılında ABD’ye Panama Kanalı’nı korumak amacıyla Fonseca Körfezi’ndeki bazı

¹⁵⁰ a.g.e. s. 293-95

¹⁵¹ Uluslararası anlaşmaların üstünlüğü görüşü doktrinde birçok yazar tarafından kabul edilmiştir. “Uygulamada, mevcut uyumsuzluğa yönelik bir uluslararası anlaşma varsa, yazının kesinliği ve anlaşmanın taraf olan devletlerin iradelerini resmi olarak ortaya koyması nedeniyle öncelikli olarak uygulanması muhtemeldir” (Charlesworth, "Law-making and Sources," s. 189-90). “Hukukun kaynakları açısından 38. maddedeki sıralamanın bir hiyerarşi olarak kabul edilmesinin zorunlu olmadığını düşünüyorum. Fakat, taslak haline getirildiği dönemde uluslararası anlaşmalar hukukun kaynakları içinde, içeriklerinin kolayca tespit edilebilmesi dolayısıyla tespiti kolayca yapılabildiğinden, en iyi olanı olarak görüldüklerinden bunların hiyerarşide ilk sıraya yerleştirildiği bir gerçektir” (John N. Hazard, "Part I: The Classical "Sources" of International Law Revisited," *Change and Stability in International Law-Making* içinde, ed. Antonio Cassese ve Joseph H. H. Weiler (New York, ABD: De Gruyter, 2010), s. 31). “Uluslararası anlaşmalar genellikle uluslararası hukuk kaynakları arasında en sağlamı ve en iyisi olarak kabul edilmektedirler. Hiyerarşi, devlet iradelerinin, normların uluslararasılaştırılmasındaki etkilerine yönelik pozitivist kaygılarını yansıtır. Bu nedenle, daha az somut olan kaynaklardan ziyade anlaşmaların biçimliliği ve kesinliği tercih edilmektedir” Harlan G. Cohen, "Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources," *Iowa Law Review* 93 (1) (2007), s. 69).

¹⁵² Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 1. Cilt: Peace, s. 22. ve Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Massachusetts, ABD: Harvard University Press, 1949), s. 369. Reuter de uluslararası gelenek hukukunu uluslararası toplumun “anayasası” olarak görmüş ve uluslararası anlaşmaların ancak uluslararası gelenek hukuku temeli üstüne inşa edilebileceğini belirtmiştir. (Paul Reuter, *Introduction to the Law of the Treaties*, çev. José Mico ve Peter Haggemacher (New York, ABD: Routledge, 2011), s. 29.

Kolb ise tarihsel anlamda uluslararası anlaşmaların gelenek hukukundan daha önce oluştuğunu belirtmiştir. Ona göre, bir gelenek hukuku kuralının ortaya çıkabilmesi için “uluslararası toplum”ın varlığı ve kurucu toplumlar arasında asgari düzeyde bir ortaklık duygusunun kristalleşmiş olması gereklidir. Bu iki şartın mevcut olmadığı dönemlerde toplumlar arasındaki düzenin uluslararası anlaşmalar yoluyla sağlandığını belirterek, uluslararası hukukun çekirdeğinde uluslararası anlaşmaların olduğunu iddia etmiştir (Robert Kolb, *The Law of Treaties: An Introduction* (Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing, 2016), s. 1).

¹⁵³ Prost, "Hierarchy and the Sources of International Law: A Critique," s. 299-301.

adalarını ve deniz üssü kurulması amacıyla kıyıdaki belirli bir alanı 99 yıllığına kiralandığını hükme bağlayan Bryan-Chamorro Andlaşması'nın Kosta Rika'nın, bir gelenek hukuku kuralı olarak görülen seyrüsefer serbestisi hakkını ihlal etmesi nedeniyle geçersiz olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁴

Yukarıdaki tezler incelendiğinde, bir asli kaynak olarak hukukun genel ilkelerinin gayriresmi üstünlük hiyerarşileri bağlamında uluslararası andlaşmalardan ve gelenek hukukundan sonra uygulandığı anlaşılmaktadır. Bununla beraber, bir hukukun genel ilkesinin uluslararası andlaşmada yer alması durumunda hiyerarşideki yerinin ne olacağı sorusu önem kazanmaktadır. Bu konu, uluslararası mahkemelerce her ne kadar gelenek hukuku özelinde incelenmiş gibi görünse de; temelde uluslararası hukukun yazısız kurallarının uluslararası andlaşmalarda yer alması durumunda statülerinde ve bağlayıcılıklarında meydana gelebilecek olası değişimler açısından da uygulanabilecektir. Bu durumun gelenek hukuku kuralı açısından açıklayıcı, kristalleştirici ve kurucu etki olmak üzere üç farklı etki yaratabileceği belirtilmiştir. Açıklayıcı etki, gelenek hukuku kuralının resmi ve yazılı bir belgede yer almasından başka bir şey değildir. Yani gelenek hukuku kuralının bağlayıcılığı değişmemektedir. Kristalleştirici etki, henüz olgunlaşmamış bir gelenek hukuku kuralının tam bir gelenek hukuku kuralı haline gelmesini sağlamaktadır. Kurucu etki ise, uluslararası andlaşmada yer alan bir andlaşma hükmünün olası bir gelenek hukuku kuralı haline gelmesidir. Uluslararası mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıklarda bu üç etkiden hangisinin mevcut olduğunu olaya münhasır olarak belirlediklerinden, bu konuya ilişkin sabit bir uygulama mevcut değildir.¹⁵⁵ Bununla birlikte, özellikle deniz hukukuna ilişkin davalarda, daha ziyade kristalleştirici etkinin varlığının kabul edildiği görülmektedir. Nitekim UAD, özellikle *Kıta Sahaneliği* davaları¹⁵⁶ ve Birleşik Krallık ile İzlanda arasındaki *Balıkçılık Davası*'nda¹⁵⁷ bu etkiye atıf yapmıştır.

¹⁵⁴ "Costa Rica v. Nicaragua," *The American Journal of International Law* 11 (1) (1917).

¹⁵⁵ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, Recueil des Cours, (Alphen aan den Rijn, Hollanda: Sijthoff & Noordhoff, 1978), s. 14-21.

¹⁵⁶ Divan, Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası'na ilişkin olarak vermiş olduğu 20 Şubat 1969 tarihli kararında, karşılıklı kıyıdaş devletlerin deniz yetki alanlarının belirlenmesinde kullanılan ve bir gelenek hukuku kuralı niteliğinde olan "ortay hat kuralı"nın 1958 tarihli Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer almasının bu kuralı aynı zamanda bir andlaşma kuralına

2. BÖLÜM: HUKUKUN GENEL İLKELERİNDEN BİRİ OLARAK HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

2.1. İYİNİYET İLKESİ

Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde özel hukukun, özellikle de sözleşmeler hukukunun esas ilkelerinden biri olan iyiniyet ilkesi inançta ve hedefte dürüstlüğü, kişinin görevine ve sorumluluğuna sadakatini, bir ticari işlem sırasında dürüst iş yapmanın makul ticari ölçütlerinin karşılanması ya da aldatmaya veya aşırı çıkar sağlamaya yönelik iradenin ortaya çıkmasının engellenmesini kapsamaktadır.¹⁵⁸ Dolayısıyla iyiniyet, sosyal ilişkilerin farklı aktörleri arasında dürüstlük, sadakat ve tutarlılığa yönelik ahlaki davranışsal bir koşulu zorunlu tutan temel hukuk ilkelerinden biridir.

Birçok devletin ulusal hukukunda iyiniyet ilkesi, “subjektif iyiniyet” ve “objektif iyiniyet” olmak üzere iki farklı türe ayrılmaktadır. Subjektif iyiniyet, bir tarafıyla sadakat ve vefayı ifade ederken; diğer tarafıyla inanç ve güvenin korunması

dönüştürdüğünü belirtmiştir. Bununla beraber, bir gelenek hukuku kuralını kodifiye eden ya da yeni oluşmaya başlayan bir gelenek hukuku kuralını kristalleştiren bir uluslararası andlaşma hükmünün, andlaşmanın diğer hükümleri gibi yalnızca andlaşmaya taraf olan devletler için değil; taraf olmayanlar açısından da bağlayıcı olduğunu bildirmiştir (North Sea Continental Shelf, s. 38.)

¹⁵⁷ UAD'nin Birleşik Krallık ile İzlanda arasındaki *Balıkçılık Davası*'nda verdiği 2 Şubat 1973 tarihli kararda, İzlanda yasama organı Althing'in 5 Mayıs 1959 tarihinde aldığı münhasır balıkçılık bölgesinin genişliğinin 50 dm olarak belirlenmesi kararının ve 1961 yılında İngiltere ile yapılan nota değişimiyle vücut bulan andlaşmanın uluslararası hukuka aykırılığı değerlendirilmiştir.

Yapılan andlaşmada İngiltere'nin, İzlanda'nın 12 dm genişliğindeki münhasır balıkçılık bölgesini tanıması ve 3 yıl boyunca bu deniz yetki alanında İngiltere'nin balıkçılık faaliyetlerini sürdürmesi hükme bağlanmıştır. İzlanda, 29 Mayıs 1972 tarihinde Divan'a ilettiği görüşte şunu ifade etmiştir;

“1961 yılındaki nota değişimi, İngiliz Kraliyet Donanması'nın İzlanda Hükümeti'nin 1958 yılında münhasır balıkçılık bölgesini 12 dm olarak belirleme kararına karşı güç kullandığı zor şartlar altında yapılmıştır.”

Divan, bu durumu “örtülü bir zorlama” olarak kabul etse de, VAHS'nin “*Tehdit veya Kuvvet Kullanılması Yoluyla Bir Devletin İcbar Edilmesi*” başlıklı 52. maddesi kapsamında düzenlenen durumun “ciddi kanıtlarla desteklenmiş olmayı” gerektirmesi nedeniyle olaya uygulanamayacağını belirtmiş olmasına rağmen; Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2/4. maddesi doğrultusunda böyle bir durumun mevcut olduğunu bildirmiştir (Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports, 1973 s. 14-21). Bu kapsamda, bir gelenek hukuku kuralı niteliğinde olan icbar yoluyla yapılan andlaşmaların geçersiz olması müessesesinin uluslararası andlaşmalarda yer alarak kristalleştirildiği görülmektedir (Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, s. 17).

¹⁵⁸ “Good Faith,” *Black's Law Dictionary* içinde, ed. Bryan A. Garner (Minnesota, ABD: Thomson Reuters, 2009), s. 762.

anlamına gelmektedir.¹⁵⁹ Bu bağlamda subjektif iyiniyet, belirli bir hakkın kazanılmasını engelleyen bir durumun varlığı ya da bir hakkın kazanılması için gerekli olan bileşenlerden birinin bulunmaması halinde, meşrulaştırılabilecek düzeyde bilgisizlik ya da yanlış bilginin mevcut olduğu hallerde bireyin hukuki olarak korunmasını amaçlamaktadır.¹⁶⁰ Bu durumda belirli koşulların varlığı halinde iyiniyet, sözleşmenin taraflarından birinin yanlış inancını korumayı hedeflemektedir. “Dürüstlük kuralı” olarak da adlandırılan objektif iyiniyet ise özellikle ticari ilişkilerde tarafların uyması beklenen bir davranış kuralıdır. Objektif iyiniyetin kapsamına dahil olan davranışlar hakların kullanılmasında ya da borçların yerine getirilmesinde dürüst, makul ve orta zekalı bir kimsenin davranışlarıdır. Bu kapsamda objektif iyiniyet, ifade edilenle gerçek arasında, daha genel bir şekilde hukuki gerçeklikle taraflar arasında yapılan sözleşmenin tarafların iradesi ya da beyanlarıyla uyumlu olmasını gerektirmektedir. Yani, gerçeklikle görünürde mevcut olan arasında var olan ya da ortaya çıkabilecek bir farkı dışlama amacını taşımaktadır.¹⁶¹

Uluslararası hukuk açısından ise iyiniyet ilkesi, bir hukuki işlemin tarafı olan devletlerin birbirlerine karşı dürüst ve adil bir şekilde davranmalarını, bu işlemi yapma nedenlerini ve amaçlarını doğru bir şekilde belirtmelerini ve aralarındaki sözleşmenin kelimesi kelimesine yorumlanmasından kaynaklanabilecek haksız menfaatten kaçınmalarını gerektirir.¹⁶² Bu açıdan, devletler arasındaki andlaşmalara yönelik uygulamada büyük oranda yalnızca objektif iyiniyetin varlığı açısından bir belirleme yapılabilir. Devletlerin, bilgisizlik ya da yanlış bilgilenme nedeniyle kendi menfaatlerine aykırı bir andlaşmaya taraf olduklarını iddia etmeleri suretiyle yanlış inancın korunması durumunda uluslararası toplumda var olan hassas düzen, derin bir şekilde bozulma

¹⁵⁹ Talya Şans Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi," *TBB Dergisi* 135 (2018), s. 357.

¹⁶⁰ Yusuf Yaşar ve Zafer İçer, "The Concept of "Good Faith" in Criminal Law," *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 7 (2) (2019), s. 257-58. ve Rosella Galiano, "Good Faith and the Abuse of Right in the Context of the Autonomy of Negotiating Contract" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, LUISS Guido Carli University, 2013), s. 4-6.

¹⁶¹ Michel Virally, "Good Faith in Public International Law," *The American Journal of International Law* 77 (1) (1983), s. 131.

¹⁶² Anthony D'Amato, "Good Faith," *Encyclopedia of Public International Law* içinde, ed. Rudolf Bernhardt (Amsterdam, Hollanda: Elsevier Science Publishers, 1981), s. 107.

tehdidiyle karşı karşıya kalacaktır.^{163, 164} Bu nedenle, uluslararası hukuk egemen devletlerin “ruhsal durumu”na önem vermemekte ve subjektif iyiniyete yönelik bir incelemeyi nadiren yapmaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukukta, subjektif iyiniyetin korunmasına yönelik örnekler oldukça sınırlı sayıdadır. Bu kapsamda Kolb da, uluslararası hukukta subjektif iyiniyetin normatif niteliğinin olmadığını belirtmiştir.¹⁶⁵

Uluslararası hukukta asıl olarak objektif iyiniyet korunmaktadır. Buna karşın, uluslararası mahkeme kararlarında objektif iyiniyete yaygın olarak başvurulmamış;

¹⁶³ Nitekim, Futhazar ve Evans da subjektif iyiniyeti “kişinin bir hukuki işleme taraf olurkenki ruhsal durumu” olarak nitelendirmek suretiyle, uluslararası hukukun kişilerinin bireylerden tam anlamıyla farklı olması ve ruh hallerinin bulunmaması nedeniyle subjektif iyiniyetin uluslararası hukuka uyarlanmasının “zor” olduğunu belirtmiştir (Guillaume Futhazar ve Anne Peters, "Good Faith," *The UN Friendly Relations Declaration at 50: An Assessment of the Fundamental Principles of International Law* içinde, ed. Jorge Viñuales (Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2020), s. 190-91).

¹⁶⁴ Devletler arasında yapılan uluslararası andlaşmaların hazırlanmasından iptaline kadar bütün aşamalarını kapsamlı bir şekilde ele alan ve bu nedenle de “andlaşmaların andlaşması” olarak adlandırılan VAHS’de uluslararası andlaşmaların nisbi butlan nedenlerine de yer verilmiştir. Bu nedenler “*İç Hukukun Andlaşma Akdetme Yetkisiyle İlgili Hükümleri*” ve “*Bir Devletin Rızasını Açıklama Yetkisine Getirilen Özel Sınırlamalar*” başlıklı 46. ile 47. maddelerindeki iç hukuka dayalı yetkisizlik durumları, 48. maddede belirtilen hata (yanılma), 49. maddedeki hile ve 50. maddedeki bir devlet temsilcisinin ayarılması durumlarıdır.

Subjektif iyiniyetin bir yansıması niteliğinde görülebilecek olan hata, taraflardan birinin ya da birçoğunun bir uluslararası andlaşmaya, mevcut olan bir olguya yönelik olarak yanlış inançları nedeniyle taraf olması halidir. Her ne kadar, tarafların subjektif iyiniyeti korunuyor gibi görünse de, hata kapsamında bir andlaşmanın geçersiz sayılması için VAHS ve uluslararası mahkeme kararları yoluyla oldukça katı şartlar belirlenmiştir. Bu şartlar şunlardır: Hatanın, andlaşma yapıldıktan sonra hatayı yapan devletçe varlığı fark edilen ve andlaşma ile bağlanma rızasının esaslı bir temelini teşkil eden bir olay ve durumla ilgili olması, bu hatanın oluşumunda hatayı öne süren devletin bir katkısının olmaması ve bu devletin hatanın mevcudiyetine yönelik herhangi bir izleniminin bulunmaması (Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Cilt, s. 187-88).

Aust andlaşma yapma sürecinin, hatanın mevcudiyetine mahal vermeyecek kadar detaylı bir incelemenin yapıldığı uzun zaman alan bir süreç olması nedeniyle hataların varlığı olasılığının en aza indiğini ve hataların büyük oranda özellikle sınır andlaşmalarının esas aldığı haritalardaki yanlışlıklardan kaynaklandığını bildirmiştir (Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2. Baskı, (New York, ABD: Cambridge University Press, 2007), s. 315-16).

UAD *Preah Vihear Tapınağı Davası’nda* Tayland’ın, Tapınak’ı Kamboçya’nın ülkesi içinde gösteren haritanın hatalı olduğu ve bu nedenle de Karma Komisyon’un aldığı karara uyulamayacağı iddiasına yönelik olarak, Tayland’ın bu haritayı önceden onayladığını ve bu nedenle de “*taraflardan birinin hataya kendi iradesiyle katkı yaptığını, hatadan kaçınabileceğini, ya da şartların bir hatanın ortaya çıkabileceğini gösterir nitelikte olması durumunda hatanın varlığının rızaya aykırı bir unsur olarak kabul edilmesine izin verilmeyeceğinin yerleşik bir kural olduğunu*” belirtmiştir (Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I. C. J. Reports 1962, s. 21, 25-27).

UAD, verdiği kararda her ne kadar haritanın bağlayıcılığına yönelik bir şüphe olsa da; andlaşmanın yapılmasından sonraki süreçte meydana gelen olayların göz önüne alınması gerektiğini belirtmiş ve yapılan inceleme sonucunda Tayland’ın elli yıldan beri andlaşmanın kurduğu düzenden yararlandığını tespit etmiştir. Bu doğrultuda Tayland’ın andlaşmaya taraf olmadığını iddia edemeyeceğini bildirerek dönememe ilkesini uygulamıştır (a.g.k. s. 30-32).

¹⁶⁵ Kolb, "Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)," s. 15-16.

bunun uluslararası hukuktaki çeşitli yansımaları dayanak olarak kullanılmıştır. Bu yansımalarından en önemlileri ahde vefa ilkesi, dönememe (*estoppel*) ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.^{166,167}

Tüm ulusal hukuk düzenlerinin temelinde yer alan ve mevcudiyeti antik sayılabilecek kadar eskiye dayanan¹⁶⁸ ahde vefa ilkesi uluslararası hukukta bir uluslararası andlaşma kapsamında taraflar arasında kurulan düzeni, uluslararası hukukun belirlediği çeşitli geçersiz kılma nedenlerinin mevcut olmadığı hallerde sürdürmeyi amaçlamaktadır. Bununla beraber, andlaşmanın taraflarına düzeni koruma ve sürdürme sorumluluğu da vermektedir. Bu kapsamda pozitif uluslararası hukuk, uluslararası andlaşma kurallarının geçerliliğine ilişkin kuralları düzenlemek zorunda olduğundan bu zorunluluğa yönelik ilk sorun, uluslararası andlaşma kurallarının hem andlaşma yürürlüğe girdiği anda hem de sonraki süreçte geçerliliğinin nasıl tespit edileceğidir. Bu sorunun çözümünde, ilk olarak ahde vefa ilkesinin kullanılması gerekmektedir.¹⁶⁹ Nitekim, VAHS'nin "*Ahde Vefa*" başlıklı 26. maddesinde ahde vefa ilkesi, iyiniyet ilkesi ile bağlantılandırılarak şu şekilde ele alınmıştır: "*Yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyiniyetle icra etmesi gerekir.*" Uluslararası andlaşmaların yorumlanması konusunda da yine iyiniyetin, VAHS tarafından temel bir ilke olarak görüldüğü belirtilebilir. Nitekim "*Genel Yorum Kuralı*" başlıklı 31/1. maddeye göre; "*Bir andlaşma, andlaşmanın bütünü içinde hükümlerine, konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyiniyetle yorumlanır.*"

Yukarıdaki bilgiler ışığında bir hukukun genel ilkesi olan ahde vefa ilkesi,¹⁷⁰ her şeyden önce taraf devletlerin aralarında uygulanmak üzere imzaladıkları uluslararası

¹⁶⁶ Steven Reinhold, "Good Faith in International Law," *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 2 (2013), s. 47-57.

¹⁶⁷ Hakkın kötüye kullanılması yasağı "*Kötüniyetin Tezahürü: Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*" başlıklı bölümde detaylı bir şekilde incelendiğinden, bu bölümde ele alınmamıştır.

¹⁶⁸ Ahde vefa ilkesinin mevcudiyetinin tarihsel bakımdan detaylı bir incelemesi için bkz. Hans Wehberg, "Pacta Sunt Servanda," *The American Journal of International Law* 53 (4) (1959).

¹⁶⁹ Josef L. Kunz, "The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda," *The American Journal of International Law* 39 (2) (1945), s. 190.

¹⁷⁰ Kunz, ahde vefa ilkesini "genel uluslararası hukukun bir gelenek hukuku kuralı" olarak tanımlamıştır (Kunz, "The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda," s. 181). Bu, makalenin yazıldığı dönemde "hukukun genel ilkeleri" kavramına ilişkin herhangi bir belirleme yapılmaması ve bu nedenle de

andlaşmaya yönelik inançlarının korunmasını amaçladığından doğrudan iyiniyet ilkesinin uluslararası hukuktaki bir yansıması niteliğindedir.¹⁷¹

Dönememe ilkesi ise, “*kişinin, daha önceki beyanlarına ya da fiillerine veya bunlardan hukuken doğru olduğu tespit edilenlere aykırı bir iddiada bulunmasının ya da hak iddia etmesinin engellenmesi*” olarak tanımlanabilir.¹⁷² Arend’e göre, dünyada mevcut olan tüm ulusal hukuk düzenleri incelendiğinde dönememe ilkesi hepsinde ulusal hukukun bir ilkesi olarak yer almaktadır.¹⁷³ Bu doğrultuda dönememe ilkesi, uluslararası hukuka da bir hukukun genel ilkesi olarak uyarlanmıştır. Yani, devletler arasında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında bir hukukun genel ilkesi olarak dönememe ilkesi de uyuşmazlığa uygulanacaktır.^{174,175} Devletlerin davranışlarında bir istikrarın varlığı ve bu davranışların öngörülebilir olması ihtiyacıyla uluslararası hukuka uyarlanan dönememe ilkesi, devletin bir olay ya da yasal durum karşısındaki tutumunda tutarlı olmasını

özellikle gelenek hukuku ile hukukun genel ilkelerinin kapsamı konusunda doktrinde yaşanan tartışmaların bir sonucudur.

¹⁷¹ Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, s. 113.

¹⁷² "Estoppel," *Black's Law Dictionary* içinde, ed. Bryan A. Garner, s. 629.

¹⁷³ Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde usul hukuku açısından oldukça önemli bir ilke olan dönememe ilkesinin bu hukuk sistemine dahil ulusal hukuk düzenlerindeki uygulamalarına ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Mohammed Shabir Blahi Korotana, "The Concept of Good Faith and the Failed Negotiations: A Comparative of the English Law, American Law and the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, The London School of Economics & Political Sciences, 1994), s. 179-295.

¹⁷⁴ Anthony Clark Arend, *Legal Rules and International Society* (New York, ABD: Oxford University Press, 1999), s. 49.

¹⁷⁵ Nitekim bu ilkenin uluslararası hukuk açısından varlığı UAD tarafından da 15 Haziran 1962 tarihinde Preah Vihear Tapınağı Davası'na ilişkin olarak verilen kararda uygulanmak suretiyle onaylanmıştır.

6 Ekim 1959 tarihinde Kamboçya Hükümeti, ülkesinin bir parçası olan Preah Vihear Tapınağı ve etrafındaki bölgeler üstündeki egemenliğinin Tayland tarafından ihlal edildiğini iddia ederek UAD'ye başvurmuştur. Tayland da Kamboçya ile arasında bir sınır uyuşmazlığının mevcut olduğunu kabul etmiştir. 1863'ten 1954'e kadar bir Fransız kolonisi olması nedeniyle, mevcut olan sınır uyuşmazlığı Tayland ve Fransa arasında yapılan bir andlaşmayla kurulan bir karma komisyon tarafından çözülmeye çalışılmıştır. Karma Komisyon'un yaptığı çalışmalar sonucunda 1907 yılında taraflar arasında konuya ilişkin bir uluslararası andlaşma imzalanmış ve aynı yıl imzalanan ek protokolle sınırlar basit şekilde belirlenmiştir. Daha detaylı bir sınırlandırmanın yapılması amacıyla, 1907 Andlaşması'nın 4. maddesi kapsamında yeni bir karma komisyon kurulmuştur. Yeni Karma Komisyon sınırları, Preah Vihear Tapınağı'nın bulunduğu bölgeyi Kamboçya'nın ülkesinde kalacak şekilde belirlemiş; bu durum Tayland ile Fransa arasında imzalanan 14 Şubat 1925 tarihli Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Andlaşması'yla ve sonrasında yapılan andlaşmalarla da onaylanmıştır. 1953 yılında Kamboçya bağımsızlığını elde etmiş; 1954 yılı itibariyle ise Tayland silahlı kuvvetleri bölgeyi işgal etmek suretiyle Kamboçya'nın bölgedeki egemenliğini ihlal etmiştir.

Tayland savunmasında, ilk Karma Komisyon'da sunulan ve bölgeyi Kamboçya'nın ülkesi kapsamına alan haritanın bağlayıcı olmadığını ve Tayland ile Kamboçya arasında sınırların belirlenmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığını iddia ederek bölgenin Tayland'ın ülkesinin bir parçası olduğunu iddia etmiştir (Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment, s. 8-10).

zorunlu kılmaktadır. Bu tutarlılığın sağlanamaması hali, hem uluslararası toplum hem de devletin tutarlılığını sürdüremediği uyuşmazlığa bakan uluslararası mahkeme tarafından olumsuz karşılanabilmektedir. Bu kapsamda, dönememe ilkesinin uluslararası hukukta devletlerin davranışlarının tutarlı olmasını zorunlu hale getirmek yoluyla objektif iyiniyetin korunmasını sağlayan bir araç görevini gördüğü söylenebilir.¹⁷⁶ UAD, dönememe ilkesi ile iyiniyet arasındaki ilişkiyi *Maine Körfezi Deniz Alanlarının Belirlenmesi Davası*'na ilişkin 12 Ekim 1984 tarihli kararında şu şekilde açıklamıştır:

“Daire, uluslararası hukuk tarafından kendilerine tanınan statüden bağımsız olarak, sessiz kalma ve estoppel kavramlarının her ikisinin de iyiniyet ve hakkaniyet temel ilkelerinden kaynaklandığına karar vermiştir.

...

... Estoppel, önleme düşüncesiyle alakalıdır.”¹⁷⁷

2.1.1. İyiniyet İlkesinin Tarihsel Gelişimi ve Ulusal Hukuktaki Yeri

İyiniyet ilkesi, başlarda bir yansıması olan ahde vefa ilkesi niteliğinde M.Ö. 450 yılında yazılan 12 Levha Kanunları'nın 6. Levhası'nın ilk kuralında *“Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.”* (Nexum ya da mancipatio)¹⁷⁸

¹⁷⁶ Dönememe ilkesinin uluslararası hukukta devletler üstündeki etkisine ilişkin diğer bir tespit de Bangladeş ve Myanmar arasındaki *Bengal Körfezi Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası*'na yönelik olarak Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM) tarafından verilen 14 Mart 2012 tarihli kararda yapılmıştır. Bu karara göre:

“Uluslararası hukukta bir dönememe durumu, bir devletin kendi davranışıyla bir olaya ilişkin olarak bir görüntü yarattığında ve başka bir devlet bu tür bir görüntüye dayanarak bir işlem yaptığında ya da bir işlemde kaçındığında zarara uğradığında ortaya çıkar. Dönememe kavramının temeldeki etkisi bir devletin, kendi iradesiyle belirli bir durumu kabul etmediğini ya da tanımadığını iddia etmesini engellemektir” (Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012, s. 42).

¹⁷⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of the Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984, s. 305

¹⁷⁸ Roma'nın eski dönemlerindeki mülkiyeti kazanma işlemlerinden biri olan mancipatio, *“res mancipi”* adı verilen İtalya'daki arsalar, köleler, hayvanlar, eski köy taşınmaz irtifakları gibi malların mülkiyetinin devri için kullanılan iki yöntemden biriydi (Arzu Oğuz, "Roma Hukuku'nda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 47 (1) (1998), s. 49). Eski Ius Civile'nin kapsamı içine girdiğinden oldukça şekilsel nitelikte olup; çeşitli kurallara uyulan resmi bir tören yoluyla gerçekleştirilmekteydi. Bu törende beş veya daha fazla sayıda Roma vatandaşı tanık olarak bilfiil bulunmakta ayrıca bir de terazi memuru görev yapmaktaydı. Tören sırasında malın satıcısı ve alıcısının da mal ile ya da onu temsil eden bir eşya ile birlikte törende hazır

yapılması halinde hak, sözlerle doğar.) şeklinde Roma hukukunda yer almıştır. Bu kural yoluyla, yapılan bir sözleşme sonucunda hak elde eden kişinin sözlü irade beyanı dolayısıyla dahi, herhangi bir şahide gerek kalmaksızın tam olarak sorumlu tutulabilmesi hedeflenmiştir.^{179, 180}

Klasik Öncesi Hukuk Dönemi'nde¹⁸¹ Roma'nın sınırlarının Akdeniz Havzası'nda hızlı bir şekilde genişlemesi, birçok kavmin de Roma'nın egemenlik alanına girmesine neden olmuştur. Bu kavimlerin mensupları Roma vatandaşı niteliğinde olmayıp "yabancılar" (peregrini) olarak tanımlanmışlardır. Bu durumun, Roma hukuku üstünde iki farklı etkisi olmuştur. Bunlardan ilki, yabancıların Roma usul hukukunun büyük oranda kapsamı dışında kalmaları; diğeri ise Roma'nın bir politikası olarak, aralarındaki hukuki ilişkilerde kendi hukuklarını uygulamaya devam etmeleridir.¹⁸² Fakat başlarda Roma vatandaşları ile aralarındaki hukuki ilişkiler, yabancılar vatandaş olarak görülmediklerinden Ius Civile adı verilen Eski Roma hukuku Dönemi kanunlarının

bulunmaları ve çeşitli sözleri söylemeleri gerekmektedir (Elvan Sütken, "Roma Mülkiyetinde Mancipatio'nun Yeri ve Önemi," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 27 (2016), s. 467-75).

Nexum ise Roma hukukunda sabit miktarda bir para borcunun ödenmesi vaadini içeren bir sözleşme türüydü. Nexum da mancipatio gibi beş veya daha fazla şahidin önünde belirli ifadelerin söylenmesiyle yapılmaktaydı. Eğer borçlu, belirlenen süre içinde borcunu ödemezse alacaklı tarafından köle haline getirilebilmekteydi (Donald E. Phillipson, "Development of the Roman Law of Debt Security," *Stanford Law Review* 20 (6) (1968), s. 1233-34). Nexum'a ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. (Morris Silver, "The Nexum Contract as a "Strange Artifice", " *Revue Internationale des Droits de L'antiquité*, no. 59 (2012).

¹⁷⁹ Henry Bruhl, "Roma Hukukunda Hukuki Muameleye Dair," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 6 (2-3) (1940), s. 595.

¹⁸⁰ Eski Roma hukuku oldukça şekilci bir niteliktedir. Buradaki şekilcilik herhangi bir hukuk düzeninde, bu düzene özgü biçimlere ya da kurallara uymaya yönelik bir ihtiyacın sonucu değildir. Aynı zamanda hukuk düzeninin her bir parçasında hukuki işlemlerin, istenildiği gibi tamamlanması için belirli ifadeler veya hareketler içeren ve kuralları çok sıkı olan bir törenin yapılmasını içeren bir hukuki işlem yapma şeklini karşılamaktadır. Bu anlamda Eski Roma hukukunun "şekilsel" olarak nitelendirilmesinin nedeni, bireyler arasındaki hukuki ilişkide bir değişimi meydana getiren ya da bu ilişkiyi etkilemeyi amaçlayan eylemlerin oldukça karışık olarak değerlendirilebilecek bir şekiller dizisinden oluşmasıdır (Geoffrey MacCormack, "Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law," *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 37 (3) (1969), s. 441-44). Bruhl, Eski Roma hukukundaki bu şekilciliğin nedeni olarak, her özel hukuk işleminin ancak toplumun onayı ile hukuki anlamda geçerli olabileceği düşüncesinin bulunduğunu ve bu onayın da, işlemin mancipatio ve nexum'da toplum temsilcileri olarak görülen şahitlerin huzurunda ve onların onayını almak suretiyle yapılmasıyla verildiğini belirtmiştir. Bu anlamda, törenlerin temelde toplumun hukuki işlemler üstündeki kontrolünü sağladığını bildirmiştir (Bruhl, "Roma Hukukunda Hukuki Muameleye Dair," s. 590-93)

¹⁸¹ Klasik Öncesi Hukuk Dönemi, Roma hukukunun tarihsel gelişimi açısından ilk dönem olarak kabul edilmektedir. Bu dönemde Roma, ekonomisi tarıma dayalı bir şehir devleti niteliğinde olup genişleme hareketlerine başlamamıştır. Bununla beraber, şehir devleti niteliğinde olduğundan nüfusu oldukça homojen ve düşüktür.

¹⁸² R. L. Gilbert, "The Origin and History of the Peregrine Praetorship, 242-166 B.C.," *Res Judicate* 2 (1) (1939), s. 58.

uygulama kapsamının¹⁸³ dışında kalmıştır. Bu durum dolayısıyla, Ius Civile’de düzenlenen tek yargılama usulü olan “Legis Actio’lar usulü”ne¹⁸⁴ göre yukarıda belirtilen hukuki ilişkilere taraf yabancılar, dava ehliyetinden yoksun kalmışlardır.¹⁸⁵

Özellikle vatandaşlar ile yabancılar arasındaki ticaretin gelişmesi ve Roma’da yaşayan yabancı nüfusun artması ile birlikte farklı kavimlerden gelen yabancılar ve yabancılar ile vatandaşlar arasında doğan uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla çeşitli hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.¹⁸⁶ Bu ihtiyaç doğrultusunda, M.Ö. 2. yüzyılda yabancıların tarafı olduğu uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla yabancılar praetoru (*praetor peregrinus*) makamı¹⁸⁷ oluşturulmuştur.

¹⁸³ Ius Civile’nin kapsamı içine yalnızca Roma şehir devletindeki yurttaş olarak nitelendirilen kişiler girmektedir.

¹⁸⁴ Legis Actio’lar usulü, Roma hukukunda bilinen en eski yargılama usulüdür. Bu usul iki aşamada incelenebilir. İlk aşamada davacı, magistradan uyuşmazlığa bir hakim ataması talebinde bulunur. Bu aşama oldukça detaylı bir şekilde şekilselleştirilmiştir. Magistra, hakimi atadıktan sonra ikinci aşamada davacının iddiası dolayısıyla somut gerçekleri ele almaktadır.

Legis Actio’lar usulünde davacının iddiasının uyması gereken sözlü bir formulae yoluyla aktarılması gerekmektedir. Başlarda yalnızca beş adet formulae mevcuttu (Martin J. Schermaier and Helge Dedek, "Legis Actio," *The Encyclopedia of Ancient History* içinde, ed. S. Bagnall et al. (New York, ABD: Blackwell Publishing, 2013). Bu durum, bazı iddiaların formulae’lerden herhangi birine uymaması nedeniyle talep edilememesi sonucunu doğurmuştur. ("Sources of Law from the Republic to the Dominate," *The Cambridge Companion to Roman Law* içinde, ed. David Johnston (New York, ABD: Cambridge University Press, 2015), s. 27).

¹⁸⁵ Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, 17. Baskı, (Ankara Turhan Kitabevi, 2014), s. 309-10.

¹⁸⁶ George Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law* (Heidelberg, Almanya: Springer-Verlag, 2012), s. 27-29.

¹⁸⁷ Praetorluk makamının anlaşılabilmesi için ilk olarak Roma’nın özellikle Cumhuriyet Dönemi’ndeki idari yapısının incelenmesi gerekmektedir.

Roma Krallığı döneminde Senato, üyelerini kralların seçtiği ve gelenekler dolayısıyla önemli konularda görüş almakta zorunlu olduğu bir danışma kurulu niteliğindedir. Senato bu dönemde, kralın ölümünden sonra halefini seçme ve seçilmesine kadar geçen süreçte naiplik etme görevlerini de üstlenmekteydi. M.Ö. 509’da Roma’nın yönetim biçiminin, Senato’nun aldığı karar doğrultusunda krallıktan cumhuriyete dönüşmesiyle Senato mutlak otorite kaynağı haline gelmiştir (Frank Frost Abbott, *A History and Description of Roman Political Institutions*, 3. Baskı, (Boston, ABD: Ginn & Company, 1911), s. 13-14). Cumhuriyet döneminde yasama erki krallık döneminde de mevcut olan meclis niteliğindeki *Comitia Curia* ile yeni kurulan *Comitia Centuriata*, *Comitia Tributa* ve *Concilia Plebis* arasında dağıtılmıştır. Bu meclisler farklı idari birimlere göre saptanmıştır. Yasama erki açısından sayılanlar içindeki en önemli meclis *Comitia Centuriata*’dır. Bu meclis, kanun tekliflerinin oylanmasına ve yargı işlerine bakmaya yetkili bir kurumdur. Bununla beraber, *Comitia Centuriata*’nın asıl görevlerinden biri de *magistraları* seçmektir (Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 22-23). Magistralar, özellikle cumhuriyet döneminde Roma’nın yürütme organı niteliğindedirler. İdari, siyasi, askeri ve yargısal görevleri bulunmaktaydı. Bir yıllığına seçilen magistralar çeşitli sınıflara ayrılmaktaydı. Hiyerarşik olarak bu sınıflar şu şekilde sıralanabilir: *Consuller*, *praetorlar* ve düşük dereceli magistralar (David Johnston, *Roman Law in Context* (Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2004), s. 2). Consul makamı, yaşam boyu devam eden bir görev olan krallık makamının (*Rex*) yerini alan yalnızca bir yıllık süreyi kapsayan bir makamdır. Consul makamı, kendisine verilen *imperium*’u otokratik bir yönetimin ortaya çıkmaması amacıyla iki magistra ile

Yabancılar praetoru, yabancıların taraf olduğu uyuşmazlıklara Legis Actio'lar usulünü uygulayamadığından yeni bir yargılama usulü yaratmıştır. "Formulae" adı verilen bu usulün uygulanmasının oldukça kolay olması ve belirli dava kalıpları yerine her uyuşmazlığa göre farklı bir formula hazırlanabilmesi bu usulün yalnızca yabancılar arasında değil; Roma vatandaşları arasında da yaygın olarak kullanılmasına neden olmuştur.¹⁸⁸ Nitekim, M.Ö. 17'de İmparator Augustus'un *lex Iulia Iudiciorum Publicorum* adlı fermanıyla Legis Actio'lar usulü tam anlamıyla terk edilmiş; yalnızca Formulae usulü kullanılmaya başlanmıştır.

Formulae usulü ile birlikte praetorlar, özel olaylara ilişkin farklı dava kalıpları oluşturmuşlardır. Bu dava kalıplarından, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası amacıyla kullanılan dava türleri "dar hukuk davaları" (*iudicia stricti iuris*) ve "iyiniyet davaları"dır (*iudicia bonae fidei*).

İyiniyet davalarında Praetor, formula'nın *intentio* bölümüne¹⁸⁹ koyduğu "*ex fide bona*" kaydıyla yargıca, davaya konu olan uyuşmazlığı iyiniyetin gerekliliklerine göre "adil ve makul bir sonuca ulaşacak şekilde" çözüme yetkisi vermektedir. Bu dava türü dolayısıyla yargıç iyiniyet dava hakkıyla korunan hukuki ilişkilere müdahale edebilmiştir. Bu aynı zamanda, borçlunun taahhüdünün tamamen iyiniyet kuralına göre yorumlanmasına yol açmıştır. Hukukun dava hakkı vermediği hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların

paylaşmaktaydı. Consullerin görevlerinin kısa sürede artması; aynı zamanda da bu kişilerin çıkılan askeri seferlerde başkomutan göreviyle bulunması gerekliliği kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde ciddi sorunlar yaratmıştır. Bu sorunların ortadan kaldırılması amacıyla, M.Ö. 367 yılında *Liciniae Sextiae* adlı bir kanunla praetorluk makamı oluşturulmuştur (Abbott, *A History and Description of Roman Political Institutions*, s. 25-26, 37-38). Hiyerarşik anlamda Consullerden sonraki en yüksek dereceli magistralar olan praetorlar, temelde Roma Hukuk Sistemi'nin asli makamı niteliğinde olmuşlardır. Makam, başlarda yalnızca Roma vatandaşları arasında meydana gelen uyuşmazlıkları inceleyerek, taraflara dava hakkı tanıyan *praetor urbanus* makamını kapsamaktayken; sonrasında *praetor peregrinus* makamının da oluşturulmasıyla ikiye ayrılmıştır (Gökçe H. Türkoğlu, "Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11 (2) (2009), s. 258-59).

¹⁸⁸ Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılanması," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7 (1) (2005), s. 176-79.

¹⁸⁹ Gaius, *Institutiones* adlı eserinde bir formula'nın *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio* ve *condemnatio* olmak üzere dört farklı bölümü olduğunu bildirmiştir. *Demonstratio* formulanın en başında yer almakta ve somut olayı açıklamaktaydı. *Intentio*, davacının iddialarını içermekteydi. *Adiudicatio* yargıca, uyuşmazlığa konu olan eşyanın ya da hakkın taraflardan birine verilmesine yönelik olarak yetkilendirmekteydi. *Condemnatio* ise yargıca, davalıyı kınama ya da beraat ettirme yetkisi verilmekteydi. Bir formulada bazı durumlarda, bu sayılan bölümlerden bazıları mevcut olmayabilirdi (Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius*, Part I-Text with Critical Notes and Translation (Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 1946), s. 248-51).

çözülmesi amacıyla tasarlanan bu dava türleri, sonraki dönemde praetor urbanus tarafından Jus Civile kapsamına da alınmıştır.¹⁹⁰ Hakimin takdir yetkisinin ex fide bona kaydıyla genişletilmesi, Klasik Dönem'in sonu olan 5. yüzyıla kadar Roma hukuku sözleşmeler sisteminde de iyiniyet ilkesinin önem kazanmasına neden olmuştur. Nitekim bu durumun sonucunda, özellikle satış sözleşmelerinde “*contractus bona fidei*” adında yeni bir sözleşme türü ortaya çıkmıştır. Bu sözleşme türü, tarafların yükümlülüklerini iyiniyetle yerine getirmelerini zorunlu kılmıştır. Bu durum özellikle, gizli kusurun mevcudiyetine ve alıcının mülkiyet hakkına yönelik olarak yapılan müdahaleye ilişkin güvenceyi içermiştir. Buna ek olarak, bu sözleşmenin ihlalinden doğan bir uyuşmazlığın mevcudiyeti halinde davalının kötüniyetli olmadığını kanıtlaması gerekli kılınmıştır. Sonraki dönemde tüm rızai akitler, *contractus bona fidei* olarak değerlendirilmiştir.¹⁹¹

12. yüzyıl itibariyle, Roma İmparatoru Justinianus'un Roma hukukunun temel bilgi kaynağı olarak hazırladığı *Corpus Iuris Civilis*'in bir kopyasının bulunması sonucunda Ortaçağ hukukçuları arasında Roma hukukuna yönelik yeniden bir ilgi oluşmuştur.¹⁹² Bu durum, Avrupa'daki hukuk okullarının ve bilginlerinin evrensel bir “Avrupa Hukuk Sistemi” yaratmaya yönelik çalışmalar yapmasına neden olmuştur. Bu çalışmalar sonucunda temelinde Roma hukuku olan “*Ius Commune*” (Ortak Hukuk) adı verilen yeknesak bir hukuk sistemi oluşturulmuş ve 18. yüzyılın sonuna kadar İngiltere dışındaki Orta ve Batı Avrupa devletlerinde etkin bir şekilde uygulanmıştır.¹⁹³ Bu durum, iyiniyet ilkesinin Roma hukukunda mevcut olan şekliyle *Ius Commune*'ye dahil edilmesine neden olmuştur. Diğer taraftan Ortaçağ hukukçuları, bona fides kavramını tam olarak tanımlamamış;¹⁹⁴ fakat verilen sözün tutulması, karşı tarafın aldatılmaması

¹⁹⁰ Albert Kocourek, "The Formula Procedure of Roman Law," *Virginia Law Review* 8 (6) (1922), s. 437-38.

¹⁹¹ "Contractus Bonae Fidei, Vel Stricti Juris," *Black's Law Dictionary* içinde, ed. Bryan A. Garner, s. 376.

¹⁹² Samuel Martin, *The Evolution of Good Faith in Western Contract Law*, <https://ssrn.com/abstract=3177520>, (Erişim Tarihi: 18.04.2022), s. 3.

¹⁹³ Helmut Coing, "The Sources and Characteristics of the *Ius Commune*," *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 19 (3) (1986), s. 483-85.

¹⁹⁴ Hugo Grotius'un iyiniyet ilkesine yönelik görüşlerine ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Haim H. Cohn, "The Grotian Concept of Good Faith," *Tel Aviv Studies in Law* 7 (9) (1985-1986).

ve sözleşmede açıkça üstlenilmeyen zımni bir takım yükümlülüklerle aykırı davranılmaması olmak üzere üç farklı esas unsuru olduğunu ortaya koymuşlardır.¹⁹⁵

Avrupalı devletlerin çağdaş ulusal hukuk düzenleri, Ius Commune'den büyük oranda etkilenmiştir. Buna karşın, Ius Commune'nin temelinde Roma hukukunun olması dolayısıyla sözleşme hukukunun da büyük oranda Roma hukukundan alınması sonucunda Avrupalı devletler, Roma hukukunun içerdiği ilkeleri çeşitli yorumlarla değiştirerek ulusal hukuk düzenlerinin kapsamına almışlardır.¹⁹⁶

Özellikle Kara Avrupası'na dahil olan ulusal hukuk düzenlerinde iyiniyet ilkesinin çeşitli şekillerde kodifiye edildiği görülmektedir. Örneğin, Alman Medeni Kanunu (BGB)'nda "Sadakat ve İnanç" (*Treu und Glauben*) olarak adlandırılan iyiniyet ilkesine aynı adlı 242. maddede şu şekilde yer verilmiştir: "*Borçlu borcunu, geleneği göz önünde tutarak iyiniyete göre ifa etmekle yükümlüdür.*" Birçok yazara göre bu hüküm, adil olmayı gerektiren esas bir ilkeyi yansıtmaktadır. İyiniyet ilkesi, Alman hukuku açısından temel özelliği belirli bir hareket tarzına yönelik olarak değil; bütünüyle, yasal ilişkilere eklemlenen ve söz konusu bu tür bir ilişkiyi etkileyen çeşitli düzenlemeler açısından bir ölçüt ve sınırlandırma görevi görmek olan bir ilke niteliğindedir. Yani, iyiniyet ilkesi her türlü hukuki ilişkiye uygulanabilir ve hukuk düzeninde belirli birtakım durumlara uygulanabilecek nitelikte olmasının yanı sıra; bu durumlara uygun özel dava şartlarını oluşturacak hukukun genel ilkelerinin temeli niteliğindedir.^{197,198} Buna ek olarak "*Sözleşmenin Yorumlanması*" başlıklı 157. maddede "*sözleşmelerin, gelenek göz önünde bulundurularak iyiniyetin gerektirdiği şekilde yorumlanacağı*" belirtilmiş; bu kapsamda sözleşmelerin yorumlanması esnasında iyiniyetin gerekliliklerinin göz önünde bulundurulması zorunlu tutulmuştur.

¹⁹⁵ Talya Şans Uçaryılmaz, "Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek *Bona Fides* İlkesi" (Doktora Yayınlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2018), s. 38-39.

¹⁹⁶ Reinhard Zimmermann, "Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea," *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, ed. Hector MacQueen ve Reinhard Zimmermann (Edinburgh University Press, 2006), s. 13-14.

¹⁹⁷ Kevin Bork ve Manfred Wandt, "'Utmost' Good Faith in German Contract Law," *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft* 109 (2-4) (2020), s. 245-46.

¹⁹⁸ Alman sözleşme hukukunda, mahkemelerin 242. maddeyle gerekçelendirdikleri kararlara yönelik detaylı bir inceleme için bkz. Werner F. Ebke ve Bettina M. Steinhauer, "The Doctrine of Good Faith in German Contract Law," *Good Faith and Fault in Contract Law* içinde, ed. Jack Beatson ve Daniel Friedman (Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 1997).

Fransız sözleşme hukukunda ise iyiniyet ilkesi, Fransız Medeni Kanunu'nun (*Le Code Civil*) 1134. maddesinde işlenmiştir. Bu maddeye göre:

*“Hukuka uygun olarak yapılan sözleşmeler, taraflar için hukukun yerini alır. Sözleşmeler, yalnızca karşılıklı rızayla ya da hukukun izin verdiği nedenlerle iptal edilebilirler. Sözleşmeler, iyiniyetle ifa edilmelidirler.”*¹⁹⁹

Bu hüküm dolayısıyla, Fransız sözleşmeler hukuku bakımından Alman hukukunda olduğu gibi tüm sözleşmelerin iyiniyetin gerekliliklerine uygun olarak yapılması ve tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, her ne kadar sözleşmede belirtilmemiş olsa dahi, iyiniyetle ifa etmelerinin zorunlu olduğu bildirilebilir. Buna ek olarak bu madde, iyiniyetin tam ve kesin bir tanımının yapılmamış olması nedeniyle, sözleşmeden doğan bir uyuşmazlığın mevcudiyeti halinde sözleşme adaletini kapsamlı bir şekilde sağlamak açısından hakime geniş bir takdir yetkisi de vermektedir.²⁰⁰

Ulusal hukuk düzenlerinde yer alan iyiniyet ilkesi, uluslararası hukukta ise VAHS'nin dışında da birçok uluslararası andlaşmada kodifiye edilmiştir. Özellikle uluslararası ticareti düzenleyen uluslararası andlaşmalarda iyiniyet ilkesi, VAHS'de olduğu gibi, andlaşmanın yorumlanmasında temel ilke olarak kabul edilmiştir. Örneğin, 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satışlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 7/1. maddesinde²⁰¹ *“andlaşmanın yorumunda uluslararası ticarete iyiniyetin gözetilmesinin zorunlu olduğu”* belirtilmiştir. BM Şartı'nın 2/2. maddesinde²⁰² Üye Devletler'e iyiniyetle davranma sorumluluğu yüklenmiştir. Benzer bir madde, her ne kadar lafzında iyiniyet kavramına yer verilmemişse de, Avrupa Birliği (AB) Andlaşması'nın

¹⁹⁹ Benzer hükümler Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ndeki diğer hukuk düzenlerinde de mevcuttur. İtalyan Medeni Kanunu'nun (*Codice Civile*) *“Adalet Göre Davranma”* başlıklı 1175. maddesinde iyiniyetin gerekliliği şöyle ortaya konulmuştur: *“Borçlu ve alacaklı adaletin kurallarına göre davranmakla yükümlüdür.”* Burada adaletin kuralları olarak bahsedilen kurallardan biri de, iyiniyet ilkesidir. Ayrıca, *“İyiniyetle İfa”* başlıklı 1375. maddede ise sözleşmenin iyiniyetle ifa edilmesi zorunlu kılınmıştır. İyiniyet ilkesi benzer bir şekilde Hollanda Medeni Kanunu'nun (*Burgerlijk Wetboek*) 6:2. maddesinde *“makullük ve dürüstlük”* olarak; Türk Medeni Kanunu'nun ise 2. ve 3. maddelerinde doğrudan yer almaktadır.

²⁰⁰ Christopher Vigneau, "The Obligation of Good Faith in France," *Comparative Labor Law & Policy Journal* 32 (3) (2011), s. 593-94.

²⁰¹ *“Bu andlaşmanın yorumlanmasında andlaşmanın uluslararası niteliğinin, uygulanmasında yeknesaklığı teşvik etme ihtiyacının ve uluslararası ticarete iyiniyetin gözetilmesi zorunludur.”*

²⁰² *“Tüm üyeler, üyelik sıfatından doğan hak ve çıkarlardan tüm Üye Devletler'in yararlanmasını sağlamak için bu andlaşmaya uygun olarak üstlendikleri yükümlülükleri iyiniyetle yerine getirirler.”*

4/3.maddesidir.²⁰³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca onaylanan 1982 Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü Hakkında Manila Bildirgesi'nin 5. maddesinde²⁰⁴ devletlerin, aralarındaki uyuşmazlıkları iyiniyetle çözmelerinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber, UAD ise Avustralya ve Fransa arasındaki *Nükleer Denemeler Davası*'na ilişkin olarak 20 Aralık 1974 tarihinde vermiş olduğu kararında “*hukuki yükümlülüklerin yaratılmasını ve yerine getirilmesini düzenleyen temel ilkelerden birinin*” iyiniyet ilkesi olduğunu bildirerek bu ilkenin bir hukukun genel ilkesi olduğunu kabul etmiştir.^{205,206} Diğer taraftan Özel Raportör Bermúdez'in raporunda devletlerin, hukukun genel ilkesi olduğunu düşündükleri birçok norma başvurduklarını fakat; bunlardan yalnızca “*iyiniyet ilkesi gibi bazılarının temel ve genel nitelikte olduğu*” belirtilmiştir.²⁰⁷

²⁰³ “Birlik ve Üye Devletler dürüst işbirliği ilkesine uygun olarak, karşılıklı tam saygı içinde anlaşmalardan doğan görevlerin yerine getirilmesinde birbirlerine yardım edeceklerdir. “Üye Devletler, Birlik'in kurumlarının işlemlerinden ya da anlaşmalarından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini güvence altına almak amacıyla uygun olan genel ya da özel her türlü önlemi almalıdırlar.

Üye Devletler, Birlik'in kendilerine verdiği görevleri yapacak ve Birlik'in hedeflerine ulaşmasını tehlikeye atacak her türlü düzenlemeden kaçınacaktır.”

Bu maddede asıl olarak, AB Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan “Birlik'e sadakat” ilkesi işlenmiştir. Bu ilke yoluyla Üye Devletler'in, Birlik'in kurumsal çerçevesi dışına kolayca çıkmak suretiyle Birlik'in menfaatlerini göz ardı ederek çeşitli eylemlerde bulunması engellenmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla, özellikle dürüst işbirliği konusunda Anlaşma'nın Üye Devletler'in yükümlülükleri açısından iyiniyet ilkesine başvurduğu söylenebilir. Nitekim, Avrupa Adalet Divanı 27 Şubat 2007 tarihinde *Gestoras Pro Amnistia and Others v. Council of the European Union Davası*'na ilişkin vermiş olduğu kararda, dürüst işbirliğini iyiniyet ilkesiyle bağlantılandırarak şöyle açıklamıştır:

“Bir ortak tutum, özellikle Üye Devletler'in Birlik Hukuku'ndan doğan sorumluluklarını yerine getirmeyi güvence altına almak için genel veya özel uygun tüm önlemleri almak anlamına gelen iyiniyetle işbirliği yükümlülüğü ilkesi gereği Üye Devletler'in uyumunu gerektirir” (Case C-354/04 P Gestoras Pro Amnistia and Others v Council [2007] ECR I-1651).

²⁰⁴ “Devletler tarafı oldukları uluslararası uyuşmazlıkları erken ve adil bir çözüme ulaştırmak için iyiniyetle ve dayanışma ruhu içinde çaba göstereceklerdir.”

²⁰⁵ Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, s. 267.

²⁰⁶ UAD'nin bu görüşü, sonraki dönemde de devam etmiştir. Nitekim, “Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğu” başlıklı 8 Temmuz 1996 tarihli danışma görüşünde Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması (NPT)'nin 6. maddesiyle anlaşmanın taraflarına verdiği “*nükleer silahlanma yarışını yakın zamanda durdurmaya ve nükleer silahsızlanmaya, aynı zamanda sıkı ve etkili bir uluslararası kontrol altında genel ve tam bir silahsızlanmaya ilişkin bir anlaşmaya yönelik iyiniyetle müzakere etme*” sorumluluğuna dayanmak suretiyle iyiniyetin bir “temel ilke” olduğunu belirtmiştir (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, s. 102).

²⁰⁷ Vázquez-Bermúdez, *First Report on General Principles of Law*, s. 46-47.

2.2. KÖTÜNİYETİN TEZAHÜRÜ: HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Hukukta iyiniyetin en önemli yansımalarından biri olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, iyiniyetin karşıt kavramı olan kötüniyetin (*mala fides*) bir tezahürü niteliğindedir. Kötüniyet, temelde “amaçta ve inançta dürüst olmama”²⁰⁸ olarak tanımlanmaktadır.^{209,210,211} Hakkın kötüye kullanılması yasağı, bazı yazarlar tarafından subjektif iyiniyetle bağlantılandırılmıştır.²¹² Buna karşılık, genel olarak kabul edilen görüş, uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağının asıl olarak objektif iyiniyetle bağdaştırılmasıdır. Bu kapsamda, devletlerin bireylerden farklı olarak bir eylemi gerçekleştirirkenki ruh hallerinden ziyade; eylemi gerçekleştirme sırasındaki amacı ve eylem sonucunda bir zararın meydana gelmesi şartları aranmıştır.

Bu doğrultuda uluslararası hukuk açısından hakkın kötüye kullanılması yasağı, özne olarak devleti almak şartıyla ulusal hukuktakine benzer bir şekilde devletin bir hakkını başka bir devletin kendi haklarından yararlanmasını engelleyecek şekilde ya da hakkın

²⁰⁸ "Bad Faith," *Black's Law Dictionary* içinde, ed. Bryan A. Garner, s. 159.

²⁰⁹ UAD ise 13 Eylül 1995 tarihli *Geçici Anlaşmanın Uygulanması Davası* 'nda vermiş olduğu kararda kötüniyeti yargılama aşaması bağlamında “*tarafardan herhangi birinin davadan beraat etmesini sağlayabilecek bir durum*” olarak tanımlamıştır (Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011, s. 685).

²¹⁰ Bir hakkın kötüye kullanılmasıyla, bir hakkın dikkatsizce kullanılması arasında fark bulunmaktadır. Bir hak kötüye kullanıldığında, kötüye kullanan kişi teknik olarak hakkın hukuk düzeni tarafından yaratılan çerçevesi içindedir ve dikkatli bir şekilde hareket ediyor olabilir. Fakat hakkı, doğası ve amacı doğrultusunda kullanmak yerine; hakkın tanınmasındaki gayeden farklı birtakım amaçlarla kullanmaktadır.

²¹¹ Lauterpacht da hakkın kötüye kullanılması yasağını şu şekilde tanımlamıştır:

“Doktrin özünü hakların, toplum tarafından verilmeleri nedeniyle bireylerce anti sosyal bir şekilde kullanılmasının kabul edilemez olmasıdır. Bir hakkın kullanılmasının, hakkın kötüye kullanılması hali teşkil ettiği durumda bu kullanım hukuka aykırı hale gelir. Önemli bir toplumsal ya da bireysel çıkarın, şimdiye kadar yasal olarak tanınmış olsa da daha az önemli bir bireysel hakka feda edilmesinin bir sonucu olarak toplumun genel çıkarına zarar verdiği her durumda, hakkın kötüye kullanılması hali meydana gelmektedir. Bu tür bir hakkın kötüye kullanılması halinin tespit edilebilmesi, için, her zaman zorunlu olmasa da somut nitelikte öznal bir kusurun ve kastın bulunması gerekmektedir” (Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (New York, ABD: Oxford University Press, 1933), s. 284).

²¹² Kolb, subjektif iyiniyetin uygulamalarına şu örnekleri vermiştir: Ülke kazanımı, geçersizliğin etkilerine yönelik devletlerin duruşu, ulusal hukukun varlıkları meşru bir şekilde göz ardı edilen birtakım kurallarının uygulanmaması, sorumluluğun bazı sonuçlarının hafifletilmesi, adaletin inkarı hali ve hakkın kötüye kullanılmasına vücut veren bazı haller (Kolb, "Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)," s. 15).

yaratılma amacından farklı olarak bir başka devlete zarar vermek amacıyla kullanılması durumunu ifade etmektedir.²¹³ Bu tanım kapsamında bir hakkın kötüye kullanılması halinin bir hakkın mevcudiyeti, hakkın kötüniyetli olarak kullanılması ve bu kötüniyetli kullanılma sonucunda bir zararın ortaya çıkması olmak üzere üç adet asli unsuru bulunmaktadır.

Uluslararası hukuk bakımından devletlere, her ne kadar ulusal hukuk düzenlerinde bireylere tanınandan çok daha geniş bir takdir yetkisi tanınmış olsa da; devletlerin haklarını kullanırken kötüniyetli olduklarına ilişkin tespitin yapılmasına yönelik nesnel ölçütlerin bulunmaması, uluslararası hukukta mahkemelerin hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurularını zorlaştırmıştır.²¹⁴ Bu doğrultuda uluslararası mahkemeler önlerine gelen somut olay özelinde kötüniyetin varlığına ilişkin farklı belirlemeler yapmak zorunda kalmışlardır.

Devletlerarası ilişkilerde hakkın kötüye kullanılması haline vücut veren üç farklı hukuksal durumun mevcut olduğu belirtilmiştir. Kiss, uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılmasına mahal verebilecek bu durumları bir devletin haklarını başka bir devletin kendi haklarını gerektirdiği gibi kullanmasını engelleyecek şekilde kullanması, hakkın bir devlet tarafından iradi olarak yaratılma amacından farklı bir şekilde kullanarak zarara neden olması ve bir devletin haklarını kullanmasının başka devletlerin

²¹³ Uluslararası hukukta, hakkın kötüye kullanılması ve bir hakkın aşkın kullanılması (*ultra vires*) arasındaki farkın da açıklanması gerekmektedir. Hakkın aşkın kullanılması, bir hakkın hukuk düzeni tarafından çizilen çerçevesinin dışında kullanılması halidir. Bu kapsamda, hakkın aşkın kullanılması hali hakkın yokluğunu ifade etmektedir. Fakat, özellikle uluslararası hukuk bakımından, bu iki kavram arasında çeşitli benzerlikler mevcuttur. Bazı yetkilerin ya da hakların kötüniyetle ya da mantığa aykırı bir şekilde kullanılması nedeniyle yapılan yargısal denetimlerde hakkın aşkın kullanılmasına da dayanılmıştır (B. O. Iluyomade, "Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law," *Harvard International Law Journal* (16) (1975), s. 49-50). Bununla beraber hakkın aşkın kullanılması, genel olarak uluslararası örgütlerin kararları ve üye devletlerin bu kararlar karşısındaki tutumları kapsamında değerlendirilmiştir. Buna ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Ebere Osieke, "The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations," *The American Journal of International Law* 77 (2) (1983).

²¹⁴ Schwarzenberger ve Brown da uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağının bu yönüne dikkat çekmek suretiyle bir hakkın başka bir devletin zarara uğramasına neden olacak yönde fakat meşru bir şekilde kullanılmasıyla; kötüye kullanılması arasındaki farkın ortaya konulmasının birçok durumda mahkemeler tarafından öznel şekilde belirlendiğini belirtmişlerdir (Georg Schwarzenberger ve Edward D. Brown, *A Manual of International Law* (Londra, Birleşik Krallık: Stevens, 1947), s. 84-85).

haklarını, açıkça hukuka aykırı bir şekilde ihlal etmeksizin de olsa zarara uğratması olmak üzere üçe ayırmıştır.^{215,216}

2.2.1. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Ulusal Hukuk Düzenlerindeki Yeri ve Hukukun Genel İlkesi Niteliği

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, diğer hukukun genel ilkelerinde olduğu gibi uluslararası hukuk kapsamında uygulanabilirliğe sahip olabilmek için ilk olarak “genellik” şartını karşılamalıdır. Bu şartın varlığının tespiti amacıyla, ilkenin farklı ulusal hukuk sistemlerindeki hukuk kuralları açısından temel nitelikte olarak etkin bir şekilde uygulanıp uygulanmadığına ilişkin bir araştırmanın yapılması gerekmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, ilk olarak iyiniyet ilkesi gibi Roma hukukunda kullanım alanı bulmuştur. Bu ilkenin Roma hukukundaki varlığı, “kötüniyete müsaade edilmez” (*Malitiis non est indulgendum*) ve “haklarını başkalarına zarar vermeyecek şekilde kullan” (*sic utere jure tuo ut aliennum non laedas*) gibi Roma toplumunda var olan birtakım özdeyişlere²¹⁷ dayandırılmaktadır.²¹⁸ Diğer taraftan, “kişinin hakkını

²¹⁵ Alexandre C. Kiss, "Abuse of Rights," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* içinde, ed. Rudolf Bernhardt (Amsterdam, Hollanda: Elsevier Science Publishers, 1981), s. 1.

²¹⁶ Ziegler ve Baumgartner ise hakkın kötüye kullanılması halleri açısından dörtlü bir sınıflandırma yapmıştır. Onlara göre hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan durumlar şunlardır: Meşru bir menfaatin hukuki anlamda koruması niteliğinde olan bir hakkın kötüniyetle ya da amacı dışında kullanılması (bu durumda devletin hakkını kullanmaktaki tek amacının başka bir devlete zarar vermek ya da bir sözleşme hükmünden veya bir hukuk kuralından kaçınmak olması gerekmektedir.), haklar ve yükümlülüklerin birbirine bağlı olduğu hallerde bir hakkın kötüniyetle ya da mantığa aykırı bir şekilde kullanılması, takdir yetkisinin kötüye kullanılması ve son olarak usuldeki bazı uygunsuzluklar (Andreas R. Ziegler ve Jorun Baumgartner, "Good Faith as a General Principle of (International) Law," *Good Faith and International Economic Law* içinde, ed. Andrew D. Mitchell, M. Sornarajah ve Tania Voon (Londra, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2015), s. 32). Kolb da benzer bir şekilde usulün kötüye kullanılmasının hem ulusal hukuk düzenlerinde hem de uluslararası hukukta bir hakkın kötüye kullanılması halinin özel bir uygulaması olduğunu belirtmiştir. Usulün kötüye kullanılması, “bir ya da birden çok tarafın mevcuttaki usuli hakların yaratılmasından farklı özellikle de hileli, erteleyici ya da anlamlı olmayan bir amaca yönelik olarak ya da; zarar vermek veya hukuka aykırı bir üstünlük yaratmak, halihazırda devam eden bir sürecin etkililiğini azaltmak ya da ortadan kaldırmak veya yalnızca propaganda amacıyla kullanılması” olarak tanımlanmıştır. Bu durumların kapsamına kötüniyetli eylemlerin de gireceği belirtilmiştir (Robert Kolb, "General Principles of Procedural Law," *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* içinde, ed. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat vd. (Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2012), s. 831).

²¹⁷ Bu kapsamda “özdeyişlerin” Roma hukukunda kural haline nasıl dönüştüklerine yönelik sürecin de incelenmesi gerekmektedir. Klasik Dönem’den sonra Roma hukuk biliminin zayıflamasıyla beraber, yargıçlara daha geniş bir yorum alanı tanımak amacıyla kuralların daha basit ve bir somut olayla ilişkilendirilemeyecek kadar genel nitelikte olması gerektiği düşüncesi doğmuştur. Bu kapsamda

kullanması kimseye zarar vermez” (*neminem laedit qui suo jure utitur*) özdeyişinin mevcudiyeti Roma hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının varlığına ilişkin oturmuş bir kanının var olduğuna yönelik şüpheler doğurmuştur.²¹⁹ Bu doğrultuda, Roma hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının, bir hukukun genel ilkesi niteliğine sahip olup olmadığı konusunda doktrinde tam bir uzlaşmanın olmadığı söylenebilir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının, yalnızca belirli olaylara özel olarak uygulanabilecek bir kural niteliğinden çıkıp; ulusal hukuk düzenleri açısından bir hukukun genel ilkesi olarak tanınması süreci Kara Avrupası hukukunda özellikle de Fransız hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağına yer verilmesiyle başlamıştır. Fakat, Fransız hukuku dışında ilkenin uygulandığı ilk kararlar genel olarak mülkiyet hukuku kapsamında malikin hakkını kötüniyetli olarak kullandığı uyuşmazlıklara

Ulpianus, Gaius ve Marcellus gibi Klasik Dönem hukukçularının eserlerinde bulunan özdeyişler alınarak imparatorluk kararnameleleri yoluyla kanun haline getirilmiştir. Bu kanunlaştırma hareketiyle Roma hukukunun kuralları haline gelen özdeyişler, doğal olarak *Ius Commune*'de de yer almışlardır (Peter Stein, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims* (Chicago, ABD: Edinburgh University Press, 1966), s. 105-06).

²¹⁸ Roma hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının ilkesinin varlığına ilişkin bir önemli kanıt da Gaius tarafından ortaya konulmuştur. Gaius hakkın kötüye kullanılması yasağını, köle mülkiyeti kapsamında ele almıştır. Ona göre;

“Köleler efendilerinin egemenliği (*potestas*) altındadır. Bu egemenlik, efendilerin kölelerin yaşamları ve ölümleri üstünde yetkisinin bulunması; aynı zamanda da bir köle tarafından elde edilen herhangi bir şeyin efendisine ait olması gibi tüm uluslarda gözlemlenebilen bir uygulama olduğundan yabancılar hukukundan doğan bir hak (*juris gentium*) niteliğindedir. Fakat günümüzde ne Roma vatandaşlarının ne de Roma halkının yönetimi altındaki diğer kişilerin kölelerine aşırı ve sebepsizce sert davranmasına izin verilmemektedir.

...

Köleleri korumaya yönelik yapılan düzenlemeler hukukidir. Çünkü biz, hakkımızı kötüye kullanmamalıyız. (Zulueta, *The Institutes of Gaius*, Part I-Text with Critical Notes and Translation, s. 17).

Buna karşın Justinianus'un *Digestası*'nda, Gaius'un “*Praetor Urbanus'un Fermanı*’yla İlişkili Olarak *Vasiyetnameler*” adlı kitabının 2. Cildi’nde “bir kişi hakkını kullandı diye kötüniyetle davranmış sayılamaz” (*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*) ifadesi yer almıştır (Justinianus, in *The Digest of Justinian*, ed. Alan Watson (Philadelphia, ABD: University of Pennsylvania Press, 1985), L.17.55). Phillimore bu özdeyişe şöyle bir örnek vermiştir: “Bir adam, kendi arsasına düşen yağmur suyunun komşusuna doğru akmasına izin vermek yerine; bu suyu kendi arsasına toplayacak şekilde bir baraj yaparsa bu ilkeye dayanarak kendini savunabilir (John George Phillimore, *Principles and Maxims of Jurisprudence* (Londra, Birleşik Krallık: John W. Parker and Son, 1856), s. 214). Rodger ise Roma hukukunda mülkiyet hakkının klasik anlayışla yorumlanması nedeniyle, binalar inşa edilirken komşuların evine gelen güneş ışığını kesmesinin bir hukuka aykırılık olarak görülmediğini bildirmiştir (Alan Rodger, *Owners and Neighbours in Roman Law* (Londra, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 1972), s. 5-7). Dolayısıyla Gaius açısından hakkın kötüye kullanılması yasağı, Roma hukukunun tümüne değil; yalnızca belirli durumlarda uygulanabilir bir ilke olarak görülmüştür.

²¹⁹ Georg Schwarzenberger, "Uses and Abuses of the "Abuse of Rights" in International Law," *Transactions of the Grotius Society* 42 (1956), s. 151-52.

yöneliktir. Başta mülkiyet hukukunun çerçevesi içinde varlık bulan ilke, sonrasında idare hukukunda hatta sözleşme hukukunda dahi uygulama alanı bulmaya başlamıştır.²²⁰ Hakkın kötüye kullanılması yasağına atıf yapılan ilk karar, 1855 yılında Fransa’da Colmar İstinaf Mahkemesi (*Cour d’Appel de Colmar*) tarafından, mülkiyet hukukunu ilgilendiren *Doerr v. Keller Davası*’na yönelik olarak verilmiştir. “Baca Davası” olarak da adlandırılan davada uyuşmazlık, bitişik nizamlı iki ayrı binada oturan komşulardan birinin çatısına, diğerinin evinin aldığı güneş ışığını engellemek amacıyla herhangi bir işleve sahip olmayan bir baca inşa etmesi sonucunda doğmuştur. Mahkeme mülkiyet hakkının, mutlak bir hak olması nedeniyle hak sahibine hakkını sınırsız bir şekilde kullanma yetkisini verse de; mülkiyet hakkının kullanılmasının meşru bir amaca hizmet etmesi ve kötünietli olmaması gerektiğini belirtmiş ve bu kapsamda bacanın yıkılmasına karar vermiştir.^{221,222} Fransız Temyiz Mahkemesi’nin (*La Cour de Cassation*) 1915 yılında *Clément – Bayard Davası*’na ilişkin olarak verdiği karar,

²²⁰ Albert Mayrand, "Abuse of Rights in France and Quebec," *Louisiana Law Review* 34 (5) (1974), s. 994.

²²¹ Colmar, 1855, D.P. 56, 2, 9’dan aktaran Mayrand, "Abuse of Rights in France and Quebec," s. 996.

²²² Mahkeme verdiği bu kararlar, mülkiyet hakkının mutlaklık niteliğini yansıtan Fransız Medeni Kanunu’nun 544 ve 552/2. maddelerini kapsamını hakkın kötüye kullanılması yasağıyla sınırlandırmıştır. Bu maddeler sırasıyla şöyledir:

“Mülkiyet, kanunlarla ya da farklı düzenlemelerle yasaklanmış bir şekilde kullanılmamak kaydıyla eşyadan en mutlak şekliyle yararlanma ve eşya üstünde tasarruf etme hakkıdır.
... Malik uygun gördüğü her şeyi dikebilir veya inşa edebilir. “

Perillo mahkemenin verdiği bu kararın, her ne kadar uyuşmazlığa konu olan eylemin bir hakkın kötüye kullanılması hali olduğunu kabul etse de yukarıdaki maddeler bağlamında düşünüldüğünde “tartışılır” olduğunu belirtmiştir (Joseph Perillo, "Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept," *Pacific Law Journal* 27 (1995), s. 43). Bu çıkarım çok doğru değildir. Nitekim, 1856 yılında Lyon İstinaf Mahkemesi’nin vermiş olduğu Saint Galmier Maden Suları (*Eaux Minerales Saint Galmier*) kararıyla Fransız özel hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının mevcut olduğu sabitlenmiştir. Uyuşmazlığa konu olan olayda, Fransa’nın doğusunda bulunan Saint Galmier şehrinde geniş arsalarla sahip bir kişi arsalarından biri üstünde bir su kuyusu açmış ve bu kuyuya güçlü bir su pompası yerleştirerek bu pompayı hiç kapatmaksızın çalıştırmıştır. Kuyudan çıkan yer altı suyunun kuyu sahibi tarafından kullanılmaması sonucunda, suyun büyük bölümü arsada bulunan nehre akmış ve ne kuyunun sahibine ne de komşu arazilerin sahiplerine herhangi bir fayda sağlamadığı gibi; yer altı suyu seviyesinin de büyük oranda ve hızla azalmasına neden olmuştur. Komşu arsa sahiplerinden biri olan davacı, mahkemeden davalı kuyu sahibinin yerleştirdiği su pompasının aktardığı yer altı suyunun miktarının azaltılmasını talep etmiştir. Davalı ise 544. maddenin malike, arsa üstünde kuyu açma ve su pompası kullanma da dahil olmak üzere tüm hakları tanıdığını belirtmiştir. Mahkeme, *kötünietle müsaade edilmez* ilkesini ve Fransız Medeni Kanunu’nun 1382. maddesini gerekçe göstererek bir kişinin mülkiyet hakkını, yalnızca zarar verme niyeti doğrultusunda yapılan ve komşu malikin kendi arazisi üstündeki mülkiyet hakkına müdahale eden bir eylemi meşru kılmayacağını bildirmiş ve davalının komşularına verdiği zararı tazmin etmesine karar vermiştir (Lyon, 1856, D.P. 1856, 2, 199’dan aktaran Julio Cueto-Rua, "Abuse of Rights," *Louisiana Law Review* 35 (5) (1975), s. 965-66).

Fransız haksız fiil hukukunun temelini oluşturan 1382. maddeye göre; “kişinin bir başkasına zarar veren herhangi bir eylemi, kusuruyla eylemi gerçekleştirilen kişiyi zararı tazmin etmekle yükümlü kılar.” Bu madde doğrultusunda mahkeme, hakkın kötüye kullanılması yasağının 1382. maddenin kapsamı içinde olduğunu tanıyarak ilkenin Fransız özel hukuku açısından varlığını da teyit etmiştir.

hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından kötünietin varlığı koşuluna yönelik Fransız hukukundaki en önemli karar niteliğindedir.²²³ Davacı, maliki olduğu arsanın üstüne, zeplin inşa etmek ve sonrasında bu zeplinlerin uçuş denemelerini yapmak amacıyla bir hangar kurmuştur. Davacının arsasının bitişiğinde arsası bulunan ve davacıyla önceden gelen bir husumetleri olan davalı, maliki olduğu arsanın üstüne özellikle rüzgarlı havalarda davacının zeplinlerinin kalkış ve iniş safhalarında gerçekleştirilmesi gereken manevralar sonucunda zarar görmesine neden olacak 2-3 metre uzunluğunda dört adet metal kazıkla çevrelenmiş 10 metre uzunluğunda iki adet ahşap yapı inşa etmiştir. Bu yapılar 1912 yılında davacının zeplinlerinden bir tanesine zarar vermiştir. Mahkeme, verdiği kararda Fransız Medeni Kanunu'nun malikin kendi mülkünü çitle çevirmesine imkan veren 647. maddesine dayanan davalının metal kazıklarla beraber toplam yüksekliği 16 metreyi bulan ahşap yapıları inşa etmesinin davacının faaliyetlerini engellemenin haricinde başka hiçbir amaca sahip olmadığını ve hakkını kötüye kullandığını belirterek ahşap yapıların kaldırılmasına ve davacının zararının davalı tarafından karşılanmasına karar vermiştir.^{224,225}

Hakkın kötüye kullanılması yasağının Alman hukukundaki gelişim süreci ise, Fransız hukukuyla oldukça fazla benzerlik göstermektedir. Bununla beraber Fransız hukukunun gelişim sürecinin kendine münhasır özellikleri nedeniyle bireyin hareket özgürlüğüne ya da kişilik haklarının soyutluğuna yönelik herhangi bir kısıtlamanın özgürlüğün ihlali olarak nitelendirilmesi nedeniyle, Fransız Medeni Kanunu'nda doğrudan yer almayan ve dolayısıyla mahkemelerin kararları doğrultusunda varlık bulan hakkın kötüye kullanılması yasağı her ne kadar BGB'nin 242. maddesinde dolaylı olarak yer alsa da; "Hilenin Yasaklanması" (*Schikaneverbot*) başlıklı 226. maddede doğrudan bir kanun hükmü haline getirilmiştir.²²⁶ Bu maddeyle, "*bir hakkın kullanılmasına, tek olası amacı*

²²³ N. J. Franko, "İçtihadî Bakımdan Hakkın Suiistimalinin Kıstası," *İzmir Barosu Dergisi* 56 (3) (1956), s. 15.

²²⁴ Coquerel v. Clément-Bayard (D.P. 1917, 1, 79)

²²⁵ Hakkın kötüye kullanılması yasağına yönelik ulusal hukuk düzenleri bakımından önde gelen klasik görüşlerin bu davaya ilişkin bakışlarının detaylı bir incelemesi için bkz. Shael Harman, "Classical Social Theories and the Doctrine of "Abuse of Right", " *Louisiana Law Review* 37(3) (1976).

²²⁶ Vera Bolgár, "Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine," *Louisiana Law Review* 35 (5) (1975), s. 1023-25.

bir başkasına zarar vermekten ibaretse izin verilmeyeceği” belirtilmiştir.²²⁷ Bu hüküm başlarda Fransız hukukunda olduğu gibi yalnızca mülkiyet hakkını kapsayacak şekilde oluşturulmuşken, sonrasında Alman hukukunun bir genel ilkesi haline getirilmiştir. Diğer taraftan bir hakkın kullanılmasının, hakkın kötüye kullanılması halini oluşturulabilmesi için benzer şekilde bir “nesnellik” aranmıştır. Nitekim, ancak eylemin yegane amacının “zarar vermek” olduğu hallerde hakkın kötüye kullanılmasının mevcuda geleceği belirtilmiştir.²²⁸ BGB’de böyle bir maddenin yer almasının arkasındaki asıl düşünce hukuk düzeninin bireylere, belirli amaçları gerçekleştirebilmeleri amacıyla subjektif haklar tanınması ve tanınan bu hakların yalnızca bir başka bireye zarar vermek amacıyla kullanılmasının engellenmesidir. Alman hukukuna göre bir hakkın, zarardan başka bir amaç güdemeyecek şekilde yani tamamen kötüniyetle kullanılması halinde ve bir zararın ortaya çıkması durumunda subjektif hak, amaçsal yorum kapsamında kötüye kullanılmış olur.²²⁹

Alman hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin “dahili kuram” ve “harici kuram” olmak üzere iki farklı bakış ortaya çıkmıştır. Genel olarak kabul edilen dahili kurama göre subjektif hakkın uygulanması, hakkın doğası gereği var olan birtakım içkin sınırlamalara tabidir. Harici kuram ise hakkın kötüye kullanılması halini hakkın, doğasına uygun olmayan şekilde kullanılması olarak tanımlamış ve bu kapsamda hakkın suistimal edilemeyeceğini; yalnızca hakkın uygulanmasının suistimal edilebileceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda harici kuram, hakkın kötüye kullanılması bağlamında hukuk düzeni tarafından konulan sınırlandırmaların yalnızca hakkın

²²⁷ Benzer bir hüküm, BGB’nin belirli bölümlerinin iktibas edildiği Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)’da “İhmalen Kaynaklanan Zararlar” (*Von dem Schaden aus Verschulden*) başlığı altındaki 1295/2. maddesinde de yer almaktadır. Bu maddeye göre;

“Genel ahlaka aykırı bir şekilde kasten zarara neden olan kişi de sorumludur. Ancak bu zarar, kişinin bir hakkını kullanması sonucunda ortaya çıkmışsa sorumluluk ancak bu hakkın kullanılmasının amacının açıkça başkasını zarara uğratmak olduğu durumlarda doğar.”

Dolayısıyla, BGB ve ABGB’nin her ikisi de hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından kötüniyetin varlığını bir şart olarak kabul etmiştir.

²²⁸ Nami Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunu'ndaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55 (3) (1997), s. 197-98.

²²⁹ Burkhard Boemke ve Bernhard Ulrici, *BGB Allgemeiner Teil*, 2. Baskı, (Heidelberg, Almanya: Springer, 2009), s. 396.

sahibine yöneltilmesini ve hakkın doğasına ilişkin bir sınırlandırmanın mevcut olmaması gerektiğini savunmuştur.²³⁰

Çok fazla uygulaması bulunmamakla birlikte,²³¹ BGB'nin 226. maddesine dayanılarak verilen kararlar bulunmaktadır. Bu davalardan en önemlilerinden biri de 1909 yılında görülmüştür. Davaya konu olayda bir kişi, arasında husumet bulunan oğluna kendi mülkünün içindeki bahçeye gömülen annesinin mezarını ziyaret etmesini koşulsuz olarak yasaklamıştır. Mahkeme vermiş olduğu kararda, davalının davacıya karşı uyguladığı bu tür bir kısıtlamanın BGB'nin 226. maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması hali teşkil edeceğini belirtmiştir.²³²

Bu bilgiler kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağının, Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ne dahil hukuk düzenlerinde dolaylı ya da doğrudan bir biçimde ele alınsa da²³³

²³⁰ Helmut Grothe, "§ 226," *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* içinde, ed. Kurt Rebmann, Franz-Jürgen Säcker vd. (Münih, Almanya: C.H. Beck, 1984), Rn. 13.ve Bolgár, "Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine," s. 1026.

²³¹ Bunun nedeni, hakkın kötüye kullanılması haline vücut verecek eylemin husule gelme şartı olan "hakkı kullanmanın yalnızca zarar verme amacı taşıması" durumunun varlığının kanıtlanmasının zor olmasıdır. Bu nedenle Alman mahkemeleri, bir hakkın kullanılması durumunda zararın ortaya çıkmasını içeren uyuşmazlıklarda BGB'nin 226. maddesi yerine şartları bakımından çok daha esnek olan 242. ve 826. maddelere dayanarak karar vermektedirler (Heinrich Honsell, "Einleitung zum BGB," *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts* içinde, ed. Julius von Staudingers (Berlin, Almanya: Sellier-de Gruyter, 2008), s. 8-9). 242. madde doğrudan iyiniyeti işlerken; 826. madde ise "bir kişinin, kamu düzenine aykırı bir şekilde başka bir kişiye kasten zarar vermesi durumunda, meydana getirdiği zararı tazmin etmesini" zorunlu tutmaktadır.

²³² Her ne kadar olayda mahkeme, babanın eylemini BGB 226 kapsamında bir hakkın kötüye kullanılması hali olarak kabul etse de; literatürde mahkemenin verdiği bu kararın hukuka uygun olmadığına yönelik bir tartışma mevcuttur. Kararın hukuka uygun olmadığını belirten yazarlar, davalının amacının yalnızca oğluna zarar vermek olmadığını aynı zamanda arasında husumet bulunan oğlundan kendini korumak olduğunu belirterek, olayın BGB'nin 226.maddesindeki şartları haiz olmadığını iddia etmektedirler. (RG v. 03.12.1909, RGZ 72, 251.'den aktaran Boemke ve Ulrici, *BGB Allgemeiner Teil*, s. 396. ve Grothe, "§ 226," Rn. 12).

²³³ Hollanda hukukunda ise hakkın kötüye kullanılması yasağı bu iki biçimin karması niteliğini taşımaktadır. Diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi, düzenin bireye tanıdığı ve kullanılma amacını belirlediği meşru bir hakkın bu amacın dışında başka bir kişiye zarar verecek bir şekilde kullanılması olarak değerlendirilen hakkın kötüye kullanılması hali, 1992 yılında yapılan geniş çaplı reformdan önce Hollanda Medeni Kanunu'nun (*Bürgerlijk Wetboek*) sözleşmeden doğan yükümlülüklerin iyiniyetle yerine getirilmesini işleyen 1374. ve sözleşmenin taraflarını "yalnızca kanunda belirtilen yükümlülüklerle değil; aynı zamanda bu tür sözleşmelerin doğası gereği hakkaniyet, gelenek ve diğer kanunlarla da" yükümlü tutan 1375. madde içinde değerlendirilmiştir. Buna karşın, mahkeme kararlarında hakkın kötüye kullanılması yasağına önemli ölçüde yer verilmiştir. Fransız hukukundan farklı olarak, bir bireysel hakkın toplumun genel çıkarı tarafından nasıl sınırlandırıldığıyla değil; her bir bireyin münhasır çıkarının hangi kapsamda ele alınması gerektiğini belirlemek amacıyla kullanılmıştır (Chris J. H. Brunner, "Abuse of Rights in Dutch Law," *Louisiana Law Review* 37 (3) (1976), s. 729-40).

temelde, hakkın kullanılmasındaki tek amacın başka bir kişiye zarar vermek olması anlamına gelen salt zarar verme kastının mevcudiyeti ve hakkın kullanılması sonucunda bir zararın meydana gelmesi olmak üzere sırasıyla manevi unsur ve maddi unsur olarak iki temel unsura sahip olduğu belirtilebilir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde, Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nden farklı bir biçimde ele alınmıştır.^{234,235} Bu hukuk sistemindeki

Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin, tarafların edim yükümlülüklerinde 1375. madde kapsamında hakkaniyeti gerektirmesi; sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan yükümlülüklerin ise Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin (*Hoge Raad*) vermiş olduğu kararlar doğrultusunda karşılıklı güveni gerektirdiğinin belirlenmesi sonucunda bu iki yükümlülük çeşidi, hakkın kötüye kullanılmasının uygulama kapsamından çıkmıştır. Bu nedenle, diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi Hollanda hukukunda da hakkın kötüye kullanılması yasağı genel olarak mülkiyet hakkı bakımından geniş bir uygulama alanı bulmuştur (Arthur S. Hartkamp, "Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands," *The American Journal of Comparative Law* 40 (3) (1992), s. 566).

Hollanda hukukunda, mülkiyet hakkı bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağının mevcut olduğuna karar verilen en ünlü dava 1936 tarihli *Berg en Dal'ın Su Kuleleri Davası'dır*.

“Davaya konu olayda davalı, komşusu olan davacıyla mülkleri arasındaki geçiş yolunun kullanımı konusunda ihtilafa düşmesi nedeniyle komşusunun evinin manzarasını kapatmak amacıyla kendi mülküne iki adet kazık çakmış ve kazıkların arasına bir branda germiştir. Davacının mahkemeye başvurması sonrasında, davalının hakkını kötüye kullandığına karar verilmiş ve kazıklar yerlerinden sökülmüştür. Bundan belirli bir süre sonra davalı, yine komşusu davacının görüşünü engelleyecek şekilde kendi mülküne, herhangi bir su kaynağına bağlı olmayan ve dolayısıyla da tamamen işlevsiz bir su kulesi inşa etmeye başlamıştır. Davacı, bu eylemin bir hakkın kötüye kullanılması hali teşkil ettiğini iddia ederek su kulesinin kaldırılması amacıyla tekrar mahkemeye başvurmuş, ilk derece mahkemesi her ne kadar bunun bir hakkın kötüye kullanılması haline vücut vermeyeceğine karar vermiş olsa da; istinaf mahkemesi kararı bozarak, davalının bu kuleyi mülkünün başka herhangi bir yerine inşa edebilecekken davacının manzarasını kapatacak şekilde inşa etmesini bir hakkın kötüye kullanılması hali olarak değerlendirerek Hollanda Medeni Kanunu'nun 1401. maddesi gereğince oluşan zararın tazmin edilmesine karar vermiştir” (NJ. 1936, 415'ten aktaran Sjeff van Erp ve Bram Akkermans, *Cases, Materials and Text on Property Law* (Oxford, Birleşik Krallık: Hart Publishing, 2012), s. 221).

1992'de yapılan değişiklikten sonra ilkeye, Hollanda Medeni Kanunu'nun “Eşya Hukuku” adlı 3. Kitabı'nın “Hakkın Kötüye Kullanılması” başlığında doğrudan yer verilmiş ve hakkın kötüye kullanılması halini oluşturan durumlar aynı maddede işlenmiştir. Bu madde şöyledir:

“Bir hakka sahip olan kişi hakkın kendisine verdiği yetkileri, bu yetkileri kötüye kullandığı anlamına gelecek şekilde kullanamaz.

Bir hak diğerlerinin yanı sıra, yalnızca başka bir kişiye zarar vermek amacından ya da hakkın kendisine tanınmasına neden olan amaçtan başka bir amaçla kullanılıyorsa veya kullanıldığı sırada hakkın kullanılmasıyla hizmet edilen çıkarlar ile hakkın kullanılması nedeniyle zarara uğrayan çıkarlar arasındaki fark göz önüne alındığında; hakkın kullanılmasının durdurulması ya da ertelenmesini gerektiren hallerde hak kötüye kullanılmış olur.

Bir hakkın doğası, bu hakkın kötüye kullanılmayacağını ima eder nitelikte olabilir.”

Bu kapsamda Hollanda hukuku açısından hakkın kötüye kullanılması yasağı, günümüzde Alman hukukunda olduğu gibi doğrudan kanunda yer almaktadır. Bununla beraber Fransız hukukunda olduğu gibi yalnızca mülkiyet hakkı açısından geçerlidir.

²³⁴ Kara Avrupası hukukçularından bazıları, Anglo Sakson hukuk sisteminin hakkın kötüye kullanılması yasağına “yabancı olduğunu” iddia etmişlerdir Bkz. Luboš Tichý, "Ordre Public, Abuse of Rights and

mahkemeler doğrudan hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanmamışlar; bunun yerine bir haksız fiil²³⁶ türü niteliğindeki yararlanma hakkının ihlaline (*nuisance*) ilişkin olarak yapılan kötüniyetin (*malice*) ve makul yararlananın (*reasonable user*) varlığına yönelik incelemelerle hakkın kötüye kullanılması yasağının bu hukuk sisteminde örtülü bir şekilde var olduğunu ortaya koymuşlardır.

Haksız fiil hukukunda korunan menfaatlardan biri de kişinin, malik olduğu taşınmaz malını kullanma ve yararlanma menfaatidir. Yararlanma hakkının ihlali, taşınmaz mala tecavüz (*tresspass to land*) ile birlikte bu menfaatin korunması amacını taşıyan haksız fiil türleridir.²³⁷ Taşınmaz mala tecavüz, mülkiyet hakkını doğrudan yapılan müdahalelerden koruma amacını taşırken; yararlanma hakkının ihlali, taşınmaz malı ya da malın kullanma veya yararlanma menfaatini dolaylı zararlardan korumayı amaçlamıştır. Bu doğrultuda yararlanma hakkının ihlalinin tespitinde, yalnızca

Other General Clauses and the New Czech Civil Code," *ELTE Law Journal*, (2014/2) (2014), s. 24-25.; David Angus, "Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec," *Mcgill Law Journal* 8 (2) (1961), s. 153-54. ve Cueto-Rua, "Abuse of Rights," s. 967-71.

²³⁵ Amerikan Hukuku'nda hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasına ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Anna di Robilant, "Abuse of Rights: The Continental Drug and Common Law," *Hastings Law Journal* 61 (3) (2010).

²³⁶ Burada, Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde haksız fiil hukukunun kapsamının açıklanması gerekmektedir. Genel anlamda "haksız fiil", özel hukuktan doğan bir yükümlülüğün ihlali durumunda ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar bazı fiiller hem suç hem de haksız fiil niteliğinde olsalar da, haksız fiil hukukunda ceza hukukundan farklı olarak uyuşmazlığın tarafları suçlu ile devlet değil; haksız fiili işleyen ve haksız fiilden zarar gören kişidir.

Diğer taraftan sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında da çeşitli farklar bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi, bir ihlalin ya da haksız fiilin mevcudiyeti halinde ortaya çıkan zararın tazmininin amacına yöneliktir. Haksız fiil sorumluluğunda, tazminin asıl amacı hukuk düzeninden doğan bir yükümlülüğün ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın tazmin edilmesidir. Sözleşme sorumluluğunda ise tazminin amacı, sözleşmenin ihlal edilmesini engellemek ve sözleşmedeki taahhütlerin yerine getirilmesini güvence altına almaktır (Vivienne Harpwood, *Modern Tort Law*, 7. Baskı, (New York, ABD: Routledge-Cavendish, 2009), s. 1-6).

Haksız fiil hukuku, Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde yüzyıllar içinde mahkemelerin, önlerine gelen çeşitli uyuşmazlıklara yönelik olarak vermiş oldukları kararlar yoluyla gelişim göstermiştir. Bu kapsamda, Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde olduğu gibi genel bir kurala bağlı olmayıp; belirli bir çerçevede tutulmuş ve belirli tiplerle sınırlandırılmıştır. Bununla beraber, haksız fiil hukukunun kodifiye edilmesi amacıyla yapılan çeşitli kanunlar da mevcuttur. (Selin Özden Merhacı, "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmal Dayanan Haksız Fiiller," *Ankara Barosu Dergisi* (4) (2012), s. 181-82).

Haksız fiilin varlığı için, davalının kasıt ya da ihmaliyle meydana gelen eylemin iki unsuru barındırması gerekmektedir. Bunlardan ilki kusuru oluşturan "manevi unsur"; diğeri ise davacının hukuk düzeni tarafından korunan bir menfaatinin zarara uğraması olarak tanımlanabilecek "maddi unsur"dur. Manevi unsur davalının kasıtlı, dikkatsiz ya da ihmalkar bir eylemi sonucunda ortaya çıkabilir. Maddi unsur açısından ise, haksız fiil hukukunda korunan farklı birçok menfaat mevcuttur (Bernadette Richards ve Melissa de Zwart, *Tort Law Principles*, 2. Baskı, (Sydney, Avustralya: Thomson Reuters, 2017), s. 14-16).

²³⁷ John Cooke, *Law of Tort*, 9. Baskı, (Essex, Birleşik Krallık: Pearson Longman, 2009), s. 5.

kötüniyetin varlığı yeterli olmayıp; aynı zamanda bir zararın da mevcudiyeti gerekli kılınmıştır.²³⁸

Yararlanma hakkının ihlalinin “bireysel yararlanma hakkının ihlali”, “toplumsal yararlanma hakkının ihlali” ve “kanuna dayanan yararlanma hakkının ihlali” olmak üzere üç türü bulunmaktadır. Bireysel yararlanma hakkının ihlali, yalnızca bir haksız fiile vücut vermektedir ve çeşitli uyuşmazlıklarda hakkın kötüye kullanılmasına neden olma bakımından değerlendirilmiştir. “*Majestelerinin tebaasının tümü açısından ortak olan hakların kullanılmasını engelleyen veya topluma zarar ya da rahatsızlık veren, hukuk tarafından izin verilmemiş bir eylem veya hukuktan doğan bir görevin yerine getirilmesini ihmal*”²³⁹ olarak tanımlanan toplumsal yararlanma hakkının ihlali hem bir suç hem de bir haksız fiile vücut vermektedir. Aynı zamanda toplumsal yararlanma hakkının ihlali, yalnızca bir taşınmaz üstündeki menfaati değil; kamu yararını korumayı amaçlamaktadır. Kanuna dayanan yararlanma hakkının ihlali hali ise, genel olarak toplum sağlığı ya da çevre sorunlarını düzenleyen çeşitli kanunlarda düzenlenen ihlallerdir. Bu tür ihlallerin sona erdirilmesi, yerel yönetimlerin görev alanının içinde sayılmıştır.^{240,241}

Bireysel yararlanma hakkının ihlalinden sorumluluğun doğabilmesi için, temelde bir kişinin bir taşınmaz malını kullanmasına ya da bu taşınmaz malından yararlanma hakkına yönelik makul bir neden olmaksızın yapılan bir müdahalenin sonucunda bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Makul bir nedenin yokluğunun şartları, nesnel bir şekilde belirlenmemiş olup; mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıklara münhasır olarak, yapılan müdahalenin makul bir nedene sahip olmadığına ilişkin bir tespit

²³⁸ R. Makowski, "Torts: The Nature of Nuisance," *Marquette Law Review* (33) (1950), s. 241-42.

²³⁹ James Fitzjames Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, 6. Baskı, (Londra, Birleşik Krallık: Macmillan and Co., 1904), s. 140. Stephens'in bu tanımı genel olarak kabul edilmiş görünmektedir. Nitekim, İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından *Attorney General v PYA Quarries Ltd. Davası*'na ilişkin olarak 1957 yılında verilen kararda toplumsal yararlanma hakkının ihlaline ilişkin olarak aynı tanımlama kullanılmıştır (*Attorney General v PYA Quarries Ltd* [1957] 2 QB 169).

²⁴⁰ Harpwood, *Modern Tort Law*, s. 242-43.

²⁴¹ Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde hakkın kötüye kullanılması yasağı yalnızca bireysel yararlanma hakkının ihlali şeklinde ele alındığından, çalışmada yalnızca bireysel yararlanma hakkının ihlali detaylı bir biçimde incelenmiştir.

yapmaktadırlar. Bu belirleme sırasında mahkemelerin kullandığı ölçütlerden biri de, davalının müdahaleyi kötüniyetle yapmasıdır.^{242,243}

Bu kapsamda, davalının kendi taşınmaz malını kullanma ya da malından yararlanma hakkını davacının taşınmaz malını kullanma ya da malından yararlanma hakkına zarar verecek şekilde kötüniyetle kullanması hali de makul bir nedenin yokluğu olarak değerlendirilmek suretiyle yararlanma hakkının ihlaline vücut vermektedir. Buna karşın, yararlanma hakkının ihlaline yönelik verilen çeşitli mahkeme kararlarında kötüniyetin varlığının tespiti bakımından sürekli olarak kullanılan yeknesak bir inceleme yöntemi mevcut değildir. Kötüniyetin varlığının ele alındığı ilk karar, 1893 yılında verilen *Christie v. Davey* kararıdır. Davaya konu olayda bir müzik öğretmeni olan davacıdan evinde müzik dersleri vermesi ve çeşitli enstrümanlar çalması nedeniyle rahatsız olan komşusu davalı, birtakım yollarla (düdük çalmak, ortak duvara şiddetli şekilde vurmak gibi) rahatsızlık vermiştir. Mahkeme davalının, davacıya rahatsızlık vermek amacıyla çıkarttığı seslerin makul bir nedenle çıkartılması durumunda yararlanma hakkının ihlaline vücut vermeyeceğini; fakat somut olayda davalının asıl amacının davacıya zarar vermek olduğunu belirterek davalının eylemlerini kötüniyetle gerçekleştirdiğini, dolayısıyla da davalının eylemlerinin yararlanma hakkının ihlali haline vücut verdiğine karar vermiştir.^{244,245} Buna karşın, 1895 yılında verilen *The Mayor of Bradford v. Pickles* kararında uyumsuzluk bakımından *Christie v. Davey* kararıyla benzer özellikler mevcut olmasına rağmen, karşıt bir karar verilmiştir. İngiltere'nin kuzeyinde bulunan Bradford şehrinin su dağıtımını yapan Bradford Waterworks şirketi bir arazinin belirli bir bölümünü ve bu bölümdeki özellikle Many Wells kaynağı olmak üzere birçok su kaynağını satın almıştır. Bradford şehrinin temel su kaynağı olan Many Wells kaynağının bitişiğinde arazisi bulunan davalı, 1890'ların başlarında kendi arazisinin

²⁴² Catherine Elliot ve Frances Quinn, *Tort Law*, ed. 7th Edition (Essex, Birleşik Krallık: Pearson Longman, 2009), s. 285-86.

²⁴³ Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde "kötüniyet" kavramına iki farklı anlam yüklenmiştir: Bunlardan ilki, uygun bir neden olmaksızın kasıtlı olarak hukuka aykırı bir eylemi gerçekleştirme; ikincisi ise, görüldüğünden farklı ya da uygun olmayan bir niyetle eylemi gerçekleştirmedir. Cooke, ikinci anlamıyla kötüniyetin Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde haksız fiil sorumluluğunu doğurmayacağını; fakat bunun çeşitli istisnaları olduğunu belirtmiştir. (Cooke, *Law of Tort*, s. 9-10.)

²⁴⁴ *Christie v. Davey*, [1893] 1 Ch. 316.

²⁴⁵ Larissa Katz, "Spite and Extortion: A Jurisdictional Principle of Abuse of Property Right," *The Yale Law Journal* 122, no. 6 (2013).

altına şehrin temel su arzına kalıcı bir şekilde zarar verebilecek çeşitli tüneller ve kuyular açmak suretiyle Many Wells kaynağını besleyen yeraltı sularının akış hızını azaltmaya çalışmıştır. Sonrasında davalı arazisini, davacıya fahiş bir fiyata satmayı teklif etmiştir. Davacı, davalının bu eylemlerini davalının arazisini fahiş bir fiyata satın almak için kötüniyetle gerçekleştirdiğini düşünerek teklifi reddetmiş ve mahkemeye başvurmuştur. Lordlar Kamarası davalının, eylemi her ne kadar kötüniyetle gerçekleştirmiş olsa da sorumlu olmadığına karar vermiştir.^{246,247} Bradford v. Pickles Davası'nda verilen kararın hakkın kötüye kullanılması kapsamında yararlanma hakkının ihlaline vücut vermemesi, Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin unsurlarından biri olan "eylemin kastının salt zarar verme olması" hali olayda mevcut olmadığından Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ndeki anlayışla paralellik göstermektedir. Çünkü davalının asıl amacı, şirkete zarar vermek değil; şirketi maliki olduğu araziye satın almaya mecbur kılmaktır. Bu kapsamda, davalı ekonomik çıkar elde etme kastıyla eylemi gerçekleştirmiştir. Nitekim, Birleşik Krallık'ın en eski mahkemelerinden biri olan The King's Bench'in 1707 yılında *Keeble v. Hickeringill Davası*'na ilişkin olarak vermiş olduğu kararda davalının, davacının arazisinde yaban ördeklerini yakalamak için çeşitli tuzaklar kurduğu yapay göle başka herhangi bir

²⁴⁶ The Mayor of Bradford v. Pickles , [1895] AC 587.

²⁴⁷ Bu karara, Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde hakkın kötüye kullanılması yasağının mevcut olmadığını iddia eden yazarlar tarafından yaygın bir şekilde başvurulmaktadır. Fakat, bu yazarların eserlerinde genel olarak Christie v. Davey Kararı ya göz ardı edilmiş ya da yalnızca bir "istisna" olarak değerlendirilmiştir. Bu eserlere örnek olarak şunlar verilebilir: H. C. Gutteridge, "Abuse of Rights," *Cambridge Law Journal* 5 (1) (1933), Perillo, "Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept," s. 40-43, Mayrand, "Abuse of Rights in France and Quebec," s. 995-96. Lordlar Kamarası üyelerinden Lord Halsbury'nin yaptığı açıklama, davalının eyleminin neden bir yararlanma hakkının ihlali teşkil etmediğini Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde "kasıt" kavramına yönelik yaklaşım ile bağlantılandırarak şu şekilde ele almıştır:

"Bu, eylemi gerçekleştiren kişinin ruh halinin eylemi gerçekleştirme hakkını etkileyebileceği bir durum değildir. Eğer eylem hukukiyse, gerekçesi ne kadar kötü olursa olsun bireyin, eylemi gerçekleştirme hakkı vardır. Eğer hukuka aykırı bir eylemse, bireyin gerekçesi ne kadar iyi olursa olsun, eylemi gerçekleştirme hakkı yoktur. Lordlarım, bu tür bir uyumsuzlukta gerekçeler ya da niyetler bana tamamen alâkasız geliyor." (The Mayor of Bradford v. Pickles)

Bu yaklaşım, kişinin kastını eyleminden tamamen ayrı tutmuştur. Fakat, özellikle *Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett Davası*'nda verilen karardan sonra bu konuda doktrinde ortaya çıkan fikir ayrılıkları daha da belirgin hale gelmiştir. Holdsworth, Bu kararın *Keeble v. Hickeringhill* ve *Christie v. Davey* kararlarında olduğu gibi hukuka uygun bir eylemin yalnızca başkasına zarar vermek amacıyla yapılmasının dava sebebine vücut vermesi ilkesi üstüne inşa edildiğini belirtmiş; buna karşın *Bradford v. Pickles* kararının hukukla nasıl bağdaştırılabileceğini tespit etmenin zor olduğunu bildirmiştir. Bu doğrultuda Lord Halsbury'nin iddia ettiği bir eylemin haksız fiil olmasına yönelik tespit aşamasında kastın hiçbir şekilde göz önünde tutulmamasının doğru olmayacağını; mülkiyet hakkının kullanımı kapsamında değerlendirilebilecek bir eylemin, eylemi yapan kişinin kötüniyetli olması durumunda bir yararlanma hakkının ihlaline vücut verebileceğini belirtmiştir.(William S. Holdsworth, "Notes," *The Law Quarterly Review* 53 (1) (1937), s. 1-4).

gerekçesi olmaksızın yalnızca davacının ekonomik çıkarlarına zarar vermek amacıyla kendi arazisinden ateş ederek ördekleri korkutmasının bir haksız fiil olduğu belirtilmiş ve tazminata hükmedilmiştir.²⁴⁸ Davalının bu eyleminin bir yararlanma hakkının ihlali hali olduğu *Allen v. Flood Davası*'na ilişkin kararda mahkeme tarafından tespit edilmiştir.²⁴⁹ Bununla beraber *Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett Davası*'na yönelik 1936 yılında verilen kararda davalının, komşu arazinin sahibi olan ve arazisinde postlarını kullanmak amacıyla sese çok duyarlı bir hayvan olan gümüş tilki yetiştiren davacının tilkilerinin üremesini engellemek amacıyla, tilki yetiştirilen araziye doğru ateş etmesini bir bireysel yararlanma hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla, Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde de kötüniyetin ve kötüniyetle yapılan bir eylem sonucunda zararın ortaya çıkması durumunda, mülkiyet hakkı bakımından yararlanma hakkının ihlalinin meydana geldiği mahkemeler tarafından verilen kararlarda tespit edilmiştir. Diğer taraftan *Bradford v. Pickles Davası*'nda davalının mülkiyet hakkını kullanarak geliştirmeyi ve korumayı amaçladığı ekonomik çıkarı, davalının eyleminin bir haksız fiil olarak değerlendirilmemesine neden olmuştur.²⁵⁰ Fakat davanın, davaya konu uyuşmazlığın unsurları gereğince Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde anlaşıldığı haliyle dahi, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü davalının eylemleri her ne kadar davacıya zarar verme amacını taşısa da; eylemlerin yapılmasındaki temel saik davacının, davalının menfaatlerine zarar vermek suretiyle, kendine bir ekonomik çıkar sağlamak istemesidir.²⁵¹

²⁴⁸ *Keeble v. Hickeringhill* [1707] 103 ER 1126 (KB)

²⁴⁹ Simon Douglas ve Ben McFarlane, "Defining Property Rights," *Philosophical Foundations of Property Law* içinde, ed. James Penner and Henry E. Smith (Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2013), s. 230.

²⁵⁰ Gerald H. L. Fridman, "Motive in the English Law of Nuisance," *Virginia Law Review* 40 (5) (1954), s. 584-88.

²⁵¹ Katz bireysel yararlanma hakkının ihlalinin konu olduğu davaları, davaya konu eylemin yapılma kastı bakımından "hukuka aykırı baskı davaları" ve "hukuka uygun baskı davaları" olmak üzere iki farklı türe ayırır. Malikin, hukukun kendisine çizdiği çerçevede içinde ekonomik veya başka çeşitli menfaatler sağlayacak şekilde mülkiyet hakkını kullanması bir hukuka uygun baskı niteliğindedir. Mülkiyet hakkı bazı durumlarda malikin elinde, komşu taşınmazın malikleri de dahil olmak üzere başkalarının çıkarlarını etkileyebilecek bir "pazarlık kozu" olabilmektedir. Bu durumda mülkiyet hakkı, hukuka uygun bir baskı aracı olarak kötüye kullanılmış değil; ancak aşkın bir şekilde kullanılmış olur. Hukuka aykırı baskı ise malikin, mülkiyet hakkını yalnızca başkalarına zarar vermek amacıyla kullandığı durumlardır. Bu kapsamda, *Bradford v. Pickles Davası* bir hukuka uygun baskı davası; *Christie v. Davey* ve *Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett* davaları ise hukuka aykırı baskı davaları niteliğindedir. (Katz, "Spite and Extortion: A Jurisdictional Principle of Abuse of Property Right," s. 1458-64).

Yukarıdaki bilgiler doğrultusunda, Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nde hakkın kötüye kullanılması yasağının her ne kadar açık bir şekilde mevcut olmasa da; örtülü bir şekilde, bir haksız fiil türü olan yararlanma hakkının ihlali kapsamında varlık gösterdiği görülmektedir. Bununla birlikte, mahkemelerin yararlanma hakkının ihlaline yönelik olarak yaptıkları incelemeler doğrultusunda hakkın kötüye kullanılması yasağı, örtülü bir şekilde olsa da, Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ndekine benzer bir şekilde uygulama alanı bulmuştur. Bu kapsamda, her iki hukuk sisteminde de hakkın kötüye kullanılması yasağı genel olarak mülkiyet hakkının kullanılması bakımından ele alınmış; diğer taraftan sadece kötünietin, yani eylemin kişiye başka herhangi bir çıkar gözetilmeksizin yalnızca zarar vermek amacıyla gerçekleştirilmesi ve kötünietli eylemin sonucunda bir zararın ortaya çıkması temel şartlar olarak kabul edilmiştir.

Ulusal hukuk düzenlerinde, özellikle mülkiyet hakkının kötünietle kullanılması sonucunda bir zararın doğmasının engellenmesini hedefleyen hakkın kötüye kullanılması yasağı; diğer taraftan da idarenin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesi amacıyla da kullanılmıştır. İdarenin yetkilerinin sınırlandırılması kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağı Fransız hukukunda “*detournement de pouvoir*”,²⁵² Alman hukukunda “*Ermessensmissbrauch*”²⁵³ ve İngiliz hukukunda “*Wednesbury İlkesi*”²⁵⁴

²⁵² Detournement de Pouvoir ilkesine *Sigüiri Maden Şirketi Davası*'nda Fransız Danıştay tarafından başvurulmuştur. Mahkeme 22 Kasım 1929 tarihinde verdiği kararında, kararın verildiği dönemde bir Fransız sömürgesi olan Gine'de Sigüiri Altın Madeni'ni işleten Sigüiri Maden Şirketi'nin faaliyetlerinin bir Fransız yetkili tarafından, bir kanun hükmüne dayanarak uyarmaksızın ve maden operasyonlarından çekilmesine imkan vermeksizin durdurmaya zorlanmasını takdir yetkisinin gereksiz derecede sert ve baskıcı bir şekilde uygulanması olarak nitelendirmiştir. Sonuç olarak Fransız Danıştay, kanunun her ne kadar yetkiliye bu tür bir eylemde bulunma imkanı verse de; yetkilinin kararının düzeltilmesini talep etmiştir (Compaigne des Mines de Sigüiri, Conseil d'Etat'dan akt. John H. Crabb, "The French Concept of Abuse of Rights," *Inter-American Law Review* 6 (1) (1964), s. 12).

²⁵³ Alman İdari Usul Kanunu'nun (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) “Takdir Yetkisi” (*Ermessen*) başlıklı 40. maddesinde, yetkililere takdir yetkisinin kullanımında birtakım sınırlar çizilmiştir. Bu maddeye göre; “İdari makam, takdir yetkisine sahipse bu yetkiyi, yetkilendirmenin amacına uygun olarak kullanmalı ve yetkinin yasal sınırlarına uymalıdır.” Yetkinin sınırlarının aşılması haliyle ilgili olarak kanun, idare mahkemesine de sorumluluk vermiştir. Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (*Verwaltungsgerichtsordnung*) “İdarenin Takdir Yetkisi Kapsamında Verilen Kararlarının Denetlenmesi” (*Überprüfung von behördlichen Ermessensentscheidungen*) başlıklı 114. maddesine göre; “İdarenin takdir yetkisi kapsamında hareket etmeye yetkili olduğu ölçüde mahkeme, takdir yetkisinin yasal sınırlarının aşılması ya da işlemin yetkilendirmenin amacına uygun olmaması dolayısıyla idari işlemin kendisinin veya idari işlemin reddinin ya da ihmalinin hukuka uygunluğunu incelemeye yetkilidir.”

²⁵⁴ İlkenin İngiliz hukukunda bu şekilde anılmasının nedeni Temyiz Mahkemesi'nin, *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp Davası*'nda verdiği 22 Kasım 1948 tarihli kararıdır. Bir sinema sahibi 1947 yılında, 1932 yılında çıkartılan Pazar Eğlenceleri Yasası (*Sunday Entertainments Act*) kapsamında pazar günleri sinemasını açık tutabilmek için yerel lisanslandırma otoritesinden lisans

olarak adlandırılmıştır. Her ne kadar ulusal hukuk düzenlerinde farklı isimlerle anılsa da temelde idarenin yetkileri bakımından ilke, bir kamu görevlisinin yetkilerini bu yetkilere ilişkin yasal düzenlemelerin öngörmediği şekilde iradi olarak çarpıtarak uygulaması durumunda sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır.²⁵⁵ Bu yönüyle hakkın kötüye kullanılması yasağı, idarenin görevlerini etkili bir şekilde yerine getirebilmesi için tanınan takdir yetkisi yoluyla idarenin aşırı müdahalesine karşı bireye sağlanan yargısal korumanın güvence altına alınmasını amaçlamaktadır.²⁵⁶

Uluslararası hukukta devletlere, haklarının kullanılmasına yönelik geniş bir alan tanınmıştır. Devletler, iyiniyet ilkesinin bir gereği olarak, haklarını kullanırken hakkın kötüye kullanılması haline vücut vermemekle yükümlüdürler. Bir hakkın kullanılmasının, hakkın kötüye kullanılması hali teşkil edebilmesi için genel olarak kötünüyetin mevcudiyeti²⁵⁷ gerekmektedir.²⁵⁸

Uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılması halinin mevcudiyeti için, devletin eyleminin şu dört şartı karşılması gerekmektedir: Uluslararası hukukun tanıdığı bir hakkın kullanılması yoluyla bir yükümlülüğün ihlal edilmesi yani uluslararası hukuk anlamında verilen hakkın kötüye kullanılması, bu ihlalin devlete atfedilebilir nitelikte

almak istemiş; fakat 15 yaşından küçüklerin yanlarında yetişkin olsa dahi film gösterimine alınmamasının bir lisanslandırma şartı olarak hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme verdiği kararda, bu tür bir şartın “makul herhangi bir otorite tarafından uygulanmayacak kadar mantıksız” olduğunu belirtmiştir (Associated Provincial Picture Houses, Limited v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223). “Wednesbury Mantıksızlığı” olarak adlandırılan bu uygulama, sonrasında İngiliz idare hukukunda süreklilik arz eden bir ilke haline gelmiş ve idarenin takdir yetkisinin mantık çerçevesinde sınırlandırılmasına neden olmuştur.

²⁵⁵ Crabb, "The French Concept of Abuse of Rights," s. 11.

²⁵⁶ Jerzy Parchomiuk, *Abuse of Right in Administrative Law: The Foundations of the Concept*, National Science Centre (Polonya, 2019), s. 7.

²⁵⁷ Kötünüyetli eylemler, genel olarak iyiniyetli eylemlerin tespitinin yapılmasına yönelik olarak yaygın şekilde kabul edilen “dışlayıcı kuram”ın yaratıcısı Summers tarafından, iyiniyetli eylemlerin kötünüyetli eylemlerin dışlanması yoluyla belirlenebileceği düşüncesiyle sınırlandırıcı olmayacak şekilde sayılmıştır. Ona göre bu eylemlerden bazıları anlaşma ruhundan kaçınılması, özen eksikliği ve işin aksatılması, yükümlülüklerin kasıtlı olarak eksik ifa edilmesi, koşulları belirleme yetkisinin kötüye kullanılması, taraflardan birinin yükümlülüklerini ifasına müdahale edilmesi ya da işbirliği yapılmamasıdır (Robert S. Summers, "The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law," *Essays in Legal Theory* içinde, ed. Robert S. Summers (New York, ABD: Springer, 2000), s. 305). Diğer taraftan, BM Genel Sekreteri de konuya ilişkin bir belirleme yapmıştır. Bu belirlemeye göre iyiniyetli eylemler, “kötünüyetli olmayan eylemler” olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda iyiniyet, eylemlerin sınıflandırılması açısından pozitif bir şart olmaktan ziyade; karışımın dışlanmasıyla ortaya çıkan kalandan ibarettir. (Saul Litvinoff, "Good Faith," *Tulane Law Review* 71(6) (1997), s. 1664-65.

²⁵⁸ Reinhold, "Good Faith in International Law," s. 50-52.

olması, bu ihlal sonucunda başka bir devletin zarara uğraması ve ihlali meydana getiren eylemin iradi olması.²⁵⁹

Devletlerin ulusal hukuk düzenlerinin büyük oranda etkilendiği hukuk sistemlerine yönelik olarak yukarıda yapılan incelemede, hakkın kötüye kullanılması ilkesinin her iki hukuk sisteminde de ortak özelliklere de sahip olarak mevcut olduğu görülmüştür. Bu kapsamda hakkın kötüye kullanılması yasağı, bir ulusal hukuk ilkesinin uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkesi haline dönüşebilmesi için gereken en temel şart olan genellik niteliğine sahiptir . İkinci adım olan, ulusal hukuk düzenlerindeki öneminin belirlenmesi açısından, yasağın mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından temel bir ilke olduğu ve özellikle özel hukukta mülkiyet hakkının kullanılması bakımından birçok kuralın bu ilkenin üstüne bina edildiği görülmektedir. Diğer taraftan, idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılması açısından da ilkenin her iki hukuk sistemine dahil hukuk düzenleri açısından da önemli bir yere sahip olduğu tespit edilmiştir. Üçüncü aşama olan uyarlamanın alt aşaması niteliğindeki damıtma işlemine yönelik olarak yasağın ulusal hukuk düzenlerine münhasır temel esas iki özelliğinin var olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki bir hakkın kötüye kullanılması halinin, ulusal hukuk düzenlerinde ancak genel olarak subjektif iyiniyetin ihlali kapsamında bireyin kötüniyetli olması durumunda ortaya çıkmasıdır.²⁶⁰ Diğeriyse, yasağın uygulandığı alanlar açısından yalnızca mülkiyet hakkı ve idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik olarak bir sınırlandırma aracı olarak kullanılmasıdır.

²⁵⁹ Iluyomade, "Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law," s. 73-79.

²⁶⁰ "Tek" sıfatı genel olarak "yalnızca" veya "biricik" anlamında kullanılsa da; Kolb, ulusal hukuk düzenlerinde hakkın kötüye kullanılması yasağına bir analogi yapmak suretiyle, tek amacın zarar verme olmayabileceğini devletlerin kötüniyetli eylemlerinde farklı amaçları da izleyebileceğini belirtmiştir. Ona göre önemli olan, hakkın kötüye kullanılması yasağının "çekirdeğini" oluşturan zarar verme saikinin "baskın" neden olmasıdır (Robert Kolb, *Good Faith in International Law* (New York, ABD: Hart Publishing), s. 142). Bununla beraber, özellikle 1945 Sonrası Dönem'de, uluslararası mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda tarafların hakkın kötüye kullanılması halinin mevcudiyetine yönelik iddialarında ya da yargıçların görüşlerinde salt zarar verme kastına bir asli şart olarak değinilmediği görülmektedir. Bu davalara ilişkin ayrıntılı bir inceleme "Uluslararası Yargı Organlarının Önüne Gelen Davalarda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" başlığı altında yapılmıştır.

2.2.2. Uluslararası Hukukta Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağı her ne kadar evrensel andlaşmalarda ve doktrinde detaylı olarak işlenen bir ilke olmasa da,²⁶¹ uluslararası mahkemeler tarafından etkin bir şekilde kullanılmıştır. Bu kapsamda ilkenin, uluslararası hukuktaki yeri genel olarak uluslararası mahkeme kararları tarafından ortaya konulmuştur ve geliştirilmiştir.

2.2.2.1. Uluslararası Yargı Organlarının Önüne Gelen Davalarda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

2.2.2.1.1. 1945 Öncesi Dönem’de Uluslararası Yargı Organlarının Önüne Gelen Davalarda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Hakkın kötüye kullanılması yasağına, bir uluslararası yargı organı tarafından başvuru alan ilk davalardan biri taraflarının ABD ve Birleşik Krallık olduğu Bering Denizi Tahkimi’dir (*Bering Sea Arbitration*). 30 Mart 1867 tarihinde yapılan andlaşma sonrasında Rusya İmparatorluğu, Alaska’yı ABD’ye satmıştır. Bu satış işlemi kapsamında Alaska Anakarası’nın açıklarında bulunan ve kürkleri, o dönemlerde kürk sanayiinde yaygın olarak kullanılan kürklü fokun yaşam alanlarından biri olan Probilof Adaları da ABD’nin ülkesine dahil olmuştur. Devirden sonra ABD, bölgedeki kürklü fokların avlanmasına yönelik olarak çeşitli özel şirketlere izinler vermiştir. Verilen izinler doğrultusunda özel şirketler kendilerine tanınan kotalar kapsamında avcılığa devam etmişlerdir.²⁶² Fakat başlarda adaların anakaradan çok uzak olması dolayısıyla ABD’nin yetki alanının bölgeyi kapsayacak kadar geniş olmaması nedeniyle, izin verilen avlanma yöntemi kapsamında kürklü fokların adaların da bulunduğu Bering Denizi’nde avlanması sonucunu doğurmuş ve avlanan foklardan birçoğu gemilere alınamadan denizde kaybolmuştur. Bu durum, Probilof Adaları’nda yaşayan kürklü

²⁶¹ Nitekim hakkın kötüye kullanılması yasağının, UDADS açısından ilk ve son kez Danışma Komitesi üyesi İtalyan hukukçu Ricci-Busatti tarafından bir uluslararası mahkemenin *non liquet* halinde yargı yetkisi kapsamında, kalan negatifliğin yanı sıra uygulayabileceği çeşitli ilkeler bakımından verdiği örneklerden biri olarak bahsi geçmiştir. (*Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*, s. 314-15).

²⁶² Francis Riley, *Fur Seal Industry of the Pribilof Islands 1786-1965* (Washington D.C., ABD: United States Department of Interior, 1967), s. 1-2.

fokların nüfusunun hızlı bir şekilde azalması sonucunu doğurmuştur.²⁶³ Bu kapsamda ABD, 1881 yılında Bering Denizi'nin kendi egemenliğinde olduğunu ilan ederek kürklü fokların açık denizde avlanmasını yasaklamış ve bölgede çeşitli denetimler yapmaya başlamıştır. Bu denetimlerde Kanada bayraklı bazı gemilerin de bölgede avlandığı tespit edilmiştir. Yasadışı olarak avlanan bu gemilere ABD tarafından, ABD'nin yetki alanı içinde avcılık yaptıklarından ABD'nin bölgedeki kürklü fok nüfusunu korumak amacıyla aldığı tedbirlere uymadıkları gerekçesiyle el konulmuştur. Bu eylem, dönemselsel olarak Kanada Büyük Britanya'nın kolonisi olduğundan Büyük Britanya tarafından karşı çıkılmış ve eylemin hukuka aykırı olduğu iddia edilmiştir. Uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla 1891 yılında taraflar arasında yapılan anlaşma doğrultusunda hem ABD hem de Büyük Britanya bayraklı gemilerin bölgede devriye görevi üstlenmesi kararlaştırılmış; ayrıca ABD'nin Bering Denizi'ndeki yetki alanının ve gerçekleştirdiği eylemlerin hukuka uygunluğunun tespiti açısından bir ad hoc tahkim mahkemesinin kurulmasına karar verilmiştir.²⁶⁴ 1893 yılında başlayan yargılama sürecinde Birleşik Krallık temsilcisi Sir Charles Russell, ABD temsilcisinin İngiliz Hukuku'nda kötüniyete dayanılan Keeble v. Hickeringill kararı gibi kararlara atıf yaparak Kanadalı fok avcılarının kötüniyetli olduğuna dair iddiasına verdiği yanıtta, kötüniyeti zarar verme amacı ile bağlantılandırarak avcılarının eylemlerinde birine zarar verme kastıyla hareket etmediklerini; aksine kendilerine tanındığını sandıkları bir hak doğrultusunda kâr sağlamak amacıyla avcılık yaptıklarını belirtmiştir.²⁶⁵ Diğer taraftan Probilof Adaları'na doğru göç eden kürklü fok sürülerini avlayan Kanada bayraklı balıkçı gemilerine, yetki alanı içinde yasakladığı açık deniz avcılığı yöntemiyle avlanmaları gerekçesiyle kendi endüstrisine zarar verdiklerini belirterek el koyan ABD'nin 1881 yılındaki bildirisinin hukuka aykırı olduğunu iddia eden Russell, zaten halihazırda mevcut olmayan bir hakkın zarara da uğratılmayacağını bildirmiştir. Bu kapsamda Russell'ın görüşü sonrasında zarar (*damnum*) ve hukuka aykırılık (*injuria*) arasında bir ayırım yapılmak suretiyle, meydana gelen her zararın değil; "kötüniyetli bir eylemin sonucu olan her zararın" hukuka aykırı olduğu tespit edilmiştir. Bu tespit somut

²⁶³ Joseph S. Brown, "Fur Seals and the Bering Sea Arbitration," *Journal of the American Geographical Society of New York* 26 (1) (1894), s. 356-60.

²⁶⁴ William Williams, "Reminiscences of the Bering Sea Arbitration," *The American Journal of International Law* 37 (4) (1943), s. 562-67.

²⁶⁵ Tribunal of Arbitration, *Fur Seal Arbitration XIII*. Cilt (Washington D.C., ABD: Government Printing Office, 1895).

olaya da uygulanarak sorumluluğun, Kanadalı balıkçıların kendi menfaatleri ya da kendilerinin sahip olduklarını sandıkları bir hak kapsamında olmaktan ziyade; ABD'nin yetki verdiği şirketlere yalnızca zarar vermek amacıyla balıkçılık yapmaları durumunda doğacağı belirtilmiştir.^{266,267,268}

Tahkim mahkemesi 15 Ağustos 1983 tarihinde verdiği kararda, ABD'nin karasularını teşkil eden 3 deniz mili (dm) genişliğindeki deniz yetki alanının ötesinde, bu deniz yetki alanında bulunan adalarda yaşayan fokların avlanması halinde bu foklar üstünde, avlanma egemen olduğu deniz yetki alanının dışında gerçekleştirildiğinden herhangi bir mülkiyet ya da koruma hakkı bulunmadığından bahisle ABD'nin iddialarını reddetmiştir. Kanadalı balıkçıların faaliyetlerinin ise hukuka aykırı olmadığını bildirmiştir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına UDAD ve sonraki dönemde UAD'nin önüne gelen davalara yönelik olarak yapılan tartışmalarda da yer verilmiştir. Bu davalardan ilki 1926 tarihli *Chorzow Fabrikası Davası*'dır.²⁶⁹ 5 Mart 1915 tarihinde Almanya Şansölyesi ve Bayerische Stoffwerke şirketi arasında o dönemde Alman İmparatorluğu'nun ülkesi içinde olan Yukarı Silezya'daki Chorzow şehrine bir nitrat fabrikası yapılmasına yönelik olarak bir andlaşma imzalanmıştır. Alman İmparatorluğu'nun 1. Dünya Savaşı'nda mağlup olmasından sonra 24 Aralık 1919'da Oberschlesische Stoffwerke adında yeni bir şirket kurularak yapılan bir andlaşmayla Chorzow Fabrikası'nın tamamı, üstüne kurulduğu arsa da dahil olmak üzere bu şirkete devredilmiştir. Devir işleminden sonra şirket, Chorzow Tapu Dairesi'ne kayıt da

²⁶⁶ *Fur Seal Arbitration* XIII, s. 280-81

²⁶⁷ Cheng bu tespit doğrultusunda, bir hakkın ya da var olduğu sanılan bir hakkın yalnızca bir başkasına zarar verme kastıyla uygulanmasının yasak olduğunu; bu kapsamda da meşru bir menfaati gözetmeksizin yalnızca başkalarına zarar vermek amacıyla yani kötüniyetle hakkın kullanılmasının, "kötüniyete müsaade edilmez" ilkesi gereğince hukuk düzeni tarafından korunmayacağını belirtmiştir (Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, s. 121-22).

²⁶⁸ Bu tartışmalar kapsamında Birleşik Krallık'ın diğer temsilcisi Lord Hannen, açık denizde dinamitle avlanma sonucunda canlı kaynaklara verilen büyük ölçekli tahribat ile orantısız nitelikteki kazanç halinde dahi eylemin kötüniyetli olamayacağına itiraz etmiştir. Russell verdiği cevapta, devletlerin açık denizde yaptıkları silah denemelerini örnek olarak vererek devletin, uluslararası hukuk tarafından kendine tanınan bir hakkı meşru bir amaca yönelik olarak kullanması durumunda bu deneylerden herhangi başka bir devlet zarar görse dahi bunun kötüniyetli bir eylem olarak görülemeyeceğini bildirmiştir. (*Fur Seal Arbitration* XIII, s. 283).

²⁶⁹ *Polonya Yukarı Silezyası'nda Belirli Alman Menfaatleri Davası*, aynı zamanda *Chorzow Fabrikası Davası* olarak da bilinmektedir.

yaptırmıştır. Bu sırada, 20 Mart 1921’de yapılan bir referandum sonrasında Chorzow şehrinin de içinde bulunduğu Yukarı Silezya Bölgesi Almanya’dan ayrılarak Polonya’ya katılmıştır. 1 Temmuz 1922 tarihinde, yapılan bu kayıt ve devir işlemlerinin Versailles Andlaşması’nın 256. maddesi²⁷⁰ ve Polonya Hükümeti’nin 14 Temmuz 1920 tarihli kararnameyi doğrultusunda bir yerel mahkeme tarafından hükümsüz olduğuna karar verilmiş; bu karar sonrasında Polonya Hükümeti tarafından fabrikaya ve tüm taşınır mallarına el konulmuştur.

Bu doğrultuda ilk olarak Oberschlesische Stoffwerke şirketi tarafından 1922 yılında Alman-Leh Karma Tahkim Mahkemesi’ne başvurularak Polonya Hükümeti’nin durumu eski hale getirmesi ve verilen zararların karşılanması amacıyla maddi tazminat talebinde bulunulmuştur. Bu dönemde Almanya da 15 Mayıs 1925’te el koyma işleminin bir tasfiye niteliğinde olduğu, tasfiyenin Versailles Andlaşması’nın 92. ve 297. maddelerine²⁷¹ aynı zamanda da Cenevre Konvansiyonu’nun 6. maddesine uygun²⁷² olmadığı gerekçesiyle UDAD’ye başvurmuştur.²⁷³ UDAD ilk olarak, 28 Haziran 1919 tarihinde imzalanan ve ancak 10 Ocak 1920 tarihinde yürürlüğe giren Versailles Barış Andlaşması’nın,

14 Temmuz 1920 tarihli Kararname’yle andlaşmaya aykırı olduğu belirtilen Almanya’nın Yukarı Silezya’daki mülklerini elinden çıkartmaya yönelik işlemlerini engelleyici mahiyette olup olmadığını incelemiştir. Bu kapsamda, 256. maddenin devire

²⁷⁰ Bu maddenin özellikle ilk fıkrası olay açısından önem taşımaktadır:

“Alman ülkesinin bölüştürüldüğü devletler, kendilerine devredilen topraklardaki Alman İmparatorluğu’na ya da Alman Devletleri’ne ait olan tüm malları ve mülkleri devralacak, bu satın almaların değeri Tazminat Komisyonu tarafından belirlenecek ve bu değer toprakları devralan devlet tarafından, ödenmesi gereken tazminatlar nedeniyle Alman Hükümeti’nin alması gereken kredi için Tazminat Komisyonu’na ödenecektir.”

²⁷¹ Bu maddeye göre;

“İşbu andlaşma uyarınca devredilen ve Polonya’nın ülkesinin kesinlikle bir parçasını oluşturduğu kabul edilen tüm Alman topraklarında Alman vatandaşlarının mülkiyeti, hakları ve menfaatleri aşağıdaki hükümler istisna olarak kalmak üzere Polonya Hükümeti tarafından, 297. madde uyarınca tasfiye edilmeyecektir...”

“Mülkiyet, Haklar ve Menfaatler” başlığı altındaki 297. madde, Alman vatandaşlarının düşman ülkelerdeki taşınır ve taşınmaz mallarının tasfiyesine ilişkin usulleri düzenlemektedir.

²⁷² 15 Mayıs 1922 tarihinde Cenevre’de imzalanan Yukarı Silezya’ya ilişkin Alman-Leh Konvansiyonu’nun 6. maddesi Polonya’ya Yukarı Silezya’daki büyük sanayi işletmelerini kamulaştırma yetkisi vermiştir. Buna karşılık, Alman vatandaşlarının mülkiyetleri, hakları ve menfaatlerinin ya da Alman vatandaşları tarafından işletilen şirketlerin tasfiyesi bu maddenin dışında tutulmuştur.

²⁷³ Case Concerning the Factory at Chorzow (German Empire/Poland) (Jurisdiction), Judgment of 26 July 1927, P.C. I. J. Reports , s. 9-11.

ilişkin herhangi bir yasak içermediğini ve bölgenin egemenliğinin devrinden önce, bölge üstünde egemen olan devletin yapmış olduğu devir işlemlerinin hükümsüz sayılamayacağını belirtmiştir.²⁷⁴ Buna ilişkin olarak UDAD, Almanya'nın davaya konu olan fabrika üstünde egemenliğin fiilen devrine kadar tasarruf hakkını elinde bulundurduğunu ve ancak bu hakkın kötüye kullanılması halinde devir işleminin andlaşmanın ihlaline vücut vereceğini bildirmiştir. Sonrasında Divan, böyle bir kötüye kullanılmanın uyuşmazlık açısından mevcut olmadığından bahsetmiş ve bu kötüye kullanma halini “tasarruf hakkının kötüye kullanılması” olarak tanımlamıştır. Bu tanımlamaya göre;

“Uyuşmazlığa konu olay, kamu mallarının normal bir şekilde idaresinin sınırlarını aşmamakta ve ilgili taraflardan biri için hukuka aykırı olan bir avantaj sağlamak ve diğer devleti hak ettiği bir avantajdan mahrum kılma amacını taşımamaktadır.”²⁷⁵

UDAD'nin hakkın kötüye kullanılması yasağına yer verdiği diğer bir karar ise taraflarının İsviçre ve Fransa olduğu *Yukarı Savoy Serbest Bölgeleri ve Gex İlçesi Davası*'na ilişkin olarak vermiş olduğu karardır. 1798 yılında o dönemde “Helvetia Cumhuriyeti” olarak adlandırılan İsviçre, Fransız Devrim orduları tarafından işgal edilmiştir. Napolyon Savaşları'nı bitiren ve Kasım 1814 ve Haziran 1815 tarihleri arasında gerçekleştirilen Viyana Kongresi sonucunda İsviçre yeniden kurulmuş ve Fransa ile olan sınırları tekrar belirlenmiştir. Bu işlem sırasında, 22 Aralık 1775 tarihinde Fransız İmparatorluk Fermanı'yla serbest bölge²⁷⁶ niteliği kazanan Gex İlçesi, Fransa'nın egemenliğine bırakılmış; fakat aynı zamanda İsviçre'nin gümrük bölgesine dahil edilmiştir. Bu durum İsviçre'nin taraf olmadığı Versailles Barış Andlaşması'nın yürürlüğe girmesine kadar devam etmiş; andlaşma yürürlüğe girdikten sonra Fransa,

²⁷⁴ a.g.k. s. 29.

²⁷⁵ a.g.k. s. 31, 36-37.

²⁷⁶ Davaya konu olan uyuşmazlık bakımından, “serbest bölge” kavramı günümüzde anlaşıldığından farklı bir anlamda kullanılmıştır. Nitekim bu durum, karardan sonra konuya ilişkin olarak BM Sekreteryası tarafından hazırlanan bir çalışma tebliğinde de yer bulmuştur. Bu tebliğde serbest bölge kavramı, “*belirli bir devletin egemenliği altında olan, sanayi veya ithalatı ya da her ikisini de teşvik etmek amacıyla gümrük kısıtlamalarından tamamen muaf tutulan, genellikle limanların içinde ya da yakınlarında bulunan bölgeler*” şeklinde tanımlandıktan sonra davaya konu uyuşmazlıktaki iki bölgenin, hem gümrük muafiyetinin amacı hem de konuları bakımından bu tanıma uymadıklarından bahsedilmiştir (Secretary of the United Nations, *Memorandum on the "Free Zones" of Upper Savoy and the Gex District*, COM.JER/W.19 (1949), s. 1-3).

andlaşmanın 435. maddesinin 2. fıkrasının²⁷⁷ kendisine Viyana Kongresi'nde kurulan sistemi feshetme ve bölgedeki gümrük hattını siyasi sınırlarına göre ayarlama yetkilerini verdiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda da, Viyana Kongresi'nde ortaya konulan rejimi tek taraflı bir işlemle sona erdirmiştir. Yukarı Savoy bölgesi ise, Viyana Kongresi sonucunda silahsızlandırılmış bölge haline getirilmiş; 16 Mart 1816 tarihli Turin Andlaşması'yla da serbest bölge niteliği kazanmıştır. Bu durum, 28 Mart 1860 tarihli Turin Andlaşması'nın imzalanmasına kadar devam etmiştir. Bu andlaşma sonrasında bölge Sardinya Krallığı'ndan Fransız İmparatorluğu'na devredilmiş ve 12 Haziran 1860 tarihli Fransız İmparatorluk Fermanı'yla bir il (*département*) haline getirilmiş ve kurulan düzen bozulmuştur. Ancak, 1881 yılında Fransa ile İsviçre arasında yapılan müzakereler sonucunda Yukarı Savoy serbest bölge niteliğini tekrar kazanmış; fakat bu durum 1918 yılında Fransa'nın andlaşmayı feshetmesiyle sona ermiştir.²⁷⁸ Nitekim Versailles Andlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra Fransa, Gex İlçesi Serbest Bölgesi'ne ilişkin iddialarını Yukarı Savoy Bölgesi için de kullanmıştır. Turin Andlaşması'yla kurulan düzenin yeniden sağlanması amacıyla 1923 yılına kadar çeşitli müzakereler yapılmıştır. Bu müzakerelerde tarafların tam anlamıyla uzlaşmalarını sebebiyle 1929 yılında UDAD'ye başvurulmuş; Divan, taraflara 432/2. madde kapsamında bir sistem kurmaları için süre vermiştir. Verilen sürenin geçmesi ve tarafların uyuşmazlığa yönelik olarak herhangi bir uzlaşmaya varmanın mümkün olmadığını belirtmeleri üzerine UDAD, 7 Haziran 1932 tarihinde davaya ilişkin kararını vermiştir. Verilen kararda, Fransa'nın 1. Dünya Savaşı'nda davaya konu olan her iki bölgede de ithal edilen mallar üstünden vergi almaya başlamasını hukuka uygun olarak görmüş; fakat bunun istisnasının hakkın kötüye kullanılması hali olduğunu şöyle belirtmiştir:

“Fransa'nın, “denetim kuşağı” görüntüsü altında bir gümrük engeli oluşturarak bölgelerin varlığını sürdürme yükümlülüğünden kaçınmaması gerektiğinden, burada bir hakkın kötüye

²⁷⁷ Versailles Andlaşması'nın 435. maddesinin 2. fıkrası şöyledir:

“...
Yüksek Akit Taraflar, 1815 Andlaşmaları ve Yukarı Savoy ile Gex İlçesi'nin hukuki statüsünü düzenleyen ikincil nitelikteki işlemlerin halihazırdaki şartlarla uyumlu olmadığı, ve Fransa ile İsviçre'nin her iki devlet tarafından da uygun görülecek koşullarla bu bölgelerin hukuki statüsünü belirlemek amacıyla kendi aralarında bir andlaşma yapmaları gerektiği üstünde uzlaşmaya varmıştır.”

²⁷⁸ Frederick L. Jones, "Upper Savoy and the Free Zones around Geneva, and Art. 435 of the Treaty of Versailles," *Transactions of the Grotius Society* 10 (1924), s. 173-80.

kullanılması durumunun varlığını göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Fakat, kötüye kullanılma halinin mevcudiyeti Divan tarafından varsayılmaz.”²⁷⁹

12 Aralık 1931’de *Oscar Chinn Davası*’na ilişkin olarak dava dilekçesinde ise, uyuşmazlığın taraflarından biri olan Birleşik Krallık, her ne kadar doğrudan belirtmese de, uyuşmazlığın diğer tarafı olan Belçika’nın takdir yetkisini kötüye kullandığını iddia etmiştir.

Belçika, kolonisi olan Kongo’da taşımacılık hizmetlerini 1921’e kadar kendisi yürütmüş; 1921 yılında bu faaliyetleri yürütmesi amacıyla “Sonatra” adında bir kamu iktisadi teşebbüsü kurmuştur.²⁸⁰ Sonatra, 1925’te bir özel şirket olan “Citas” ile birleşerek “Unatra” adını almıştır. Belçika, Unatra’nın hisselerinin aslan payını kendisine almıştır. 1929 yılında, Birleşik Krallık vatandaşı Oscar Chinn Belçika Kongosu’nda bir işletme kurarak nehir taşımacılığı ve gemi imalatı ile tamiri yapmaya başlamıştır. 1929’da başlayan küresel ekonomik bunalımın 1930 yılı itibariyle etkilerini derin bir şekilde hissettirmeye başlaması, özellikle kolonilerde üretilen ürünlere Avrupa pazarındaki talebi oldukça azaltmıştır. Bu durumdan Kongo da oldukça fazla etkilenmiş ve Belçika, bölgedeki üretici ile tacirleri korumak amacıyla 20 Haziran 1931 tarihinde tüm nakliye ücretlerini yarıya indirmeye karar vermiştir. Bu kararın uygulanması sonucunda zarara uğrayacak taşımacılık şirketlerinin kâr ve zararlarını açık ve tam bir şekilde beyan etmeleri halinde de zararlarını karşılamayı taahhüt etmiştir. Bu taahhüt kapsamında Unatra’ya 1931 ve 1932 yıllarında toplamda iki kere ödeme yapılmıştır.²⁸¹ Fakat başta Chinn’in şirketi olmak üzere diğer taşımacılık şirketlerine herhangi bir tazminat ödenmemiştir. Bunun üstüne Birleşik Krallık, Belçika’nın 20 Haziran tarihli kararının Chinn’i hem taşımacılık hem de gemi imalatı ve tamiri faaliyetlerini tam anlamıyla sona erdirmeye zorladığını bildirerek, Belçika’nın bu tür düzenlemeleri yapma hakkının var olduğunu kabul ettiğini; fakat bu düzenlemelerin, bir İngiliz vatandaşının şirketini iş alanının dışında bırakacak şekilde bir Belçikalı şirketin tekelleşmesini sağladığını belirtmiştir. Bu kapsamda Birleşik Krallık asıl olarak,

²⁷⁹ Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Switzerland/France) (Jurisdiction), Judgment of 7 June 1927, P.C. I. J. Reports , s. 166-167.

²⁸⁰ Oscar Chinn Case (United Kingdom/Belgium) (Jurisdiction), Judgment of 12 December 1934, P.C. I. J. Reports, s. 10.

²⁸¹ a.g.k. s. 12-13.

Chinn'in şirketine Belçika tarafından doğrudan bir müdahale yapılmasa da; Unatra'ya verilen teşviklerin, ülke içindeki yabancıların kazanılmış haklarını engelleyecek nitelikte olduğunu iddia etmiştir.²⁸² UDAD, ilk olarak taşımacılıkla ilgilenenler de dahil olmak üzere tüm ticari işletmelerin genel ekonomik koşullardan kaçınmalarının mümkün olmadığını, refah dönemlerinde oldukça yüksek kâr edebilirken; koşulların değişmesi durumunda da batma tehlikesiyle karşı karşıya kalabileceklerini olağan bir durum olarak görmüştür. Bununla beraber Belçika Hükümeti'nin 1929 Ekonomik Buhranı'ndan etkilenen Belçikalı bir şirket olan Unatra'yı iflastan kurtarmak amacıyla yaptığı teşvik düzenlemesinin, devletlerin kendi ülkelerindeki yabancıların kazanılmış haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü ihlal etmediğini belirterek, Belçika'nın Chinn'i taşımacılık iş kolundan dışlamaya ya da bir tekel oluşturmaya yönelik açık bir iradesinin bulunmadığına karar vermiştir.²⁸³

UDAD, kurulduğu 1929 yılından fiilen etkisinin ortadan kalktığı 1940 yılına kadar verdiği 29 adet karar ve 27 adet danışma görüşünden yalnızca yukarıda sayılan üç adet kararda hakkın kötüye kullanılması yasağına atıf yapmıştır. Bu kararlardan ilki olan Chorzow Fabrikası Davası'nda, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin olarak her ne kadar yalnızca somut olaya yönelik bir inceleme yapılmış gibi görünse de; kararda yer alan ifade, temelde devletin hakkın kötüye kullanılması hali olarak değerlendirilebilecek eylemlerine ilişkin çeşitli örnekler ortaya koymuştur. Diğer taraftan Serbest Bölgeler Davası'nda ise, bir devletin tarafı olduğu bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüğünü başka bir hakkını kullanmak suretiyle yerine getirmekten kaçınmasını bir hakkın kötüye kullanılması hali olarak gördüğünü belirtmiştir. Bununla beraber, hakkın kötüye kullanılması halinin varlığını re'sen incelemeyeceğini; ancak taraflardan birinin talebi doğrultusunda bu incelemenin yapılabileceğini bildirmiştir. Oscar Chinn Davası'na yönelik verdiği kararda da, asıl olarak idarenin takdir yetkisinin kötüye kullanılması halinin mevcut olabilmesi için gereken şartları somut olaya uygun olarak açıklamıştır.

²⁸² a.g.k. s. 14-15.

²⁸³ Iluyomade, "Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law," s. 75-78.

UDAD'ın etkililiğini kaybettiği 1940 yılından UAD'nin kurulduğu 1945 yılına kadar geçen sürede hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedilen tek karar, ABD ile Kanada arasındaki *Trail Smelter Davası'na*²⁸⁴ ilişkin olarak ad hoc tahkim mahkemesi tarafından 11 Mart 1941'de verilen karardır. Davaya konu uyuşmazlık, Kanada'nın İngiliz Kolumbiyası bölgesindeki sınır şehri Trail'de bulunan maden tasfiyehanesinin 1932 yılından 1937 yılına kadar geçen sürede yaptığı çinko ve kurşun izabesi işleminden ortaya çıkan sülfür dioksit gazının ABD'nin bölgeye yakın sınır yerleşimlerine çeşitli yönlerden verdiği zararlardan doğmuştur.²⁸⁵ Bu zararlar, tahkim mahkemesinin kurulmasından önce de ABD tarafından bir şikayete konu edilmiştir. ABD ve Birleşik Krallık arasında yapılan 11 Ocak 1909 tarihli andlaşmayla ABD ile Kanada arasındaki sınıraşan suların korunması amacıyla kurulan Uluslararası Ortak Komisyon'a ABD tarafından yapılan başvuruya ilişkin olarak 28 Şubat 1931 tarihinde Kanada'nın 350.000 Amerikan doları tazminat ödemesine karar verilmiş; ayrıca maden tasfiyehanesinin, Komisyon'un bir yararlanma hakkının ihlali olarak nitelendirdiği zararları hafifleterek gelecek dönemde nasıl işletilebileceğine yönelik de çeşitli önerilerde bulunulmuştur.²⁸⁶ Kanada, bahsedilen önerilere uygun bir şekilde her ne kadar çeşitli düzenlemeler yapmış olsa da, bu düzenlemeler yeterli olmamış ve ABD'nin sınır kasabaları izabe işleminden kaynaklanan dumana maruz kalmaya devam etmiştir.

Mahkeme, davaya ilişkin olarak biri 16 Nisan 1938; diğeri ise 11 Mart 1941 tarihinde olmak üzere iki farklı karar vermiştir. Bu kararlardan ilkinde, ABD'nin tazminat talebi ele alınmış ve Kanada'nın 78.000 Amerikan doları tutarında tazminat ödemesine karar verilmiştir. İkinci kararda ise genel olarak gelecekte meydana gelebilecek zararların

²⁸⁴ Davaya ilişkin, sınıraşan kirlilik kapsamında detaylı bir inceleme için bkz. John D. Wirth, "The Trail Smelter Dispute: Canadians and Americans Confront Transboundary Pollution, 1927-1941," *Environmental History* 1 (2) (1966).

²⁸⁵ Mahkeme, sülfür dioksit gazının verdiği zararı nadas alanlarına ve bu alanlar üstünde yapılan arazi ıslahlarına verilen zararlar, nadasa bırakılmayan alanlara ve bu alanlar üstünde yapılan arazi ıslahlarına verilen zararlar, çiftlik hayvanlarına verilen zararlar, Northport Kasabası'ndaki taşınmazlara verilen zararlar ve ticari işletmelere verilen zararlar olmak üzere beş ayrı başlık altında incelemiştir (Trail Smelter Case (United States/Canada), Award of 16 April 1938 and 11 March 1941, s. 17).

²⁸⁶ Arthur K. Kuhn, "The Trail Smelter Arbitration-United States and Canada," *The American Journal of International Law* 32 (4) (1938).

sorumluluğu, bu zararların nasıl hafifletilebileceği ve tazmini ele alınmıştır.²⁸⁷ Mahkeme, ikinci kararında her ne kadar “hakkın kötüye kullanılması” ifadesine doğrudan yer vermemiş olsa da; ABD mahkemeleri tarafından verilen kararlara da atıf yaparak devletin ülkesel egemenliğinden doğan haklarını kullanırken, diğer bir devlete zarar vermemesi gerektiğini şu şekilde belirtmiştir:

“... ”

*Uluslararası hukukun aynı zamanda da ABD hukukunun ilkeleri uyarınca hiçbir devletin ülkesini, önemli sonuçlar doğurması ve zararın açık ve ikna edici delillerle ortaya konulması halinde, başka bir devletin ülkesine ya da ülkesindeki mülklere veya kişilere dumanlardan zarar verecek şekilde kullanma ya da ülkesinin kullanılmasına izin verme hakkı yoktur.*²⁸⁸

Bu doğrultuda mahkeme devletlere, kendi kaynaklarını ve ülkelerini kullanırken başka bir devlete zarar vermeme yükümlülüğünü vermiştir. Bu durum, uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağının temeli niteliğindedir.²⁸⁹ Nitekim, ulusal hukuk düzenlerinde mahkemeler özellikle mülkiyet hakkı bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağı ele almışlardır.²⁹⁰ UDAD de davaya ilişkin olarak vermiş olduğu kararda, Trail’deki maden tasfiyehanesinin izabe sırasında ortaya çıkan dumanlar yoluyla ABD’ye zarar vermemesi gerektiğini belirtmiş; halihazırda var olan ya da gelecekte ortaya çıkabilecek zararlardan ise Kanada’yı sorumlu tutmuştur.

²⁸⁷ Russell A. Miller, "Trail Smelter Arbitration," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* içinde (Oxford University Press, 2007).

²⁸⁸ Trail Smelter Case, s. 62-63

²⁸⁹ Elkind, kararda “hakkın kötüye kullanılması” kavramının kullanılmaması nedeniyle yasağın “kararın bağlamı dışında” kaldığını belirtmiştir (Jerome B. Elkind, "Footnote to the Nuclear Test Cases: Abuse of Right-A Blind Alley for Environmentalists," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 9 (1) (1976), s. 68). Ancak, bu yaklaşım oldukça iddialı bir görünüm vermektedir. Çünkü, her ne kadar kavrama doğrudan yer verilmemiş olsa da; Kanada’nın Trail’deki maden tasfiyehanesinin faaliyetlerinden sorumlu tutulmasının dayanağının, ülkesel egemenliğinden doğan haklarını ABD’ye zarar verecek şekilde kullanmasının hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi olması, tahkim mahkemesinin örtülü olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurduğunu göstermektedir.

²⁹⁰ Ayşe Nur Öztürk, "Trail Smelter Hakem Kararı Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi ve Kararın Özeti," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55 (4) (1997), s. 318-19.

2.2.2.1.2. 1945 Sonrası Dönem’de Uluslararası Yargı Organlarının Önüne Gelen Davalarda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

UAD açısından ise, hakkın kötüye kullanılması yasağı ilk olarak bir takdir yetkisinin kötüye kullanılması şeklinde 28 Mayıs 1948 tarihli *Bir Devletin Birleşmiş Milletler Üyeliği’ne Kabul Şartları Danışma Görüşü’nde* gündeme gelmiştir. Soğuk Savaş’ın başlamasıyla beraber ABD’nin başında olduğu Batı Bloğu ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)’nin başında olduğu Doğu Bloğu’nun arasında yaşanan gerilim, bu iki devletin de daimi üyesi olduğu BMGK’nin karar alma mekanizmasının da büyük oranda tıkanmasına neden olmuştur. Bu tıkanmanın etkisi özellikle, BM’ye yapılan üyelik başvurularında oldukça yoğun bir şekilde görülmüştür. BM Şartı’nın 4/2. maddesi²⁹¹ gereğince, üyelik başvurusunun kabulü için BMGK’nin tavsiyesinin gerekmesi ve bu kararın esasa ilişkin bir karar olarak nitelendirilmesi nedeniyle Doğu veya Batı Bloğu’ndan herhangi birine dahil olup üyelik başvurusu yapan devletlerin başvurularına yönelik olarak tavsiye kararı verilmesi engellenmiştir.²⁹² SSCB, bu kapsamda İtalya’nın başvurusunu ancak Macaristan, Arnavutluk, Romanya ve Finlandiya’nın başvurularının kabul edilmesi durumunda veto etmeyeceğini belirtmiştir. Buna karşın ABD ve Batı Bloğu ise oylamalara katılmayarak belirtilen bu Doğu Bloğu devletlerinin BM’ye üyeliğini engellemeye çalışmışlardır. Bunun üzerine konuya ilişkin bir rapor hazırlanmış ve bu rapor Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından, silahsızlanma ve uluslararası güvenlik konularıyla ilgilenen 1. Komite’ye gönderilmiştir. Komite’nin konuya ilişkin olarak yaptığı tartışmalarda Belçika, Şart’ın

²⁹¹ BM Şartı’nın 4. maddesi şöyledir:

“İşbu Andlaşma’nın getirdiği yükümlülükleri kabul eden ve bunları yerine getirme konusunda yetenekli ve istekli olduklarına örgütçe kanaat getirilen tüm diğer barışsever devletler Birleşmiş Milletler’e üye olabilirler.

İşbu koşullara uyan her devletim Birleşmiş Milletler üyeliğine kabulü, Güvenlik Konseyi’nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul kararı ile olur.”

²⁹² Bu dönemde BM’ye üye olmak için 17 devlet başvurmuştur. Bunlardan Batı Bloğu’na dahil olan İrlanda Cumhuriyeti, Portekiz, Mavera-i Ürdün Emirliği, Avusturya, Finlandiya ve İtalya SSCB’nin vetosu nedeniyle; Arnavutluk, Moğolistan Halk Cumhuriyeti, Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ise Batı Bloğu’nun üyelerinin çoğunlukta olduğu Güvenlik Konseyi’nde dokuz üyenin olumlu oyunun alınmaması nedeniyle üye olamamışlardır. (Yuen-Li Liang, "Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations," *The American Journal of International Law* 43 (2) (1949), s. 289). Dönemin Güvenlik Kurulu’na üye devletlerinin, bu devletlerden bazılarının başvurularına ilişkin temel görüşlerine ve veto etmelerine neden olan asıl motivasyona ilişkin olarak bkz. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, *Official Records of 208th Meeting*, U.N. Doc. S/P.V. 206 (1947) ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, *Admission of New Members - Special Report of the Security Council*, U.N. Doc. A/406 (1947).

4. maddesinin yorumlanması amacıyla UADS'nin 36/2-a maddesi kapsamında UAD'ye başvurulmasını teklif etmiştir.²⁹³ Belçika'nın teklifinin kabul edilmesi üzerine 17 Kasım 1947 tarihli Genel Kurul kararıyla UAD'ye başvurulmuştur. UAD'ye yapılan başvuruda, danışma görüşü istenilen temel soru şu şekilde açıklanmıştır:

“Şart'ın 4. maddesi kapsamında oylama yoluyla bir devletin Birleşmiş Milletler'e üyeliği ile ilgili olarak BMGK'nde ya da Genel Kurul'da kendi görüşünü açıklamak amacıyla davet edilen Birleşmiş Milletler üyesi bir devletin, bahsedilen maddenin 1. fıkrasında belirtilmemiş olan şartlara dayanarak başvuruya yönelik görüşünü ortaya koyması hukuka uygun mudur? Özellikle, böyle bir Üye Devlet, başvuran devletin belirtilen maddedeki şartları yerine getirdiğini kabul edip olumlu oy vermeyi, başvuran devletle başka devletlerin BM'ye üyeliklerinin eş zamanlı olarak kabul edilmesi şartına bağlayabilir mi?”²⁹⁴

28 Mayıs 1948 tarihinde konuya ilişkin olarak verdiği danışma görüşünde UAD, konunun siyasi yanını dışarıda tutarak yalnızca hukuki bir inceleme yapacağını bildirdikten sonra, BM Şartı'nın 4. maddesine atıf yaparak bir devletin üyeliğe kabulünün yalnızca maddede sayılan 5 adet koşulla sınırlı olduğunu ve üyelik başvurusu yapan devletin bu koşulları sağladığının belirlenmesinde yine 4. madde tarafından sırasıyla Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un yetkili kılındığını belirtmiştir. Buna ek olarak, maddede yer alan niteliklerle herhangi bir şekilde bağlantısı olmayan farklı koşulların öne sürülmesinin maddenin “önemini ve ağırlığını kaybetmesine” neden olacağını bildirmiştir.²⁹⁵ Diğer taraftan, maddede belirtilen koşulların sınırlandırıcı olarak değil de; asgari koşullar olarak görülmesi halinde siyasi mülahazaların bu nitelikleri olumsuz yönde etkileyebileceği ve bu durumun Üye Devletler'e yeni kabul şartları yaratmak konusunda sınırsız bir yetki tanınması tehlikesini yaratacağı bildirilmiştir. Buna karşın 4. maddenin, makul ve iyi bir niyetle bu maddede belirtilen koşullarla ilişkilendirilmesi mümkün olan herhangi bir başka durumun dikkate alınmasını önlemediği ifade edilmiştir.²⁹⁶ UAD'nin bu kararı, asıl olarak 4/1. maddede belirtilen koşullar dışında başka bir koşulun öne sürülmesi durumunun, öne süren devlet açısından BM Şartı'nın kendisine verdiği takdir yetkisini kötüniyetli bir şekilde

²⁹³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, *Admission of New Members - Report of the First Committee*, U.N. Doc. A/471 (1947), s. 2-3.

²⁹⁴ *Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1948, s. 5.

²⁹⁵ a.g.k. s. 8-9.

²⁹⁶ a.g.k. s. 9-10.

kullanması olarak görüleceğini göstermektedir. Nitekim bu durum, kararın verildiği dönemde UAD üyesi olan Brezilyalı yargıç José Azevedo ve Şilili yargıç Alejandro Alvarez'in bireysel görüşlerinde daha açık bir şekilde yer almıştır. Azevedo, BM Şartı'nın 2/2. ve 24/2. maddelerine atıf yaparak Güvenlik Konseyi'nin yetkilerini iyiniyetle kullanmakla yükümlü olduğunu ve bu nedenle de Şart'ın Üye Devletler'e tanıdığı takdir yetkilerinin her zaman birtakım sınırlandırmaları içlerinde barındırdığı ve hukuk düzeninin amaçları doğrultusunda kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda tüm hukuk düzenlerinde, takdir yetkisine tanınan kullanım alanının dışına çıkılması halinde uygulanacak sınırlandırmaların mevcut olduğundan bahsederek; sınırlandırıcı koşulların var olduğu durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağının takdir yetkisinin aşkın ya da kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla kullanılan bir ilke olduğunu bildirmiştir.²⁹⁷ Yargıç Alvarez ise, UAD'nin konuyu yalnızca hukuki bakımdan ele almasına karşı çıkmış uluslararası hukukun yalnızca hukuki değil; aynı zamanda siyasi, ekonomik, sosyal ve psikolojik yönlerinin de olması nedeniyle geleneksel hukuki anlayışın ve bireysel hukuk anlayışının süreç içinde yerini "sosyal bağımlılık hukuku" olarak adlandırdığı yeni bir kavrama bıraktığını iddia etmiştir. Sosyal bağımlılık hukukunun esas özelliklerini ise şu şekilde sıralamıştır:

*"Sosyal bağımlılık hukukunun kendine has birtakım özellikleri bulunmaktadır. Bunlardan en önemlileri şunlardır: Devletlerin haklarını yalnızca sınırlandırmak değil; aynı zamanda uyumlu hale getirme amacını taşımaktadır, her sorunda, sorunu tüm yönleriyle ele almaktadır, tam ve mutlak olarak ortak çıkarları göz önünde tutmaktadır, devletlerin yalnızca birbirlerine karşı olan değil; aynı zamanda uluslararası topluma karşı olan sorumluluklarına da önem vermektedir, hakkın kötüye kullanılmasını kınamaktadır, siyasetle uyum içinde olduğundan kendini uluslararası yaşamın gerekliliklerine göre ayarlamaktadır, devletlerin sahip olduğu ve tam anlamıyla yasalar tarafından verilen hakların asıl olarak uluslararası örgüte ait olduğunu kabul etmektedir."*²⁹⁸

UAD'nin önüne gelen davada devletlerin temelde, 4. maddede ortaya koyulanlara ek olarak başka şartları da zorunlu tuttuklarını belirterek politikaları doğrultusunda hareket ettiklerini ifade etmek suretiyle bunun Divan'ın mahkum etmesi gereken bir hakkın kötüye kullanılması hali niteliğinde olduğunu; fakat halihazırda hakkın kötüye kullanılması haline yönelik olarak kamuoyunun kınamasından başka herhangi bir

²⁹⁷ Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, Individual Opinion of Judge Azevedo, I.C.J. Reports 1948, s. 23-27.

²⁹⁸ Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, Individual Opinion of Judge Alvarez, I.C.J. Reports 1948, s. 16-17.

yaptırımı olmadığını bildirmiştir.²⁹⁹ Alvarez, verdiği bu bireysel görüşte her ne kadar hakkın kötüye kullanılması yasağını da sosyal bağımlılık hukukunun temel özelliklerinden biri olarak kabul etse de; hangi eylemlerin bu ilkenin kapsamına girdiğini belirtmemiştir. Yasağı, ancak 25 Mart 1948 tarihli UAD'nin Korfu Boğazı Davası'na³⁰⁰ yönelik kararına verdiği bireysel görüşte açıklamıştır. Alvarez, hakkın kötüye kullanılmasına vücut veren halleri uluslararası hukuka aykırı nitelikteki eylemler olarak nitelendirmiş ve önceden herkesin kendi haklarını, başka bir kişiye zarar verse dahi herhangi bir sınırlama olmaksızın kullanabildiğini; fakat günümüzde, birtakım ulusal hukuk düzenlerine de atıf yaparak, bunun hukuken yasaklandığını bildirmiştir. Buna ek olarak, ulusal hukuk düzenlerinde yer alan bu ilkenin uluslararası hukuka uyarlanması gerektiğini, çünkü devletlerin mutlak egemenliğinin bir sonucu olarak bir devletin uluslararası hukuk tarafından kendilerine tanınan hakkı herhangi bir sınırlama

²⁹⁹ a.g.g. s. 17-18.

³⁰⁰ Korfu Boğazı Davası temelde, seyrüsefer serbestisi ve karasularında meydana gelen zararlarda devletin sorumluluğuna ilişkin bir davadır. 2. Dünya Savaşı'nda Miğfer Devletleri tarafından küçük bir bölümüyle Arnavutluk'un; büyük bölümüyle ise Yunanistan'ın karasularına dahil olan Korfu Boğazı'na deniz mayını döşenmiştir. 1945'in kış aylarında bölgede Müttefik Devletler tarafından deniz mayını arama çalışması yapılmış; fakat hiç mayın bulunamamıştır. Bunun üzerine Korfu Boğazı seyrüsefere tekrar açılarak, 15 Mayıs 1946'ya kadar seyrüsefer serbestisi ve zararsız geçiş hakkı kapsamında devletlerin ticaret ve savaş gemileri tarafından kullanılmıştır. Bu tarihte, Birleşik Krallık Kraliyet Donanması'na mensup iki savaş gemisinin boğazdan geçişi sırasında Arnavutluk tarafından bu gemilerin geçişini engellemek amacıyla ateş açılmış ve geçiş engellenmiştir. Buna karşılık olarak Birleşik Krallık, boğazı geçmek üzere 22 Ekim 1946 günü bölgeye dört adet daha savaş gemisi göndermiştir. Arnavutluk tarafından ateş edilmeye devam edilmesine rağmen gemiler formasyonlarını bozmayarak boğazda seyrüseferlerine devam etmişlerdir. Bu sırada, gemilerden iki tanesi boğazda bulunan mayınlara çarparak ağır hasar almıştır. Yaşanan bu kazada birçok Kraliyet denizcisi hayatını kaybetmiş veya yaralanmıştır. Kazadan sonra bölgede tekrar yapılan mayın arama ve temizleme faaliyetinde 22 adet mayın bulunarak, bu mayınların etkisiz hale getirilmesi sağlanmıştır. Yaşanan bu olaydan sonra, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin kararıyla tarafların iddialarının incelenmesi amacıyla bir alt komite kurulmasına karar verilmiş ve bu alt komitede Arnavutluk'un karasularında bulunan mayınlara ilişkin bilgisinin mevcudiyeti ve bu mayınların verdikleri zararlardan doğan sorumluluğu tartışılmıştır. Alt komitenin raporunda uyuşmazlığın UAD'ye götürülmesinin tavsiye edilmesi üzerine, Güvenlik Konseyi'nin 9 Nisan 1947 tarihli 127. Oturumu'nda da taraflara aynı telkinde bulunulmuştur (Corfu Channel Case, Memorial Submitted by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, I.C.J. Reports 1947, s. 21-37). Bunun üzerine Birleşik Krallık tek taraflı olarak UAD'ye başvurmuştur. Arnavutluk her ne kadar, 2 Temmuz 1947 tarihinde Dışişleri Bakan Yardımcısı tarafından yazılan bir mektupla UAD'nin uyuşmazlık açısından yargı yetkisinin olmadığını iddia etse de; Birleşik Krallık'ın iddialarına karşı ilk itirazda bulunması nedeniyle *forum prorogatum* kapsamında Divan'ın yargı yetkisini kabul etmiş sayılmıştır (Sienho Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," *German Yearbook of International Law* (42) (1999), s. 169-70). Divan verdiği kararda, Birleşik Krallık'ın savaş gemilerinin Korfu Boğazı'ndan geçmesinin Arnavutluk'un karasularındaki egemenliğini ihlal etmediğini ve Arnavutluk'un kendi karasularında bulunan mayınlar hakkında bilgi sahibi olması gerektiğini belirterek bu bilginin diğer devletlerle paylaşılması nedeniyle yaşanan olaydan Arnavutluk'un sorumlu olduğunu bildirmiştir (Quincy Wright, "The Corfu Channel Case," *The American Journal of International Law* 43 (3) (1949), s. 492-93).

olmaksızın kullanmasının barış için tehlike yaratabileceğini veya uluslararası toplumda çeşitli uyuşmazlıklara yol açabileceğini öne sürmüştür.³⁰¹ Alvarez hakkın kötüye kullanılması hali olarak değerlendirilebilecek eylemlere ilişkin bir örneğiye, UAD'nin 18 Aralık 1951 tarihinde verdiği Birleşik Krallık ile Norveç arasındaki Balıkçılık Davası³⁰² kararına yönelik bireysel görüşünde vermiştir. Bireysel görüşünde bir devletin, kara ülkesi ve halkının ihtiyaçları göz önünde bulundurulduğunda karasularının genişliğini orantısız olarak ya da esas hattın çizildiği noktaları keyfi bir şekilde belirlemesi durumunda hakkın kötüye kullanılması haline vücut verdiğini bildirmiştir.³⁰³ Bununla beraber, devletlerin şu istisnalar dışında karasularının genişliğini belirleyebileceklerini ve belirledikleri karasularında uluslararası hukukun kendilerine tanıdığı hakları kullanabileceklerini ve verdiği yükümlülükleri yerine getirebileceklerini ifade etmiştir: Diğer devletlerin haklarının ihlal edilmemesi, genel çıkarlara zarar verilmemesi ve bir hakkın kötüye kullanılması haline vücut verilmemesi.³⁰⁴ Diğer taraftan UAD de davaya ilişkin olarak verdiği kararında Birleşik Krallık'ın, Norveç'in kuzeydeki Lapphabet Havzası'nın düz esas hattın çizilmesinde kullanılırken kıyının genel doğrultusundan ciddi bir şekilde sapıldığına ilişkin itirazına³⁰⁵ yönelik olarak, her ne kadar kıyının genel doğrultusunun bir "matematiksel kesinlik"ten yoksun olduğunu bildirirse de "açık bir kötüye kullanılma" olmadığı sürece

³⁰¹ Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, Individual Opinion of Judge Alvarez, I.C.J. Reports 1949, s. 46-48.

³⁰² Norveç 17. yüzyılın başı itibariyle Birleşik Krallık'ın balıkçı gemilerinin Norveç'in kıyı sularında avlanmasını yasaklamıştır. Bu durum 1906 yılına kadar devam etmiş ve Birleşik Krallık'ın bazı balıkçı gemileri bölgede avlanmaya başlamıştır. Balıkçı gemilerinin bölgedeki faaliyetlerini artırmaları karşısında ilki 1911'de olmak üzere 1922 yılı itibariyle birçok İngiliz balıkçı gemisine Norveç tarafından yapılan düzenlemeleri ihlal ettikleri gerekçesiyle el konulmuştur. 27 Haziran 1933 tarihinde Birleşik Krallık, Norveç'in hukuka uygun olmayan esas hatlar yoluyla karasularının iç sınırını belirlediğini belirterek bir diplomatik nota göndermiş; Norveç ise diplomatik notadan iki yıl sonra 12 Temmuz 1935'te çıkarttığı kararnameyle "anakara, adalar ya da kayalıklardaki belirlenmiş noktalarla paralel bir şekilde çizilecek esas hatlar yoluyla" 4 dm genişliğinde bir balıkçılık bölgesi belirlemiştir. Fakat Birleşik Krallık'ın gayretleri sonucunda Norveç, devriye gemilerinin yabancı bayraklı gemilere karşı daha hoşgörülü davranacağını bildirmiştir. Bu durum 1948'e kadar devam etmiş; aradan geçen 13 yılda herhangi bir anlaşmaya varılamaması nedeniyle Norveç, 1935 öncesindeki uygulamalarını yeniden sürdürmeye başlamıştır. Buna karşılık Birleşik Krallık, 28 Eylül 1948 tarihinde Norveç'in esas hatları belirlemede kullandığı yöntemin hukukiliğinin değerlendirilmesi ve Norveç tarafından kendisine verilen zararların tazmininin sağlanması amacıyla UAD'ye başvurmuştur. Divan, Norveç'in deniz yetki alanlarını belirlemede kullandığı yöntemin ve 1935 tarihli kararnamenin uluslararası hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir (Fisheries Case (United Kingdom/Norway), Judgment of December 18th, I.C.J. Reports 1951).

³⁰³ Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, Individual Opinion of Judge Alvarez, s. 38, 40.

³⁰⁴ a.g.g. s. 38.

³⁰⁵ Fisheries Case (United Kingdom/Norway), Reply Submitted by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, I.C.J. Reports 1950, s. 390.

böyle bir sonuca yalnızca kıyının belirli bir bölümünün incelenmesi ya da bu bölümün bir büyük ölçekli haritasından elde edilen izlenim yoluyla varılamayacağını ifade etmiştir.³⁰⁶ Verilen bu karar doğrultusunda, UAD'nin de deniz yetki alanlarının sınırlandırılması yöntemlerinin kullanılması bakımından kıyı devletinin yaptığı sınırlandırmanın hakkın kötüye kullanılması haline vücut vermemesi gerektiğini kabul ettiği belirtilebilir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, UAD'nin önüne gelen davalarda uyuşmazlığa taraf olan devletlerce de öne sürülmüştür. Buna ilişkin ilk örnek, Belçika ve İspanya'nın tarafı olduğu 1962 tarihli *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Davası'na*³⁰⁷ yönelik olarak Belçika'nın verdiği dava dilekçesinde yer almıştır. İşletme merkezi Toronto'da olan Barcelona Traction Şirketi 1911 yılında Kanada'da kurulmuştur. İspanya'nın Katalonya bölgesinde elektrik üretimi ve dağıtım faaliyetleri yürüten şirketin hisselerinin büyük bir bölümü, 1. Dünya Savaşı'ndan sonra başta Belçikalı Sidro şirketi olmak üzere Belçika vatandaşları tarafından satın alınmıştır. Aynı dönemde şirket, hem İspanyol pesetası hem de Birleşik Krallık poundu cinsinden bono ihraç etmiştir. 1936 yılında İspanya İç Savaşı nedeniyle bonoların faiz ödemeleri 1940 yılına kadar durdurulmuş; bu yılda başlayan faiz ödemelerinde ise İspanya Kambiyo Denetim Otoritesince pound cinsinden ödeme yapılmasına izin verilmemiştir. 1948'de pound cinsinden bono alan üç İspanyol vatandaşı, şirketin pound cinsinden olan bonoların faiz ödemesini yapmadığından bahisle yerel mahkemeye başvurarak şirketin iflasını istemişlerdir. Yargılamanın sonunda yerel mahkeme, şirketin iflasına karar vererek şirketin ve bazı alt şirketlerinin malvarlığına el koyarak satmıştır.³⁰⁸ Bu satışa karşı her ne kadar vatandaşlarının şirketin hissedarı olduğu birçok devlet çeşitli girişimlerde bulunsa da, Belçika 14 Haziran 1962 tarihinde İspanya'nın şirkete yönelik düzenlemelerinin uluslararası hukuka aykırı olduğundan bahisle Belçika vatandaşlarının bu düzenlemelerden doğan zararlarının tazmini amacıyla UAD'ye başvurmuştur.³⁰⁹ Belçika yaptığı başvurunun, "Hakkın Kötüye Kullanılması, Bazı İdari Otoritelerin İradi

³⁰⁶ Fisheries Case (United Kingdom/Norway), Judgment of December 18th, s. 141-142.

³⁰⁷ Bundan sonra "Barcelona Traction Şirketi" olarak adlandırılacaktır.

³⁰⁸ Lucius C. Calfish, "The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case," *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 31 (1971), s. 163-65.

³⁰⁹ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium/Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970, s. 7.

ve Ayrımcı Yaklaşımı”³¹⁰ adlı bölümünde İspanya’nın bazı idari otoritelerinin, Barcelona Traction şirketi ve alt şirketler üstündeki yönetim hakkının Belçika vatandaşlarından alınarak İspanyol vatandaşlarından oluşan belirli bir gruba verilmesi amacıyla uygunsuz, iradi ve ayrımcı bir yaklaşım içinde olduğunu belirtmiştir.³¹¹ Yani temelde İspanya’nın takdir yetkisini kötüye kullandığını iddia etmiştir.³¹²

Devletlerin uyuşmazlıkta hakkın kötüye kullanılması halinin varlığını iddia ettikleri davalara diğer bir örnek ise 22 Haziran 1973 tarihli taraflarının Avustralya ve Fransa olduğu *Nükleer Denemeler Davası’dır*. Fransa, 1963 yılında nükleer silah deneme merkezini Pasifik Okyanusu’da bulunan Fransız Polinezyası’ndaki Mururoa Adası’na taşıyacağını duyurmuştur. Avustralya’nın doğu kıyılarına 4000 dm uzaklıkta olan bu adada yapılacak olan atmosferik nükleer silah denemelerinin radyoaktif kalıntılarının rüzgar yoluyla tarım alanlarına ve deniz alanlarına zarar vereceğini bildirmek suretiyle Avustralya, Nisan 1963’te karara yönelik endişelerini Fransa’ya iletmıştır. Buna rağmen, 1966’dan 1969’a kadar bölgede toplamda 13 adet nükleer silah denemesi yapılmıştır. 1970 yılında denemelerin tekrar başlayacağını öğrenilmesi üzerine, Fransa’ya tekrar bir nota gönderilmiş; fakat herhangi bir cevap alınamamıştır. Bununla beraber, Fransa nükleer silah denemelerine devam etmiş ve Avustralya tarafından verilen notaları 1973’e kadar cevaplamamıştır. 3 Ocak ve 7 Şubat 1973 tarihlerinde verilen iki notada Avustralya, Fransa’nın denemelere devam etmesinin uluslararası hukuka aykırı olduğunu iddia ederek denemelerin acilen durdurulmasını talep etmiştir. Aynı tarihte Fransa, notaya cevap vererek konuyu görüşmeye hazır olduğunu bildirmiştir. Yapılan görüşmelerde herhangi bir uzlaşmaya varılamaması nedeniyle Avustralya, Fransa’nın Pasifik Okyanusu’ndaki faaliyetlerinin uluslararası hukuka

³¹⁰ *Abuse of Rights, Arbitrary and Discriminatory Attitude of Certain Administrative Authorities*

³¹¹ Belçika bu durumu şöyle açıklamıştır:

“İspanya idari otoritelerinin fiilleri ve eylemleri bir bütün olarak incelendiğinde, her birinin kendine münhasır kusurlarının dışında, temel olarak bir ortak sonuca yöneldikleri görülmektedir. Bu ortak sonuç Barcelona Traction şirketinin işletmelerinin, iflas sürecini kanuni amaçlarından saptırmak suretiyle, İspanyol vatandaşlarından oluşan belirli bir grubun menfaatine olacak şekilde zorunlu bir devre dönüştürülmesidir” (a.g.k. s. 17).

³¹² a.g.k.

aykırı olduğu ve bu kapsamda haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle 9 Mayıs 1973 tarihinde UAD'ye başvurmuştur.³¹³

Yapılan yargılamada Avustralya'nın vekili Maurice Byers, Fransa'nın bölgede nükleer silah denemeleri yapma hakkının olmadığını; fakat Divan'ın Fransa'nın bölgede gerçekleştirdiği nükleer silah denemelerinin uluslararası hukuka uygun olduğu kanaatini taşıması durumunda, ortaya çıkacak nükleer serpentinin Avustralya'nın ülkesi ve halkı üstündeki olumsuz etkileri dolayısıyla bu durumun, Fransa'nın bölgede nükleer silah denemeleri yapma hakkını kötüye kullanması anlamına geleceğini iddia etmiştir.³¹⁴

Davalar devam ederken, Fransa'nın artık bölgede nükleer silah denemeleri yapmayacağını beyan etmesi üstüne Divan esasa girilmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle tarafların iddialarına yönelik herhangi bir belirleme yapılmamıştır.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına detaylı açıklamalardan biri de, Dünya Ticaret Örgütü'nün Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması kapsamındaki Temyiz Organı tarafından verilen *Belirli Karideslerin ve Karides Ürünlerinin İhracatının Yasaklanması Davası*'na yönelik kararda yapılmıştır.

ABD 1973 yılında "Nesli Tükenmekte Olan Türler Yasası"nı (*The Endangered Species Act of 1973*) çıkartarak, kendi deniz yetki alanları içinde veya açık denizde karides avcılığı yapan troll gemilerinin kaplumbağa ayırma cihazı (*turtle excluder device*) adı verilen bir cihazı kullanmalarını tavsiye ve teşvik etmiştir. Bu gayretlerin sonuçsuz kalmasıyla ABD, 1989 tarihli 609 Fıkra'yla karides trollerinin avlanması nedeniyle deniz kaplumbağalarının ölüm oranının en yüksek olduğu deniz alanlarında avcılık yapan karides trollerinin kaplumbağa ayırma cihazı kullanmasını tüm dünyada zorunlu kılmıştır. 609. Fıkra kapsamında, deniz kaplumbağalarına zarar verme ihtimali bulunan

³¹³ Case Concerning Nuclear Tests (Australia v. France), Application Instituting Proceedings, I.C.J. Reports 1973, s. 4-14.

³¹⁴ Case Concerning Nuclear Tests (Australia v. France), Verbatim Record of 1974, I.C.J. Reports 1973, s. 496-499.

ticari balıkçılık teknolojileri kullanılarak avlanan karideslerin, ABD Hükümeti tarafından ihracatçı devletin kaplumbağa ölümlerini engellemek için ABD'ninkine benzer bir düzenlemeye sahip olması ya da karides avcılığı sonucunda deniz kaplumbağalarına zarar verilmesi riskinin bulunmadığı bir deniz alanında avcılık yapıldığının belgelenmesi dışında, ithalatının yasaklanacağı bildirilmiştir. 1995 yılına kadar bu fıkra yalnızca Karayipler ve Batı Atlantik bölgelerinde uygulanmış ve ancak çeşitli çevre sivil toplum kuruluşlarının ABD Uluslararası Ticaret Mahkemesi'ne yaptığı başvuru sonucunda verilen karar doğrultusunda 609. Fıkra'nın bu tür bir bölgesel uygulamaya konu edilemeyeceği belirtilerek Fıkra'nın kapsamına tüm devletlerin girmesi sağlanmıştır. Bu doğrultuda 1 Mayıs 1996 tarihinde Amerikan Dışişleri Bakanlığı 609. Fıkra'ya yönelik yeni bir yönerge yayınlamak suretiyle ABD'ye yapılacak tüm karides ve karides ürünü sevkiyatlarında, sevkiyata konu olan karides ve karides ürünleri hasatlarının deniz kaplumbağalarını olumsuz olarak etkilemeyecek şartlar altında ya da devletin 609. Fıkra doğrultusunda halihazırda sertifikalandırılmış bir deniz yetki alanında yapıldığını gösteren Karides İhracatçısı Formu'nun deklare edilmesini zorunlu tutmuştur. Aynı yıl Uluslararası Ticaret Mahkemesi, yukarıdaki şartları sağlamayan karides ve karides ürünlerine ambargo koymuştur. Alınan bu karara karşı Hindistan, Malezya, Pakistan ve Tayland 609. Fıkra'nın 1947 tarihli Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Andlaşması'nın çeşitli maddelerine aykırı olmadığını ya da belirli maddelerde düzenlenen istisnalar kapsamında değerlendirilmek için uygun olmadığını iddia ederek Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması'na başvurmuştur.³¹⁵

Panel aşamasının sonunda üye devletlerin pazara girişe yönelik olarak, ihracatçı devletlere çeşitli politikaları benimsemelerini şart olarak koşan tek taraflı eylemlerin XX. maddede sayılan “genel istisnalar”dan biri olmadığı belirterek ABD'yi sorumlu tutmuştur. Bu karardan sonra ABD, Temyiz Organı'na başvurmuştur. Temyiz Organı, ABD'nin 609. Fıkra yoluyla yabancı balıkçılık faaliyetlerini değiştirme çabalarının GATT'nin tükenbilir doğal kaynakların korunmasına ilişkin XX/g maddesi kapsamına

³¹⁵ United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Panel (1998), WT/DS58/R, s. 3-6.

girdiği yönündeki iddiasını iyiniyet ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağına değinerek; bu iki hukukun genel ilkesi arasındaki bağı da ortaya koyarak şöyle değerlendirmiştir:

“XX. maddenin girişi, aslında iyiniyet ilkesinin bir dışavurumu niteliğindedir. Hem bir hukukun genel ilkesi hem de uluslararası hukukun genel ilkesi olan bu ilke, hakların devletler tarafından kullanılmasını düzenler. Bu genel ilkenin uygulamalarından biri olan ve birçokları tarafından hakkın kötüye kullanılması doktrini olarak bilinen uygulama, devletin haklarını kötüye kullanmasını yasaklar ve bir hak iddiasının “bir andlaşma yükümlülüğü tarafından düzenlenen bir alanı etkilemesi durumunda, bu hakkın iyiniyetle yani makul bir şekilde kullanılmasını emreder. ”Bir taraf devletin, andlaşmadan doğan hakkını kötüye kullanması diğer taraf devletlerin andlaşmadan doğan haklarının ihlaline ve ihlali gerçekleştiren devletin bir andlaşma yükümlülüğünün de ihlaline vücut vermektedir.”³¹⁶

Diğer taraftan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de *Perinçek - İsviçre Davası*’na ilişkin olarak 15 Ekim 2015 tarihli kararında doğrudan AİHS’nin “*Hakları Kötüye Kullanma Yasağı*” başlıklı 17. maddesine başvurmuştur. Bu maddeye göre:

“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

Doğu Perinçek, 2005 yılında İsviçre’de katıldığı 3 farklı konferansta Ermeni Soykırımı’nı bir “yalan” olarak nitelendirmiş; bunun üzerine İsviçre mahkemelerince İsviçre Ceza Kanunu’nun 261/4. maddesi kapsamında ırk ayrımcılığı yapma suçunu işlediğine hükmedilmiştir. Perinçek’in bu karara karşı bir üst mahkemeye ve sonrasında en yüksek ulusal yargı organına yapmış olduğu başvuruların sırasıyla reddedilmesi üstüne karar kesinleşmiştir. Sonrasında Perinçek, 10 Haziran 2008 tarihinde AİHS’nin “Bireysel Başvurular” başlıklı 34. maddesine dayanarak AİHM’ye başvurmuştur.³¹⁷

AİHM davalının, başvuranın AİHS’nin 17. maddesi doğrultusunda ifade özgürlüğünü kötüye kullanmasından bahisle başvurusunun reddedilmesi gerektiği iddiasına yönelik

³¹⁶ United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body (1998), WT/DS58/AB/R, s. 61-62.

³¹⁷ Perinçek v. Switzerland, ECHR, Judgment, Application no. 27510/08, 15 October 2015,.s. 1-23.

olarak bir inceleme yapmıştır. Bu incelemede AİHM ilk olarak hakkın kötüye kullanılmasının ancak “istisnai hallerde ve olağanüstü durumlarda” uygulanabileceğini belirtmiştir. Sonrasındaysa, AİHS’nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi bağlamında hakkın kötüye kullanılmasının nasıl meydana gelebileceğini şu şekilde ortaya koymuştur: “Sözleşme’nin 10. maddesini ilgilendiren davalarda 17. maddeye ancak, Sözleşme’nin değerlerine aykırı amaçlar için ifade özgürlüğünü kullanmak suretiyle bu maddenin asıl amacından saptırılmaya çalışıldığının açıkça anlaşılması halinde başvurulmalıdır”. 17. maddenin en önemli noktasının da başvuranın ifadelerinin nefreti ya da şiddeti kışkırtıp kışkırtmadığı ve AİHS’de yer alan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak amacıyla yine Sözleşme’ye dayanarak çeşitli faaliyetlerde bulunup bulunmadığının belirlenmesi olduğunu ifade etmiştir.³¹⁸ Bu doğrultuda yapılan inceleme sonucunda Mahkeme, başvuranın ifadelerinin tarihsel, hukuki ve siyasi nitelikte olduğunu bildirdikten sonra, bir bütün halinde değerlendirildiğinde Ermenilere yönelik nefret, şiddet ya da tahammülsüzlük içermediğini belirtmiştir.³¹⁹ Bu bağlamda da başvuranın ifadelerinin, ifade özgürlüğünün AİHS’nin 17. maddesi bakımından kötüye kullanılmadığını ifade ederek, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

2.3. DENİZ HUKUKU’NUN KODİFİKASYONUNA YÖNELİK KONFERANSLAR BAKIMINDAN HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Devletin ülke unsuru, yalnızca üstünde ulusunun yaşadığı kara parçasını değil; aynı zamanda kıyısının bulunduğu deniz alanının da belirli bir bölümünü kapsamaktadır. Devletlerin bu alanda yürüttükleri faaliyetler ile hak ve sorumluluklarının düzenlenmesi amacını taşıyan uluslararası deniz hukuku, uluslararası hukukun en eski dallarından biri olarak kabul edilmektedir.

Uluslararası deniz hukukunun çerçevesinin devlet uygulamaları sonucunda oluşturulması ve bu bağlamda devletlerin kıyılarının bulunduğu deniz alanlarında tek taraflı olarak yaptıkları işlemler yoluyla egemenliklerini çeşitli şekillerde tesis etmeleri,

³¹⁸ a.g. k. s. 56-59.

³¹⁹ a.g.k. s. 98-99.

20. yüzyılda Dünya Savaşları ve Dekolonizasyon Hareketleri sonucunda büyük bir değişim geçiren uluslararası toplum tarafından kabul edilebilir bulunmamıştır. Bu nedenle, 20. yüzyılın başları itibariyle uluslararası deniz hukukunun kodifikasyonu, ilk olarak Milletler Cemiyeti tarafından gerçekleştirilen 1930 Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı'nda belirli konular bakımından gündeme gelmiş; asıl olarak ise 1945 Sonrası Dönem'de Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK)'nin kurulmasıyla çalışmalar hız kazanmıştır. Bu kapsamda ilk uluslararası konferans 1958 yılında düzenlenmiştir. Bu konferansta her ne kadar 4 adet uluslararası andlaşma ve 1 adet ek protokol yoluyla uluslararası deniz hukukunu ilgilendiren birçok konu düzenlenmiş olsa da; özellikle karasularının genişliği ve balıkçılık konusunda konferansa katılan devletler arasında bir mutabakata varılamaması, 1960 yılında 2. Deniz Hukuku Konferansı'nın düzenlenmesine neden olmuştur. Bu konferansta da sorunlar çözülememiştir. Uluslararası topluma katılan yeni üyelerin ekonomilerinin büyük oranda kıyılarının olduğu denizlerdeki canlı kaynaklara dayanması ve karasularının genişliği sorununun devletler arasında uyuşmazlıklara neden olması yeni bir konferansın yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu konferansta, önceki iki konferanstan farklı olarak UHK'nin herhangi bir katkısı olmamıştır. 1973-1982 yılları arasında düzenlenen 3. Uluslararası Deniz Hukuku Konferansı sonucunda bir "paket andlaşma" niteliğinde olan ve dolayısıyla uluslararası deniz hukukunun neredeyse tüm konularını düzenleyen BMDHS imzalanmıştır.³²⁰

2.3.1. 1930 Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı ve "Hayati Bir Gereklik" Kavramı Bakımından Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Uluslararası deniz hukukunun kodifikasyonuna ilişkin birtakım çalışmaların yapıldığı 1930 tarihli Lahey Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı'nda, dönemsel bakımdan uluslararası deniz hukukunun en önemli ve "ivedi şekilde çözülmesi gereken" sorunu olarak nitelendirilen karasularının genişliği meselesi başta olmak üzere daha ziyade devletlerin egemen olduğu deniz alanlarının³²¹ hukuki statüsünün belirlenmesine

³²⁰ Aralarında Türkiye, İsrail ve Venezuela'nın da bulunduğu 15 devlet, BMDHS'yi imzalamamıştır. Buna karşılık, başta ABD olmak üzere 14 adet devlet ise sözleşmeyi imzalamış; fakat onaylamamıştır.

³²¹ Tanaka deniz alanlarını, "devletin ülkesel egemenliğindeki deniz alanları" ve "devletin ülkesel egemenliğinin ötesindeki deniz alanları" olmak üzere iki temel gruba ayırmıştır. Devletin ülkesel

yönelik çalışmalar yapılmıştır. Konferans'ın düzenlenmesine giden süreçte Milletler Cemiyeti Genel Kurulu tarafından, uluslararası toplumun bir uluslararası andlaşmayla düzenlenmesine en çok ihtiyaç duyduğu ve aynı zamanda hakkında düzenleme yapılması mümkün olan konuları içeren bir liste hazırlaması amacıyla bir Uzmanlar Komitesi kurulmuştur. Komite, sürecin daha hızlı ilerlemesini sağlamak amacıyla kendisine bağlı 11 adet alt komite oluşturmuştur. Kurulan alt komitelerden biri, karasularının hukuki rejimini ve genişliğini düzenleyecek bir taslak andlaşma hazırlamakla görevlendirilmiştir.³²² Alt komitenin raportörü olan Alman hukukçu Walther Schücking tarafından hazırlanan taslak andlaşma ilk olarak Alt Komite'ye sunulmuştur. Sunulan taslak andlaşmanın ilk halinde “*Kıyı Devletinin Haklarının Kapsamı*” başlıklı 2. maddede karasularının genişliğinin, kıyı boyundaki en düşük cezir hattından itibaren 6 dm olduğu belirtilmiş ve yalnızca başka devletler tarafından yapılan askeri faaliyetlerin engellenmesi, gümrük ve sağlık konularında kıyı devletine bu 6 dm genişliğin ötesinde egemen haklarını kullanma yetkisi verilmiştir.³²³ Alt Komite'de yapılan tartışmalar sonucunda taslak andlaşmanın son halinde Schücking 2/2. maddeyi değiştirerek sayılan özel durumları madde metninden çıkartmış ve yerine daha genel bir hüküm koymuştur. Maddenin son hali şöyle olmuştur:

“Egemen oldukları alanın dışında devletler, gelenek ya da hayati bir gereklilikten herhangi biri nedeniyle idari haklarını kullanabilir. Bunların içine, bu hakların korunması için zorunlu olduğunda devletin yargı yetkisi de dahildir. Egemenlik alanının dışında yalnızca kıyı devletine münhasır, ekonomik anlamda bir yararlanma hakkı olarak kullanılamaz.”³²⁴

Maddenin bu son haline, Alt Komite üyesi Amerikalı hukukçu George W. Wickersham tarafından itiraz edilmiştir. Wickersham her ne kadar devletlerin karasularının ötesinde

egemenliğindeki deniz alanları yani deniz yetki alanlarını da “devletin egemen olduğu deniz yetki alanları” ve “devletin yargı yetkisine tabi olan deniz yetki alanları” olmak üzere iki farklı gruba ayırmıştır. Devletin egemen olduğu deniz yetki alanları “içsular”, “karasuları”, “uluslararası boğazlar” ve “takımada suları” olmak üzere 4 ayrı alanı içermekteyken; devletin yargı yetkisine tabi olan deniz yetki alanları ise “münhasır ekonomik bölge” (MEB) ile “kıta sahanlığı” olmak üzere iki farklı deniz yetki alanını içermektedir (Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, 3. Baskı, (Birleşik Krallık, Cambridge: Cambridge University Press, 2019), s. 7-9).

³²² Gökey Saraçyakupoğlu ve Ali Özgöktaş, "Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında "Takımada" Kavramı ve Bir "Takımada Devleti" Olarak Endonezya," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (157) (2022), s. 462.

³²³ *Report to the Council of the League of Nations on the Questions Which Appear Ripe for International Law*, League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, LoN Doc. C.196.M.70.1927.V (1927), s. 79.

³²⁴ a.g.e. s. 72

koruyucu önlemler almaya yönelik hakkı olduğunu kabul etse de; “maddenin devletlerin uzlaştığının çok ötesinde olduğunu” bildirmiştir. Ona göre:

“... ”

Öncesinde belirtildiği gibi bu hakların, oldukça geniş bir kapsama sahip olan ulusal çıkarların korunması ilkesi üstüne bina edildiği doğru olsa dahi, bir devletin uzun süredir uygulanan ve genel olarak kabul edilmiş bir gelenekten ya da kuraldan bağımsız olarak kendi güvenliği için gerekli olması nedeniyle karasularının ötesinde kendisinin uygun gördüğü her türlü yetkiyi kullanma hakkının mevcut olması kabul edilemez.”³²⁵

Asıl olarak Wickersham madde metninde yer alan “hayati bir gereklilik” kavramına itiraz etmiştir. Bu itirazın temel nedeni, bu kavramın devletlere karasularının ötesinde “hayati bir gereklilik”ten kaynaklandığını belirtmek suretiyle kapsamı oldukça geniş bir koruyucu önlemler alma hakkı verilmesidir. Bu doğrultuda her ne kadar doğrudan belirtilmese de Wickersham’ın yaptığı bu itiraz, devletlere tanınan bu hakkın kötüye kullanılabilmesi ihtimalinin yüksek olmasına karşı yapılmıştır.³²⁶

Schücking, Wickersham’ın itirazına verdiği cevapta itiraza konu durumu kabul etmiştir. Ona göre devletlerin, beklenmedik bir şekilde ortaya çıkan ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla belirlenmiş herhangi bir sınırın ötesinde de özel haklar ileri sürme alışkanlığı vardır. Fakat devletlerin karasularıyla, karasularının ötesindeki bu bölgeyi haklar bakımından eşit hale getirmelerini engellemek için bu alanda yalnızca idari hakların uygulanabileceği belirtilmiştir. Bununla beraber Schücking, idari haklara yönelik olarak sözleşmede ancak bazı örneklerin verilebileceğini; buna ek olarak bir genel hükmün bulunması gerektiğini bildirmiştir. İdari hakların kapsamı içinde, madde metninde de mevcut olduğu gibi ekonomik yararlanma haklarının ve balıkçılığın bulunmadığını söylemiştir. Ayrıca, bu hakların iradi bir şekilde amaçları dışında kullanılma ihtimalinin ortadan kaldırılması amacıyla bir “Uluslararası Sular Ofisi” kurulmasını önermiştir. Bu kapsamda Schücking’in de Uluslararası Sular Ofisi’nin kurulmasına yönelik teklifinin altında yatan nedenlerden birinin devletlerin, 2/2. maddede belirtilen hayati bir

³²⁵ a.g.e. s. 70-71

³²⁶ Phillip M. Brown, "The Law of Territorial Waters," *The American Journal of International Law* 21 (1) (1927), s. 102-03.

gereklilik halinde karasularının ötesinde koruyucu önlemler alma hakkını sınırlandırmak olduğu görülebilmektedir.³²⁷

2.3.2. 1958 Cenevre Deniz Hukuku Konferansı'nda Açık Denizde Balıkçılık Serbestisi Bakımından Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası

Tüm devletlerin vatandaşlarının, açık denizlerdeki canlı kaynaklara yönelik olarak herhangi bir sınırlama olmaksızın balıkçılık faaliyeti yürütebilmesine olanak sağlayan açık denizlerde balıkçılık serbestisi antik bir hak niteliğindedir.³²⁸ Fakat özellikle 19. yüzyılın ortaları itibariyle balıkçılık teknolojisinin hızlı bir şekilde gelişmesi, açık denizdeki canlı kaynakların da hızlı bir şekilde tükenmeye başlamasına neden olmuştur. Bu dönemde, devletlerin karasularının dış sınırına bitişik olan açık deniz alanlarındaki balıkçılık kaynaklarının kullanılmasına ilişkin faaliyetler, vatandaşları balıkçılık faaliyeti yürüten devletler arasında çeşitli uluslararası andlaşmalarla düzenlenmeye çalışılmıştır.³²⁹ Buna karşın, yapılan bu düzenlemeler açık denizdeki canlı kaynakların korunması için yeterli olmamış ve 1958 Cenevre Deniz Hukuku Konferansı'na yönelik olarak yapılan hazırlık çalışmalarında, sonrasında ise gerçekleştirilen uluslararası konferansta bu konu tartışılmıştır. Yapılan tartışmalarda açık denizde canlı kaynakların korunması, açık denizde balıkçılık serbestisinin devletlerin balıkçılık faaliyeti yürüten vatandaşları tarafından kötüye kullanılmasının engellenmesi yönüyle incelenmiştir.

³²⁷ *Report to the Council of the League of Nations on the Questions Which Appear Ripe for International Law*, s. 74.

³²⁸ Nitekim Hugo Grotius, *Mare Liberum* adlı eserinde Portekiz'in denizler üstündeki egemenliğine yönelik olarak yaptığı incelemede açık denizlerdeki balıkçılık serbestisine de yer vermiştir. Bu incelemede, asıl olarak bir devletin deniz üstünde mülkiyet hakkına sahip olmasının mümkün olup olmayacağı tartışılmıştır. Grotius bir devletin, bir yer üstünde egemenlik kurabilmesi o yerin işgal edilebilir nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda hava ve deniz, pratikte toprak gibi işgal edilebilir nitelikte olmadığından herkesin ortak malı olarak kabul edilmelidir. Diğer taraftan, denizlerdeki canlı kaynaklar kullanıldıktan sonra, doğa tarafından yenilenip; kullanılmadan önceki haline tekrar getirildiği için her zaman ortak kullanıma tabi olacaktır. Dolayısıyla, insanların bu alanlardaki balıkçılık faaliyetlerine ve gemilerin seyruferine herhangi bir sınırlama getirilemez ve balıkçılık serbestisini ortadan kaldıracak şekilde davranılamaz (Helen Thornton, "Hugo Grotius and the Freedom of the Seas," *International Journal of Maritime History* 16 (2) (2004), s. 21-26. ve Hugo Grotius, *The Free Sea*, ed. Knud Haakonssen, çev. Richard Hakylut, Enlightenment Classics, (Indiana, ABD: Liberty Fund, 2004), s. 20-26).

³²⁹ Tanaka, *The International Law of the Sea*, s. 283.

Diğer taraftan, 1958 yılında yapılacak olan Cenevre Deniz Hukuku Konferansı'na yönelik olarak BM Şartı'nın 13/1-a, UHK Statüsü'nün ise 18/1 ve 18/2. maddeleri doğrultusunda taslak andlaşmalar hazırlayarak BM Genel Kurulu'na sunmakla görevlendirilen UHK'nin 1953 tarihli Oturumu'nda açık denizin hukuki statüsünün belirlenmesi kapsamında Danışma Komitesi'ne özel raportör J.P.A. François tarafından “*Kıta Sahanlığı ve Kıyı Devletleri*” başlıklı bir rapor sunulmuştur. Sunulan raporun, kıyı devletlerinin balıkçılık alanlarını ve bitişik açık deniz alanlarındaki canlı kaynakların kullanımını düzenleyen 1. ve 2. taslak maddeleri kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağı açısından bir tartışma yaşanmıştır.

Bu maddeler sırasıyla şöyledir:

“Kendi vatandaşlarından başka hiçbir devletin vatandaşlarının balıkçılık yapmadığı açık deniz alanlarında devlet, canlı kaynakların balıkçılık sonucunda tükenmesini önlemek amacıyla o alanda balıkçılığı düzenleyebilir ve kontrol edebilir. Birden çok devletin vatandaşlarının balıkçılık yaptığı açık deniz alanlarında ise, belirtilen düzenlemeler vatandaşları balıkçılık yapan devletler tarafından müşterek olarak yapılacaktır. Eğer bu alanın herhangi bir bölümü ile kıyı devletinin karasularının arasındaki uzaklık 100 dm'den azsa kıyı devletinin vatandaşları belirtilen alanda balıkçılık yapmasa dahi o alanda balıkçılık yapan devletlerle eşit şekilde, düzenlemelerin yapılmasına katılma hakkı vardır. Belirli bir alanda, vatandaşları balıkçılık yapan devletin tek başına ya da diğer devletlerle müşterek şekilde yaptığı düzenlemeler, bölgede balıkçılık yapmak isteyen diğer devletlerin vatandaşları açısından bağlayıcı değildir.”

“Dünyadaki balıkçılık alanlarına ve bunların keşfinde kullanılan yöntemlere ilişkin incelemeler yapmak amacıyla uluslararası ve daimi nitelikte bir organa yetki verilmesi gerekmektedir. Bu organ, ilgili devletler balıkçılık alanı ile ilgili olarak bir andlaşmaya varamadığında, bu devletler tarafından yapılacak düzenlemelere yönelik çeşitli kurallar koyma yetkisine sahip olmalıdır.”³³⁰

UHK sekreteri Liang, devletlere verilen balıkçılık faaliyetlerini düzenleme hakkının ortak deniz kaynaklarına büyük oranda zarar verilmesiyle sonuçlanabilecek bir hakkın kötüye kullanılması haline neden olabileceğini iddia etmiştir.³³¹ Komite üyesi Lauterpacht da uluslararası hukukun genel olarak, hakkın kötüye kullanılması yasağını tanıdığı iddiasının “çok ileri gitmek” olduğunu belirtse de; bir devletin balıkçılık alanlarının korunması için gerekli olan düzenlemelere uymayı makul olmayan ve

³³⁰ UHK, Quetriere rapport-Le plateau continental et les sujets voisins de M. J. P. A. François, rapporteur special, U.N. Doc. A/CN.4/60 (1953), s. 49.

³³¹ UHK, *Yearbook of International Law Commission Vol.I-Summary Records of the Sixth Session*, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1953 (1953), s. 139.

engelleyci bir şekilde reddetmesi halinde bu eylemin uluslararası hukuktan doğan sorumluluğun “tamamen dışında kalması” konusunda şüphelerin olduğunu belirtmiştir.³³² Bu kapsamda ikinci maddeye şu ifadenin eklenmesini teklif etmiştir:

“Başka devletler tarafından kabul edilen ve balıkçılık alanlarının israfçı bir kullanımdan korunması için gerekli olan düzenlemeleri kendi vatandaşları açısından yapmayı makul olmayan bir nedenle reddeden bir devletin uluslararası anlamda sorumluluğu vardır.”³³³

Bu kapsamda Lauterpacht bir istisna olarak, devletin açık denizde balıkçılık serbestisi kapsamında bu alanların sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla yapılan düzenlemelere uymayı kabul etmeyen bir devleti kötüniyetli olarak görmüş ve bu kapsamda da doğrudan hakkını kötüye kullandığını belirterek uluslararası sorumluluğunun doğduğunu bildirmiştir. Aynı şekilde Komite üyesi Scelle de uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağına önem verilmemesinin “oldukça talihsiz” bir durum olduğunu; fakat bunun yasağın varlığına yönelik bir şüpheyi doğurmaması gerektiğini bildirmiştir.³³⁴

Buna karşılık, Komite üyesi Zourek, “hiçbir şekilde uluslararası hukukun bir parçası olmayan” hakkın kötüye kullanılması yasağına 1. ve 2. maddelerde belirtilen durum açısından başvurulmasının imkansız olduğunu iddia ederek, ulusal hukuk düzenlerindeki ilkelerin uluslararası hukuka alınmasına yönelik eğilimin çok tehlikeli olduğunu ifade etmiştir.³³⁵ Hakkın kötüye kullanılması yasağının ancak belirli uyumsuzluklar açısından uygulanabileceğini; fakat uluslararası hukukun geneli açısından uygulanabilir nitelikte olmadığını iddia etmiştir. Komite üyesi Pal ise Zourek’e karşılık olarak, açık denizde balıkçılık alanlarının korunması ve sürdürülebilirliğinin sağlanması açısından alanda vatandaşları balıkçılık yapan devletlerin haklarının birbirlerine yönelik karşılıklı yükümlülükleri de beraberinde getirdiğinden bahisle her devletin hakkının; diğer devletlerin haklarıyla sınırlı olduğunu belirtmek suretiyle diğer devletlerle uyumlu bir şekilde hareket etmeyen devletin uluslararası hukuk anlamında sorumluluğunun

³³² a.g.e. s. 140

³³³ a.g.e.

³³⁴ a.g.e.

³³⁵ a.g.e. s. 140-141.

doğacağını ve hiçbir devletin haklarını başka devletlerin haklarına zarar verecek şekilde kullanamayacağını bildirmiştir.³³⁶

Yapılan tartışmalar sonucunda, Komite’de 1.ve 2. maddeler bakımından tam bir uyuşma sağlanamamış ve maddelerin yeniden yazılmasına karar verilmiştir. Bu doğrultuda, Lauterpacht’ın 1. maddeye ilişkin olarak hakkın kötüye kullanılması yasağını içeren teklifi de kabul edilmemiştir.³³⁷

Yapılan tartışmalar sonucunda, 7 Temmuz 1953 tarihinde gerçekleştirilen 210. Toplantı’da taslak andlaşma metni Komite’ye sunulmuş ve kabul edilmiştir. Yeni taslak andlaşma metninin 1. maddesiyle devletlerin, yalnızca kendi vatandaşlarının balıkçılık faaliyetleri yürüttükleri açık deniz alanlarının korunmasına ve yok olmasının engellenmesine yönelik birtakım düzenlemeler yapabileceği belirtilmiş; diğer taraftan 3. maddeyle devletlerin, Birleşmiş Milletler çatısı altında kurulacak olan bir uluslararası otorite tarafından açık denizdeki balıkçılık alanlarının israfı veya yok olmasını engellemeye ilişkin yapılacak düzenlemelere uyma sorumluluğu olduğu bildirilmiştir.³³⁸

1953 tarihli Oturum’un açık denizdeki balıkçılık alanlarına ilişkin çalışmalarına yönelik olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na sunulan raporda en başta mevcut kuralların genel olarak, deniz faunasının yok olmasını engellemeyi sağlayacak uygun bir düzenlemeye vücut vermediği belirtilmiştir. Bu durumun, dünyanın besin tedariki bakımından bir tehlike oluşturduğu; diğer taraftansa denize kıyısı bulunan devlet ya da devletleri balıkçılık alanları bakımından yabancı devlet vatandaşlarının israfçı ve yağmacı faaliyetlerine karşı hiçbir şey yapamaz durumda bıraktığı bildirilmiştir.³³⁹ Komisyon 1., 2. ve 3. maddeleri³⁴⁰ kabul ederken “*hakkın kötüye kullanılması yasağının*

³³⁶ a.g.e. s. 141.

³³⁷ a.g.e. s. 144.

³³⁸ a.g.e. s. 164-165.

³³⁹ UHK, *Report of the International Law Commission Covering the Work of its Fifth Session*, U.N. Doc. A/CN.4/76 (1953), s. 218.

³⁴⁰ BM Genel Kurulu’na sunulan raporda 1., 2. ve 3. maddelerin son halleri sırasıyla şöyledir:

“Vatandaşları, açık denizin diğer devletlerin vatandaşlarının balıkçılık yapmadığı herhangi bir bölgesinde balıkçılık yapan bir devlet böyle bölgelerde balıkçılık alanlarının israfını ya da yok olmasını engellemek amacıyla balıkçılık faaliyetlerini düzenleyebilir ya da kontrol edebilir. Eğer iki veya daha çok devletin vatandaşları açık denizin aynı bölgesinde

yargısal ve diğer otoriteler tarafından desteklendiğini ve maddelerin düzenlediği konuyla ilgili olduğu görüşünden etkilendiğini” ifade etmiştir. Buna ek olarak, “hakkın kötüye kullanılması yasağının medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkelerinden birine vücut vermesi nedeniyle, 3. maddede ifade edilen genel kural için yeterli ölçüde tatmin edici bir hukuki zemin oluşturduğu” belirtilmiştir.³⁴¹ Ayrıca, açık denizdeki balıkçılık kaynaklarının kullanılması bağlamında bir hakkın kötüye kullanılması hali örneği de verilmiştir. Bu örneğe göre;

“Bir devlet, denizlerin serbestliği ilkesine katı bir şekilde dayanarak herhangi bir makul neden olmaksızın iradi bir şekilde, değerli ve çoğu zaman da hayati kaynakların israf ve yok olmadan korunması amacıyla makul olarak gerekli nitelikteki düzenlemeler açısından sorumluluğunu yerine getirmeyi kabul etmezse, uluslararası hukuk tarafından kendine tanınan bir hakkı kötüye kullanmış olur.”³⁴²

Bu doğrultuda, Lauterpacht’ın devletlerin açık denizdeki balıkçılık alanlarını korumaya ilişkin yapılan düzenlemelere uymamaları durumunun bir hakkın kötüye kullanılması halini teşkil ettiğine yönelik düşüncesi Komisyon tarafından da benimsenmiş görünmektedir. Diğer taraftan, açık denizleri “ortak deniz alanı” olarak kabul eden ve bu kapsamda açık denizde devletlerin herhangi bir egemenlik tesisini tam anlamıyla reddederek tüm devletlerin bu deniz alanı üstünde eşit haklara sahip olduğunu kabul eden denizlerin serbestliği ilkesine,³⁴³ canlı kaynakların ve deniz çevresinin korunması bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında bir sınırlandırma getirilmiştir.³⁴⁴ Bu maddeler, özel raportör François’nın Komisyon’un 1954 yılındaki 6.

balıkçılık yapıyorlarsa, ilgili devletler andlaşma yoluyla gerekli düzenlemeleri yapacaklardır. Eğer, gerekli düzenlemelerin yapılmasından sonra başka devletlerin vatandaşları deniz alanında balıkçılık yapmaya başlarsa ya da andlaşmaya taraf devletler düzenlemelere uymayı reddederlerse sorun, ilgili taraflardan birinin talebiyle 3. maddede belirtilen uluslararası organa götürülecektir.”

“Karasularının dış sınırından itibaren 100 nm genişliğinden itibaren tüm alanlarda, kıyı devleti ya da devletleri, vatandaşları bu bölgede balıkçılık faaliyeti yürütmese dahi, bu bölgeye yönelik herhangi bir düzenleme sistemine eşit olarak katılma hakkına sahiptir.”

“Devletler, açık denizlerin herhangi bir bölgesinde, Birleşmiş Milletler çerçevesinde oluşturulacak uluslararası bir otoritenin, o bölgenin balıkçılık kaynaklarını israfı veya yok edilmeye karşı korumak amacıyla şart koşacağı herhangi bir balıkçılık düzenleme sistemini, vatandaşlarına bağlayıcı olarak kabul etmekle yükümlü olacaklardır.”

³⁴¹ UHK, *Report of the International Law Commission Covering the Work of its Fifth Session*, s. 219.

³⁴² a.g.e.

³⁴³ David Anderson, *Modern Law of the Sea*, Publications on Ocean Development, (Leiden, Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 6-7.

³⁴⁴ Komisyon üyesi Fitzmaurice de açık denizdeki balıkçılık alanlarına ilişkin asıl sorunun, açık denizin tüm balıkçılık faaliyetlerine açık olduğunu; fakat bu alanların tüm insanlığın menfaatine olacak şekilde

Oturumu'nda sunduğu taslak andlaşmada yine aynı sırayla 30., 31. ve 32. maddeler olarak yer almışlardır.³⁴⁵

1955 yılında yapılan 7. Oturum'da ise balıkçılık alanlarına yönelik 1953'te hazırlanan taslak andlaşma, 18 Nisan ile 10 Mayıs 1955 tarihleri arasında düzenlenen Birleşmiş Milletler Denizdeki Canlı Kaynakların Korunmasına İlişkin Uluslararası Teknik Konferans³⁴⁶ kapsamında alınan kararlar doğrultusunda yeniden incelenmek üzere özel raportör Schücking tarafından geri çekilmiştir.³⁴⁷

Yeni taslak maddeler, Komite'nin 23 Mayıs 1955 tarihli 296. Toplantısı'nda Komite üyesi Garcia-Amador tarafından sunulmuştur. Her ne kadar maddelerde çeşitli değişiklikler³⁴⁸ yapılsa da Garcia-Amador, taslak maddelerin en önemli amacının

korunmasının tek yolunun balıkçılık faaliyetlerinin hukuki anlamda sınırlandırılmasından geçmesi nedeniyle ortaya çıktığını bildirmiştir (UHK, *Yearbook of International Law Commission Vol.I-Summary Records of the Seventh Session*, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1955 (1955), s. 76).

³⁴⁵ "Official Records of the Third Committee", (United Nations Conference on the Law of the Sea, 1958), s. 17.

³⁴⁶ BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1954 ve 900 (IX) sayılı kararında başta, “balıkçılık alanlarının uluslararası anlamda korunması sorununun alanında yetkin uzmanlar tarafından geniş bir uluslararası çerçevede ele alınmayı gerektiren teknik nitelikteki konuları içermesi” nedeniyle “denizdeki canlı kaynakların uluslararası anlamda korunması ve Genel Kurul tarafından görüşülmeyi bekleyen ilişkili sorunlar ile ilgili bilimsel ve teknik tavsiyelerde bulunulması” amacıyla Roma’da 18 Nisan 1955 tarihinde başlayacak bir teknik konferans düzenlenmesi planlanmıştır. 10 Mayıs 1955’e kadar süren ve günümüzde “Roma Konferansı” olarak anılan Birleşmiş Milletler Denizdeki Canlı Kaynakların Korunmasına İlişkin Uluslararası Teknik Konferans’ta, açık denizdeki balıkçılık alanlarının korunmasına yönelik olarak yapılabilecek düzenlemeler tartışılmış ve bölgesel uluslararası örgütlerin yaptıkları çeşitli düzenlemeler ele alınarak Genel Kurul’a ve dolayısıyla da UHK’ye çeşitli tavsiyeler verilmiştir. Bu tavsiyeler kapsamında, aşırı avlanma yapılan kıyı sularına, bitişik olan açık deniz alanlarında kıyı devleti ya da başka bir devlet tarafından yapılan avlanmanın açık denizdeki canlı kaynaklara büyük oranda zarar verdiği belirtilmiştir (*Report of the International Technical Conference on the Conservation of the Living Resources of the Sea*, U.N. Doc. A/Conf.10/6 (1955)).

³⁴⁷ UHK, *Yearbook of International Law Commission Vol.I-Summary Records of the Seventh Session*, s. 48-49.

³⁴⁸ Amador’un sunduğu taslak maddelerde, açık denizdeki balıkçılık alanlarına yönelik olarak 7 madde teklif edilmiştir. Bu maddeler, amaçları bakımından Komite'nin 1953 yılında kabul ettiği taslak maddelerle aynı olsalar da; karasularının dış sınırından itibaren 100 nm olacağı öngörülen alandan ve devletlerin açık denizdeki balıkçılık faaliyetlerinin ve balıkçılık alanlarının denetlenmesi amacıyla BM çatısı altında bir örgüt kurulması fikrinden de vazgeçilmiştir. Bu taslak maddelere, bunlar 1958 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı'nda üstünde çeşitli tartışmalar yapılan maddelerin de temeli niteliğinde olduklarından yer verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, Garcia-Amador tarafından hazırlanan taslak maddeler sırasıyla şöyledir:

“Eğer iki veya daha fazla devletin vatandaşları açık denizin belirli bir alanında balıkçılık faaliyeti yürütüyorsa, ilgili devletler bir andlaşma yoluyla denizdeki canlı kaynakların korunması amacıyla gereken düzenlemeleri yapacaklardır.

“Eğer, 1. maddede belirtilen düzenlemelerin kabulünden sonra başka devletlerin vatandaşları bölgede balıkçılık faaliyeti yürütmeye başlar ve ilgili devletler tarafından

Schücking'in taslak maddeleri açısından da olduğu gibi uluslararası hukuk tarafından devletlere tanınan açık denizde balıkçılık hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi olduğunu ifade etmiştir.³⁴⁹ Amador tarafından sunulan taslak maddeler Schücking'in taslak maddelerinin yerine geçmiş ve çeşitli değişiklikler sonrasında 24 Şubat 1958 tarihinde 86 devletin katılımıyla başlayan Cenevre Deniz Hukuku Konferansı'na sunulan raporun "*Deniz Hukuku'nu Düzenleyen Maddeler*" adlı bölümünde "*Balıkçılık Alanları*" başlığı altında 51-59. maddeler olarak yer almıştır.³⁵⁰

24 Şubat 1958 tarihinde 86 devletin katılımıyla başlayan Cenevre Deniz Hukuku Konferansı iki aydan fazla bir süre devam etmiştir. Konferans kapsamında, 26 Şubat tarihinde yapılan 3. Genel Toplantı'da UHK'nin sunduğu raporlar da dikkate alınarak taslak andlaşmaların görüşülmesi amacıyla 5 adet farklı komite kurulmasına karar verilmiştir.³⁵¹ Bu komiteler, 1958 öncesinde UHK tarafından hazırlanan uluslararası deniz hukukunun kodifikasyonuna yönelik andlaşma taslaklarını tartışmak ve bir uluslararası andlaşma hazırlamakla görevlendirilmiştir.³⁵² Bu doğrultuda kurulan 3. Komite'ye ise açık denizde balıkçılık ve canlı kaynakların korunmasına yönelik bir andlaşma taslağı hazırlama görevi verilmiştir. Bu kapsamda Komite, UHK tarafından hazırlanan ve Garcia-Amador'un UHK'ye 296. Toplantı'da sunduğu canlı kaynakların korunmasına ilişkin maddeleri temel alarak UHK tarafından hazırlanan taslak maddeler üstünden bir tartışma yürütmüştür. Yapılan tartışmalarda devletler, Oppenheim'in ve

kabul edilen düzenlemelerle bağlı olmayı kabul etmezse, sorun, taraflardan herhangi birinin talebiyle 6. ve 7. maddelerde öngörülen çözüm yöntemiyle çözülecektir."

Eğer bir kıyı devletinin, vatandaşları o alanda balıkçılık faaliyeti yürütmüyor olsa dahi, canlı kaynakların korunmasında özel bir menfaati varsa bu devlet o alana yönelik olarak yapılmakta olan düzenlemeler bakımından taraf devletlerle eşit konuma sahiptir."

"İlgili devletlerin korumaya yönelik düzenlemeler üstünde anlayamadığı balıkçılık alanlarında, kıyı devletinin kıyısına bitişik açık denizdeki canlı kaynakların üretkenliğinden özel bir çıkarı varsa bu devlet bu nitelikteki balıkçılık alanlarını korumaya yönelik uygun düzenlemeleri yapabilir" (a.g.e. s. 76-77).

³⁴⁹ a.g.e. s. 78

³⁵⁰ UHK, *Yearbook of International Law Commission Vol.II - Documents of the Eighth Session Including the Report of the Commission to the General Assembly*, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1 (1956), s. 262-63.

³⁵¹ Bu komiteler şu şekilde sıralanabilir: Karasuları ve bitişik bölgeye ilişkin 1. Komite, açık denize yönelik 2. Komite, açık denizde balıkçılık ve canlı kaynakların korunmasına yönelik 3. Komite, kıta sahanlığına yönelik 4. Komite ve denize kıyısı olmayan devletlerin denize serbestçe ulaşma haklarına yönelik 5. Komite.

³⁵² *United Nations Conference on the Law of the Sea-Vol. II Plenary Meetings*, U.N. Doc. A/Conf. 13/ 38 (1958), s. 6-8.

Garcia-Amador'un hazırlık çalışmalarında belirttiğine benzer bir şekilde açık denizde canlı kaynakların korunmasında asıl olarak hedeflenen amacın, deniz yetki alanlarına bitişik açık deniz alanlarındaki canlı kaynakların açık denizde balıkçılık serbestisi kapsamında başka devletlerin balıkçıları tarafından aşırı bir şekilde kullanılmasının engellenmesi olduğu belirtilmiştir.³⁵³

1958 Cenevre Deniz Hukuku Konferansı sonucunda 4 adet uluslararası andlaşma bir de ek protokol hazırlanmıştır.³⁵⁴ 3. Komite'de yapılan çalışmalar sonucunda ise "Balıkçılık ve Canlı Kaynakların Korunması Sözleşmesi" hazırlanmıştır. Sözleşme'nin dibacesinde şu ifadeye yer verilerek sözleşmenin amacı doğrudan ortaya konulmuştur:

"Denizdeki canlı kaynakların kullanılmasına yönelik olarak modern yöntemlerin geliştirilmesinin, dünyanın artan besin ihtiyacını karşılama kabiliyetini artırarak bu kaynakların bazılarının aşırı kullanılma tehlikesiyle karşılaştığı göz önüne alındığında..."

Bu ifade kapsamında sözleşmenin temelde, devletlere tanınan antik bir hak niteliğindeki açık denizde balıkçılık serbestisinin kötüye kullanılarak açık denizdeki canlı kaynakların aşırı balıkçılık veya aşırı kullanılma sonucunda yok olmasının engellenmesini amaçladığı görülmektedir. Bu maddeler, benzer şekilde 1982

³⁵³ "Balık, Endonezya halkının beslenmesinde oldukça önemli bir yerde durmaktadır... Aşırı avlanma ve aşırı kullanmanın uyumsuzlukların potansiyel bir kaynağı olmaları nedeniyle Komite, bu uyumsuzlukların ortaya çıkmasını engellemek amacıyla kıyıdaş devletlere aralarında, uyuşan çıkarlarını da göz önünde bulundurarak belirli deniz alanlarındaki canlı kaynakların korunması amacıyla andlaşmalar yapmalarını tavsiye etmelidir." ("Official Records of the Third Committee," 8-9). "Birleşik Krallık Delegasyonu, koruma düzenlemelerinin önemini anlamış ve bu nedenle halkı için hayati önemde olan tüm balıkçılık alanlarını kendisinin taraf olduğu uluslararası andlaşmalarla kurulan uluslararası koruma komisyonları yoluyla korumaya almıştır... Komite'nin yapacağı tartışma iki temel olgudan ciddi bir şekilde etkilenecektir. Bunlardan ilki, artan insan nüfusunun balık da dahil olmak üzere daha çok gıda maddesine ihtiyaç duyması; ikincisi ise gelişen balıkçılık tekniklerinden ve bilimsel gereçlerden yararlanılarak denizdeki canlı kaynakların çok daha yoğun ve yüksek verimle kullanılması... Bu nedenle açık denizde balıkçılık serbestisine, korumaya yönelik gerekli düzenlemeleri yapmak için devletler tarafından kabul edilen bir sorumluluk de eşlik etmelidir (a.g.e. s. 10). "Pakistan Delegasyonu, balıkçılık tekniklerindeki ve balıkçılık araçlarındaki gelişmeler göz önüne alındığında korumaya ilişkin birtakım düzenlemelerin yapılmasının gerekli olduğu ve 50. maddede belirtilen "koruma" tanımıyla hemfikir olduğunu bildirmektedir. Ayrıca hükümet, etkili koruma düzenlemelerinin yapılabilmesi için kıyıdaş devletler arasında yapılan andlaşmalara, tek taraflı devlet eylemlerinden daha çok önem vermektedir (a.g.e. s. 26).

³⁵⁴ Hazırlanan andlaşmalar ve ek protokol şunlardır: Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, Kıta Sahaneliği Sözleşmesi, Açık Deniz Sözleşmesi, Açık Denizde Balıkçılık ve Canlı Kaynakların Korunması Sözleşmesi ile Uyumsuzlukların Çözümüne İlişkin İhtiyari Protokol

BMDHS'nin MEB'deki 61 vd. maddeleri ve 116-120. maddeler arasında da yer almışlardır.

2.3.3. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 300. Maddesi Kapsamında Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

1958 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı'nda uluslararası toplum, uluslararası deniz hukukunu tam ve kapsamlı bir şekilde kodifiye edecek tek bir uluslararası andlaşma hazırlayamamış; konferans sonucunda uluslararası deniz hukukunun çeşitli konularını düzenleyen 4 farklı uluslararası andlaşma ve 1 adet ek protokol imzalanmıştır. 4 farklı uluslararası andlaşmanın mevcudiyeti, bu andlaşmaları onaylayan devletlerin de farklılık göstermesine neden olmuş ve bu doğrultuda andlaşmalar "evrensellik" niteliğini kazanamamıştır. Bununla birlikte, dekolonizasyon hareketleri sonucunda ekonomileri kıyıların olduğu denizlerdeki canlı kaynaklar üstüne bina edilen kolonilerin büyük çoğunluğunun bağımsız olmasıyla uluslararası toplumun yapısı büyük oranda değişmiş ve bu devletler de uluslararası deniz hukukunun kodifikasyonunda etkin bir şekilde yer almaya yönelik taleplerini dile getirmişlerdir. Diğer taraftan 1958 Konferansı'nda, uluslararası deniz hukukunun dönemsel bakımdan en önemli sorunlarının başında gelen karasularının genişliğinin ve bitişik bölgede kıyı devletinin münhasır avlanma hakkının andlaşmalarda düzenlenememesi, bu sorunların çözülmesi amacıyla bir konferansın yapılmasını gerekli kılmıştır.

Bu kapsamda, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun aldığı 10 Aralık 1958 tarihli 1307 (XIII) numaralı karar doğrultusunda 1960 yılında yeni bir uluslararası konferansın yapılacağı bildirilmiştir. 2. Cenevre Deniz Hukuku Konferansı, 1960'ın Mart ayında başlamış fakat bahsedilen iki konuya yönelik bir düzenleme yapılamadan dağılmıştır.³⁵⁵

³⁵⁵ 2. Cenevre Deniz Hukuku Konferansı, 17 Mart-26 Nisan 1960 tarihleri arasında 87 devletin katılımıyla başlamıştır. Konferans'ta karasularının genişliği açısından "6 dm'yi savunanlar" ve "12 dm'yi savunanlar" olmak üzere iki temel grup oluşmuştur. Fakat, Soğuk Savaş'ın SSCB ile ABD arasındaki ilişkileri oldukça gergin hale getirmesi ve Arap devletlerinin İsrail'e yönelik tutumlarının devam etmesi nedeniyle bu iki grup arasında bir uzlaşma sağlanamamış ve Konferans herhangi bir karar alınmadan dağılmıştır (Derek W. Bowett, "The Second United Nations Conference on the Law of the Sea," *International & Comparative Law Quarterly* 9 (3) (1960), s. 421-22).

İlk başta yalnızca deniz yatağı ve okyanus tabanlarının barışçıl kullanımına yönelik bir taslak andlaşma hazırlamakla görevlendirilen “Deniz Yatağı ve Okyanus Tabanlarının Devletlerin Egemenliği Dışında Kalan Bölümlerinin Barışçıl Amaçlarla Kullanımını İnceleme Geçici Komitesi” BM Genel Kurulu’nda alınan karar doğrultusunda daimi hale getirilmiş ve Komite, yaptığı çalışmalar sonrasında BM Genel Kurulu’na bir rapor sunmuştur. Rapor kapsamında BM Genel Kurulu 1970 yılında, uluslararası deniz hukukunun tam ve kapsamlı bir şekilde kodifiye edilmesi amacına yönelik olarak 1973 yılında başlayacak yeni bir uluslararası konferans yapılması kararını vermiştir.^{356,357}

Aralık 1973’te başlayan Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı’nda ilk olarak bir Genel Komite oluşturulmuş ve amaçları, kendilerine verilen konular üstünde çeşitli taslak andlaşmalar hazırlamak suretiyle bu taslak andlaşmaları Genel Komite’ye sunmak olan üç adet alt komite kurulmuştur.³⁵⁸ Bu alt komiteler ise kendi içlerinde çeşitli çalışma grupları oluşturmak suretiyle, çalışma gruplarının hazırladığı taslak maddeleri tartışarak birtakım taslak andlaşmalar hazırlamışlardır.

Komitelerin yaptıkları çalışmalar sonucunda birçok taslak andlaşma metninin ortaya çıkması, Genel Komite’nin 29 Temmuz 1974 tarihli 46. Genel Toplantısı’nda Komite başkanı H. S. Amerasinghe’nin her bir Alt Komite’den yalnızca 1 adet taslak andlaşma hazırlamasını talep etmesine neden olmuş, Alt Komiteler Genel Komite’nin 15 Nisan 1975 tarihli 11. Genel Toplantısı’ndan hemen sonra hazırladıkları resmi olmayan tekil müzakere metinlerini Genel Komite’ye sunarak, Genel Komite’nin de bu metinler üstünde çeşitli tartışmalar yapabilmesinin önünü açmıştır.³⁵⁹ Bu, resmi olmayan tekil müzakere metinleri, 1982 yılında imzalanan BMDHS’nin de temelini oluşturmuştur.

³⁵⁶ A/RES/2750(XXV)/C (17 Aralık 1970).

³⁵⁷ Saraçyakupoğlu ve Özgöktaş, "Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında "Takımada" Kavramı ve Bir "Takımada Devleti" Olarak Endonezya," s. 472-73.

³⁵⁸ Bu komitelerin çalışma alanları sırasıyla şu şekilde belirlenmiştir: Derin deniz yatağının hukuki statüsünün belirlenmesi ve bu alana ilişkin bir uluslararası organizasyonun kurulmasıyla ilgili 1. Alt Komite, başta karasuları, boğazlar, açık deniz ve balıkçılık gibi konular üzere uluslararası deniz hukukunun temel konularının hukuki statülerinin belirlenmesine yönelik 2. Alt Komite ve deniz kirliliği ve denizde bilimsel araştırmaya yönelik olarak 3. Komite.

³⁵⁹ Barry Buzan, "Negotiating by Consensus: Developments in Technique at the United Nations Conference on the Law of the Sea," *The American Journal of International Law* 75 (2) (1981), s. 332-36.

Hakkın kötüye kullanılması yasağıysa, genel olarak Alt Komiteler’de tartışılmamış; Genel Komite’nin, hazırlanan andlaşmanın girişi ve son hükümlerine ilişkin olarak genel toplantılarında ele alınmıştır. Yasağın hazırlanan andlaşmada yer almasına ilişkin ilk teklif, 15 Mayıs 1978’de gerçekleşecek olan Genel Toplantı’da görüşülmek üzere 5 Mayıs 1978’de Meksika tarafından sözleşmenin 1. maddesine ilişkin olarak iyiniyetle bağlantılı bir şekilde verilmiştir. Bu maddede üye devletlere andlaşma tarafından verilen yükümlülükleri iyiniyetle yerine getirme ve sözleşmede tanınan hak ve yetkileri diğer devletlerin ya da uluslararası toplumun tümünün menfaatlerine gereksiz veya keyfi olarak zarar vermeyecek şekilde kullanma sorumluluğu verilmiştir.³⁶⁰ Bu taslak maddeye göre:

“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, aşağıdaki ilkelere uymayı ve kendi yargı yetkisine tabi gerçek ve tüzel kişilerin bu ilkelere uygun hareket edeceklerini taahhüt ederler:

1. Bu Sözleşmede kendilerine tanınan hakları ve yetkileri, diğer devletlerin haklarına veya bir bütün olarak uluslararası toplumun menfaatlerine gereksiz veya keyfi olarak zarar vermeyecek şekilde kullanmak

2. Bu Sözleşme’de belirtilen yükümlülüklerle iyiniyetle uymak”

Taslak madde Şili ve Uruguay delegeleri tarafından da desteklenmiş ve Sözleşme’nin giriş bölümünde iyiniyet ve “hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi”ne³⁶¹ yer vermesinin çok önemli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Uruguay delegesi, hakkın kötüye kullanılmaması ilkesinin, Konferans tarafından hazırlanan “yeni uluslararası deniz hukukunun temel ilkelerinden biri” olduğunu bildirmiştir.³⁶² Meksika’nın taslak maddesinin genel olarak kabul görmesi sonucunda, asıl olarak “*kıyı devletlerinin münhasır ekonomik bölgelerdeki egemen haklarını kullanması sonucunda ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümü*” konusunu müzakere etmek amacıyla kurulan 5. Müzakere Grubu’nun³⁶³ Alt Müzakere Grubu’nun hazırladığı ve 19 Mayıs 1978 tarihinde sunulan

³⁶⁰ UNCLOS General Committee, Mexico: Draft Article 1, U.N. Doc. A/CONF.62/L.25 (1978).

³⁶¹ Yapılan görüşmelerde Şili ve Uruguay delegeleri tarafından “hakkın kötüye kullanılması yasağı” yerine “hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi” kavramına yer verilmiştir. Bu iki devletin delegelerinin, Meksika’nın taslak maddesi bağlamında bu açıklamayı yapması nedeniyle, iki kavramın da aynı anlama geldiği söylenebilir.

³⁶² UNCLOS General Committee, Official Record of 98th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/CONF.62/SR.98 (1978), s. 44, 46.

³⁶³ Müzakere grupları, temelde konferansa katılan devletlerin sözleşmenin hazırlanması sürecindeki katılımlarını artırmak amacıyla Genel Komite’nin 11 Nisan 1978 tarihli raporu kapsamında kurulmuştur. Toplamda 4 adet olan ve kendi içlerinde alt müzakere grupları da oluşturabilen müzakere grupları

taslakta hakkın kötüye kullanılması yasağına da yer verilmiştir. Alt Müzakere Grubu'nun raporunda, 5. Müzakere Grubu'nda yapılan tartışmalarda kıyı devletlerinin, haklarını kötüye kullanmaları durumuna münhasır bir zorunlu yargı yolunun meydana getirilmesi fikrine şiddetle karşı çıktıkları; fakat hakkın kötüye kullanılması yasağına yönelik genel bir hükmün sözleşmede yer almasına ise sıcak baktıkları belirtilmiştir. Müzakere grubunun bu durumu da göz önünde tutarak, hakkın kötüye kullanılması yasağına yönelik olarak hazırladığı taslak madde şöyledir:

“Tüm devletler bu sözleşmede kendilerine tanınan hak ve yetkileri, başka devletlerin haklarına ya da uluslararası toplumun menfaatlerine gereksiz veya iradi olarak zarar vermeyecek şekilde kullanacaklardır.”³⁶⁴

Bu teklif, 1978'de gerçekleştirilen diğer genel toplantılarda da destek bulmuş ve Genel Komite'de başka herhangi bir tartışmaya konu olmamıştır. Bununla beraber, 25 Nisan 1979'da yapılan 111. Genel Toplantı'da hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin yukarıdaki taslağın Genel Kurul'a sunulması için ilk olarak, yapılacak olan Resmi Olmayan Genel Toplantı'da konunun tartışılması gerektiğini belirtmiştir. Bunun temel nedeni ise hakkın kötüye kullanılması yasağının asıl olarak Müzakere Grubu'nun çalışma alanının dışında kalması olarak ifade edilmiştir.³⁶⁵ Nitekim, 29 Mart-1 Nisan 1980 tarihleri arasında yapılan Resmi Olmayan Genel Toplantı'nın başkanının hazırladığı raporda da hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin olarak yine Meksika'nın teklifine değinilmiştir.³⁶⁶ Resmi Olmayan Genel Toplantı'da delegasyonların büyük bir bölümü Meksika'nın taslak maddesini, maddenin ikinci fıkrasına gelen birtakım itirazlar dışında, kabul etmişlerdir.³⁶⁷ Bu itirazlar kapsamında

yaptıkları tartışmaların sonuçlarını ve hazırladıkları taslak maddeleri üstünde müzakere ettikleri konunun görev alanına girdiği Alt Komite'nin başkanına sunmuşlardır. (UNCLOS General Committee, Organization of Work, U.N. Doc. A/CONF.62/63 (1978) ve UNCLOS General Committee, Report of the General Committee on the Organization of the Work of the Seventh Session, U.N. Doc. A/CONF.62/61 (1978), s. 2-3).

³⁶⁴ UNCLOS General Committee, Reports of the Committees and Negotiating Groups on Negotiations at the Resumed Seventh Session Contained in a Single Document Both for the Purposes of Record and For the Convenience of Delegations, U.N. Doc. A/CONF.62/RCNG/1 (1978), s. 119-124.

³⁶⁵ UNCLOS General Committee, Official Record of 101th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/CONF.62/SR.111 (1978).

³⁶⁶ UNCLOS General Committee, Reports of the President on the Work of the Informal Plenary Meeting of the Conference on General Provisions-Preliminary Report, U.N. Doc. A/CONF.62/L.53 (1980).

³⁶⁷ UNCLOS General Committee, Reports of the President on the Work of the Informal Plenary Meeting of the Conference on General Provisions-Supplementary Report, U.N. Doc. A/CONF.62/L.53/ADD.1 (1980).

yapılan değişiklik sonucundaysa madde “İyiniyet ve Hakkın Kötüye Kullanılması” başlığını almış ve şu hale gelmiştir:

“Bu Sözleşme’ye taraf olan devletler, bu Sözleşme kapsamında üstlendikleri yükümlülükleri iyiniyetle yerine getirmeyi ve bu sözleşmede tanınan hak, yetki ve özgürlükleri bir hakkın kötüye kullanılması hali teşkil etmeyecek şekilde kullanmayı taahhüt ederler.”³⁶⁸

Madde yukarıdaki şekliyle, Genel Komite’nin 9. Oturumu’nda sunulan Taslak Deniz Hukuku Andlaşması’nda 300. madde olarak sunulmuştur. Sonrasında ise, hükmün lafzında yapılan önemli nitelikte olmayan değişikliklerle birlikte BMDHS’nin “İyiniyet ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” başlıklı 300. maddesi olarak yer almıştır.³⁶⁹

³⁶⁸ UNCLOS General Committee, Report of the President on the Work of the Informal Plenary Meeting of the Conference on General Provisions, U.N. Doc. A/CONF.62/L.58 (1980).

³⁶⁹ Burada, BMDHS bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağı ve “gerekli saygı ilkesi” arasındaki ilişkiye de değinilmesi gerekmektedir. 1958 Açık Deniz Sözleşmesi’nde “makul saygı” olarak adlandırılan gerekli saygı ilkesi BMDHS’nin karasularından, açık denizi düzenleyen hükümlerine kadar birçok bölümünde kendine yer bulmuştur. 1958 Açık Deniz Sözleşmesi’ndin 2/2. maddesi doğrultusunda yalnızca açık denizde taraf devletlere tanınan hak ve yetkilerin kullanılmasında diğer devletlerin menfaatlerine makul derecede saygı gösterilmesini zorunlu kılan makul saygı ilkesi uluslararası deniz hukukunun en temel ilkesi olan denizlerin serbestisi ilkesi kapsamında devletlere verilen özgürlüklerin sınırlandırılmasını amaçlamıştır. Bu durum UHK’nin taslak andlaşmasının, aynı içeriğe sahip olan “Açık Denizlerin Serbestisi” başlıklı 27. maddesine ilişkin yine UHK tarafından yapılan yorumda taraf devletlerin, diğer devletlerin vatandaşlarının açık denizlerden yararlanmasını olumsuz etkileyebilecek her türlü eylemden kaçınmaları gerektiği şeklinde ifade edilmiştir (UHK, *Yearbook of International Law Commission Vol.II - Documents of the Eighth Session Including the Report of the Commission to the General Assembly*, s. 278).

Buna karşın ilkenin kullanım alanı BMDHS yoluyla oldukça genişletilmiş ve devletin kara ülkesinin bir parçası olarak nitelendirilen içsular dışında bütün deniz yetki alanlarında hakların, özgürlüklerin ve yetkilerin kullanılması sırasında göz önüne alınması gereken genel bir ilke haline gelmiştir. Bu kapsamda, BMDHS’nin 19 maddesinde bu ilkeye yer verilmiştir. (Bu maddelerde, gerekli saygının yerine ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. *Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention*, ed. George K. Walker (Leiden, Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2012), s. 179-82.

Bu doğrultuda gerekli saygı ilkesinin asıl amacı, devletlerin belirli bir deniz yetki alanındaki çelişen ya da çakışan menfaatleri arasında bir uzlaşmayı mevcuda getirerek devletlerin her bir menfaatinin en yüksek derecede korunmasını ve buna bağlı olarak uluslararası deniz hukukunda devletlerin menfaatleri arasında bir dengenin oluşturulmasıdır. Nitekim bu durum, İngiltere ile İzlanda arasındaki Balıkçılık Davası’nda UAD tarafından da ortaya konulmuştur. Divan’a göre, “başka devletlerin aynı balıkçılık kaynaklarının kullanılması üstündeki menfaatlerine yapılan gönderme, kıyı devletinin balıkçılık tercihli haklarının ve diğer devletlerin andlaşma tarafından verilen haklarının, ilkesel anlamda, birlikte var olmaya devam ettiğinin kabul edildiğini açıkça göstermektedir.” (Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1973 s. 14-21. ve Mathias Forteau, "The Legal Nature and Content of "Due Regard" Obligations in Recent International Case Law," *The International Journal of Marine and Coastal Law* 34 (1) (2019), s. 29-31). Gerekli saygı ilkesinin taraf devletlere yüklediği temel sorumluluk, kendisine andlaşma tarafından verilen hak, yetki ve özgürlükleri başka bir devletin kendi hak, yetki ve özgürlüklerini sınırlandırmayacak ya da bu sayılanlara zarar vermeyecek şekilde kullanması gerektiğidir. Bu kapsamda, gerekli saygı ilkesinin BMDHS’nin 300. maddesiyle sıkı bir şekilde bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim bir devletin haklarını, yetkilerini ya da özgürlüklerini kullanırken diğer

Deniz Hukuku Konferansı'nda özellikle Türkiye'nin Ege Denizi'nde Yunanistan ile yaşadığı karasularının genişliği sorunu nedeniyle hakkın kötüye kullanılması yasağına yönelik birtakım değerlendirmeleri olmuştur. Türkiye delegasyonu, taraf devletlere karasularının genişliğini 12 dm'ye kadar belirleme hakkı veren BMDHS'nin 3. maddesinin bir yarı kapalı deniz niteliğinde olan Ege Denizi'ne uygulanması durumunda Ege Denizi'ndeki tüm açık deniz alanlarının karasuları haline getirilmesine yol açacak şekilde olduğunu ve bu durumun "açıkça hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edeceğini" iddia etmiştir.³⁷⁰ Buna ek olarak, hakkın kötüye kullanılması yasağının uluslararası hukuktaki asıl amacının mevcut olan kuralları özel durumlara uyarlamak olduğunu belirtmiş ve bu kapsamda özellikle kıyıdaş devletlerin kıyılarının arasındaki mesafenin yeterli genişlikte olmadığı yarı kapalı ve kapalı denizler açısından denizlerin bu özelliği göz ardı edilerek kıyı devletlerinden herhangi birinin karasularının genişliğini belirlemesinin denize kıyısı olan diğer devletlerin halihazırdaki hakları ve menfaatleri açısından 300. maddeye başvurulacak nitelikte eşitsiz ve adil olmayan sonuçlar doğuracağını bildirmiştir.³⁷¹

300. madde sonraki dönemde, uluslararası deniz hukukunun diğer alanlarını düzenleyen birtakım uluslararası anlaşmalarda da yer almıştır. Bu anlaşmalardan en önemlisi 1995 tarihli Birleşmiş Milletler Balıkçılık Stokları Anlaşması'dır. Ayırık balık türlerinin ve yüksek derecedeki göçmen balık türlerinin korunması ve sürdürülmesi

devletlerin de haklarını, yetkilerini ya da özgürlüklerini göz önüne alması iyiniyet ilkesinin bir gereğidir. Diğer taraftan bunların göz ardı edilmesi, bir hakkın kötüye kullanılması haline de vücut verebilecektir (Anderson, *Modern Law of the Sea*, s. 233-35). Bununla beraber Chagos Deniz Koruma Alanı (*Chagos Marine Protected Area*) tahkiminde verilen 18 Mart 2015 tarihli kararda tahkim mahkemesi, BMDHS'nin münhasır ekonomik bölgede gerekli saygı ilkesine uyulmasını zorunlu kılan 56/2. maddesine yönelik olarak yaptığı incelemede, iyiniyet ilkesiyle gerekli saygı ilkesinin "her anlamda aynı olduğunu" bildirmiştir (Arbitral Tribunal, *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius/United Kingdom)*, Award, s. 203). Forteau, bu belirlemenin doğru olmadığını iddia etmiştir. Ona göre, 300. maddenin BMDHS'nin tümüne uygulanabilir nitelikte olması nedeniyle iyiniyet ilkesi, gerekli saygı ilkesini kapsamaktadır. Diğer taraftan, iyiniyet ilkesi gerekli saygı ilkesine göre daha soyut bir niteliktedir. Bu iki neden doğrultusunda, tahkim mahkemesinin "kavramların genel geçer anlamlarına sadık kalmadığını" ifade etmiştir. (Forteau, "The Legal Nature and Content of "Due Regard" Obligations in Recent International Case Law," s. 38).

³⁷⁰ UNCLOS General Committee, Official Record of 160th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/CONF.62/SR.160 (1982), s. 27.

³⁷¹ UNCLOS General Committee, Official Record of 189th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/CONF.62/SR.189 (1982), s. 76-78. ve UNCLOS General Committee, Note by the Secretariat, U.N. Doc. A/CONF.62/WS/37 and Add.1-2 (1982), s. 242.

amacını taşıyan andlaşmanın 34. maddesi BMDHS'nin 300. maddesiyle, “yetki ve özgürlükler” ifadesi dışında aynıdır.

300. madde kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağının somut olaya uygulanabilirliğine yönelik en kapsamlı inceleme, Panama ve İtalya arasındaki *The M/V Norstar Davası*'nda UDHM tarafından yapılmıştır. Davaya konu olayda, Norveçli bir şirketin sahip olduğu Panama bayraklı M/V Norstar petrol tankeri, 1994 ile 1998 yılları arasında Panama'nın “İtalya, İspanya ve Fransa'nın karasularının dışındaki açık deniz”; İtalya'nın ise “Fransa, İtalya ve İspanya'nın kıyılarının açıkları” olarak tanımladığı bir bölgede mega yatlarla yakıt ikmali hizmeti vermiştir. Bu yakıtın tedarikini ise, gemi yakıt brokeri olarak İtalya merkezli bir şirket üstlenmiştir.³⁷²

1997 yılında İtalyan mali polisi, M/V Norstar'ın gemi yakıt brokeri olan Rossmare International S.A.S şirketine ve M/V Norstar'ın faaliyetlerine yönelik bir inceleme başlatmıştır. İnceleme sonucunda M/V Norstar'ın, “*İtalya'da vergiden muaf olarak alınan gemi yakıtını İtalya'nın San Remo şehrinin açıklarındaki uluslararası sularda vatandaşları ve diğer AB ülkeleri vatandaşlarının sahibi olduğu gemilere satma işine karıştığını*” belirleyerek tankerin sahibi olan Norveçli şirketin üst düzey yetkililerine, tankerin kaptanına ve gemi yakıt brokeri şirketin sahibine soruşturma açmıştır. Buna ek olarak 11 Ağustos 1998 tarihinde İtalya'daki Savona mahkemesinin aldığı karar doğrultusunda tankere 25 Eylül 1998'de İspanyol otoriteleri tarafından Mallorca Limanı'nda el konulmuştur.³⁷³ 11 Mart 1999 tarihinde Savona mahkemesi tarafından tankerin sahibi olan şirkete, teminat ödemesi yapması halinde geminin serbest bırakılabileceği belirtilmiş; fakat bu ödeme yapılmamıştır. 2003 yılında mahkeme, hem ceza soruşturmasına gerek olmadığına karar vermiş; hem de M/V Norstar'ın serbest bırakılarak sahibi olan şirkete teslim edilmesini talep etmiştir. Ayrıca bu talepte İtalyan hukuku gereğince geminin, talebin tebliğinden itibaren 30 gün içinde teslim alınmaması durumunda yargıcın tankerin satılmasına karar vereceğini bildirmiştir. Talep her ne kadar tankerin sahibi olan Norveçli şirkete gönderilse de gemi belirtilen süre içinde teslim alınmamış ve bu kapsamda 25 Mart 2015 tarihinde yapılan açık artırma

³⁷² M/V “Norstar” (Panama v. Italy), Judgment, ITLOS Reports 2018-2019, s. 31-32.

³⁷³ a.g.k. s. 32-33.

sonucunda satılmıştır. Tanker, satın alan şirket tarafından hurdaya ayrılmış ve parçalarına ayrılmıştır.³⁷⁴

Panama 16 Kasım 2015 tarihinde uyuşmazlığa ilişkin olarak İtalya'nın, zamanından önce alınan³⁷⁵ ve hukuka uygun herhangi bir gerekçesi olmayan el koyma kararının ve karar sonrasındaki işlemlerin, her iki devletin de tarafı olduğu BMDHS'nin temelde seyrüsefer serbestisinin; bu kapsamda da 33, 73/3 ve 73/4, 87, 111, 226 ve 300. maddelerini ihlal ettiğini bildirerek UDHM'ye başvurmuştur. Yapılan başvuruda, gemiye el konulduğu anda yakıt tanklarında 170 ton yakıt bulunduğu ve gemiye hukuksuz bir şekilde el konulmasından sonra şirketin geçen 17 sene içerisindeki maddi zararı da göz önüne alınarak bir maddi tazminat talebinde de bulunulmuştur.³⁷⁶

Panama, İtalya'nın 300. madde kapsamındaki iddiasını asıl olarak BMDHS'nin "Açık Denizlerin Serbestliği" başlıklı 87. maddesinde yer alan seyrüsefer serbestisini kötüniyetle kullanmak suretiyle ihlal ettiğini belirterek temellendirmiştir. Bu kapsamda, 87. maddenin devletlere seyrüsefer serbestisinden yararlanma hakkını verse de; aynı zamanda diğer devletlerin seyrüsefer serbestisini koruma yükümlülüğünü de verdiğini bildirmiştir. Bu doğrultuda iyiniyet ilkesinin ve hakkın kötüye kullanılması yasağının birbirleriyle çok yakın ilişkili olduğundan bahsettikten sonra, bir devlet açısından kötüniyetli olma durumunu şöyle tanımlamıştır: "*Bir devletin, BMDHS'nin bir hükmünü ihlal ettiği ya da ihlal etmesine vücut verecek şekilde eylemlerde bulunduğu tespit edilmesi durumunda eylem iyiniyetli değildir.*"³⁷⁷

Yukarıdaki bilgiler doğrultusunda Panama, İtalya'nın ilk olarak tankerin İtalyan hukukuna göre suç oluşturan faaliyetlerinin açık denizde gerçekleştirildiğinin bilincinde olmasına rağmen tankere yargı yetkisinin dışında el koymak suretiyle 87. maddede

³⁷⁴ a.g.k. s. 34-36.

³⁷⁵ Panama, konuya ilişkin yaptığı gerekçelendirmede el koyma kararının 11 Ağustos 1998 tarihinde çıkartıldığını; fakat yapılan soruşturma sonucunda elde edilen bulguların savcıya 24 Eylül 1998'de iletildiğini belirterek el koyma kararının henüz soruşturma bitmeden verildiğini ifade etmiştir (M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Judgment, s. 83).

³⁷⁶ M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Application of the Republic of Panama, ITLOS Reports 17 December 2015.

³⁷⁷ M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Memorial of the Republic of Panama, ITLOS Reports 17 December 2015, s. 28-29.

düzenlenen seyrüsefer serbestisini kötünietli bir şekilde ihlal ettiğini; sonrasında ise tankerin limanda demirli olmasını bir fırsat olarak görmek suretiyle yargılama sürecini uzatarak, Panama'nın konuya ilişkin beyanlarını dikkate almayarak ve tankerin serbest bırakılmasına direnmek suretiyle bu ihlalini devam ettirdiğini bildirmiştir. Panama, İtalya'nın bu faaliyetlerini “iradi bir iyiniyet yokluğu” olarak nitelendirmiştir.³⁷⁸ Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanılması yasağının “uluslararası hukukta yaygın bir şekilde kullanıldığını” belirttikten sonra 300. maddenin temelde devletleri herhangi bir hakkın kötüye kullanılması halinden koruduğunu ifade etmiştir.³⁷⁹ Bu doğrultuda Panama, İtalya'nın hukuka aykırı bir şekilde tankere el konulmasını talep etmek ve gümrük kanunlarını uygun olmayan bir şekilde uygulamak suretiyle diğer devletlerin seyrüsefer serbestisini uygulamadaki menfaatlerini gerekli saygı ilkesi doğrultusunda göz önünde tutma yükümlülüğünü ihlal ettiğinden ve hiçbir devletin kendisine uluslararası hukuk tarafından tanınan bir hakkı, başka bir devlete zarar verecek şekilde kullanamayacağından bahisle olayda bir hakkın kötüye kullanılması haline vücut verdiğini bildirmiştir. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması yasağını işleyen uluslararası andlaşma hükümlerinin hukukun “meşru ve gerekli” bir kaynağı olduğundan da bahsetmiştir.³⁸⁰

Bu kapsamda Panama'nın 300. madde kapsamındaki iddiaları şu şekilde sıralanabilir: İtalya 87. maddeyi ihlal ettiğinden iyiniyetli davranmamıştır. Tankere el koymadan önce birkaç sene beklediğinden ve el koymayı İspanya içsularında gerçekleştirdiğinden iyiniyeti gözetmemiştir. Panama'nın bildirimlerine yanıt vermemiş ve tankeri konu alan soruşturmaların içeriği bakımından çeşitli yanlışlıkların mevcudiyetine mahal

³⁷⁸ a.g.e. s. 30-32.

³⁷⁹ Bu doğrultuda Panama, 300. maddenin temel amacını şöyle açıklamıştır:

“Sözleşme'nin 300. maddesi, devletleri herhangi bir hakkın kötüye kullanılması halinden korumayı amaçlamakta ve Panama tarafından, Sözleşme'de tanınan bir yetkinin kullanılış biçimine ilişkin olarak bu hükme başvurulmaktadır. Bu hüküm aynı zamanda Mahkeme'yi, M/V Norstar'ın faaliyetlerinden menfaatleri olan kişilerin ceza kovuşturmasının olası bir sonucu olarak mala el konulması da dahil olmak üzere hakkın kötüye kullanılması hallerinin mevcudiyeti halinde adaleti yerine getirmesi ve çeşitli çözümler bulması amacıyla yetkilendirmektedir” (a.g.e.s. 33).

³⁸⁰ a.g.e. s. 33.

verdiğinden iyiniyetli davranmamıştır. Bu üç durum dolayısıyla İtalya, yargı yetkisini bir hakkın kötüye kullanılması haline vücut verecek şekilde kullanmıştır.³⁸¹

Panama'nın bu iddialarına karşılık olarak İtalya 11 Ekim 2017 tarihinde verdiği cevapta, Panama'nın iddia ettiği gibi BMDHS'nin ihlal edildiği her durumun bir yandan da 300. maddenin ihlali olarak nitelendirilmesinin mantığa aykırı olduğunu bildirmiştir. Panama'nın diğer iddiaları açısından, 87. maddede düzenlenen açık denizde seyrüsefer serbestisini ihlal etmemek için el koymanın İspanya içsularında yapıldığını ve el koymanın nedeninin tankerin bölgedeki yakıt ikmali faaliyetleri değil; gemi yakıt brokeri olan şirketin İtalya'daki vergi kaçırma ve kaçakçılık teşkil eden eylemleri olduğunu bildirmiştir. Bu kapsamda Panama'nın iddialarının, “basit varsayımlar”dan ileri gitmediğini ifade etmiştir.³⁸²

Diğer taraftan, UDHM'nin 28 Mayıs 2013 tarihinde Saint Vincent ve Grenadinler ile İspanya arasındaki *M/V Louisa Davası'na*³⁸³ yönelik verdiği kararına ve 14 Nisan 2014

³⁸¹ M/V “Norstar” (Panama v. Italy), Counter-Memorial of Italy, ITLOS Reports 11 October 2017, s. 31.

³⁸² a.g.e. s. 32-33.

³⁸³ ABD merkezli bir şirketin sahibi olduğu Saint Vincent ve Grenadinler bayraklı açık deniz araştırma gemisi olan M/V Louisa gemisi 2004 yılında tek başına; 2005 yılında ise aynı şirkete ait olan Gemini III gemisi ile birlikte İspanya'nın güneybatısındaki Cadiz Körfezi'nde petrol ve metan gazı arama faaliyetleri yürütmüştür. 2006 yılında arama faaliyetlerinin sona ermesiyle, şirket Gemini III gemisini bir başka şirkete kiralamıştır. Aynı yılın şubat ayında, hem M/V Louisa hem de Gemini III gemilerine demirli oldukları İspanya'nın Santa Marine Limanı'nda İspanyol otoriteleri tarafından el konulmuştur. M/V Louisa'ya el konulma nedeni olarak geminin silah saklama ve bulundurma suçunun ve İspanyol tarihi mirasına zarar verme ya da müdahale etme suçunu işlenmesinde doğrudan kullanılması gösterilmiştir. Gemini III'ün ise yalnızca ikinci suçun işlenmesine yönelik olarak kullanıldığı iddia edilmiştir. El koyma sonucunda iki gemi de demirli halde uzun süre kalmaları nedeniyle denize elverişsiz hale gelmiştir. Bu kapsamda Saint Vincent ve Grenadinler, İspanyol otoriteleri tarafından gemilere çıkılmasının ve buna müteakip el konulmasının BMDHS'nin belirli hükümlerinin ihlaline vücut verdiğini belirterek tazminat talebiyle 23 Kasım 2010 tarihinde UDHM'ye başvurmuştur (The “M/V Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Memorial of Saint Vincent and Grenadines, ITLOS Reports 2011, s. 14-20).

Yazılı yargılamanın sona ermesinden sonra Saint Vincent ve Grenadinler, mürettebatın yukarıda belirtilen suçlamalar kapsamında tutuklanmasının insan haklarını ihlal ettiği ve İspanya'nın gemilere el konulmasını karar veren mahkemenin yaptığı yargılamadaki hukuka aykırılıklar nedeniyle 300. maddenin de ihlal edildiğini belirtmiştir. Bu kapsamda UDHM, 300. maddenin ihlaline ilişkin şöyle bir belirleme yapmıştır:

“Sözleşme'nin 300. maddesinin lafzından da anlaşıldığı üzere, tek başına bu maddeye başvurulamaz. 300. madde ancak, Sözleşme'de tanınan “hakların, yetkilerin ve özgürlüklerin” kötüye kullanılması durumunda geçerli hale gelecektir.”(The “M/V Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgment, ITLOS Reports 2013, s. 43).

tarifli Panama ile Gine-Bissau arasındaki *M/V Virginia G. Davası'na*³⁸⁴ ilişkin kararına atıf yapmak suretiyle 300. maddenin tek başına başvurulmasının mümkün olmadığını ancak BMDHS tarafından devletlere tanınan belirli bir hakkın veya verilen bir yükümlülüğün kullanılması halinin iyiniyete aykırı olduğu ve bir hakkın kötüye kullanılması haline vücut verdiğinin iddia edilebileceğini bildirmiştir. Bu doğrultuda Panama'nın, İtalya'nın eylemleriyle 300. maddeyi ihlal ettiğine yönelik iddiasının UDHM'nin yukarıda bahsedilen kararları doğrultusunda göz önüne alınmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.³⁸⁵

UDHM *M/V Norstar Davası'na* ilişkin olarak verdiği 10 Nisan 2019 tarihli kararında, önüne gelen bir uyuşmazlıkta taraf devletlerden herhangi birinin 300. maddeye

300. maddenin tek başına ileri sürülemeyeceğine ek olarak, yazılı yargılamadan sonra 300. maddeye dayanılarak bir ihlalin var olduğunun belirtilmesinin dava dilekçesinde yer alan iddialar kapsamında değerlendirilemeyeceğinden yeni bir yargılamayı gerektirdiğini bildirmiştir.

Yukarıdaki iki nedenle UDHM *M/V Louisa Davası'nda*, uyuşmazlıkta 300. maddenin ihlal edildiğine ilişkin iddiayı değerlendirmeye almamıştır (The “*M/V Louisa*” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgment, ITLOS Reports 2013, s. 40-44).

Yargıç Lucky *M/V Norstar Davası* kararına ilişkin olarak verdiği ayrık görüşte *M/V Louisa Davası* ile *M/V Norstar Davası'nın*, *M/V Louisa'ya* İspanya idari otoriteleri tarafından el konulan deniz alanının İspanya'nın içsuları olması nedeniyle birbirinden ayrı tutulması gerektiğini belirtmiştir (*M/V “Norstar”* (Panama v. Italy), Separate Opinion of Judge Lucky, ITLOS Reports 10 April 2019, s. 229).

³⁸⁴ Panama bayraklı *M/V Virginia G*, Panama merkezli Penn Lilac şirketinin sahibi olduğu bir petrol tankeridir. Tanker, Penn Lilac tarafından İrlanda merkezli Lotus Federation'a kiralanmış; 14 Ağustos 2009 tarihinde ise Gine-Bissau'nun münhasır ekonomik bölgesinde faaliyet gösteren balıkçılık gemilerine yakıt ikmal hizmeti vermek amacıyla Empresa Balmar Pesquerías de Atlántico (BALMAR) şirketiyle yapılan sözleşme sonucunda bu deniz yetki alanında hizmet vermeye başlamıştır. 20 Ağustos 2009 tarihinde

Gine-Bissau Ulusal Balıkçılık ve Kontrol Otoritesi'nin BALMAR'ın ülkedeki temsilcisine gönderdiği bildiriye *Virginia G*. tankerin yakıt ikmal hizmeti yapması için gerekli onayın alınıp alınmadığıyla ilgili olarak otoriteye bir cevabın gönderilmesi talep edilmiştir. 28 Ağustos 2009 tarihinde de, herhangi bir cevabın verilmemesi gerekçe gösterilerek gemiye ve balıkçılık gemilerinden bazılarına Gine-Bissau tarafından el konulmuştur (*M/V “Virginia G”* (Panama/Guinea-Bissau), Judgment, ITLOS Reports 2014, s. 30-33).

Bu el koymanın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Panama tarafından 4 Temmuz 2021 tarihinde yapılan başvuru sonucunda, uyuşmazlık UDHM'nin önüne gelmiştir. Panama'nın iddialarından biri de, Gine-Bissau'nun tankere ve tankerin mürettebatına yönelik davranışları; diğer taraftan da tankerde halihazırda mevcut olan gemi yakıtının, bunu yasaklayan bir mahkeme kararı olmasına rağmen, müsadere edilmesi nedeniyle BMDHS'nin 300. maddesine aykırılık iddiasıdır. Panama'ya göre, Gine-Bissau'nun faaliyetleri kötüniyetli olup 300. maddeye aykırılık teşkil etmektedir (*M/V “Virginia G”* (Panama/Guinea-Bissau), Memorial of the Republic of Panama, ITLOS Reports 2012, s. 107-109). Divan, Panama'nın bu iddiasına yönelik yaptığı incelemede, bu iddiayı uygun bulmamış ve *M/V Louisa* kararındaki görüşünü aynı şekilde devam ettirmiştir:

“Davacının Sözleşme'nin belirli hükümlerine dayanmaksızın, davalının belirli birtakım eylemleri gerçekleştirirken iyiniyetli davranmadığı ve tutumunun bir hakkın kötüye kullanılması haline vücut verecek şekilde olduğunu iddia etmesi yeterli değildir” (*M/V “Virginia G”* (Panama/Guinea-Bissau), Judgment, ITLOS Reports 2014, s. 109).

³⁸⁵ *M/V “Norstar”* (Panama v. Italy), Judgment, s. 34-35, 39-40.

başvururken uygulaması gereken yöntemi iki adımda açıklamıştır. Bu adımlardan ilkinde, iddiada bulunan devlet uyuşmazlığa konu olayda BMDHS’de tanınan yükümlülüklerden iyiniyetle ifa edilmeyen ya da Sözleşme’de taraf devletlere tanınan haklardan, yetkilerden ya da özgürlüklerden kötünietli bir şekilde kullanılanları tespit etmeli; ikinci adımda ise bu yükümlülük ya da hak, yetki ya da özgürlükle 300. madde arasındaki bağı kurmalıdır. Bu zorunluluk kapsamında yaptığı incelemede Mahkeme, Panama’nın her ne kadar 87. maddede belirtilen seyrüsefer serbestisi bakımından 300. maddenin ihlal edildiğinden bahsetse de; bir hakkın kötüye kullanılması halinin mevcudiyeti için yalnızca Sözleşme’de yer alan bir yükümlülüğün ihlalinin yeterli olmadığını aynı zamanda bu ihlalin kötünietli olarak yapılması gerektiğini bildirmiştir.³⁸⁶ Bu doğrultuda, uyuşmazlığa konu olayda kötünietin varlığının mahkemece varsayılmasının mümkün olmaması nedeniyle bunu ancak taraflardan birinin iddia etmesi durumunda kötünietin ve bu doğrultuda hakkın kötüye kullanılması halinin varlığına yönelik bir inceleme yapılabileceği Mahkeme tarafından ortaya konulmuştur.³⁸⁷

Mahkeme yaptığı incelemede Panama’nın, başta yargısal işlemlerin çok uzun sürmesi ve İspanya limanındaki el koyma sürecindeki usül bakımından bir hakkın kötüye kullanılması haline vucüt verilmediğini bildirmiştir. Buna ek olarak İtalya’nın tankere yönelik olarak zamanından önce alındığı ve hukuka uygun herhangi bir gerekçesi olmadığını iddia ettiği el koyma kararı açısından da 300. madde ile aradaki bağı tam olarak kurulamadığını ifade etmek suretiyle İtalya’nın 300. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.^{388,389}

³⁸⁶ a.g.k. s. 80-89.

³⁸⁷ a.g.k. s. 79.

³⁸⁸ a.g.k. s. 90-92.

³⁸⁹ Bu doğrultuda Mahkeme’nin üyelerinden bazılarının karara yönelik olarak verdikleri ayrık görüşlerin de incelenmesi gerekmektedir. Bu ayrık görüşlerden, Yargıç Anthony Lucky ile Yargıç Kriangsak Kittichaisaree’nin ayrık görüşlerinin davaya konu uyuşmazlıkta bir hakkın kötüye kullanılması halinin varlığına yönelik barındırdıkları çeşitli tespitler ve bulgular önem taşımaktadır.

Yargıç Lucky el koymanın, yapılan soruşturma bitmeden gerçekleştirildiğini ve el koymadan sonra tankerin yakıt ikmali hizmetini sürdürerek ticari faaliyetlerine devam etmek için açık denize erişemediğini; diğer taraftan da başta tankere 5 aylık süre için el konulduğunu, sonradan ise bu sürenin 5 yıla çıktığını bildirmiştir. 300. maddenin İtalya’nın öne sürdüğü gibi dar değil; geniş yorumlanması gerektiğini ifade ederek, 300. maddeyi kıyı devletinin karasuları üstündeki egemenliğinin sınırlarını

SONUÇ

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, iyiniyet ilkesinin bir yansıması olarak ulusal hukuk sistemlerinde özellikle mülkiyet hakkının ve idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılması bağlamında etkin bir şekilde kullanılmıştır. Bu doğrultuda yasak, UADS'nin 38/1-c maddesinde yer alan ve uluslararası hukukun kaynaklarından biri olarak kabul edilen medeni milletlerce tanınan hukukun genel ilkelerinin asli unsuru olan “genellik” niteliğini haizdir. Diğer taraftan söz konusu yasak, uluslararası hukuka uyarlanmış ve ulusal hukuktakinden farklı bir şekilde ele alınmıştır. Bu farklılığın arkasında, ulusal hukukta bir hakkın kötüye kullanılması halinin mevcudiyeti için gereken kötüniyetin varlığının “salt zarar verme kastı”yla bağlantılandırılmak suretiyle, uluslararası hukuk açısından bir zorunlu unsur olarak yer almaması bulunmaktadır.

Bununla beraber uluslararası hukuk açısından hakkın kötüye kullanılması halinin varlığı açısından “salt zarar verme kastının” mevcudiyetine yönelik ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. 1945 Öncesi Dönem bağlamında UDAD başta olmak üzere uluslararası yargı organlarının verdikleri kararlar incelendiğinde salt zarar verme kastının, Trail Smelter Davası dışında, kötüniyetin temeli olarak kabul edilerek hakkın kötüye kullanılması halinin varlığı açısından bir asli şart olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. 1945 Sonrası Dönem’de UAD’nin kararları başta olmak üzere uluslararası yargı

belirleyen BMDHS'nin 2/3. maddesi ile bağlantılandırmıştır. Bu doğrultuda devletler, karasuları üstündeki egemenliklerini iyiniyetle kullanma ve bu kullanım sırasında hakkın kötüye kullanılması haline vücut vermemekle yükümlüdürler. Dolayısıyla İtalya, M/V Norstar tankerine 5 yıl boyunca hukuka aykırı bir şekilde el koyarak açık denize çıkmasını engellediği ve gemi sahibinin gemiye erişimini kısıtladığı için bir hakkın kötüye kullanılması haline vücut vererek, 300. maddeyi ihlal etmiştir (M/V “Norstar” (Panama v. Italy), Separate Opinion of Judge Lucky).

Bununla beraber Yargıç Kittichaisaree ise Mahkeme'nin İtalya'nın 300. maddeyi ihlal etmediği görüşüne iki nedenle katıldığını beyan etmiştir. Bu nedenlerden ilki, İtalya'nın 300. maddeyi ihlal ettiği tespit edilse dahi maddi tazminat da dahil olmak üzere davanın sonucunda herhangi bir şekilde etki etmeyecek olması; diğeri ise, davaya konu olayda “başı başına” bir hakkın kötüye kullanılması halinin mevcudiyetinin iddia ve tespit edilebilmesi için olayın tümünde İtalya'nın BMDHS'den doğan hak ve yetkilerini kötüye kullanmasının gerekmesidir. Bu durum, İtalya'nın 87/2. maddede verilen hak ve yetkiler bakımından kötüniyetli olmasının olayın tümü bakımından bir hakkın kötüye kullanılması halinin var olduğu tespitinin yapılması için yeterli kanıtın olmadığı anlamına gelmektedir (M/V “Norstar” (Panama v. Italy), Separate Opinion of Judge Kittichaisaree, ITLOS Reports 10 April 2009, s. 150-151).

organları tarafından verilen kararlar incelendiğindeyse, bu durumun değiştiği görülmektedir. Bu dönemle beraber “kötüniyet” kavramı, artık yalnızca salt zarar verme kastının mevcut olduğu hallerle sınırlı tutulmamış; bir devletin uluslararası hukuk tarafından kendisine tanınan bir hakkı, iradi olarak bir diğer devletin haklarına zarar verecek ya da haklarını kullanmasını engelleyecek şekilde kullanması halini de kapsamı içine alarak genişletilmiştir. Bu durum ulusal hukuktakinden farklı olarak, devletlerin bir eylemi salt zarar verme kastıyla gerçekleştirmelerinin mümkün olmaması dolayısıyla uluslararası yargı organları tarafından hakkın kötüye kullanılması yasağının, uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının büyük bir bölümüne uygulanabilir hale getirilmesi sonucunu doğurmuştur.

Yasağın da kapsamı içinde sayıldığı hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukukun asli kaynakları arasında var olduğu iddia edilen gayriresmi üstünlük hiyerarşilerinin sonucu olarak, ancak bir andlaşma hükmünün ya da bir gelenek hukuku kuralının hakkında bir düzenleme yapmadığı hallerde uygulanmaktadır. Bu durum uluslararası yargı organlarında söz konusu yasağa, önlerine gelen uyuşmazlıklar açısından doğrudan başvurulmaması eğiliminin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Buna karşılık yasak, birtakım çok taraflı uluslararası andlaşmalarda doğrudan bir andlaşma hükmü olarak yer almış ve böylece başta uluslararası deniz hukuku olmak üzere uluslararası hukukun bazı alanlarında hiyerarşi bakımından bir andlaşma hükmüyle aynı konuma gelmiştir. Fakat söz konusu yasağın soyut ve genel bir nitelikte olması nedeniyle, her ne kadar bir sözleşme hükmü haline gelmiş olsa da, *lex specialis* ilkesi gereğince konuya ilişkin olarak daha somut bir andlaşma hükmünün bulunması halinde göz önüne alınmadığı görülmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, 20. yüzyılın ilk yarısı itibariyle başlayan uluslararası deniz hukukunun kodifikasyonu faaliyetlerinde de gündeme gelmiş ve birçok tartışmanın konusunu oluşturmuştur. İlk olarak kıyı devletlerinin karasularının ötesinde kullanabilecekleri egemen haklarının; sonrasında ise antik bir hak niteliğinde olan açık denizde balıkçılık serbestisinin sınırlandırılması bağlamında ele alınan yasak, 1973-1982 yılları arasında düzenlenen Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı sonucunda Türkiye'nin de dahil olduğu birtakım devletlerin girişimiyle uluslararası

deniz hukukunun temel andlaşması niteliğinde olan BMDHS'nin 300. maddesinde doğrudan yer alarak bir andlaşma hükmü haline gelmiştir. Böylece, deniz hukuku kapsamında ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta taraf devletler söz konusu yasağa, BMDHS'yi ilgilendiren tüm uyuşmazlıklarda doğrudan başvurma imkanına sahip olmuşlardır. UDHM'nin önüne gelen uyuşmazlıklarda da bu durumun mevcudiyeti görülebilmektedir.

Uluslararası hukukta hakkın kötüye kullanılması halinin varlığı bakımından salt zarar verme kastının aranmaması ve yasağın, BMDHS'nin 300. maddesinde bir andlaşma hükmü olarak yer alması kıyıdaş devletlere, aralarındaki deniz yetki alanlarının sınırlandırılması bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da bu yasağa doğrudan başvurma imkanını vermektedir. Buna karşın söz konusu durumun, günümüze kadar herhangi bir uyuşmazlık bakımından ortaya çıkmadığı görülmektedir.

Bu çalışmadaki gözlemlerimiz sonucunda hakkın kötüye kullanılması yasağının bir hukukun genel ilkesi niteliğinde olduğu ve uluslararası deniz hukuku bakımından söz konusu yasağın BMDHS'nin 300. maddesi ile birlikte bir uluslararası andlaşma hükmü haline de getirildiği görülmektedir. Bu durumun BMDHS'nin uluslararası deniz hukukunun tümünü düzenlemeye yönelik bir "paket andlaşma" niteliğinde olmasından dolayı, hakkın kötüye kullanılması yasağının uluslararası deniz hukuku bakımından ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklara doğrudan uygulanabilirliğinin artırılması amacını taşıdığı ve bu doğrultuda uluslararası yargı organlarının, söz konusu yasağı bir hukukun genel ilkesi olarak ikincil nitelikte olacak şekilde ele almalarının önlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE KİTAP BÖLÜMLERİ

- Abbott, Frank Frost. *A History and Description of Roman Political Institutions*. 3. Baskı. Boston, ABD: Ginn & Company, 1911.
- Anderson, David. *Modern Law of the Sea*. Publications on Ocean Development. Leiden, Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Aréchaga, Eduardo Jiménez de. *International Law in the Past Third of a Century*. Recueil Des Cours. Alphen aan den Rijn, Hollanda: Sijthoff & Noordhoff, 1978.
- Arend, Anthony Clark. *Legal Rules and International Society*. New York, ABD: Oxford University Press, 1999.
- Aust, Anthony. *Handbook of International Law*. 2. Baskı. Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2010.
- Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. 2. Baskı. New York, ABD: Cambridge University Press, 2007.
- Aybay, Rona. *Kamusal Uluslararası Hukuk*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Black's Law Dictionary*. 9. Baskı. Minnesota, ABD: Thomson Reuters, 2009.
- Besson, Samantha. "Theorizing the Sources of International Law." *The Philosophy of International Law* içinde, ed. Samantha Besson ve John Tasioulas, s. 163-86. New York, ABD, 2010.
- Boas, Gideon. *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*. Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar, 2012.
- Boemke, Burkhard, ve Bernhard Ulrici. *Bgb Allgemeiner Teil*. 2. Baskı. Heidelberg, Almanya: Springer, 2009.
- Bonafé, Beatrice I., ve Paolo Palchetti. "Relying on General Principles of International Law." *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* içinde, ed. Catherine Brölmann ve Yannick Radi, s. 160-78. Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing, 2016.
- Büyük, Mehmet Emin. *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

- Cassese, Antonio, and Joseph H. H. Weiler. *Change and Stability in International Law-Making*. New York, ABD: De Gruyter, 1988.
- Charlesworth, Hilary. "Law-Making and Sources." *The Cambridge Companion to International Law* içinde, ed. James Crawford, Martti Koskenniemi ve Surabhi Ranganathan, s. 187-203. New York, ABD: Cambridge University Press, 2012.
- Cheng, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. New York, ABD: Cambridge University Press, 2006.
- Cooke, John. *Law of Tort*. 9. Baskı. Essex, Birleşik Krallık: Pearson Longman, 2009.
- Crawford, Emily, and Alison Pert. *International Humanitarian Law*. 1. Baskı. Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2015.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 9. Baskı. Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2019.
- Crozat, Charles. *Devletler Umumi Hukuku*. çev. Edip F. Çelik. 1. Cilt. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları 1950.
- Çelebican, Özcan Karadeniz. *Roma Hukuku*. 17. Baskı. Ankara Turhan Kitabevi, 2014.
- Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention*. ed. George K. Walker. Leiden, Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- D'Amato, Anthony. "Good Faith." *Encyclopedia of Public International Law* içinde, ed. Rudolf Bernhardt, s. 107-09. Amsterdam, Hollanda: Elsevier Science Publishers, 1981.
- Dodge, William S. "Res Judicata." *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* içinde, Oxford University Press, 2011.
- Dorđeska, Marija. *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018): The Evolution of the Third Source of International Law through the Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice*. Queen Mary Studies in International Law. ed. Malgosia Fitzmaurice ve Sarah Singer. Leiden, Hollanda: Koninklijke Brill NV, 2020.
- Douglas, Simon, ve Ben McFarlane. "Defining Property Rights." *Philosophical Foundations of Property Law* içinde, ed. James Penner ve Henry E. Smith, s. 219-43. Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2013.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londra, Birleşik Krallık: Bloomsbury Publishing, 2013.

- Ebke, Werner F., ve Bettina M. Steinhauer. "The Doctrine of Good Faith in German Contract Law." *Good Faith and Fault in Contract Law* içinde, düz. Jack Beatson and Daniel Friedman, s. 171-90. Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 1997.
- Elliot, Catherine, ve Frances Quinn. *Tort Law*. 7. Baskı. Essex, Birleşik Krallık: Pearson Longman, 2009.
- Erp, Sjef van, and Bram Akkermans, *Cases, Materials and Text on Property Law*. Oxford, Birleşik Krallık: Hart Publishing, 2012.
- Fitzmaurice, Gerald. "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law." *Sources of International Law* içinde, ed. Martti Koskenniemi, s. 57-80. New York, ABD: Routledge, 2016.
- Fur, Louis Le. *Devletler Umumi Hukuku*. çev. Şinasi Z. Devrin. Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1942.
- Futhazar, Guillaume, ve Anne Peters. "Good Faith." *The Un Friendly Relations Declaration at 50: An Assessment of the Fundamental Principles of International Law* içinde, ed. Jorge Viñuales, s. 189-228. Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2020.
- Galicki, Zdislaw. "Hierarchy in International Law within the Context of Its Fragmentation." *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* içinde, ed. Isabelle Buffard, James Crawford, Alain Pellet ve Stephan Wittich, s. 41-59. Leiden, Hollanda: Martinus Nijhoff Publishers.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. 12. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015.
- Grothe, Helmut. "§ 226." Chap. Rn. 13 *Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch* içinde, ed. Kurt Rebmann, Franz-Jürgen Säcker ve Roland Rixecker. Münih, Almanya: C.H. Beck, 1984.
- Grotius, Hugo. *The Free Sea*. çev. Richard Hakylut. Enlightenment Classics. ed. Knud Haakonssen. Indiana, ABD: Liberty Fund, 2004
- Hall, Stephen. *Principles of International Law*. Sydney, Avustralya: LexisNexis Butterworths, 2016.
- Harpwood, Vivienne. *Modern Tort Law*. 7. Baskı. New York, ABD: Routledge-Cavendish, 2009.
- Hazard, John N. "Part I: The Classical "Sources" of International Law Revisited." *Change and Stability in International Law-Making* içinde, ed. Antonio Cassese ve Joseph H. H. Weiler, s. 1-62. New York, ABD: De Gruyter, 2010.

- Honsell, Heinrich. "Einleitung Zum BGB." *Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Mit Einführungsgesetz Und Nebengesetzen Eckpfeiler Des Zivilrechts* içinde, ed. Julius von Staudingers. Berlin, Almanya: Sellier-de Gruyter, 2008.
- Howard-Ellis, C. *The Origin Structure & Working of the League of Nations* Londra, Birleşik Krallık: George Allen & Unwin, 1928.
- Hudson, Manley O. *A Treatise on the Permanent Court of International Justice, 1920-1942*. New York, ABD: The Macmillan Company, 1943.
- Jennings, Robert Y., ve Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*. 9. Baskı. 1. Cilt: Peace. Londra, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 1992.
- Jennings, Robert Y. *General Course on Principles of International Law*. Leiden, Hollanda: A.W. Sijthoff, 1969.
- Johnston, David. *Roman Law in Context*. Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2004.
- Juratowich, Ben, ve James Shaerf. "Unjust Enrichment as a Primary Rule of International Law." *General Principles and the Coherence of International Law* içinde, ed. Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice, Attila Tanzi ve Jan Wouters, s. 227-46. Leiden, Hollanda: Brill Nijhoff, 2019.
- Justinianus. In *The Digest of Justinian*, ed. Alan Watson. Philadelphia, ABD: University of Pennsylvania Press, 1985
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law & State*. New Jersey, ABD: Transaction Publishers, 1949.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Massachusetts, ABD: Harvard University Press, 1949.
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*. çev. Max Knight. 2. Baskı. California, ABD: University of California Press, 1967.
- Kiss, Alexandre C. "Abuse of Rights." *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* içinde, ed. Rudolf Bernhardt, s. 1-4. Amsterdam, Hollanda: Elsevier Science Publishers, 1981.
- Kolb, Robert. "General Principles of Procedural Law." *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* içinde, ed. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm ve Christian J. Tams, s. 871-908. Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2012.
- Kolb, Robert. *Good Faith in International Law*. New York, ABD: Hart Publishing.

- Kolb, Robert. *The Law of Treaties: An Introduction*. Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing, 2016.
- Lammers, Johan G. "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations." *Essays on the Development of the International Legal Order* içinde, ed. Frits Kalshoven. Maryland, ABD: Kluwer Academic Publishers, 1980.
- Lauterpacht, Hersch. *The Function of Law in the International Community*. New York, ABD: Oxford University Press, 1933.
- Lauterpacht, Hersch. "Some Observations on the Prohibition of "Non Liqueur" and the Completeness of the Law." *Sources of International Law* içinde, ed. Martti Koskenniemi, s. 57-80. New York, ABD: Routledge, 2016.
- Lesaffer, Randall. "Sources in the Modern Tradition: The Nature of Europe's Classical Law of Nations." *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* içinde, ed. Samantha Besson ve Jean D'Aspremont, s. 99-117. New York, ABD: Oxford University Press, 2017.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Londra, Birleşik Krallık: Routledge, 1997.
- Marmor, Andrei. "The Pure Theory of Law." *Stanford Encyclopedia of Philosophy* içinde, ed. Edward N. Zalta, 2016.
- Martin, Samuel. *The Evolution of Good Faith in Western Contract Law*. <https://ssrn.com/abstract=3177520>, (Erişim Tarihi: 18.04.2022).
- Miller, Russell A. "Trail Smelter Arbitration." *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* içinde, Oxford University Press, 2007.
- Mousourakis, George. *Fundamentals of Roman Private Law*. Heidelberg, Almanya: Springer-Verlag, 2012.
- Neff, Stephen C. "In Search of Clarity: Non Liqueur and International Law." *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice* içinde, ed. Kaiyan Homi Kaikobad ve Michael Bohlander. Boston, ABD: Martinus Nijhoff Publishers, 2009
- Oppenheim, Lassa. *International Law: A Treatise*. 1.Cilt: Peace, Londra, Birleşik Krallık: Longmans, Green, and Co., 1905.
- Palchetti, Paolo. "The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Rules." *General Principles and the Coherence of International Law* içinde, ed. Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice, Attila Tanzi ve Jan Wouters, s. 47-59. Leiden, Hollanda: Brill Nijhoff, 2019.

- Parchomiuk, Jerzy. *Abuse of Right in Administrative Law: The Foundations of the Concept*. National Science Centre (Polonya: 2019).
- Parry, Clive. *The Sources and Evidences of International Law*. The Melland Schill Lectures. Manchester, Birleşik Krallık: Manchester University Press, 1965.
- Özyörük, Mukbil. *Hukuka Giriş*. Ankara: Ege Matbaası, 1959.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri*. 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2014.
- Pellet, Alain. "Art. 38." *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* içinde, ed. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm ve Christian J. Tams. Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2012.
- Phillimore, John George. *Principles and Maxims of Jurisprudence*. Londra, Birleşik Krallık: John W. Parker and Son, 1856.
- Reuter, Paul. *Introduction to the Law of the Treaties*. çev. José Mico ve Peter Haggemacher. New York, ABD: Routledge, 2011.
- Richards, Bernadette, ve Melissa de Zwart. *Tort Law Principles*. 2. Baskı. Sydney, Avusturalya: Thomson Reuters, 2017.
- Riley, Francis. *Fur Seal Industry of the Pribilof Islands 1786-1965*. Washington D.C., ABD: United States Department of Interior, 1967.
- Rodger, Alan. *Owners and Neighbours in Roman Law*. Londra, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 1972.
- Rosenne, Shabtai. *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*. International Litigation in Practice. ed. Loretta Malintoppi ve Eduardo Valencia-Ospina. Boston, ABD: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Saunders, Imogen. *General Principles as a Source of International Law: Art 38(1)(C) of the Statute of the International Court of Justice*. Oxford, Birleşik Krallık: Hart Publishing, 2021.
- Schermaier, Martin J., ve Helge Dedek. "Legis Actio." *The Encyclopedia of Ancient History* içinde, ed. S. Bagnall, Kai Brodersen, Craige B. Champion, Andrew Erskine ve Sabine R. Huebner. New York, ABD: Blackwell Publishing, 2013.
- Schwarzenberger, Georg, ve Edward D. Brown. *A Manual of International Law*. Londra, Birleşik Krallık: Stevens, 1947.

- Scott, James B. *Unofficial Translations of Public Law Resolutions*. New York, ABD: Oxford University Press, 1916.
- Scott, James B. *The Project of a Permanent Court of International Justice and Resolutions of the Advisory Committee of Jurists*. Washington, ABD: Carnegie Endowment for International Peace, 1920.
- Shaw, Malcolm N. *International Law*. 8. Baskı. Cambridge, Birleşik Krallık: Cambridge University Press, 2017.
- "Sources of Law from the Republic to the Dominate." *The Cambridge Companion to Roman Law* içinde, ed. David Johnston, s. 25-44 New York, ABD: Cambridge University Press, 2015.
- Staubach, Peter G. *The Rule of Unwritten International Law: Customary Law, General Principles, and World Order*. New York, ABD: Routledge, 2018.
- Stein, Peter. *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*. Chicago, ABD: Edinburgh University Press, 1966.
- Stephen, James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law*. 6. Baskı. Londra, Birleşik Krallık: Macmillan and Co., 1904.
- Summers, Robert S. "The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law." *Essays in Legal Theory* içinde, ed. Robert S. Summers, s. 299-320. New York, ABD: Springer, 2000.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. 11th ed. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017
- Tanaka, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. 3. Baskı. Birleşik Krallık, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Tunkin, Grigory I. *Theory of International Law*. Massachusetts, ABD: Harvard University Press, 1974.
- Vec, Miloš. "Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: The Myth of Positivism." *The Philosophy of International Law* içinde, ed. Samantha Besson ve John Tasioulas, s. 163-86. New York, ABD: Oxford University Press, 2010.
- Tütüncü, Ayşe Nur. *İnsancıl Hukuka Giriş*. 4. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım 2019.
- Wolfrum, Rüdiger. "Sources of International Law." *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* içinde, s. 299-313. Londra, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2011.
- Ziegler, Andreas R., ve Jorun Baumgartner. "Good Faith as a General Principle of (International) Law." *Good Faith and International Economic Law* içinde, ed.

Andrew D. Mitchell, M. Sornarajah and Tania Voon, s. 1-42. Londra, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 2015.

Zimmermann, Reinhard. "Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea." *European Contract Law: Scots and South African Perspectives* içinde, ed. Hector Macqueen and Reinhard Zimmerman, s. 1-42. Edinburgh University Press, 2006.

Zulueta, Francis de. *The Institutes of Gaius*. Part I-Text with Critical Notes and Translation, Oxford, Birleşik Krallık: Oxford University Press, 1946.

SÜRELİ YAYINLAR ve KONFERANS BİLDİRİLERİ

Akehurst, Michael. "Custom as a Source of International Law." *British Yearbook of International Law* 47 (1) (1975), s. 1-53.

Akehurst, Michael. "The Hierarchy of the Sources of International Law." *British Yearbook of International Law* 47 (1) (1976), s. 273-85.

Angus, David. "Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec." *Mcgill Law Journal* 8 (2) (1961), s. 150-58.

Barlas, Nami. "Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunu'ndaki Düzenleme Tarzı Ve Eleştirisi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55 (3) (1997), s. 191-208.

Bassiouni, M. Cherif. "A Functional Approach to "General Principles of International Law". *Michigan Journal of International Law* 11 (1990), s. 768-818.

Bayıllıoğlu, Uğur. "Daimi Hakemlik Mahkemesi'nin Osmanlı İmparatorluğu İle Rusya Arasındaki Tazminat Faizi Uyuşmazlığına İlişkin Kararı Hakkında Bir Değerlendirme." *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7 (2) (2011), s. 175-93.

Bingham, Tom. "The Alabama Claims Arbitration." *The International and Comparative Law Quarterly* 54 (1) (2005), s. 1-25.

Bolgár, Vera. "Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine." *Louisiana Law Review* 35 (5) (1975), s. 1015-36.

Bork, Kevin, and Manfred Wandt. "'Utmost" Good Faith in German Contract Law." *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft* 109 (2-4) (2020), s. 243-54.

- Bos, Maarten. "The Hierarchy among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law." *Netherlands International Law Review* 25 (3) (1978), s. 334-44.
- Bowett, Derek W. "The Second United Nations Conference on the Law of the Sea." *International & Comparative Law Quarterly* 9 (3) (1960), s. 415-35.
- Brent, Richard. "The Alabama Claims Tribunal: The British Perspective." *The International History Review* (2021).
- Brown, Joseph S. "Fur Seals and the Bering Sea Arbitration." *Journal of the American Geographical Society of New York* 26 (1) (1894), s. 326-72.
- Brown, Phillip M. "The Law of Territorial Waters." *The American Journal of International Law* 21 (1) (1927), s. 101-05.
- Bruhl, Henry. "Roma Hukukunda Hukuki Muameleye Dair." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 6 (2-3) (1940), s. 589-97.
- Brunner, Chris J. H. "Abuse of Rights in Dutch Law." *Louisiana Law Review* 37 (3) (1976), s. 729-45.
- Buzan, Barry. "Negotiating by Consensus: Developments in Technique at the United Nations Conference on the Law of the Sea." *The American Journal of International Law* 75 (2) (1981), s. 324-48.
- Caflish, Lucius C. "The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case." *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 31 (1971), 162-96.
- Cohen, Harlan G. "Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources." *Iowa Law Review* 93 (1) (2007), s. 65-130.
- Cohn, Haim H. "The Grotian Concept of Good Faith." *Tel Aviv Studies in Law* 7 (1985-1986), s. 9-19.
- Coing, Helmut. "The Sources and Characteristics of the Ius Commune." *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 19 (3) (1986), s. 483-89.
- "Costa Rica V. Nicaragua." *The American Journal of International Law* 11 (1) (1917) s. 181-229.
- Crabb, John H. "The French Concept of Abuse of Rights." *Inter-American Law Review* 6 (1) (1964), s. 1-24.
- Cueto-Rua, Julio. "Abuse of Rights." *Louisiana Law Review* 35 (5) (1975), s. 965-1013.

- Demirdal, M. Balkan. "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18 (3-4) (2014), s. 789-820.
- Elias, Olufemi, ve Chin Lim. "'General Principles of Law', 'Soft' Law and the Identification of International Law." *Netherlands Yearbook of International Law* 28 (1997), s. 3-49.
- Elkind, Jerome B. "Footnote to the Nuclear Test Cases: Abuse of Right-a Blind Alley for Environmentalists." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 9 (1) (1976), s. 57-98.
- Ellis, Jaye. "General Principles and Comparative Law." *The European Journal of International Law* 22 (4) (2011), s. 949-71.
- Forteau, Mathias. "The Legal Nature and Content of "Due Regard" Obligations in Recent International Case Law." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 34 (1) (2019), s. 25-42.
- Franko, N. J. "İçtihadî Bakımdan Hakkın Suiistimalinin Kıstası." *İzmir Barosu Dergisi* 56 (3) (1956), s. 12-33.
- Fridman, Gerald H. L. "Motive in the English Law of Nuisance." *Virginia Law Review* 40 (5) (1954), s. 583-95.
- Gilbert, R. L. "The Origin and History of the Peregrine Praetorship, 242-166 B.C." *Res Judicate* 2 (1) (1939), s. 50-58.
- Goldschmidt, Levin. "Projet De Règlement: Pour Tribunaux Arbitroux Internationaux." *Revue de Droit International* Tome VI. (1874), s. 421-52.
- Göksu, Hasan Tuna. "Ronald Dworkin'in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler Ve İdeal Yargıç Herkül." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 0 (4) (2014), s. 114-32.
- Gözler, Kemal. "Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56 (2) (2007), s. 45-61.
- Gregory, Charles Noble. "The Proposed International Prize Court and Some of Its Difficulties." *The American Journal of International Law* 2 (3) (1908), s. 458-75.
- Guterridge, H. C. "The Meaning and Scope of Article 38 (1) (C) of the Statute of the International Court of Justice." *Transactions of the Grotius Society* 38 (1952), s. 125-34.
- Gutteridge, H. C. "Abuse of Rights." *Cambridge Law Journal* 5 (1) (1933), s. 22-45.
- Harman, Shael. "Classical Social Theories and the Doctrine of "Abuse of Right"." *Louisiana Law Review* 37 (3) (1976), s. 747-60.

- Hartkamp, Arthur S. "Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands." *The American Journal of Comparative Law* 40 (3) (1992), s. 551-71.
- Holdsworth, William S. "Notes." *The Law Quarterly Review* 53 (1) (1937), s. 1-5.
- Hudson, Manley O. "The Permanent Court of Arbitration." *The American Journal of International Law* 27 (3) (1933), s. 440-60.
- Iluyomade, B. O. "Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law." *Harvard International Law Journal*, (16) (1975), s. 47-92.
- Işıқтаç, Yasemin. "Hukukun Çağdaş Eğilimlerinin Hukukun Kaynakları Kavramına Etkileri." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 54 (1-4) (1994), s. 385-401.
- Jalet, Frances T. Freeman. "The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations." *University of California Law Journal* 10 (5) (1963), s. 1041-86.
- Jain, Neha. "General Principles of Law as Gap-Fillers." *Filling the Gaps: The Study of Judicial Creativity and Equity in Mixed Jurisdictions and Beyond*, University of Catania Department of Political and Social Sciences, 2013.
- Jones, Frederick L. "Upper Savoy and the Free Zones around Geneva, and Art. 435 of the Treaty of Versailles." *Transactions of the Grotius Society* 10 (1924), s. 173-88.
- Katz, Larissa. "Spite and Extortion: A Jurisdictional Principle of Abuse of Property Right." *The Yale Law Journal* 122 (6) (2013), s. 1444-83
- Kelsen, Hans. "On the Pure Theory of Law." *Israel Law Review* 1 (1) (1966), s. 1-7.
- Kennedy, David. "The Sources of International Law." *American University International Law Review* 2 (1) (1987), s. 1-96.
- Kocourek, Albert. "The Formula Procedure of Roman Law." *Virginia Law Review* 8 (6) (1922), s. 434-44.
- Kolb, Robert. "Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)." *Netherlands International Law Review* 53 (1) (2006), s. 1-36.
- Kuhn, Arthur K. "The Trail Smelter Arbitration-United States and Canada." *The American Journal of International Law* 32 (4) (1938), s. 785-88.
- Kunz, Josef L. "The Meaning and the Range of the Norm Pacta Sunt Servanda." *The American Journal of International Law* 39 (2) (1945), s. 180-97.

- Liang, Yuen-Li. "Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations." *The American Journal of International Law* 43 (2) (1949), s. 288-303.
- Lillich, Richard B. "The Jay Treaty Commissions." *St. John's Law Review* 37 (2) (1963), s. 260-84.
- Litvinoff, Saul. "Good Faith." *Tulane Law Review* 71 (6) (1997), s. 1645-74.
- MacCormack, Geoffrey. "Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law." *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 37 (3) (1969), s. 439-68.
- Makowski, R. "Torts: The Nature of Nuisance." *Marquette Law Review* 33 (1950), s. 240-46.
- Mayrand, Albert. "Abuse of Rights in France and Quebec." *Louisiana Law Review* 34 (5) (1974), s. 993-1015.
- Mejía-Lemos, Diego. "The Principle of Res Judicata, Determination by "Necessary Implication" and the Settlement of Maritime Delimitation Disputes by the International Court of Justice." *The Journal of Territorial and Maritime Studies* 5 (2) (2018), s. 46-74.
- Menon, P. K. "Primary, Subsidiary and Other Possible Sources of International Law." *Sri Lanka Journal of International Law* 1 (1989), s. 113-50.
- Merhacı, Selin Özden. "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış Ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller." *Ankara Barosu Dergisi* (4) (2012), s. 179-206.
- Meshel, Tamar. "225 Years to the Jay Treaty: Interstate Arbitration between Progress and Stagnation." *International Comparative, Policy & Ethics Law Review* 3 (1) (2019), s.1-84.
- Morita, Kiyotaka. "The Issue of Lacunae in International Law and Non Liquef Revisited." *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 45 (2017), s. 33-51.
- Oğuz, Arzu. "Roma Hukuku'nda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 47 (1) (1998), s. 49-83.
- Osieke, Ebere. "The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations." *The American Journal of International Law* 77 (2) (1983), s. 239-56.
- Özdemir, Gökçe Türkoğlu. "Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılanması." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7 (1) (2005), s. 167-212.

- Öztürk, Ayşe Nur. "Trail Smelter Hakem Kararı Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi Ve Kararın Özeti." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55 (4) (1997), s. 313-38.
- Perillo, Joseph. "Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept." *Pacific Law Journal* 27 (1995), s. 37-97.
- Phillipson, Donald E. "Development of the Roman Law of Debt Security." *Stanford Law Review* 20 (6) (1968), s. 1230-48.
- Pound, Roscoe. "Sources and Forms of Law." *Notre Dame Lawyer* 21 (4) (1946), s. 247-314.
- Prost, Mario. "Hierarchy and the Sources of International Law: A Critique." *Houston Journal of International Law* 39 (2) (2017), s. 285-330.
- Rabello, Alfredo Mordechai. "Non Liqueat: From Modern Law to Roman Law." *Annual Survey of International & Comparative Law* 10 (1) (2004), s. 1-26.
- Reinhold, Steven. "Good Faith in International Law." *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 2 (2013), s. 40-63.
- Rigaux, François, ve Elif Başkaracaoğlu. "Kelsen Ve Uluslararası Hukuk." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 65 (1) (2007), s. 377-412.
- Robilant, Anna di. "Abuse of Rights: The Continental Drug and Common Law." *Hastings Law Journal* 61 (3) (2010), s. 687-748.
- Saraçyakupoğlu, Gökey, ve Ali Özgöktaş. "Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında "Takımada" Kavramı Ve Bir "Takımada Devleti" Olarak Endonezya." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (157) (2022), s. 457-91.
- Schwarzenberger, Georg. "Uses and Abuses of the "Abuse of Rights" in International Law." *Transactions of the Grotius Society* 42 (1956), s. 147-79.
- Scobbie, Iain G. M. "The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function." *European Journal of International Law* 8 (2) (1997), s. 264-98.
- Silver, Morris. "The Nexum Contract as a "Strange Artifice"." *Revue Internationale des Droits de L'antiquité* (59) (2012), s. 217-38.
- Strang, David. "Global Patterns of Decolonization." *International Studies Quarterly* 35 (4) (1991), s. 429-54.
- Sütken, Elvan. "Roma Mülkiyetinde Mancipatio'nun Yeri Ve Önemi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (27) (2016), s. 467-92.

- Thornton, Helen. "Hugo Grotius and the Freedom of the Seas." *International Journal of Maritime History* 16 (2) (2004), s. 17-38.
- Tichý, Luboš. "Ordre Public, Abuse of Rights and Other General Clauses and the New Czech Civil Code." *ELTE Law Journal* (2014/2) (2014), s. 9-29.
- Tryon, James L. "The International Prize Court and Code." *The Yale Law Journal* 20 (8) (1911), s. 604-19.
- Türkoğlu, Gökçe H. "Roma Cumhuriyet Ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11 (2) (2009), s. 251-89.
- Uçaryılmaz, Talya Şans. "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı Ve Çağdaş Hukuka Etkisi." *TBB Dergisi* 135 (2018), s. 335-82.
- Vázquez-Bermúdez, Marcelo. "Forum Prorogatum in the International Court." *German Yearbook of International Law* 42 (1999): 147-91.
- Vigneau, Christopher. "The Obligation of Good Faith in France." *Comparative Labor Law & Policy Journal* 32 (3) (2011), s. 593-602.
- Virally, Michel. "Good Faith in Public International Law." *The American Journal of International Law* 77 (1) (1983), s.130-34.
- Wehberg, Hans. "Pacta Sunt Servanda." *The American Journal of International Law* 53 (4) (1959), s. 775-86.
- Wet, Erika de, ve Jure Vidmar. "Conflicts between International Paradigms: Hierarchy Versus Systemic Integration." *Global Constitutionalism* 2 (2) (2013), s. 196-217.
- Williams, William. "Reminiscences of the Bering Sea Arbitration." *The American Journal of International Law* 37 (4) (1943), s. 562-84.
- Wirth, John D. "The Trail Smelter Dispute: Canadians and Americans Confront Transboundary Pollution, 1927-1941." *Environmental History* 1 (2) (1966), s. 34-51.
- Wright, Quincy. "The Corfu Channel Case." *The American Journal of International Law* 43 (3) (1949), s. 491-94.
- Yaşar, Yusuf, and Zafer İçer. "The Concept of "Good Faith" in Criminal Law." *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 7 (2) (2019), s.255-74.
- Yee, Sienho. "Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases." *Journal of International Dispute Settlement* 7 (2) (2016), s. 472-98.

ULUSLARARASI ÖRGÜT KARARLARI VE ULUSLARARASI KONFERANS BELGELERİ

A/RES/2750(XXV)/C

Guillaume, Baron. *Report of Baron Guillaume on the Revision of the Convention of 1889 for the Pacific Settlement of International Disputes*. (1907).

Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice. The Secretariat of the Advisory Committee of Jurists (Londra, Birleşik Krallık: 1920).

Advisory Committee of Jurists. *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee*. Lahey, Hollanda: Van Langenhuysen Brothers, 1920.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi. *Official Records of 208th Meeting*. U.N. Doc. S/P.V. 206 (1947).

Koskenniemi, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. U.N. Doc. A/CN.4/L. 682 (2006).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu. *Admission of New Members - Report of the First Committee*. U.N. Doc. A/471 (1947).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu. *Admission of New Members - Special Report of the Security Council*. U.N. Doc. A/406 (1947).

Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği. *General Principles of Law*. U.N. Doc. A/CN.4/742 (2020).

Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği. *Memorandum on the "Free Zones" of Upper Savoy and the Gex District*. COM.JER/W.19 (1949).

."Official Records of the Third Committee." United Nations Conference on the Law of the Sea, 1958.

The Proceedings of the Hague Peace Conferences Vol I. - Plenary Meetings of the Conference. Publications of the Carnegie Endowment for International Peace. New York, ABD: Oxford University Press, 1920.

The Proceedings of the Hague Peace Conferences Vol II. - Meetings of the First Commission. Publications of the Carnegie Endowment for International Peace. New York, ABD: Oxford University Press, 1921.

Peace Conference at the Hague 1899: Russian Circular January 11, 1899."

Report of the International Technical Conference on the Conservation of the Living Resources of the Sea. U.N. Doc. A/Conf.10/6 (1955).

Report to the Council of the League of Nations on the Questions Which Appear Ripe for International Law. League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, LoN Doc. C.196.M.70.1927.V (1927).

Second Report on Identification of Customary International Law, U.N. Doc. A/CN.4/672 (22 May 2014)

Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law. International Law Association (2000).

UHK. *Quatrième Rapport-Le Plateau Continental Et Les Sujets Voisins De M. J. P. A. François, Rapporteur Spécial.* U.N. Doc. A/CN.4/60 (1953).

UHK. *Report of the International Law Commission Covering the Work of Its Fifth Session.* U.N. Doc. A/CN.4/76 (1953).

UHK. *Yearbook of International Law Commission Vol.I-Summary Records of the Sixth Session.* U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1953 (1953).

UHK. *Yearbook of International Law Commission Vol.I-Summary Records of the Seventh Session.* U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1955 (1955).

UHK. *Yearbook of International Law Commission Vol.II - Documents of the Eighth Session Including the Report of the Commission to the General Assembly.* U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1 (1956).

UHK. *Provisional Summary Record of the 3433rd Meeting.* U.N. Doc. A/CN.4/SR.3433 (2018).

UHK. *Provisional Summary Record of the 3507th Meeting.* U.N. Doc. A/CN.4/SR.3507 (2019).

UHK. *Report of the International Law Commission.* U.N. Doc. A/74/10 (2019).

United Nations Conference on the Law of the Sea-Vol. II Plenary Meetings. U.N. Doc. A/Conf. 13/ 38 (1958).

UNCLOS General Committee, Mexico: Draft Article 1, U.N. Doc. A/CONF.62/L.25

UNCLOS General Committee, Report of the General Committee on the Organization of the Work of the Seventh Session, U.N. Doc. A/CONF.62/61 (1978)

UNCLOS General Committee, Organization of Work, U.N. Doc. A/CONF.62/63 (1978)

UNCLOS General Committee, Reports of the Committees and Negotiating Groups on Negotiations at the Resumed Seventh Session Contained in a Single Document Both for the Purposes of Record and For the Convenience of Delegations, U.N. Doc. A/CONF.62/RCNG/1 (1978)

UNCLOS General Committee, Official Record of 98th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/CONF.62/SR.98 (1978)

UNCLOS General Committee, Official Record of 101th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/CONF.62/SR.111 (1978).

UNCLOS General Committee, Reports of the President on the Work of the Informal Plenary Meeting of the Conference on General Provisions-Preliminary Report, U.N. Doc. A/CONF.62/L.53 (1980)

UNCLOS General Committee, Reports of the President on the Work of the Informal Plenary Meeting of the Conference on General Provisions-Supplementary Report, U.N. Doc. A/CONF.62/L.53/ADD.1 (1980).

UNCLOS General Committee, Report of the President on the Work of the Informal Plenary Meeting of the Conference on General Provisions, U.N. Doc. A/CONF.62/L.58 (1980).

UNCLOS General Committee, Official Record of 160th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/CONF.62/SR.160 (1982)

UNCLOS General Committee, Official Record of 189th Plenary Meeting, U.N. Doc. A/CONF.62/SR.189 (1982)

UNCLOS General Committee, Note by the Secretariat, U.N. Doc. A/CONF.62/WS/37 and Add.1-2 (1982)

Vázquez-Bermúdez, Marcelo. *First Report on General Principles of Law*. U.N. Doc. A/CN.4/732 (2019).

Vázquez-Bermúdez, Marcelo. *Second Report on General Principles of Law*. U.N. Doc. A/CN.4/741 (2020).

ULUSLARARASI YARGI KARARLARI VE YARGILAMA SÜRECİNDE KULLANILAN BELGELER İLE YARGIÇLARIN GÖRÜŞLERİ

"Alabama Claims of the United States of America against Great Britain." *Reports of International Arbitral Awards* 29 (1871), 125-34.

Tribunal of Arbitration. *Fur Seal Arbitration* Vol. XIII, Washington D.C., ABD: Government Printing Office, 1895.

The Pious Funds of the Californias Case (The United States of America v. The United Mexican States), Award of the Tribunal of 14 October 1902.

Russian Claim for Interest on Indemnities (Russia v. Turkey), Award of the Tribunal of 11 November 1912.

Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Switzerland/France) (Jurisdiction), Judgment of 7 June 1927, P.C. I. J. Reports.

Case Concerning the Factory at Chorzow (German Empire/Poland) (Jurisdiction), Judgment of 26 July 1927, P.C. I. J. Reports.

Oscar Chinn Case (United Kingdom/Belgium) (Jurisdiction), Judgment of 12 December 1934, P.C. I. J. Reports.

Trail Smelter Case (United States/Canada), Award of 16 April 1938 and 11 March 1941.

Corfu Channel Case, Memorial Submitted by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, I.C.J. Reports 1947.

Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1948.

Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, Individual Opinion of Judge Azevedo, I.C.J. Reports 1948.

Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, Individual Opinion of Judge Alvarez, I.C.J. Reports 1948.

Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, Individual Opinion of Judge Alvarez, I.C.J. Reports 1949.

International Status of South-West Africa, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950.

Fisheries Case (United Kingdom/Norway), Reply Submitted by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, I.C.J. Reports 1950.

Fisheries Case (United Kingdom/Norway), Judgment of December 18th, I.C.J. Reports 1951.

Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi, Umpire of September 1951.

Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I. C. J. Reports 1962.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands), Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, I.C.J Reports 1969.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium/Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970.

Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports, 1973.

Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) (Merits), Judgment of 20 February 1969, I.C.J. Reports 1969.

Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1973.

Case Concerning Nuclear Tests (Australia v. France), Application Instituting Proceedings, I.C.J. Reports 1973..

Case Concerning Nuclear Tests (Australia v. France), Verbatim Record of 1974, I.C.J. Reports 1974.

Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgement, I.C.J. Reports 1984.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) (Merits), Judgment of 3 June 1985, I.C.J. Reports 1985.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.

United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Panel (1998), WT/DS58/R.

United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body (1998), WT/DS58/AB/R.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Separate Opinion of Judge Simma, I.C.J Reports 2003.

Case C-354/04 P Gestoras Pro Amnistia and Others v Council [2007] ECR I-1651.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, I.C.J. Reports 2010.

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011.

The "M/V Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Memorial of Saint Vincent and Grenadines, ITLOS Reports 2011.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012.

M/V "Virginia G" (Panama/Guinea-Bissau), Memorial of the Republic of Panama, ITLOS Reports 2012.

The "M/V Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgment ITLOS Reports 2013.

M/V "Virginia G" (Panama/Guinea-Bissau), Judgment, ITLOS Reports 2014.

Perinçek v. Switzerland, ECHR, Judgment, Application no. 27510/08, 15 October 2015.

M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Application of the Republic of Panama, ITLOS Reports 17 December 2015.

M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Memorial of the Republic of Panama, ITLOS Reports 17 December 2015.

M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Counter-Memorial of Italy, ITLOS Reports 11 October 2017.

M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Judgment, ITLOS Reports 2018-2019.

M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Separate Opinion of Judge Lucky, ITLOS Reports 10 April 2019.

M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Separate Opinion of Judge Kittichaisaree, ITLOS Reports 10 April 2019.

TEZLER

Galiano, Rosella. "Good Faith and the Abuse of Right in the Context of the Autonomy of Negotiating Contract."Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, LUISS Guido Carli University, 2013.

Koçak, Yunus Emre. "Değerlerinden Arınmış Hukuk İçin Bir Savaş: Hans Kelsen Ve Saf Hukuk Teorisi."Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi, 2018.

- Korotana, Mohammed Shabir Blahi. "The Concept of Good Faith and the Failed Negotiations: A Comparative of the English Law, American Law and the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods."Yayınlanmamış Doktora Tezi, The London School of Economics & Political Sciences, 1994.
- Latta, Richard D. "Hans Kelsen and the Bindingness of Supra-National Legal Norms."Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Georgia State University, 2012.
- Lauterpacht, Hersch. "Private Law Analogies in International Law."Yayınlanmış Doktora Tezi, London School of Economics, 1926.
- Raimondo, Fabián. "General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals."Yayınlanmamış Doktora Tezi, University of Amsterdam, 2007.
- Schaffstein, Silja. "The Doctrine of *Res Judicata* before International Arbitral Tribunals."Yayınlanmamış Doktora Tezi, University of London, 2012.
- Uçaryılmaz, Talya Şans. "Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek *Bona Fides* İlkesi." Doktora Yayınlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2018.

ULUSAL MAHKEMELERİN KARARLARI

- Keeble v. Hickeringhill [1707] 103 ER 1126 (KB).
- Christie v. Davey, [1893] 1 Ch. 316.
- The Mayor of Bradford v. Pickles , [1895] AC 587.
- Coquerel v. Clément-Bayard (D.P. 1917, 1, 79).
- Associated Provincial Picture Houses, Limited v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223.
- Attorney General v PYA Quarries Ltd [1957] 2 QB 169.

EK 1. ORIJİNALLIK RAPORU

EK 2. ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU