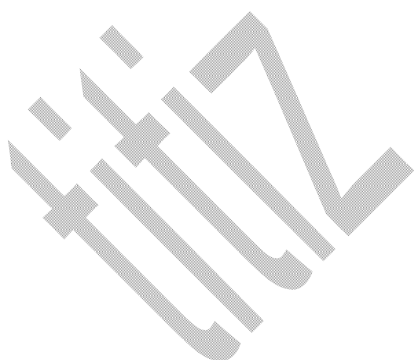


MİLLETLER ARASI HUKUK GENEL ESASLAR

-serhat-

titiz



MİLLETLERARASI HUKUK

-genel esaslar-

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde en doğal yol, ihtilaf halindeki devletlerin anlaşarak bir uzlaşmaya varmasıdır. Uyuşmazlıklarda mevcut uluslararası kurallara ve kurumlara başvurunun mecburi olmaması söz konusudur.

Uluslararası toplumda maddi güç kurumlarda değil, bireylerdedir. Bu güç onlardan alınmadıkça mevcut sistem ortadan kaldırılamaz.

Milletlerarası kurallar rızai karakterlidir. Devletler bu kurallara ihtiyaç duydukları için onları kendi rızalarıyla koyarlar ve bu yüzden de bunlara uyarlar. Kuralların rızai olması onlara uyulmasının garantörü olmaktadır.

20.yüzyıldan itibaren devletlerin ekonomik ve teknolojik bakımlardan birbirleriyle bağlantılı oldukları görülmektedir. Devletler bir çok şeyi tek başlarına ya hiç yapamamaktadırlar yada iyi yapamamaktadırlar. Bundan dolayı devletler işbirliği yapma yoluna gitmişlerdir. Bu işbirliği ikili ilişkilerle yada AB gibi çeşitli birlikteliklerle olabilmektedir. Bu bağımlılık nedeniyle çeşitli kurallar ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucunda da borçlarını ve görevlerini yerine getirmeyen devletler birliktelikten uzaklaştırılabilmektedir.

Karşılıklılık, milletlerarası hukukta etkili bir yaptırım biçimidir. Hukuka uymayan veya taahhütlerini yerine getirmeyen devlet yüzünden zarar gören devletler, hukuk kuralları içinde o devlete aynı karşılığı verebilme hakkına sahiptirler.

Uluslararası toplumda devletlerin üstünde bir yasama organı olmadığı için devletler sadece milletlerarası hukuku yapmakla kalmayıp aynı zamanda onu uygulamaktadırlar.

Devletlerin uluslararası alanda meşru müdafaa, misilleme ve hukuka uygun olarak zarara karşılık verme hakları mevcuttur.

* **MEŞRU MÜDAFAA** ; Hukuka aykırı şekilde zarar gören veya haklarını uygulayamayan devletin bu saldırıyı defedecek veya etkisiz hale getirecek şekilde güç kullanmasıdır. Bu hususta kolektif meşru müdafaa da mümkündür. Bu da, saldırıya uğrayan devlete saldırının etkisiz hale getirilmesi konusunda diğer devletlerin yardım etmesidir.

* **MİSİLLEME** ; bir devletin diğer devlete karşı dostça olmayan ama hukuka aykırılık oluşturmamayan bir eylemle zarar vermesidir. Bu durumda zarar gören devlet aynı şekilde karşılık verebilmektedir. (A) devletin (B) devletin vatandaşlarına vize koyması karşısında (B) devletin de (A) devletin vatandaşlarına vize koyması bu tür bir davranıştır.

* **ZARARA KARŞILIK VERME** ; bir devletin diğer bir devlete hukuka aykırı fiil veya işlemlerle zarar vermesi halinde zarar gören devletin zarar veren devletten bunu telafi etmesini istemesine rağmen zarar veren devlet bunu yapmazsa, zarar gören devletin kuvvet kullanmadan karşılık vermesidir. Bu karşılık vermenin uğranılan zararlarla orantılı olması gerekmektedir.

Milletlerarası hukuktaki bu karşı tepkiler caydırıcı etki yapar ve hukuka aykırı yollarla gerçekleştirilen fiili durumlar devletler tarafından tanınmaz.

MİLLETLERARASI HUKUK TEORİSİ

MİLLETLERARASI HUKUKUN BAĞLAYICILIĞI :

Milletlerarası alanda bütün devletler için geçerli olacak kuralları koyan ve uyulmadığı takdirde bunlara uyulmasını zorla sağlayan bir merkezi otoritenin bulunmaması milletlerarası hukukun kuralların tespitinde nelerin dikkate alınacağı ve kuralların bağlayıcılığının kaynağının ne olduğu sorusunu ortaya çıkıştır. Milletlerarası hukuk teorisi bu soruların cevabını vermek üzere ifade edilen görüşlerin tamamına verilen addır.

DOĞAL HUKUK GÖRÜŞÜ

Milletlerarası hukuk kurallarının ne olduğu ve uyulması zorunlu kurallar olmasının temelini doğal hukuk belirlemektedir. Bu hukuk zaman içinde çeşitli yazarlarca farklı farklı anlaşılmış ve tanımlanmıştır. Bu teori özellikle hükümdarların iradesini sınırlayan bir güç olarak dini, vicdani veya doğuştan gelen birtakım haklar olduğu görüşünü savunmuştur. 19. yüzyılda bu görüş vazgeçilmez ve devredilmez birtakım hakların bulunduğunu iddia eden insan hakları taraftarlarınca yeniden popüler hale getirilmiştir.

Bu görüşün milletlerarası hukukta geçerli bir görüş haline gelmesi XVI. yüzyılda yaşayan Vitoria ve Suarez gibi katolik ıspanyol yazarlar sayesinde olmuştur. Vitoria milletlerarası hukuku tanrısal doğal aklın milletlerarası alanda oluşturduğu kurallar olarak düşünmüştür. Suarez ise zorunlu ve değişmez doğal kanunlardan oluşan doğal hukukun açık ve evrensel bir şekilde bütün bireylere ve toplumlara uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. XVII. yüzyılda bu görüşün en

güçlü savunucusu Hollandalı yazar Hugo Grotius olmuştur. Grotius milletlerarası ilişkilerin bir hukuk düzenine tabi olmasının aklın gereği olduğunu ve bu kuralların kaynağının akıl ve vicdan olduğunu savunmuştur.

Doğal hukuk teorileri bütün toplumlar için geçerli değişmez kuralların bulunmadığı ve toplumsal kuralların zaman ve mekanla değiştiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Bu konuda 2 görüş bulunmaktadır.

1- İradeci Görüşler (Dualist)

2- Objektivist (İrade Dışı) Görüşler (Monist)

1- İRADECI GÖRÜŞLER :

Bu görüşte olanlara göre hukuk, devlet iradesinden kaynaklanan kaideler bütünüdür. Hukuku akli ve adil olan kurallar olarak gören tabi hukuka tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu görüşü savunanlar hukuk açısından devletin iradesini temel alırlar. Bağlayıcılık konusunda ise bu görüşü temel olarak kendi görüşlerini savunurlar.

* **JELLİNEK**, Bağlayıcılık konusunda kendi kendini sınırlama (oto-limitasyon) görüşünü savunur. Buna göre, devlet emretme gücünü haizdir. Kendi iradesiyle kendi gücünü düzenleyebilir, değiştirebilir, sınırlayabilir ve ilga edebilir. Devlet, üstün emretme gücünü haizdir ve bundan dolayı bağlayıcılığının kaynağı kendisidir. Devlet milletlerarası hukukta da kendi davranışlarını kendisi sınırlayabilir. Bu görüş bizi milletlerarası hukuku redde kadar götürebilir.

* **TRIEPEL**, Bir iradeci pozitivisttir. O'na göre, hukukun kaynağı iradedir. Milletlerarası hukukta iradesi ile bireyleri bağlayan üstün bir güç yoktur. Milletlerarası hukukun bağlayıcılığının kaynağı, egemen ve eşit olan devletlerin birbirlerine uyan iradelerinden meydana gelen müşterek iradedir. Triepel, müşterek iradenin devleti neden bağladığına hukuk içinde bir açıklama getirmez. O'na göre hukuk ne için bağlayıcıysa müşterek irade de devlet için aynı sebeple bağlayıcıdır şeklinde bir açıklama getirir.

* **ANZİLOTTİ**, Triepel gibi bir iradeci pozitivisttir. Milletlerarası hukukun kaynağını açık yada örtülü olan anlaşmalar olarak görmektedir. Bu tür anlaşmaların devleti neden bağladığı sorusuna hukuk içinde cevap vermez, Postula (aksi ispat edilemeyen faraziye) ile cevap verir. Buna göre bu tür anlaşmaların devleti bağlamasının nedeni, ahde vefa (verilen söze bağlılık – pacta sunt servanda) dır.

İradeciler (dualistler), kaynaklar arası ilişkilerde milli hukuk ile milletlerarası hukuku iki ayrı hukuk olarak görürler.

Milli hukuk ile milletlerarası hukuk ayrımında Triepel'e göre, sosyal ilişkilerin farklılığı önemlidir. Milli hukukta birey-birey ve birey-devlet ilişkileri düzenlenir. Burada her devlet kendine tabi olanlara bir hukuk sağlar. Milletlerarası hukukta ise milli hukuktan farklı olarak eşitlik ilkesi vardır. Bu alanda devletin üzerinde herhangi bir güç yoktur. Milletlerarası hukuk kuralının milli hukuk alanında da geçerli olabilmesi için bu kuralın bir yasama işlemiyle milli hukuka çevrilmesi gerekmektedir.

Milli hukuk ile milletlerarası hukuk farklı ilişkileri düzenlediğinden dolayı (milli hukuk birey-birey ve birey-devlet ilişkilerini düzenlerken, milletlerarası hukuk devlet-devlet ilişkisini düzenler) farklıdırlar. Bundan dolayı da bu hukukların kuralları birbirleriyle çakışamaz.

Anzilotti de milli hukuk ile milletlerarası hukuku iki farklı hukuk düzeni olarak görmektedir. Bunun nedeni bu hukukların geçerliliklerini farklı kaynaklardan almalarıdır. Milli hukuk kanun koyucunun emirlerine uyulması iken, milletlerarası hukukun kaynağı ahde vefadır. Kaynaklar farklı olduğundan dolayı da bu hukuklar birbirleriyle çatışamazlar.

İradeci pozitivistlere göre milli hukuk ile milletlerarası hukuk arasında tabiyet ilişkisi olamaz, zira bu hukuklar farklı kişilere hitap etmektedirler. Üstünlük, bir hukuk düzeninin ona tabi olan hukuk düzeninin yetkisini tayin etmek yerine, bazı konularda düzen getirilmesi yetkisini tanımak, ermeni vermek yada bunu yasaklamak şeklinde ortaya çıkar.

* Milli hukuk ile milletlerarası hukuk arasında kuralların içerikleri konusunda çeşitli ilişkiler bulunmaktadır. Bu anlamda iktibas ve atıf şeklinde iki kavram ortaya çıkmaktadır.

* **İktibas**, bir hukuk kaynağının muhteviyatı ile başka bir hukuk düzenine toptan aktarılmasıdır.

* **Atıf**, bir hukuk kaynağının içeriğinin olduğu gibi aktarılmayıp buna sadece göndermede bulunulmasıdır. Atıfta bulunulan kural, atıfta bulunan hukuk düzeninin bir kuralı olma özelliğini kazanmaz, sadece düzenin içeriğini uygulamak için o kurala başvuruda bulunulmaktadır.

* İradeci pozitivistlerin (dualistlerin) uygulamadaki en önemli sonucu; bir hukuk düzenine ait kuralın diğerinde doğrudan geçerli olamaması ve uygulanabilmesi açısından o düzende kuralın yeniden çıkarılmasının gerekli olmasıdır. Bu alanda yasama ve yürütme organları milletlerarası hukuk kurallarıyla doğrudan bağlı görülürlerken, idare ve yargı organları için milletlerarası hukuktan iç hukuka çevrim işlemi gerekli görülmektedir.

2- OBJEKTİVİST GÖRÜŞLER :

Bu görüşü savunanlar hukukun neden bağlayıcı olduğu sorusuna irade dışındaki bir takım kavramlara dayanarak cevap verirler. Objektivistler, hukuku tek bir bütün olarak görürler ve milli hukuk ve milletlerarası hukuk arasındaki ayrımı kabul etmezler.

* **L. DUGUIT** : Tüzel kişi kavramını kabul etmez. O'na göre, kendisini meydana getiren gerçek kişilerden hukuki kimlik olarak farklı bir varlık olamaz. Devlet denilen şey metafizik (soyut) bir kavramdır ve gerçek dışıdır. Bu yüzden gerçek kişilerin iradesi ve varlığı dışıdır. Bu yüzden gerçek kişilerin iradesi ve varlığı önemlidir. Devlet, idare edenler ve edilenler arasında devamlı bir farklılaşmanın olduğu toplum biçimidir.

Burada hukukun kaynağı devletin iradesi değil, devleti idare edenlerin iradesidir. Bunu irade dışı bir dayanakla açıklar. Duguit'e göre hukukun kaynağı, elle tutulan, gözle görülen, insanın bilinçli ve sosyal bir varlık olması vakasıdır.

İnsanın toplum içinde yaşamasının 2 nedeni vardır. Bunlar insanların ortak ihtiyaçları ile farklı ihtiyaçlarının giderilmesidir. İnsanların farklı ihtiyaçları olduğu gibi farklı kabiliyetleri vardır, ortak ihtiyaçları olduğu gibi de benzer kabiliyetleri vardır.

İnsanların ortak ihtiyaçları benzer kabiliyetlerinin birleştirilmesi ile giderilir. Duguit benzerliklerin birleştirilmesi yoluyla oluşan dayanışmaya mekanik dayanışma demektedir. İnsanların farklı ihtiyaçlarının giderilmesi ise farklı kabiliyetlerinin ve bunlara bağlı hizmetlerin takasıyla olur. Buna ise organik yada iş bölümü yoluyla dayanışma denir. Duguit bu dayanışmayı artıracak her çeşit kolaylığın yapılmasını ister.

Sosyal normlar toplum içinde iktisadi, ahlaki veya hukuki olabilirler. Sosyal normların sosyal dayanışma için bağlayıcı olması ne zaman gerekirse bu normlar o zaman hukuki olurlar.

* **G. SCELLE** : Her toplumun kendi hukukunu salgıladığını düşünür. Toplumlararası hukuk düzeni iki seçenekle karşı karşıyadır. Altta olan yada kendisine dahil olan hukuk düzenlerini, üstte olan hukuk düzeni ya yönetir yada ortadan kaldırır.

Bu anlamda milli hukukun milletlerarası hukuk düzenine tabii olmasından çok milli hukukun milletlerarası hukuk tarafından massedilmesi (ortadan kaldırılması) söz konusudur. Bu bir birleşimdir. Üst hukuk düzeni kendisiyle bağdaşmadığı ölçüde alt hukuk düzenini kendiliğinden (ipso facto) ilga eder.

* **KELSEN** : hukuku bir bütün olarak kavramayı mantıki bir zorunluluk olarak görmektedir. Pozitivisttir, yani yalnızca hukuk olanı göz önüne alır. Aynı yer ve zaman içinde geçerli olan birbirinden farklı hukuk düzenleri bulunamaz. Hukuk kendi yaratılışını kendisi düzenler. Her normu üstteki normun uygulanaşı, alttaki normun ise kaynağı olarak yorumlar.

Kelsen'in normlar hiyerarşisi, kanun, anayasa, ilk anayasanın öngördüğü norma uyma, milletlerarası hukuktaki tesirlilik ilkesi, antlaşmalar, pacta sunt servanda (ahde vefa), hipotez ve örf-adet hukuku şeklinde sıralanır.

Bir norm kendiliğinden üstteki norma uygun yapılırsa geçerli olur. Ancak sadece üstteki norma uygun yapılma geçerlilik için yeterli değildir, aynı zamanda norm tesirli olan hukuka da uygun yapılmalıdır. En üstteki normun üzerinde, hukuk yaratan vaka varsayımı vardır.

Milletlerarası hukuk ile milli hukuk aynı zaman ve alanda geçerli iseler bunlar birbirlerinden ayrı ve bağımsız normlar olamazlar, aynı sistemin bir parçası olurlar. Bu durumda iki ihtimal bulunmaktadır:

a- Bunlar üstlük - tabiyet ilişkisi içerisinde bir normlar silsilesi oluşturabilirler. Bu durumda altta bulunan düzen geçerliliğini üstteki düzenden alır.

b- Bunlar eşitlik ilişkisi içerisinde tek bir hukuk düzeni de oluşturabilirler. Bu durumda her iki düzende geçerliliğini hepsinin üstünde alan ayrı ve 3. bir hukuk düzeninden alırlar. Toplum içinde (üst düzen) 3. hukuk düzeni olamayacağı için milletlerarası hukuk ile milli hukuk arasındaki ilişkilerde üstlük ve tabiyet durumunun belirtilmesi gerekmektedir. Bundan dolayı ya milletlerarası hukuku yada milli hukuku üst norm alırsınız ve diğerini ona tabi kabul edersiniz. Kelsen, milletlerarası hukuku üstün kabul etmektedir.

SOĞUK SAVAŞ DÖNEMİ GÖRÜŞLERİ

Soğuk Savaş dönemi milletlerarası hukuk anlayışı da iki temel milletlerarası hukuk görüşünün varsayımları ve metodolojisinin etkisinde kalmıştır: New Haven (Yale) Okulu ve Marxist-Leninist Teori.

AMERİKAN NEW HAVEN OKULU

New Haven okulu amacını insanlık onuruna dayalı liberal demokratik bir dünya düzeni kurmak olarak tanımlamıştır. Bu tanımda yer alan insanlık onuru ise iktidar aracı olarak güç yerine kişisel tercihin kullanılması ve sosyal kontrol yöntemi olarak kişilerin kendi kendilerini kontrol etmesidir.

Bu ekolün kurucusu olan McDougal ve Lasswell amaçlarını hukukçuların sorumluluk sahibi olacakları sosyal hayatın her alanında açıkça tanımlanmış demokratik değerleri uygulama bilincine ulaştırmak şeklinde tanımlamışlardır. Aksi takdirde despot diktatör liderlerin ortaya çıkması ve yaşamaları için gereken korku ve belirsizlik ortamını üreten bir sosyal durum ortaya çıkmaktadır.

Bu çerçevede okul bir ideolojik taraf tutmanın gerekliliğini vurgulayarak hukukun değer yargılarından bağımsız olmadığını iddia eder. Dolayısı ile hukuk sadece soyut birtakım prensiplerin münferit birtakım olaylara uygulanmasından ibaret değildir. Bu anlayışa göre yargısal kararlarda hukukun sosyal sonuçlarına dikkat edilmelidir. Bir yargıç karar verirken sadece soyut birtakım prensipleri uygulamanın ötesinde hukukun toplumsal olarak arzu edilen hedeflere varmak için kullanılan bir sosyal araç olduğunu, demokratik bir toplumda da ana hedefin insanlık onurunu güvenceye almak olduğunu unutmamalıdır. Bu ise bir hukuk kuralının bir olaya otomatik olarak uygulanamayacağı ve her bir kararın insani, ahlaki ve sosyal sonuçları olan bir tercih içerdiği anlamına gelir. Yani bir hukukçu karar verirken geçmiş kararların ortaya çıkardığı sonuçları varılması amaçlanan hedeflerle kıyaslayarak kararını toplumun geleceğinin bu hedeflere uygun değerlerin yaygınlaşması için kullanmalıdır.

New Haven okulunun en güçlü olduğu alan milletlerarası hukuk olmuş ve pratikte kendisini insanlık onuruna dayalı değerlerin bütün insanlar tarafından kullanılabilirdiği evrensel bir dünya düzeni kurmayı hedefleyen milletlerarası hukukçular yetiştirmeye yöneltmiştir.

SOVYET TEORİSİ

Bu teorinin başını çeken Tunkin'e göre New Haven okulu milletlerarası hukuku dış politika amaçları için kullanarak hukukla politikayı birbirine karıştırmıştır.

Tunkin milletlerarası hukuku açıklamak için insanlık onuruna dayalı değerler yerine sosyal gelişme amacına başvurur. Milletlerarası hukukun amacı sosyalist devletlerin barış içinde bir arada yaşaması, halkların tam bağımsızlığı için kolonizasyonun sona ermesi ve yine halkların menfaatlerini geliştirmek için milletlerarası işbirliğini sağlamaktır. Dolayısı ile çağdaş milletlerarası hukuk toplumların bağımsızlığı ve ilerlemesi için mevcuttur. Sınıf ayrımının bir ürünü olan devlet ve hukukun ortadan kalkacağı toplumsal aşamaya varıncaya kadar milletlerarası hukuk farklı sosyal sistemlere haiz devletlerarasındaki mücadelenin aracı olarak var olmaya devam edecektir.

Milletlerarası hukukun doğasına dair bu farklı anlayış kaçınılmaz olarak hukuk kurallarının oluşturulmasına ilişkin sürecin de farklı kavranılmasına yol açmıştır. Marxist teoriye göre bir hukuk kuralının içeriği bir devletin yönetici sınıfı tarafından belirlendiğinden milletlerarası hukukta da hukuk kurallarının oluşturulması süreci devletin iradesine dayanmaktadır. Dolayısı ile kapitalist bir devlette devlet iradesi hakim ekonomik sınıf tarafından belirlenirken, sosyalist bir devlette bu irade çalışan sınıf tarafından yönetilen halkın iradesini yansıtır. Bunun pratikteki en önemli sonucu Sovyet teorisinin milletlerarası hukukta bir hukuk kaynağı olarak "genel hukuk prensiplerini" reddetmesi olmuştur. Zira sosyalist ve burjuva toplumlarına ortak genel hukuki prensipleri sınıfsal farklılıklar nedeni ile mevcut değildir.

Bu teorinin diğer bir pratik sonucu devletlerin eşitliği prensibi gereği sadece bütün devletler tarafından rıza gösterilmiş kuralların milletlerarası hukukta geçerli olduğunun kabul edilmesidir. Dolayısı ile bu hukuk teorisi milletlerarası hukuk kaynağı olarak yalnızca antlaşmalar ve örf ve adeti kabul etmektedir.

Her ne kadar, bu teori barış içinde bir arada yaşama prensibini sosyalist milletlerarası ilişkilerin temeli olarak öngörse de, sosyalist devletlerarası ilişkilerde sosyalist milletlerarasıcılık ilkesinin geçerli olduğunu savunmuştur. Bu ilkeye göre sosyalist devletlerarasında kardeşlik, yakın işbirliği ve değişik ülkelerde özgürlük için mücadele eden çalışan sınıflara yardım temelinde özel bir hukuki düzen mevcuttur. Bu düzen anlayışı daha sonraları Brezhnev doktrini adı altında sosyalist devletlerin sosyalizmden kaymalarını önlemek amacı ile diğer Sosyalist devletlerce güç kullanılmasının meşru olduğu kuralını getirmiştir. Bu kural Çekoslovakya, Macaristan ve Afganistan'daki güç kullanımlarında meşruiyet zemini olarak kullanılmıştır.

İnsan hakları açısından ise Sovyet görüşü insan hak ve özgürlüklerinin insan doğasında yer almadığı varsayımından hareket eder. Her bir devlette insan hak ve özgürlükleri o toplumun sosyo-ekonomik, politik ve gelişmişlik düzeyi ile bağlantılıdır ve bunlar tarafından belirlenir. Dolayısı ile insan haklarının içeriği onu uygulayacak devletin iç hukuk düzenine bırakılmalıdır ve milletlerarası bir düzenlemeye tabi kılınmamalıdır.

SOĞUK SAVAŞ SONRASI GÖRÜŞLER

Soğuk savaş dönemine ait yukarıdaki görüşleri eleştiren yazarlardan biri olan Richard Falk bir kamplaşmanın ürünü olan bu görüşlerin milletlerarası hukuku güç kullanma ve askeri müdahalenin bir aracı konumuna indirgediğini iddia etmiştir. Sonuç olarak her iki teori de hukuku bir araç olarak görmüş ve

uygulamayı kendi politik dünya görüşleri doğrultusunda şekillendirmeyi amaçlamışlardır.

Günümüz milletlerarası hukuk teorileri arasında en çok rağbet göreni **Philip Allott**'un teorisidir. Allott temel yasa koyma aracı olarak devleti reddetmekte ve dünya işlerinin yeniden yapılandırılmasını savunmaktadır. Allott'a göre milletlerarası ilişkilerin merkezinde devletin yer alması trajik bir hatadır, zira önemli olan devletler değil insanlıktır. Bir devletin içinde yaşayan insan topluluğu gündemini politikacı ve bürokratların tayin ettiği bir sosyal yapı olarak algılanmaktadır. Dolayısı ile devlet ve toplum birbirinden ayrı olarak düşünülmediği için milletler arası ilişkiler de insanlığı temsil etmekte yetersiz kalmaktadır. Bunun sonucunda milletlerarası ilişkiler bu toplumları idare edenlerin menfaatlerinin bir aracı olarak birbirleri arasındaki mücadele ve çatışmaların bir alanı haline gelmektedir.

Egemenlik devletin malı olarak otoriter temelli bir toplum bakışını yansıtır. Bu ise insanların menfaatleri yerine devletin menfaatleri üzerinde yoğunlaşır. Her ne kadar demokrasinin mevcut olduğu bazı toplumlarda güç devlet yerine topluma geçmiş ve bu sayede o toplumun refahını her bir toplum üyesinin refahında araması bilinci yerleşmişse de, milletlerarası toplumda bu değişim gerçekleşmemiştir. Milletlerarası toplum hala demokratik olmadığından vatandaşların dış ilişkilere katılımı da sadece hükümetleri vasıtasıyla olabilmektedir. Bu ise milletlerarası toplumu her bir devletin hayatta kalmak için mücadele verdiği bir yer haline getirmektedir.

Allott milletlerarası toplumun bir sosyal düzen olarak kendini kendini düzenleyerek içinde yer alan her topluluğun kendisi ve üyelerinin refahını arttırmasını sağlama kapasitesi üzerinde şekillenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bunun için hukukçular milletlerarası toplumun geleceği konusunda sorumluluk almalı ve bu toplumu oluşturan halkların kendilerine ve diğerlerine zarar vermesini engellemek için çalışmalıdırlar.

MİLLETLERARASI HUKUKUN KAYNAKLARI :

1- Maddi Kaynak (Dolaylı-Tali Kaynak) : Hukukun içeriğinin belirlenmesinde etkili olan faktörlerdir. Hukuk kuralı oluşana kadar ona etki eden iktisadi, siyasi, ahlaki faktörler onun maddi kaynağını oluşturur.

2- Şekli Kaynak (Doğrudan Kaynak) : İçeriği maddi kaynaklardaki söz konusu faktörler dikkate alınarak biçimlendirilen norma geçerlilik kazandıran olaylar ve işlemlerdir. Başka bir ifadeyle şekli kaynaklar, biçimlenmiş içeriğe bağlayıcılık kazandıran şeylerdir.

Milli hukuklarda kaynaklardan hangisinin maddi veya şekli olduğunu tesbit etmek kolaydır. Bu milli hukukun gelişmiş olmasından kaynaklanır. Milli hukukta anayasa, kaynakları saptamış ve sıralamıştır. Milletlerarası hukukta ise bu ayrım kolayca yapılamaz. Bazen şekli bir kaynak başka bir şekli kaynağın maddi kaynağını oluşturabilir. Örf-adet kuralları yazılı hale getirilerek bir andlaşma oluşturabilirler.

Burada andlaşmanın maddi kaynağını örf-adet kuralları oluşturur. Andlaşma yapılır ve belli bir süre sonra bunlar örf-adet kuralı haline gelir. Burada da örf-adet kurallarının maddi kaynağını andlaşma oluşturur.

Milletlerarası hukuk, iç hukuk gibi merkezileşmiş bir teşkilatlanmaya sahip değildir. Bu yüzden de bunların bağlayıcılığı kolayca saptanamamaktadır. Burada devletlerin uygulamalarına bakılmalıdır. Milletlerarası hukukun şekli kaynakları Milletlerarası Adalet Divanı'nı kuran anlaşma olan Statü'nün 38. maddesinde genel olarak sayılmıştır. MAD, BM'nin asli organıdır. Bu organ ile ilginin kesilmemesi açısından eski Milletler Cemiyeti'nin Daimi Adalet Divanı arasında içtihat birliği vardır. Bu durum bir andlaşmayla da kayıt altına alınmıştır.

MAD Statüsü m.38, Divan önüne getirilen uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak kuralları sayar. Dolayısıyla bu statü andlaşmaya taraf olan devletleri bağlar. Diğer mahkemeler bu madde de sayılan kaynaklarla bağlı değildirler.

MAD Statüsü m.38'deki sıralama konusunda devletler açısından genel kanı, bunların tüketici kaynak olmasından ziyade, belirleyici kaynak olmasıdır. Tüketici kaynak, yazılan kaynakların dışında bir kaynağı olamamasıdır. Belirleyici kaynak ise, yazılan kaynakların dışında başka kaynaklarında olabilmesidir.

BM, evrensellik ilkesiyle kurulmuş bir kurum olmasa da zamanla evrensel hale gelmiştir. Bunun içindir ki, üye olan devletler arasından m.38 bağlayıcıdır.

MAD Statüsü m.38'de belirtilen kaynaklar şunlardır:

(asli şekli) **a-** Uyuşmazlığa taraf olan devletlerce açıkça tanınmış kurallar koyan genel ve özel nitelikte milletlerarası andlaşmalar,

(asli şekli) **b-** Hukuk olarak kabul edilmiş bir genel uygulamanın delili olarak milletlerarası örf-adet (teamül),

(tamamlayıcı) **c-** Uygar milletlerce tanınmış hukukun genel prensipleri (ilkeleri)

(yardımcı kaynak) **d-** 59. madde hükmü saklı olmak üzere, hukuk kurallarının saptanmasında yardımcı vasıta olarak kazai kararlar ve hukuk öğretisi, yani içtihat ve doktrin.

e- m.38/2’de belirtilen hakkaniyet ve nispet (insaflı olmak).

Tüm bunların kaynak olması zaman zaman tartışılsada, varlıkları tartışılmaz. Milletlerarası hukukta yargı yoluna ancak taraflar bu konuda anlaşmışlarsa gidilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığa yukarıdaki kaynaklardan hakkaniyet ve nispetin uygulanabilmesi içinde tarafların bu konuda ayrıca anlaşmaları gerekmektedir. Buradaki hakkaniyet ve nispet, somut olayda adil sonuca varmayı sağlamaktadır.

Andlaşma, iki milletlerarası hukuk kişisi arasındaki belli bir irade uyuşmasını belirtir. Andlaşmalardan tek taraflı irade beyanlarıyla hak ve borç doğumu olabilmektedir. Andlaşmalar genelde yazılı olmakla beraber, sözlü de olabilmektedir.

* **Filtzmourice**, andlaşmaların milletlerarası hukukun şekli kaynağı olduğunu reddeder. Şekli kaynaklar milletlerarası hukukta da milli hukukta olduğu gibi, genel ve soyuttur. Oysa andlaşmalar sadece belli taraflar için yapılır. Andlaşmaların bağlayıcı olmasının nedeniyse, pacta sunt servanda (ahde vefa)dır.

* **Brownile**, genel olarak 38. maddenin şekli ve maddi kaynaklar arasında bir ayrıma dayandığına inanmaz. Bu madde en basit olarak a bendinden d bendine kadar bir sıralamaya dayanır. Bu hiyerarşiyle ilgili olarak, bütün meselelere bu sıralamanın maddeyi koyanlarca taraflara “dikte” edilmesini düşünmek makul bir varsayım olmayacaktır. 38.maddenin a bendi her halükarda yükümlülüklerle ilgilidir. Bunun örf-adet kuralına ve jus cogens’e (emredici kurallara) aykırı olması durumunda batıl olması söz konusudur.

* 38. maddeye göre milletlerarası hukukun iki asli kaynağı vardır. Milletlerarası andlaşmalar ve örf-adet. Bir uyuşmazlıkta hangi şekli kaynağın uygulanacağı önemlidir. Zira anlaşma sadece tarafları için bağlayıcıdır. Taraf olmadığı bir andlaşma hükmü ilgili devlete uygulanamayacağından, bu devletle her hangi bir andlaşmaya taraf olan devlet arasındaki ortak nokta, milletlerarası teamül, yani örf-adettir.

Bir andlaşmanın yorumlanması söz konusuyla milletlerarası hukukun genel ilkelerine gidilebilir.

Andlaşma yada teamül kuralıyla başka bir andlaşmanın kuralı kaldırılabilir.

(38. maddede kesin bir hiyerarşi silsilesi olduğunu düşünmek çok da mantıklı değildir. Zira bu maddeyi yapanların amacı da bu değildir)

BM Genel Kurul kararları hukukun oluşumunda etkisi olan kararlardandır. Milletlerarası hukukla ilgili genel kurallar koyabilecek konularda çoğunluğun oyuyla yada oy birliğiyle karar çıkmışsa, bu durum en geniş bir forum olan ortamda hükümetlerin görüşlerinin kanıtını oluşturur. Bu şekilde çıkan kararlar, hukukun devamlı olan gelişimi için bir temel oluşturur.

ÖRF-ADET HUKUKU (Teamül Hukuku):

Örf-adet kuralları, genel hukukta olduğu kadar, milletlerarası hukukta da yazılı olmayan ilk orijinal kaynaklardandır. Devletler hukukunda milletlerarası ilişkilerin yoğun olması nedeniyle, bu ilişkilere uygulanacak kurallarında yazılı olması gerektiği düşüncesi örf-adet hukukunun önemini azaltmamıştır. Örf-adet hukuku bugün hala milletlerarası hukukun dinamik bir kaynağı olmaya devam etmektedir. Bunun en önemli nedenlerinden birisi, bugün milletlerarası hukukun en önemli kaynaklarından biri olan andlaşmaların temelinde yatan (ahde vefa” ilkesinin örf-adet hukukunun bir kavramı olmasıdır.

Örf-adet kuralları yazılı değildir ve bundan dolayı bünyesinde ve içeriğinde belirsizlik vardır. Bu kurallara yazılı bir şekil vermek amacıyla milletlerarası hukukta bir kodlaştırma faaliyetine girilmiştir. Mesela ana kaynağını örf-adet hukuku kurallarının oluşturduğu savaş hukukunun kuralları kodlaştırılmıştır. Bu işlemten sonra savaş hukuku yazılı hale gelmiştir.

Kodlaştırma işlemi için BM’de Milletlerarası Hukuk Komisyonu (İLC) kurulmuştur. Bu kurul devletler hukukunun kurallarının yazılı hale getirilmesi için oluşturulmuştur. Bu komisyonda seçilen konu için raportörler seçilir, bu raportörler belli bir tasarı hazırlarlar ve bunu devletlere sunarlar. Devletler bu tasarıyı kabul ederlerse kurallar yazılı hale gelmiş olur.

Örf-adet kuralları devletlerin uyguladığı şekliyle yazılı hale getirilmeyebilir. Burada bu kurallara tasarı sırasında çeşitli değişiklikler yapılabilir.

Örf-adet kuralları yazılı hale getirildiklerinde önemlerinden pek bir şey kaybetmezler, zira her devlet BM gibi kuruluşların öncülüğünde yapılan her andlaşmaya taraf olmaz. Bu yüzden de örf-adet kuralları varlıklarını ve önemini devam ettirirler.

Örf-adet hukuku kuralının oluşabilmesi için devlet uygulaması gerekmektedir. Ancak devletin her uygulaması örf-adet kuralı oluşturmaz. Devlet uygulamasının

örf-adet kuralı oluşturabilmesi için maddi ve psikolojik (sübjektif) unsur şeklinde iki unsuru içermesi gerekir.

1- MADDİ UNSUR :

Örf-adet kuralının oluşabilmesi için gerekli olan maddi unsur, belirli nitelikteki devlet uygulamalarının *genel, *tutarlı ve *kesintisiz olmasıdır.

* Genel Olması, bir davranışın çıkarları özel olarak etkilenen devletlerde dahil olmak üzere yaygın ve temsil edici bir çoğunluk tarafından yeknesak olarak benimsenmesidir. Burada davranışın evrensel olması gerekmez ve oybirliği ile çoğunlukta aranmaz. Yaygınlıkta coğrafi konum dikkate alınmalı ve her türlü menfaat grubunun benimsendiği bir uygulama olmalıdır. Mesela, herhangi bir uygulama denizlere kıyısı olan devletlerce benimsense ama bu kuraldan çıkarları özel olarak etkilenen karaya kilitlenme durumunda olan devletlerce benimsenmezse bu uygulama örf-adet kuralı olmaz.

Örnek: Kara sularının genişliği 1982 Deniz Konvansiyonunda 12 mil olarak kararlaştırıldı ve bu andlaşma çok yaygın bir kabul gördü. Türkiye ise bu andlaşmayı onaylamadı. Buradaki yaygın kabul andlaşmayı örf-adet kuralı haline getirmiş midir? Burada Yunanistan andlaşmanın yaygın kabulü nedeniyle karasuları genişliğinin 12 mil olması kuralının örf-adet kuralı olduğunu iddia etmiştir.

Ancak Milletlerarası Adalet Divanı içtihatlarına göre bir uygulamanın genel olması için yaygın ve temsil edici bir çoğunluğun yanında bir de çıkarları özel olarak etkilenen devletlerin kabulü gerekmektedir. Ege’de çok sayıda ada vardır ve bunların büyük çoğunluğu Türkiye’ye çok yakındır. 12 milin kabul edilmesi halinde Türkiye evvelce açık deniz olan sahadan serbestçe geçemeyip, buraların Yunan karasuları olması sebebiyle “zararsız geçiş rejimi” gibi çeşitli sınırlamalara tabi olacaktır. Bu olayda çıkarları özel olarak etkilenen devlet konumunda olan Türkiye, bu kuralı uygulamadığından dolayı bu kural bir örf-adet kuralı oluşturmaz.

* Tutarlı Olması, devletin benzer olaylar karşısında hep aynı şekilde davranmasıdır.

* Kesintisiz Olması, uygulamanın zaman içinde araya aksine tutum ve davranışlar girmeden uygulanmasıdır. Bir davranışın genellik ve tutarlık kazanabilmesi için mutlaka belli bir süre uygulanması gerekir. Bu sürenin ne kadar olduğu belirsizdir, yani bu konuda sabit bir süre söylenemez.

Bu süre günümüzde artık eski zamanlara göre daha kısa olmaktadır. Mesela, kıta sahanlığı 1945 yılında ABD’nin tek taraflı uygulamasıyla başlamıştır. 1958 yılında ise kıta sahanlığı BM andlaşması olarak bir örf-adet kuralı haline gelmiştir.

* Devletlerarası uygulamanın tespitinde, devletin yetkilendirdiği kişilerin eylem ve işlemleri devlete izafe edilir, yani yüklenir. Görevleri dolayısıyla her hangi bir yetki belgesi olmaksızın faaliyet gösteren kişilerin eylem ve işlemleri devleti bağlayabilir. Devlet ve hükümet başkanı ile dış işleri bakanının işlemleri ve eylemleri devlete izafe edilebilir.

* BM Genel Kurulu, her devletin eşit olarak temsil edildiği bir yerdir. BM Genel Kurulu'nun bütçe ile ilgili kararları hariç diğer hiçbir kararı bağlayıcı değildir. Bu kararlar devlet hukukunu şekillendirme açısından bağlayıcılık doğurmasa da yaygın ve temsil edici bir çoğunluk tarafından kabul edilirlse uygulamada etkin oldukları için gözardı edilemezler.

* **Danışma Görüşü** (İstişari Mütalaa): Danışma görüşü, Milletlerarası Adalet Divanının Unesco, BM Çalışma Örgütü gibi BM'in çeşitli kurumlarının hukuki bir mesele hakkında görüş istemesi halinde verdiği kararlardır. Bu kararlar hukuki sorun hakkında tavsiye niteliğindeki aydınlatıcı kararlardır ve yargı kararları gibi bağlayıcı değildirler.

* BM nezdinde görev yapan bir kişinin görev sırasında zarar görmesi halinde teşkilatın kişi adına tazminat talep edip edemeyeceği konusunda teşkilata varlık kazandıran andlaşmaya bakılmış ve burada soruna yönelik herhangi bir cevap bulunamayınca sorun Divan'a taşınmıştır. Divan ise bu konuda, teşkilatların kişiliği olduğunu ve kuruluş andlaşmasında yazmasa bile görevlerini yerine getirebilmek için bu tür bir yetki kullanılabileceğini (bu yetkiye "saklı yetki" denir) belirtmiştir. Buna "fonksiyonel himaye" denir.

* Devletlerin yapmama ve susma gibi olumsuz (menfi) davranışları da milletlerarası örf-adet hukukunun oluşturulmasında işlev görebilmektedir. Milletlerarası Adalet Divanı, bir uygulamanın örf-adet olması için mutlaka olumlu, yani yapma şeklinde bir davranış olması gerekmediğini, yapmama şeklindeki davranışlarında örf-adet kuralı oluşturabileceğini belirtmiştir. Ancak bunun için yapmamanın bir hukuki yüküm olduğu inancının ispat edilmesi gerekir.

2- PSİKOLOJİK (SÜBJEKTİF) UNSUR :

Bir örf-adet kuralının doğumu için belirli nitelikleri haiz bir milletlerarası uygulamanın bulunması tek başına yeterli değildir. Buna ek olarak bu uygulamada öngörüldüğü biçimde davranmanın hukuken zorunlu olduğu inancının da yerleşmesi lazımdır.

Milletlerarası Adalet Divanı, pek çok yargı kararında örf-adet kuralının oluşabilmesi için maddi unsurun yanında psikolojik unsurunda bulunmasını

aramıştır. Divana göre, milletlerarası örf-adetin oluşabilmesi için gerekli olan unsur sadece ilgili davranışın yerleşmiş bir uygulama olması değildir. Bunun yanında böyle bir uygulamanın yapılmasını zorunlu kılan hukuk kuralının varlığı nedeniyle mecburilik kazanmış olduğu yolundaki bir inancın ispatını teşkil edecek mahiyette olan bir davranışında olması gerekir.

Devletler belli bir durum karşısında belli bir davranışta bulunabilirler. Sadece bu durumun olması milletlerarası örf-adet için yeterli değildir. Zira devlet bu davranışını menfaatleri icabı veya ahlakilik gereğince yapmış olabilirler. Bu durumda bir maddi unsur gereği uygulama varsa da bu milletlerarası örf-adet oluşturmaz.

Zira devlet menfaati değiştiğinde veya ahlaka uymak fikrinden vazgeçtiğinde bu uygulamayı terk edebilecektir. Oysa aynı devlet belli bir şekilde davranmayı hukuki bir mecburiyet olarak kabul ettiği zaman maddi unsorda gerçekleşmiş ise örf-adet kuralı oluşmuş olacaktır.

* Örf-adet kuralları gayri şahsidir, geneldir ve devletlerin durumuna bakılmaksızın uygulanırlar. Bu yüzden de kural olarak tüm devletleri bağlarlar. Bunun istisnası bulunmamaktadır. Bir kural ne kadar genellikle kabul edilirse edilsin, o kuralın oluşumu aşamasından itibaren açık ve tutarlı bir biçimde kesintisiz olarak itiraz eden devlete karşı bu kural ileri sürülemez.

* **Bölgesel Örf-Adet** : Coğrafi açıdan bölgesel alandaki yada belli bir ideolojiyi benimseyen devletler arasındaki açık, tutarlı ve aralarında uyulması zorunlu bir uygulamadır. Divan bölgesel örf-adeti ilgili bölge devletleri arasındaki zımni (örtülü) andlaşmaya benzetmiştir. Buna göre bölgesel örf-adette genel örf-adette aranan genellik, tutarlılık, kesintisizlik unsurlarından başka, bölgesel örf-adet haline geldiği ileri sürülen eylemin öngördüğü şekilde davranmanın karşı devletçe de bağlayıcı olduğunun ispat edilmesi gerekir.

Tarihi Hak : Bir devlet genel hukukun kendisi için öngörmediği bir hakkı çekişmesiz uygulama ile kazanırsa, yani o hakkın kullanılmasına itiraz etme konumunda olan devletlerce o hakkın kullanımına itiraz edilmezse tarihi hak ortaya çıkar. Tarihi hakkı kazanan devlet, itiraz hakkı olan asıl devletler itiraz etmediği için bunu tüm devletlere karşı ileri sürebilir. Mesela, milletlerarası hukuk uyarınca bir körfezin ağız genişliği (açıklığı) 24 mile katarsa, ilgili devlet bu körfezi iç sular rejimine tabi kılabilir. Libya genişliği 300 mil olan Sirte Körfezi'ni iç sularına kattığını söylemiş, diğer ilgili devletler buna itiraz etmiş ve Libya eğer ilgili devletler itiraz etmeseydi kazanacağı tarihi hakkı kazanamamıştır.

Not: Örf-adet kuralları tamamlayıcı nitelikli kurallardır. Zor kullanma yasağı gibi emredici olan istisnai kurallar hariç genel olarak emredici bir nitelik taşımazlar. Bu yüzden devletler örf-adet haline gelen kuraldan farklı, zıt bir düzenlemeyi andlaşma yolu ile kullanabilirler. Emredici kurallara aykırı bir andlaşma ise yapılamaz, yapılırsa bile bu andlaşma batıl sayılır.

HUKUKUN GENEL İLKELERİ:

Bir uyuşmazlıkta o olaya uygulanacak bir kural yoksa mahkemenin o davaya bakmaktan kaçınmasını engellemek için m.38/1-c kabul edilmiş ve hukukun genel ilkeleri milletlerarası hukukun maddi bir kaynağı sayılmıştır.

Hakim, m.38/1-a.b milletlerarası hukukun asli ve şekli kaynağı olduğu için önce andlaşmaya göre, o yoksa örf-adete göre karar verecek, bunun da bulunmaması halinde takdir yetkisini kullanarak uyuşmazlık hakkında karar verecektir. Ancak mahkemenin takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Öyle ki, hakim takdir yetkisine dayanarak kendi keyfiliğine göre değil, medeni milletlerce kabul edilmiş hukukun genel ilkelerine dayanarak karar verecektir.

Doktrinde bu konuda müracaatın gerekliliği konusunda tartışma vardır. Bazı hukukçulara göre, medeni milletlerce kabil edilmiş hukukun genel prensiplerini uygulamak hukuki bir zorunluluk değildir. Bu görüşü savunanlar arasında Anzilotti'de yer alır. Pozitivist hukukun taraftarı olan Anzilotti'ye göre hukukta boşluk olmaz. Pozitif hukuk, yani devletlerin iradesinden kaynaklanan hukuk, uyuşmazlığa çözüm getirebilecek niteliktedir. Hukukta boşluk olmadığından bu boşluğun giderilmesi manasını ifade eden hukukun genel prensiplerine müracaat da gereksizdir.

Aynı görüşteki Jorsel de hukukun düzenlemesinin ya emretme/yasaklama/izin verme şeklinde ya da emretmeme/menetmeme şeklinde olacağını belirtir. Hukukun emretmemesi/met etmemesi o konuya ilişkin bir düzenleme getirilmediği manasına gelmez. Burada devletin o konuda takdir hakkı olduğu düşünülür. Bu da yetkinin örtülü şeklini gösterir.

Objektivistlerden tabii hukuk görüşünü benimseyenler m.38/1-c'de hukukun genel ilkelerinden bahsedilmesini pozitivist görüşün reddi olarak tanımlarlar ve hukukun genel prensiplerini milletlerarası hukukun tali (yan) kaynağı olarak kabul ederler. Hukukta boşluk olduğunu kabul ederek, bu ilkeleri maddi kaynak olarak görenlere göre, hukukun genel ilkelerine başvurabilmek için, uyuşmazlığa taraf olan devletler için andlaşmanın ya da örf-adet kuralının bulunmaması gerekir.

* Uyuşmazlık mahkeme önüne gelene kadar hangi kuralın uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaz. Milletlerarası hukukta uyuşmazlık mahkeme önüne gelince, milli hukuklarda kabul edilen hukukun genel ilkeleri kıyasen milletlerarası hukukta uygulanır.

Örnek: 1978 andlaşmasıyla Osmanlı Devleti Rusya'ya savaş tazminatı borcu altına girmişti. Osmanlı Devleti ödemede gecikince Rusya gecikme faizi istemiştir. Osmanlı Devleti borcu kabul etmiş fakat faiz borcunu devlet borçlarında faiz istenemez gerekçesiyle reddetmiştir. Bu ihtilaf üzerine hakem mahkeme şöyle karar vermiştir: Borç paraya ilişkin olduğundan ve Roma hukuku ile diğer hukuk sistemlerinde gecikme faizi tanındığından devletlerin borçlarında da gecikme faizi uygulanabilir. Asıl para borcu ne zaman talep edilmişse gecikme faizi de o andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu nedenle, davanın açıldığı 1890 yılına kadarki gecikme faizi reddedilmiştir. Bu olaya kadar devletler arasında gecikme faizi hususunda bir yargı ve kural yoktu. Mahkeme burada Roma hukuku ile diğer iç hukuklardaki medeni milletlerce kabul edilmiş hukukun genel ilkelerini kıyas yoluyla milletlerarası ihtilafa da uygulamıştır.

Hukukun genel ilkeleri, andlaşma yada örf-adet kuralı ile çatışacak şekilde kullanılamazlar. (Bir kural iç hukukta yeknesak (tek düze) olarak kabul edilmişse, milletlerarası mahkeme uyuşmazlığı çözmede bu kuralı uygulamak zorunda değildir) Bu ilkeler maddi kaynaktır ve mahkemenin bunlara başvurma konusunda takdir yetkisi vardır. Ancak mahkeme hukukun genel ilkelerini uyuşmazlığa uygularsa bunlar şekli kaynak olurlar.

Hukukun genel ilkelerinin kıyas yoluyla uygulanmasında hakem mahkemeleri ile Divan uygulamaları arasında bir takım farklar vardır. Hakem mahkemeleri, bu ilkelere daha çok başvururlar ve bu ilkeyi kararlarında açıklarlar. Buna karşılık Divan, bu ilkelere daha az başvurur ve uyguladığı ilkenin ne olduğunu açıklamaz.

İyiniyet, ahde vefa, örtülü kabul, devletin kendi davranışıyla bir hakkını yitirmesi, hakkın kötüye kullanılması, usulden kaynaklanan kesin hüküm, dolaylı delillere başvuru, kimsenin kendi davasında hakim olamaması, yerel başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi ve açık denizlerin serbestliği ilkesi, milletlerarası hukukta en çok başvuru hukukun genel ilkeleridir.

YARGI KARARLARI VE DOKTRİN :

Yargı kararlarının bağlayıcılığı hususunda genel kanı, Divan Statüsü'nün kıta avrupası, sistemini benimsemiş olduğudur. Avrupa'da mahkemelerin verdiği kararlar Anglosakson hukukunun aksine diğer mahkemeleri bağlamaz.

Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün 59.maddesi, Milletlerarası Adalet Divanı'nın vereceği kararların ancak Divan'a gelen ilgili taraf devletler ve karar verilen ihtilaf hakkında bağlayıcı olduğunu belirtir, yani Divan kararlarını o taraflar, o dava ve o uyuşmazlık için verir. Divan'ın verdiği karar önüne gelen taraf devletlerin dışındaki devletler için ve karar verilen uyuşmazlık dışındaki uyuşmazlıklar için hiçbir bağlayıcılığa sahip değildir. Bu yüzden yargı kararları ve doktrin milletlerarası hukukta yardımcı kaynak olarak görülürler.

Yargı kararlarının kapsamına, Milletlerarası Adalet Divanı kararları, diğer milletlerarası mahkemelerin kararları ve milli mahkemelerin diploması muafiyetliği, yargı bağışıklığı gibi milletlerarası konulara ilişkin kararları girmektedir.

Yargı kararları, hukuk kurallarının saptanmasında yardımcı vasıta olarak işlev görürler. Uyuşmazlıkta olaya uygulanacak hukuk kuralının ne olduğu konusunda bir açıklık yoksa, öncelikle o konuda bir andlaşma yada örf-adet kuralı olup olmadığına, sonra da o konuda verilmiş bir mahkeme kararı olup olmadığına bakılır. Bu yüzden yargı kararları ikinci derecede delildirler. Mahkeme kararları hukuk oluşturmazlar fakat mevcut bir hukuk kuralının varlığını beyan ederler.

* Milletlerarası hukuk kuralının oluşmadığı ve devletlerarası ilişkileri düzenleyen belgelere ulaşmanın kolay olmadığı devirlerde doktrin (öğretinin görüşleri), hukuk kurallarının oluşumunda önemli bir görev yapmaktaydı. Bugün ise aleniyet ilkesi gereğince devletlerarası andlaşmalar taraf devletlerce yayımlanmaktadır. Andlaşma metinlerine ulaşmanın kolaylaşması sebebiyle doktrin eski önemini kaybetmiştir. Doktrin bugün daha çok kuralların açıklanmasında önem taşımaktadır. Hukukun geliştirilmesi ve değiştirilmesi bakımından, olması gereken hukukun oluşumunda doktrinin bir rolü olabilir.

DİVANIN HAKKANİYET VE NİSFET'E GÖRE KARAR VERMESİ:

Hukuk kuralları düzenlenirken bunların adil olduğu inancı vardır. Ancak bu kurallar genel ve gayri şahsi nitelikte olduklarından somut olayda adaletsiz bir sonuca hizmet edebilirler. İşte bu nedenle m.38/2'deki hakkaniyet ve nispet, adil olması için konulan hukuk kurallarının somut olayda adaletsizliğe yol açmasını engelleme amacındadır.

Hakkaniyet ve nisfet'in 3 adet işlevi vardır: Bunlar :

-

a- Hukukun Uygulanmasını Yumuşatma Rolü (İnfia legem) : Bu rol yargının içeriğinde bulunan bir kavram olarak, hakkaniyet ve nisfetin doğal işlevidir. Hakim uyuşmazlığa hukuk kurallarını uygularken, ortaya birden fazla anlam çıkıyorsa, hangi anlamın tarafların bireysel yorumuna daha uygun olduğuna bakacaktır. Bu hakimin kendiliğinden yapması gereken bir uygulama olduğu için bu konuda mahkemeye ayrıca bir yetki verilmesine gerek yoktur.

b- Hukukun Boşluklarını Doldurma Rolü (Proeter Legem) : Bazen bir meseleye uygulanacak hukuk kuralı bulunmayabilir, yani hukuki boşluk söz konusu olabilir. Bu durumda boşluk hakkaniyet ve nisfete göre adil bir şekilde doldurulur. Başka bir deyişle, pozitif hukuk yetersizse ve o olayı düzenlemişse hakkaniyet ve nisfete göre çözüm yapılabilir.

c- Hukukun Uygulamalarının Durdurulması Rolü (Contra legem) : Söz konusu uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralları olmasına rağmen, taraflar hakime somut olay için hukuk yaratma yetkisi verirler ve bunun daha adil olduğunu belirterek olaya uygularlar. Burada hukuk kuralları bırakılarak hakime somut olaya en adil olanı uygula denmektedir. Bunun için tarafların mahkemeye açıkça yetki vermeleri gerekmektedir.

* m.38/2'deki hakkaniyet ve nisfetin uygulanabilmesi için tarafların uyuşmazlığın mahkeme önüne götürülmesi konusunda anlaşmaları yetmez, bir de olayın hakkaniyet ve nisfete göre çözülmesi konusunda da açıkça anlaşmaları gerekmektedir. Böyle bir anlaşma yoksa Divan mevcut şekli kaynaklara göre, yani m.38/1'e göre uyuşmazlığı çözer.

MİLLETLERARASI HUKUK TASARRUFLARI (Hukuki Olay/İşlem) : Milletlerarası alanda hak ve borç oluşturan işlemler yalnızca andlaşmalar değildir. Bunun dışında tek taraflı hukuki işlemler ile hukuki olaylarda borç ve hak kaynağı olabilmektedir.

Hukuki Olay, milletlerarası hukukun kendisine hukuki netice bağladığı olaylardır. Hukuki olayların bir kısmı, tabii (doğal) olaylardır. Bir devletin karasularında bir adanın oluşması neticesinde devletin karasularının değişmesi tabii olaylara hukuki sonuç bağlanmasının bir örneğini oluşturur. Hukuki olayların diğer bir kısmı şahıslarla ilgili olan olaylardır. Kural olarak milletlerarası hukuk devletlerarası ilişkilerle ilgili olsa da kişilerin durumunda meydana gelen değişikliklerde istisnaen milletlerarası hukukun konusunu oluşturabilmektedir. Kişinin vatandaşlığını değiştirmesi yada suçluların iadesi şahıslarla ilgili olan olaylara örnek olarak verilebilir.

DEVLETE İZAFE EDİLEN İŞLEM VE EYLEMLER :

Milletlerarası hukukun asıl olarak hukuki sonuç bağladığı olaylar, milletlerarası hukukun esas sujesi olan devletlerin yaptığı eylem ve işlemlerdir. Devletlerin eylem ve işlemleri hukuka uygun ve hukuka aykırı eylem ve işlem şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

1- Devlete İzafe Edilen Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemler: Milletlerarası hukuk, bir devletin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine mesuliyet hukuki sonucunu bağlar. Mesuliyet ilişkisi, hukuka aykırı davranan devlet ile hakkı ihlal edilen devlet arasında oluşur. Hukuka aykırı hareket eden devlet, bundan zarar gören devletlerin zararını tamir ve tazmin etmek yükümlülüğü altındadır. Bu yüküm ya aynen eski hak iade (hukuka aykırılık yokken varolan durumun gerçekleştirilmesi) şeklinde yada tazminat ödenmesi şeklinde olur. Tazminat, hukuka aykırılığın bütün sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla verilir.

2- Devlete İzafe Edilen Hukuka Uygun Eylem ve İşlemler:

Bunlar 3 şekilde olabilir:

a - Devletin bazı eylem ve işlemleri, bizzat hukukun tanıdığı hak ve yetkinin kullanılması amacına uygun olabilir. Mesela, açık denizde avlanan bir devlet gemisinin bu fiili, bizzat milletlerarası hukukun tanıdığı bir hakkın kullanılmasından ibarettir.

b - Devletin bazı eylem ve işlemleri, bir milletlerarası hukuk kuralının uygulanmasının ön şartını oluşturabilir, yani devlet bir işlem yaptığında hukuk bu işleme o statünün bütün gereklerini bağlar. Mesela, her devlet karasularını 12 mil olarak saptayabilir. Bu milletlerarası hukuk kuralına dayanarak taraf devletler karasularını kanun ile 8 mil olarak saptarsa, hukuk bu 8 milin tümüne milletlerarası hukukça öngörülmüş karasuları rejimine ait statüyü uygular. Burada devletin 8 mili öngören kanunu yapması ön şarttır.

c - Devletin hukuka uygun eylemlerinin üçüncüsü gerçek manadaki hukuki işlemlerdir. Hukuki işlem, devlet iradesine milletlerarası hukuka uygun olarak hukuki sonuç bağlanmasıdır. Başka bir ifadeyle hukuki işlem, milletlerarası hukukun fiile, devletin arzusunu dikkate alarak, ona uygun sonuç bağlamasıdır. Hukuki işlemler tek taraflı ve iki taraflı hukuki işlemler şeklinde ikiye ayrılırlar.

TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLER:

Tek taraflı hukuki işlemlerin varlığı doktrinde tartışmalıdır. Eşit ve egemen devletlerin olduğu bir sistemde tek bir devletin iradesine sonuç bağlanmasının uygun olmayacağı görüşü bulunmaktadır. Tek taraflı hukuki işlemlerin bir çoğu

milli hukuklarda otorite işlemleridir. Bundan dolayı milletlerarası hukukta üst organ olmadığı için tek taraflı hukuki işlemlerin varlığı kabul edilse bile, bunlar doğaları gereği sınırlı bir uygulama alanı bulacaklardır.

Divan'ın yakın zamanlı bir içtihadı ile tek taraflı hukuki işlemlerin varlığı açıklık kazanmış ve bu konudaki tartışma sona ermiştir.

Divan'ın bu içtihadı 1974 tarihli Fransa-Avustralya/Yeni Zelanda davasına ilişkindir. Fransa, 1963 yılında BM nezdinde yapılan ve atmosferde, suda ve uzayda nükleer deneme yapılmasını yasaklayan andlaşmayı imzalamayarak, bağımsız nükleer güç elde etme yoluna gitmiştir. Fransa daha sonra Pasifik Okyanusundaki adalarında nükleer denemeler yapmış, Avustralya ile Yeni Zelanda'da bu denemelere açık deniz serbestisinin bozulması ve ülkesel egemenlik hakkının ihlal edilmemesi gerekçeleriyle itiraz etmiştir.

Fransa, bu itirazlara rağmen denemeleri durdurmamış, bunun üzerine Avustralya ile Yeni Zelanda'da olayı Divan'a götürerek dava açmışlardır. Divan olayı incelerken, Fransız yetkililer, son denemenin 1974 yılında yapılacağını, bundan sonra ise artık nükleer deneme yapılmayacağını bildirmişlerdir. Divan ise bu açıklamaların Fransa'yı bağlayacağını belirterek, dava konusu kalmadı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Divan diğer devletlerin Fransa'nın bu beyanına dayanabileceğini belirtmiştir. Fransa'nın bu açıklaması hukuki sonuç doğuran bir taahhüt oluşturduğundan, Fransa için bağlayıcı olmuştur, zira beyan bağlanmak amacıyla yapılmıştır.

Divan içtihadına göre, tek taraflı hukuki işlemlere sonuç bağlanabilmesi için, bunun devleti temsil etme yetkisine sahip olan şahıslarca bağlanma niyetiyle yapılması ve aleniyet kazanması gerekmektedir.

Divan, yapılan irade beyanının içeriğine, bu beyanın yapıldığı zamandaki hal ve şartlar dahilinde bakarak beyanda böyle bir bağlanma amacı olup olmadığını saptamaktadır.

TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLERİN VARLIK ŞARTLARI (ÖZELLİKLERİ) :

- 1- Bir hukuk sujesinin irade beyanı olmalıdır.
- 2- Bu beyan bağlanma niyeti ile yapılmalı ve ona uygun davranılmalıdır. Burada beyanın yapıldığı hal ve şartlar bağlanma niyetinin ölçütünü teşkil eder.
- 3- İrade beyanının başka beyanlardan bağımsız olması ve tek başına içeriği uyarınca hukuki sonuç oluşturabilmesi lazımdır. Bir irade beyanı, ancak bir başkasıyla birleştğinde sonuç doğuruyorsa veya bir hukuki statünün uygulanmasının bir şartı olduğunda bir değer taşıyorsa, bu irade beyanı tek başına

hukuki içeriği uyarınca bir hukuki sonuç oluşturmayaacağından tek taraflı hukuki işlem sayılamaz.

Mesela, andlaşmalara çekince koymak tek başına bir anlam ifade etmez, çekince ancak söz konusu andlaşmayla yorumlanırsa bir hüküm ifade eder. Çekince, andlaşmalarda devlet aleyhine hüküm olması halinde, devletin andlaşmanın bazı hükümlerinin kendisiyle olan ilişkilerde uygulanmaması yada değiştirilerek uygulanması için yazılı beyan vermesidir. Çekince koyulan hükümler, andlaşmayı kabul eden devletlerce söz konusu devlete çekince de öngörülen şekilde uygulanır, yani ya hiç uygulanmaz ya da değiştirilerek uygulanır.

4- Tek taraflı hukuki işlemlerde irade beyanı, beyanda bulunan devlet için hukuki sonuç ortaya çıkar, 3. şahıs durumundaki devletler açısından bir yüküm ortaya çıkmaz. Zira devletler, egemen ve eşittir.

TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEM ÇEŞİTLERİ:

Bunlar vazgeçme, tanıma, protesto ve tebliğ şeklinde olmak üzere 4 tanedir.

1- VAZGEÇME: Bir hukuk sujesinin bir hakkını kendi iradesiyle, başkasına devretmeksizin reddetmesidir. Hakkın bir başkasına devredilmemesi gerekir, devredilirse işlem iki taraflı olur. Sadece haklardan vazgeçilebilir. Borçlardan vazgeçilemeyeceği gibi, bir borcun ifası için gerekli haklardan ve borç terk edilmeden vazgeçilemeyen haklardan da vazgeçilemez.

Vazgeçme açıkça olabileceği gibi örtülü (zımnî) bir şekilde de olabilecektir. Burada önemli olan iradenin şüpheyi yer bırakmayacak şekilde davranışla doğrulanmasıdır. Mesela belli bir devlete ait olduğu düşünülen ama kimsenin yerleşmemiş olduğu bir bölgeye kaçakçılar yerleşmişse ve egemen olduğu sanılan devlet buna müdahale etmiyorsa, bu durumda burada o bölgeden örtülü olarak vazgeçildiği düşünülebilir.

Vazgeçmenin hukuki neticesi, var olan hakkın vazgeçen açısından ortadan kalkmasıdır.

2- TANIMA: Bir hukuk kişinin, hukuki önem taşıyan bir durumun varlığının saptandığına ve meşruiyetinin kabul edildiğine dair yaptığı tek taraflı bir irade beyanıdır.

Tanımanın işlevi milletlerarası hukukta çok büyüktür. Bu alanda kararlarıyla devletleri bağlayacak merkezi bir otoritenin bulunmamasından kaynaklanan boşluk tanıma ile doldurulur.

Mesela bir devletin her hangi bir yerde hak iddia etmesi gibi problemler bir milletlerarası mahkemeye gitmeden milletlerarası toplumun tavrı ile sonuçlanır.

Tanımada açık veya örtülü olumlu bir davranışın yapılması gerekir. Zımni kabul anlamına gelen susma veya hareketsiz kalma tanımada bir anlam ifade etmez. Bir toprak parçasında egemenlik iddia eden (A) devletini bir devletin doğrudan tanıması açık olumlu davranışa, tanıdığını başka davranışlarla göstermesi ise örtülü olumlu davranışa örnek verilebilir.

Tanıma, milletlerarası hukukun, hukuki sonuç bağladığı durumların oluşmasında ve yerleşmesinde önemli paya sahiptir. Mesela, bir örf-adet kuralının oluşumu bakımından tanıma, bu sürecin önemli bir bölümünü oluşturur.

Tanımanın hukuki neticesi, tanıyan devletin tanıdığı durumun varlığına ve meşruiyetine itiraz etme hakkının ortadan kalkmasıdır.

3- PROTESTO : Belirli bir durumun, iddianın veya davranışın meşruiyetinin kabul edilmediğine dair yapılan tek taraflı irade açıklamasıdır. Protestonun hukuki değer taşıması için devlet adına açıklamada bulunmaya yetkili olan şahıslarca yapılması gerekir.

Protesto her hangi bir şekle tabi değildir. Bundan dolayı yazılı, sözlü yada her hangi bir davranışla protesto yapılabilir. Ancak protestonun yazılı olması, daha etkili olmasını ve amacını sağlamanın daha kolay olmasını gerçekleştirir.

Bir hakkın teyid edilmesi ve korunması için bir tepki gösterilmesinin gerekli olduğu durumlarda susma veya hareketsiz kalma örtülü kabul olarak değerlendirilebilir. İşte örtülü kabul olarak değerlendirilebilecek durumlarda protesto şarttır. Zira protesto ile hakkın kaybedilmesi süreci durdurulur.

İhlal durumunda bazen protesto tek başına yeterli olmayabilir. Bu gibi hallerde protestoyu daha etkili kılabilmek için başka yollara da başvurulabilir. Mesela, Yunanistan'ın karasularını 12 mil olarak saptamasına Türkiye'nin protesto etmesine karşılık, Yunanistan bir Türk balıkçı gemisini 12 milin dışına çıkarttığı zaman, burada protesto ortak bir mana ifade etmez. Türkiye'nin burada protestosunu güçlendirmek için 12 millik alanda uçaklarını uçurması, hakkın kullanılmak suretiyle teyit edilmesini oluşturur.

Protestonun hukuki neticesi, protesto edenin protesto konusu durumun, iddianın veya davranışın varlığını ve meşruiyetini tartışma hakkını saklı tutmasıdır.

4- TEBLİĞ : Bir devletin hukuken önem taşıyan bir durumu bir veya birden fazla devlete bildirmesidir.

Tebliğ, milletlerarası hukuk kuralıyla zorunlu hale getirilmemişse, ihtiyaridir. Tebliğdeki amaç, hukuken önemli olan meseleye, devletlerin ne tür bir tepki verdiğini tahlil etmektir.

Genel hukuk devletlere tebligat mükellefiyeti getirmez. Fakat bir andlaşmayla bazı kararların duyurulması zorunlu hale getirilmiş olabilir. Tebligatın yapılmasının zorunlu olduğu bir durum savaş hukukunda söz konusudur. Savaşta düşman kontrolündeki kıyılar ablukaya alınabilir. Ablukaya alınan bu yerlere tarafsız devletlerin gemileri giremez. Ablukanın geçerli olabilmesi için bunun diğer devletlere bildirilmesi gerekir. Burada tebliğ, abluka müessesenin bir geçerlilik şartını oluşturmaktadır.

Tebliğin hukuki neticesi, tebliğ eden için, tebliğin konusu olan durumun varlığını reddedememek, tebliğ edilen içinse söz konusu durumdan haberdar olmadığını ileri sürememektir.

MİLLETLERARASI ANLAŞMALAR

İKİ TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLER

ANDLAŞMALAR: İki yada daha fazla hukuk kişisinin iradelerinin belirli bir konu üzerinde uyuşmasıdır.

Andlaşmanın belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu yoktur. Andlaşma yazılı veya sözlü olabilir. Hatta yazılı veya sözlü irade beyanları bulunmaksızın bir andlaşmanın varlığı, ilgili devletlerin kabul biçiminde yorumlanabilecek olan açık ve tutarlı davranışlarından da çıkarılabilir. Bu tür andlaşmalar zımni (örtülü) andlaşmalardır.

1- SÖZLÜ ANDLAŞMALAR:

Sözlü andlaşmalar, milletlerarası hukukta geçerlidir. Bir devletin sözlü talebini diğer devlet kabul ederse sözlü andlaşma ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan sözlü andlaşma içerik bakımından tarafları bağlar.

Sözlü andlaşmanın bağlayıcılığı, yani içeriği uyarınca hukuki sonuç oluşturmaları Milletler Cemiyeti Daimi Adalet Divanı'nın 1932 tarihli Danimarka-Norveç yargısı ile kabul edilmiştir.

Bu olayda Danimarka, Norveç'e Danimarka'nın Grönland üzerindeki tüm egemenlik hakkını tanırsa, Danimarka'da Norveç'in Spresberg üzerindeki hakkını tanıyacağız şeklinde bir öneri yaptı. Norveç hükümeti dışişleri bakanı bu öneriyi kabul ettiklerini açıklamasına rağmen, Norveç Grönland'ın doğu kesimlerine bayrak çekerek avcılık yapmaya başlamıştır.

Bunun üzerine olay Divan'a getirilmiştir. Divan ise, Danimarka'nın söz ile de olsa kabul eden dışişleri bakanının yetkisi dahilinde verdiği bu açıklamayla, kararı Norveç için bağlayıcı olduğunu ifa ederek, Norveç'in Danimarka'yla olan bu sözlü anlaşma gereği olan yükümlülüklerine uymak zorunda olduğunu belirtmiştir.

Bu karardan sonra sözlü anlaşmaların bağlayıcı olduğu milletlerarası hukukta kabul edilmiştir.

2- YAZILI ANLAŞMALAR (Andlaşmalar):

Andlaşma akdetme ehliyetine sahip iki veya daha fazla milletlerarası hukuk kişisi arasında hak ve borç oluşturma niyetiyle bir veya birbiriyle ilgili birkaç belgede yazılı olarak saptanmış olan milletlerarası hukuka tabi bir anlaşma “**andlaşma**”dır. Bu tanım 1969 tarihli Viyana Konvansiyonu'na dayanılarak verilmektedir. Bu tanıma göre yazılı anlaşmaların andlaşma olabilmesi için belirli unsurları taşıması gerekmektedir.

Bu unsurlar şunlardır (Tanımın Unsurları):

1. Andlaşma bir anlaşmadır. Belirli bir konuda tarafların iradelerinin uyuşmasıdır ve bu husus andlaşmalar hukukunun esasını teşkil eder. Bir andlaşmanın tarafların iradeleri uyarınca yorumlanması kuralı bu tanımın bir sonucudur.

2. Tarafların milletlerarası alanda “Hak ve Borç” oluşturma niyetiyle hareket etmeleri: Bir andlaşmanın varlığından söz edebilmek için, tarafların kendileri için hak ve borç oluşturma niyetiyle hareket etmeleri gerekir. Böyle bir niyet olmaksızın iradelerin uyuşması halinde teknik anlamda andlaşmadan söz edilemez. Bu niyetin varlığını tesbit etmek zordur. Divan'ın 1978 tarihinde Yunanistan ile Türkiye arasındaki Ege kıta sahanlığı konusunda verdiği karara göre, her hangi bir metnin adının protokol, bildiri veya andlaşma olması önemli değildir. Önemli olan o metnin niteliği ve içeriğidir. Bu ise metindeki gerçek ifadelerden ve bu beyanın yapıldığı hal ve şartlardan tespit edilebilir.

Bir anlaşmanın andlaşma olabilmesi için hak ve borç doğurmuş olup olmadığına bakılır. Hakkın doğması veya borcun ifası için başka bir işlemin yapılması zorunluluğu mevcutsa bunu andlaşma olarak nitelendirmek doğru olmaz. Bu tür andlaşmalara Pactum de Contrahendo (andlaşma için anlaşma) denir. Böyle bir anlaşmanın olması andlaşma tarafı olmayı doğurmaz. Bağlayıcılık için ikinci anlaşmanın yapılması gerekir. Bu yapılmazsa bağlayıcılık olmaz. Yani sadece Pactum de contrahendo'nun yapılması devlete bağlayıcılık getirmez.

Bazı andlaşma hükümleri hak ve borç oluşturmaları bakımından kendiliğinden uygulanmazlar. Bunların uygulanabilmesi için bir takım ek işlemler gerekir. Mesela, NATO (Kuzey Atlantik Savunma Şartı) m.5, üye devletlerden birine saldırı vaki olduğu takdirde diğer üyeler bunu kendilerine yapılmış addedecek ve gerekli önlemleri alarak yardım etme yükümü içersinde gerekli tedbirleri alacaklarını belirtmektedir. Bu madde yardım etme konusunda hak/borç doğuran bir maddedir. Fakat devletin bu yüküm altına girebilmesi için bunun gerekli olduğu konusunda karar alması icap etmektedir.

3. Bir yada birkaç belgede yazılı olarak saptanması: Andlaşma bir nesne olarak yazılı bir metindir ve tarafların irade uyuşmasını yazılı olarak tespit eder. Andlaşma irade uyuşmasını ispat eden bir delil olarak önem arzetmektedir. Hangi konularda ne kadar anlaşılıp ne kadar anlaşılmadığı andlaşma metniyle saptanır. Bir andlaşmada anlaşma, metinde belirtildiği kadar vardır.

Andlaşmanın yapılması sırasında mevcut olabilen çeşitli taslakların sonuçlandırılmasına “andlaşmanın tevsik (nitelendirme) edilmesi denir. Böylece andlaşma taslak olmaktan çıkıp gerçek andlaşma haline getirilmektedir. Bunun anlamı metnin değiştirilemez olması ve devletleri bağlamasıdır.

1950den önce andlaşmalar resmi biçimde hazırlanırdı. Zamanla bu anlayış terkedildi ve basit usulle akdedilen andlaşma sayısı arttı. Basit usulde mevcut yaygın uygulama mektup teatrisi şeklinde olup, başlangıç hükümleri gibi hususlar yer almamaktadır.

Andlaşma yazılı şekildedir ve buna protokol, bildiri, şart vs. çeşitli isimler verilebilmektedir. Bir andlaşmaya protokol, şart veya konvansiyon denmesi onun andlaşma olmasını değiştirmemektedir.

4. Milletlerarası hukuka tabi bir andlaşma : Milletlerarası alanda andlaşma akdetme ehliyetine haiz birimlerce yapılan andlaşma kural olarak milletlerarası hukuka tabi bir andlaşmadır. Ancak anlaşma akdetme ehliyetine haiz olan birimler dilediklerinde andlaşmayı milletlerarası hukuka değil de başka bir hukuk sistemine tabi kılabilirler. Mesela taraflardan birinin ve 3.bir devletin iç hukukuna tabi kılabilirler. Ancak bu durumun andlaşma da açıkça belirtilmesi gerekir. Belirtilmezse andlaşma doğrudan milletlerarası hukuka tabi olur.

Yapılan andlaşma milletlerarası hukuka tabiyse andlaşmayı ilgilendiren tüm meseleler bu hukuka göre çözülecek, aksi halde ise andlaşmanın tabi kılındığı hukuk düzenine göre hükümler uygulanacaktır.

ANDLAŞMA AKDETME EHLİYETİ VE MİLLETLERARASI HUKUK KİŞİLİĞİ

Andlaşma akdetme ehliyeti ile milletlerarası hukuk kişiliği(milletlerarası alanda hak ve borç sahibi olma, diğer hukuk kişileriyle ilişkiye girebilme ehliyeti) birbirinden farklı şeylerdir. Zira, bir siyasi varlığın milletlerarası hukuk kişiliğine sahip olması onun her zaman andlaşma akdetme ehliyetine haiz olduğunu ifade etmez. Milletlerarası hukuk kişiliğine tam olarak haiz varlıkların şüphesiz andlaşma akdetme ehliyeti vardır, fakat milletlerarası hukuk kişiliği kapsamı bakımından dar ve geniş olabilir. Yani bir siyasi varlık hukuk kişiliğine sahipken andlaşma akdetme ehliyeti olmayabilir. Zira milletlerarası hukuk kişiliğinin kapsamına andlaşma akdetme ehliyeti girmeyebilir.

Milli hukuklarda hukuk kişiliği kanunlarla saptanır. Milletlerarası hukukta devletlerin üzerinde bir organ olmadığından böyle bir imkan da bulunmamaktadır. Bu yüzden hangi varlıkların andlaşma akdetme ehliyetini haiz olduğu sorusuna tam bir cevap vermek mümkün değildir. Bu durumda her devlet kendisi açısından ve kendisi için geçerli olacak şekilde andlaşma akdetme ehliyetini haiz olanları belirleyecektir.

Devletler eskiden beri andlaşma akdetme ehliyetine sahiptirler. Zira, milletlerarası hukuk kişiliğine tam olarak sahip olan tek varlık devlettir. Devletin andlaşma akdetme ehliyeti egemenliğinin bir işlevidir.

DEĞİŞİK TÜR SİYASİ VARLIKLARIN ANDLAŞMA AKDETME MESELESİ

Egemen devlet bakımından bir sorun yoktur. Çünkü devlet egemen olduğundan milletlerarası hukuk kişiliğine sahiptir. Burada sorun bazı devletlerarası bağlantılarla ortaya çıkan siyasi varlıklar hakkındadır.

1- Şahsi birlik- Gerçek birlik: Bunlar monarşilerde görülür.

- Şahsi birlik, aynı kişinin bir rastlantı sonucu iki ayrı devletin hükümdarı olmasıdır. Fakat bu birleşik bir devlet değildir, zira şahsi birlikteki her iki devlette mevcudiyetlerini ve bağımsızlıklarını muhafaza etmektedirler. Burada devletlerin ayrı varlıkları devam eder ve bunlar ayrı hukuk kişisi olurlar. İki devletin oluşturduğu şahsi birliğinse ayrı bir milletlerarası hukuk kişiliği olmadığı için andlaşma akdetme ehliyeti de mevcut değildir.

- Gerçek birlik iki ayrı devletin aynı hükümdarın başkanlığında sürekli olarak birleşmesidir. Birliğin içindeki devletler aynı hükümdarın başkanlığındaki yapıda kendi kişiliklerini yitirirler. Dış ilişkilerde her iki devleti de aynı hükümdar temsil eder. Bu yüzden gerçek birliğin ayrı bir milletlerarası hukuk kişiliği ve andlaşma akdetme ehliyeti vardır.

2- Konfederasyon - Federasyon:

- Konfederasyon da konfederasyonu oluşturan devletler içte ve dışta milletlerarası hukuk kişiliklerini kaybetmezler. Konfederasyonun ayrı bir kişiliği yoktur. Belirli alanlarda sınırlı bir yetki tanınsa da bunun milletlerarası hukukta geçerliliği için oy birliği şartı aranır. Genelde savunma ve güvenlik amacıyla böyle bir oluşuma gidilir. Sonuçta konfederasyon ayrı bir milletlerarası hukuk kişiliği ve andlaşma akdetme ehliyeti yoktur.

- Federasyonda siyasi iktidar federasyonu meydana getiren birimler ve federasyon arasında paylaşılmıştır. Dış ilişkilerin yürütülmesi birlik organlarına verilmiştir. Buradaki yetkiler federasyon organlarınca kullanılır. Federe devletlerin milletlerarası hukuk kişiliği yoktur. Federe devletlerin andlaşma akdetme ehliyetleri kural olarak yoktur, bu yetkiyi federasyon kullanır. Federe devletlerin sınırlı olarak andlaşma akdetme ehliyeti olabilir. Bir federe devletin andlaşma akdetme ehliyetinin olup olmadığını tespit etmek için o birliği kuran anayasaya bakılır. Burada böyle bir yetki varsa federe devlet bunu kullanır. Ancak bu durumun ya federe devletin andlaşma akdetme ehliyetinin ve yetkisinin olduğu karşı devletçe de kabul edilmelidir. İki federe devlet anlaşma yapabilir ama bu teknik anlamda milletlerarası hukuktaki andlaşma olmaz. Sonuç olarak, federasyonun ayrı bir milletlerarası hukuk kişiliği ve andlaşma akdetme ehliyeti vardır.

3- Tabi Devlet - Tabi Olunan (metbu) Devlet - Himaye altında Devlet:

- **Tabi devlet**, esas nüfustan ayrı bir milliyete sahip topluluklara göreceli bir bağımsızlık sağlamak için uygulanmaya başlamıştır. Bu ne tam olarak bir bağımsızlık veriyordu nede tam bir bağımlılık öngörüyordu. Bu durum bağımsızlığa gidişte göreceli bir aşamaydı. Kural olarak dış ilişkiler tabi olunan (metbu)devletçe yürütülür. Bu devletin yaptığı andlaşmalar tabi devletleri de bağlar.

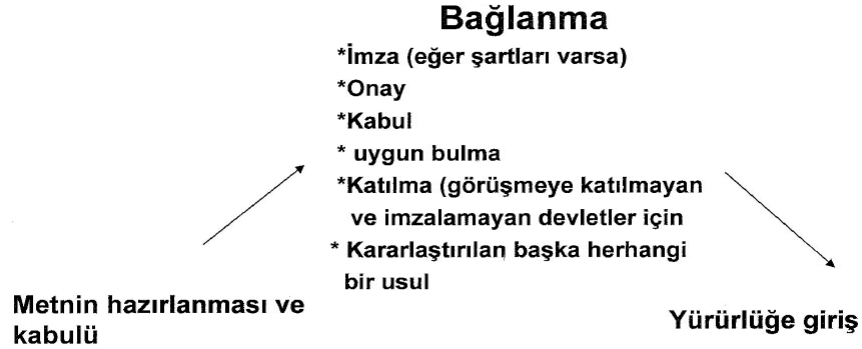
- **Himaye altındaki devlet**, tabi devletin bağımsızlığından daha ileriki bir aşamadır. Burada önceden bağımsız yada özerk olan bir devlet yapılan bir andlaşmayla dış ilişkilerde kısmen veya tamamen başka bir devletin egemenliğine ve korumasına girmektedir. Himaye altındaki devlet dışta himaye eden devlete bağlı olmakla birlikte, bazı konularda sınırlı bir andlaşma akdetme ehliyetine sahip olabilir. Himaye eden (hami) devletin akdettiği andlaşma kendiliğinden himaye altındaki(mahmi) devlete uygulanmaz.

- **Sürekli Tarafsızlaştırılmış Devlet:** Bir devlet barış zamanında diğer devletlerle yapacağı andlaşma ile savaş zamanında tarafsız kalacağını önceden taahhüt etmektedir. Sürekli tarafsız olan devlet savaşan taraflar arasında fark gözetmez ve kendi kaynaklarıyla savaşanlara yardım etmez. Sürekli tarafsız olan

devlet kendisini çatışmaya sokabilecek olan andlaşmaları yapamaz. Mesela, bu şekildeki tarafsız devlet ittifak veya garanti andlaşmalarına katılamaz. Sürekli tarafsızlık durumu andlaşmadan doğduğu için andlaşmaları değiştirme usulüne uyularak bu statü değiştirilebilir. Sürekli tarafsız olan devletlerinde meşru müdafaada bulunmak hakkı her zaman mevcuttur.

- Asi -de facto devletlere istisnai olarak milletlerarası hukuk kişiliği tanınabiliyor. İsyan halinde milletlerarası hukukta meşru hükümetle işlem yapmaya devam etme kuralı vardır. Ancak etkin kontrol isyancılara geçmişse, bunlarla bazı durumlarda ilişkiye girilebilir. Orada bulunan vatandaşlarını yada bunların mallarını korumak amacıyla devletler isyancılarla ilişkiye girebilirler. Burada andlaşma akdetme ehliyeti istisnai olarak tanıyan devlet açısından sonuç doğuracak şekilde tanınabiliyor. Meşru hükümet isyancıları durdurma gücünü kaybetmedikçe bunlar da de facto olarak görülmeye devam ederler.

Milletlerarası alanda andlaşmaların akdi



MİLLETLERARASI TEŞKİLATLARIN ANDLAŞMA AKDETME EHLİYETİ

Milletlerarası teşkilatların hukuk kişiliğinin kapsamı devletlerinki gibi tam bir hukuki kişilik değildir. Eğer bir milletlerarası hukuk teşkilatına varlık kazandıranlar, teşkilata andlaşma akdetme ehliyeti tanımışlarsa bu takdirde milletlerarası hukuk teşkilatının andlaşma akdetme ehliyeti vardır. Bu husus, teşkilatı kuran kuruluş anlaşmasında bulunabilir. Eğer kuruluş anlaşmasında böyle bir ehliyet tanınmamışsa kuran devletler teşkilata uygulama sırasında bu ehliyeti tanıyabilirler. Bu da yoksa ve kuruluş anlaşmasında veya uygulamada bu konuda açıkça bir yasaklama söz konusu değilse, bu takdirde teşkilatın kendisine tanınan yetki ve yükümlülüklerini etkin bir biçimde yerine getirebilmesi için gerekli olduğu durumlarda andlaşma akdetme ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir.

Her bir teşkilatın yetki ve yükümlülükleri değişik olduğundan teşkilatların andlaşma akdetme ehliyetlerinin kapsamı da değişiktir.

- **PAPALIK:** Papalığın ruhani liderliği cismani liderliğinin bitmesinden sonrada devam etmiştir. 1929 Latron Anlaşması ile papalığın dünyadaki misyonu uyarınca doğasından kaynaklanan milletlerarası andlaşma akdetme ehliyeti kabul edilmiştir. Ayrıca papalığın diplomatik temsilci gönderme ve bu tür elçileri kabul etme ile çeşitli konularda deklarasyon? Açıklama yetkileri bulunmaktadır.

ANDLAŞMA AKDETME USULÜ:

Andlaşma akdetme usulü 2 temel aşamadan oluşmaktadır.

1.Aşama: Andlaşma akdedilene kadar geçen süreçtir. Bu sürecin içine görüşmeler, andlaşma metninin yazılması, kabul edilmesi ve metnin tevsiki girmektedir.

2.Aşama: Andlaşma metniyle bağlanma sürecidir. Bu süreçte ise bağlanma için devletlerin rıza açıklamalarında geçerli olan bir takım işlemler yapılır. Burada imza, onay, katılma, uygun bulma ya da kabul, andlaşmayı oluşturan belgelerin teatisi ile tarafların bu konuda kararlaştırdıkları herhangi bir başka işlem veya eylem yapılmalıdır.

Devlet, yetkilerini kişiler vasıtasıyla kullanır. Ancak burada temsil yetkisine kimin haiz olduğu meselesinde tartışma çıkmıştır. Bu konuda 2görüş ortaya çıkmıştır.

1. görüş; milletlerarası hukukta yetki meselesinin iç hukuklardan bağımsız bir biçimde düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Yani iç hukukta andlaşma akdetme hususundaki yetki meselesi nasıl halledilmiş olursa olsun milletlerarası hukuk bunu bizzat düzenleyecek ve iç hukuktaki düzenlemelerle bağı olmayacaktır.

2. görüşse, milletlerarası hukukun yetki meselesini iç hukukun esas olarak düzenlemesi gerektiğini savunmaktadır. Burada iç hukuka yapılan atıf nedeniyle iç hukukun andlaşma akdetmeye ilişkin düzenleme ve hükümleri milletlerarası hukuk bakımından da geçerli hale gelecektir.

Bu tartışmalar sonucunda 1969 Viyana Konvansiyonunda bu sorun iç hukuktan bağımsız şekilde düzenlenmiş olmakla beraber(m.7) öngördüğü istisnai bir hal ile (m.46) de iç hukukun dikkate alınmasını sağlayarak uzlaşma getirmiştir.

Burada yetki meselesi konusunda 7.md.ile getirilen kurala göre, bir şahsın devlet adına andlaşma akdetmeye ilişkin işlemleri yapabilmesi için yetki belgesi ile yetkilendirilmesi gerekmektedir. Yetki belgesi yetkili merci tarafından

verilmelidir.1969 Viyana Konvansiyonunda bu merciinin neresi olduğu belirtilmemiştir, bu yüzden her devlet bunu kendisi düzenleyebilir. Ancak milletlerarası hukukun muhatap aldığı devlet erki yürütme olduğu için bu belge yürütme organı tarafından milletlerarası hukuka uygun bir biçimde hazırlanmalıdır. Ülkemizde bu konudaki usul şöyledir: B.Kurulu bir kararname çıkarır ve bunu Dış İşleri Bakanlığına yollar. Dış İşleri Bakanlığı da buna uygun olarak bir yetki belgesi hazırlar ve ilgili temsilciye bunu verir.

Yine 1969 Viyana Konvansiyonuyla bu kurala çeşitli istisnalar getirilmiştir. Bazı kişilerin görevleri dolayısıyla yetki belgesi sunması gerekmez. Bu kişiler böyle bir yetki belgesi olmaksızın andlaşma akdedebilirler. Bu tür kişilerin kullanabilecekleri yetkiler farklıdır. Bunlardan bazılarının yetkisi sınırsızken bazılarının yetkisi sınırlıdır.

. Cumhurbaşkanı, Hükümet başkanı ve Dış İşleri bakanının tüm andlaşmalar için her türlü işlemi yapabilme yetkisi bulunmaktadır. Buna karşılık diplomatik misyon şefleri sadece görüşmenin yürütülmesi ve metnin kabulü için yetkilidirler. Ancak devlet adına bağlayıcılık işlemine ayrıca bir yetkilendirme olmadan yapamazlar. Yine devlet tarafından bir milletlerarası teşkilata veya konferansa gönderilen temsilciler orada kabul edilecek andlaşmalar bakımından re'sen bu andlaşmaları görüşebilirler, kabul edebilirler. Ancak yine devletin bağlayıcılığının gerçekleşebilmesi için ayrıca yetkilendirilmeleri gerekir.

7.md.de getirilen kuralın ikinci bir istisnası ise, ilgili devletlerin uygulamalarından bir kimseyi andlaşma akdetmek konusunda devlet temsilcisi saymak ve yetki belgesi aramamak olduğu anlaşılıyorsa, bu takdirde bu kişinin yetki belgesi sunmaksızın andlaşma akdetmeye ilişkin işlemler için yetkili olduğu kabul edilmektedir. Burada uygulananın özel olması gerekir. Ayrıca her iki devletinde söz konusu kişileri devlet temsilcisi sayması ve yetki belgesi sunma gereğinden beri tutulduğu konusunda müttefik olmaları gerekmektedir.

ANDLAŞMANIN AKDEDİLMESİNDE YAPILACAK İŞLEMLER

I. ANDLAŞMA METNİNİN HAZIRLANMASI AŞAMASI:

1. Görüşmeler: Görüşmeler ortak zeminde buluşmak için yapılır. Taraflar bu aşamada andlaşmanın temellerini ve nelerin andlaşmaya dahil olacağını tartışırlar. Görüşmeler için yer ve şekil şartı yoktur. Devletler her ortamda ve her zaman bunu yapabilirler. En doğal yol bunun diplomatik kanallar yoluyla yapılmasıdır.

2. Andlaşma metninin yazılması ve kabulü: Yapılan görüşmelerin sonunda tarafların iradelerinin uyuştuğu noktalarının yazılı metin haline getirilmesi aşamasıdır. Yazılı metin varılan irade uyuşmasının saptanmasını sağlamaktadır. Yazılı hale getirilen her metin andlaşmanın metni değildir. Birden fazla metin olabilir. Bu durumda bunlar andlaşmanın taslaklarıdır. Yazılı metnin andlaşma metni olabilmesi için andlaşma metni olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu kabul andlaşmaya katılan devletlerin oylarıyla olur. Kabul için kural olarak oy birliği aranır. Ancak her zaman herkesin anlaşacağı bir belge hazırlamak kolay değildir.

Bu nedenle 1969 Viyana Konvansiyonunda tamamlayıcı bir kural öngörüldü. Bu kurala göre, aksi taraflarca öngörülmemişse oylama katılıp oy verenlerin 2/3'si çoğunluğu ile yazılı metin andlaşmanın metni olarak kabul edilebilmektedir. Aksi kararlaştırılmamışsa her milletlerarası konferansta kabul için bu çoğunluk geçerlidir. Tüm devletlere açık olan ve katılım için herhangi bir şart aranmayan konferanslar, milletlerarası konferanslardır.

Bu konferansların sonunda bir andlaşma akdedilebilecekse bunun kabulü için 2/3 çoğunluğu yeterlidir. Ancak katılanların sınırlı sayıda olduğu veya taraf devletleri andlaşmanın düzenlediği konudaki bağlanma rızalarının diğer devletlerinde bu andlaşmaya rıza göstermesi koşuluna bağlı olduğu bir konferansta andlaşmanın kabulü için yine oybirliği koşulu aranmaya devam eder.

Teşkilatların bir andlaşmanın tarafı olması da, her teşkilat farklı bir yapıda olduğu için bunların kuruluş anlaşmasında hangi organın andlaşma akdetme hususunda yetkili olduğuna bakılır. Andlaşma metninin kabulü andlaşmayı sağlayan irade uyuşmasını saptamaktadır. Metnin kabulü bağlanmayı sonuçlamaz, bağlanma için kendi gerekli işlemleri yapılmalıdır.

3- Andlaşma metninin tevsiki: Tevsik, andlaşma metninin andlaşmayı saptayan gerçek metin olduğunu belirleyen işlemdir. Taraf devletler andlaşma ile bağlanma iradelerini açıklarken bu tevsik edilmiş metinle bağlanacaklardır. Tevsikten sonra andlaşma metni kesinlik kazanır. Dolayısıyla tevsikten sonra o metin değiştirilemez. Metnin değiştirilmesi ancak kabul için gerekli olan usullerin uygulanmasıyla yapılabilir.

Tevsikin nasıl yapılacağı hususunda andlaşma metnine bakılır. Taraflar bunu metinde belirtmemiş olsalar bile tarafların bu konuda anlaşmış oldukları başka bir yolla tespit edilebiliyorsa(mesela, hazırlık çalışmalarına bakarak) burada anlaşılan herhangi bir usulle de tevsik yapılabilir. Bu iki usulde yoksa o zaman devreye tamamlayıcı kural girmektedir. Bu kurala göre devlet temsilcilerinin

andlaşma metnini veya bu metni içine alan konferans Nihai Senedi'ni imza, paref? Veya ad referendum imza etmeleriyle andlaşma metni tevsik edilmiş olur.(ad referendum imza, hükümete danışmak kaydıyla imza atılmasıdır).

Tevsik, andlaşma metninin kesinlik kazanmasını sağlar. Ancak bu kesinlik kazanma taraflar için bağlayıcı olması demek değildir.

II. ANDLAŞMA İLE BAĞLANMA AŞAMASI

Taraf devletler bağlanma için Viyana Konvansiyonunda kabul edilen bağlanma işlemlerinden birini yapmaları gerekmektedir. Bu işlemler şunlardır: İmza, onay, uygun bulma ve kabul, katılma andlaşmayı oluşturan belgelerin teatisi ve tarafların anlaştıkları her hangi başka bir işlemidir.

1. ONAY:

En eski bağlanma işlemidir. Tarih içinde onay işleminin işlevi değişmiştir. Eskiden monarşilerde hükümdarın yetkilendirdiği kişinin kendisine tanınan yetki çerçevesi içinde kalıp kalmadığını ifade ederdi. Tevsiki yetkisi içinde hareket etmişse hükümdar o andlaşmayı onaylamakla yükümlüydü. Dolayısıyla onay sadece bir teyit işlemiydi.

Demokratik devlet düzeninde 2yönlü bir değişiklik olmuştur. Bunlar devlet başkanının yetkilerinin kısıtlanması ve belirlenmesi ile parlamentonun da andlaşmanın akdinde yürütme organının yanında söz sahibi olmasıdır. Bu değişikliklerin sonucu olarak andlaşmayla bağlanıp bağlanmama devletin inisiyatifine bırakılmıştır. Artık onay, temsilcinin yetkisi içinde kalıp kalmadığını saptamaktan çok, devletin andlaşmaya bağlanma rızasını gösteren bir işlem olmuştur. Onay, takdiri bir işlemidir ve bu yüzden devlet imzaladığı andlaşmayı onaylamakla yükümlü değildir.

- Milletlerarası hukukta andlaşmanın bağlayıcı olması için parlamentonun onayı gerekmemekte ve yürütmenin onaylaması bağlayıcılık için kafi gelmektedir. Milletlerarası hukukta devleti yürütme organı temsil eder ve parlamentoyla yürütme arasındaki problemler milletlerarası hukuku ilgilendirmez. Bir devletin yürütme organı ve yetkili kişileri iç hukuka aykırı bir biçimde andlaşmayı onaylamamışlarsa dahi devlet bu andlaşmayla bağlı olacaktır.

Hangi andlaşmaların onaya tabi olduğu sorunu 1969 Viyana Konvansiyonunda tarafların niyeti çerçevesinde çözümlenmiştir. Buna göre;

- a)** Andlaşma metninde andlaşmanın onayla bağlayıcılık kazanacağı belirtilmişse bu andlaşmalar onaya tabidir.

- b)** Andlaşma metninde andlaşmanın onayla bağlayıcılık kazanacağı belirtilmemekle beraber, görüşmeye katılan devletlerin andlaşmanın onayla bağlılık kazanacağı hususunda anlaştıkları başka bir biçimde doğrulanabiliyorsa yine de andlaşma onaya tabidir.
- c)** Devlet temsilcisi andlaşmayı onayı tabi olarak imzalamışsa, bu takdirde de, andlaşmanın devlet bakımından bağlayıcı olması onaya tabidir.
- d)** Yetki belgesinde temsilcinin yetkisinin andlaşmayı imzalamaktan ibaret olduğu belirtilmişse ya da bu husus görüşmelerde ortaya çıkmışsa bu taktirde de andlaşmanın devlet bakımından başlangıcı olması onaya tabidir.
- Onaya tabi andlaşmalarda imzanın işlevi, metni tevsik etmektedir.

2. İMZA:

Andlaşma metninde andlaşmanın imza ile bağlayıcılık kazanacağı belirtilmişse veya görüşmeci devletlerin bu hususta anlaştıkları başka bir şekilde tesbit edilebiliyorsa yada devletin imzaya bağlanma yetkisi vermesi temsilcinin yetki belgesinden anlaşılıyorsa yada temsilci bunu görüşme sırasında açıklamışsa bu hallerde andlaşma metni imza ile bağlayıcılık kazanacaktır.

Bir andlaşma için imza veya onayın hangisinin bağlayıcılığı sağlayacağı belli değil ise, ve andlaşmaya akdetmek için yetki belgesi aranmıyorsa ama bir devlet yetki belgesi vermişse ve onayla bağlayıcılık getirmişse bunu yetki belgesinden ayrı olarak belirtmemişse andlaşmanın bağlayıcılığı imzayla olmaktadır. İmzanın bağlayıcılığı engellemek için bunun ayrıca açıklanması gerekmektedir.

İmza 3 türlüdür:

a) Tam imza

b) Paraf imza

c) Ad Referandum imza

Eğer andlaşma imza ile bağlayıcılık kazanacaksa atılan tam imza ile andlaşma bağlayıcı olur.

Doktrinde paraf imzayı devlet başkanı, hükümet başkanı veya Dış işleri Bakanı atmışsa paraf imza tam imza hükmünde değildir denmektedir. Ancak Viyana Konvansiyonu paraf imza bakımından imzayı atanın kimliğine göre bir ayırım yapılmamaktadır. Viyana Konvansiyonuna göre , tarafların niyetine bakılır. Buna göre taraflar paraf imzaya tam imza hükmünü vermişlerse bu bağlayıcılık doğurur, taraflar hem imza hükmünü vermemişlerse parafın değeri andlaşma metnini tevsik etmek olmaktadır.

Ad referandum imza (hükümete danışma suretiyle imza) ise hükümet tarafından tasdik edildiği tarihte, atıldığı tarihten itibaren hüküm oluşturacaktır. Bu durumda devlet ad referandum imzanın kendisince onaylandığı tarihten değil, bu imzanın atıldığı tarihten itibaren andlaşmayla bağlı olacaktır. Hükümet bu imzayı onaylamazsa o takdirde ad referandum imza sadece metnin tevsik edilmesini sağlar.

İmzanın bağlanma rızasını açıklama ve metni tevsik etme temel işlevlerinin dışında bazı başka işlevleri de bulunmaktadır. Bu işlevler şunlardır:

- *İmzacı devlete sonradan gerekli işlemleri yaparak bağlanma hakkını verebilir. Andlaşma sonradan katılımlara kapalıysa imzayla sonradan bağlanma niyeti saklı tutulmaktadır.*

- *Andlaşmanın geçici(nihai) hükümleri imzayla uygulanabilir olmaktadır. Andlaşmanın ne zaman yürürlüğe gireceği, bağlayıcılık izleminin ne olduğu ve çekince ileri sürülüp sürülemeyeceği bu tip hükümlerdendir. Bu tür hükümlerin henüz andlaşma bağlayıcılık kazanmadan uygulanabilmesinin dayanağı, tarafların andlaşma metni dışında bu hususlarda anlaşmış olduklarının kabul edilmesidir.*

3-KATILMA:

Andlaşmayla ilgili görüşmelere katılmamış andlaşma metnini imzalamamış olan bir devletin bağlanma rızasını açıklayarak andlaşma ile bağlanmasını temin eden usuldür. Burada katılma iradesini belirtecek taraf, diğer devletlerce hazırlanıp kesinleşen metne dahil olmaktadır.

Bu usul iki karşıt siyasetin uzlaşısının ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki, Sovyet Bloku'nun görüşü olan, çok taraflı andlaşmalara evrensellik kazandırma siyasetidir. Buna göre, bazı andlaşmalar milletlerarası toplumda genel yararı getirmeyi amaçlamaktadır. Bu tür andlaşmaları evrensel biçimde kabul edilmesiyle milletlerarası hukukta genel kural koyan normların oluşturulması sağlanabilecektir. Bu görüştekiler devletlerin egemen ve eşit olması ilkesinden hareketle çok taraflı andlaşmalara katılma hakkını her devletin haiz olduğunu belirtmişlerdir. İkinci görüşse, akit yapma serbestisi düşüncesidir.

Bu görüşe göre, andlaşmalar bir anlaşmadır ve bunun temelinde taraflar arasında akit yapma serbestisi bulunmaktadır. Buna göre, andlaşma metninde katılma yasaklanmamışsa bu mümkündür. 1969 Viyana Konvansiyonunda bu konuda kabul edilen hususa göre, katılma andlaşmaya taraf olan devletlerin iradelerine bırakılmış bir husustur, yani andlaşmaya taraf devletlerin iradeleri dikkate alınacaktır. Bu akit yapma serbestisi ilkesine dayanmaktadır.

Katılma yoluyla bir devletin bir andlaşmayla bağlanabilmesi bakımından 3 imkan vardır. Bunlar:

- a) Andlaşma metninde o andlaşmaya katılma yoluyla taraf olunabileceğini dair açık bir hüküm varsa bir devlet bu andlaşmaya katılabilecektir.
- b) Andlaşma metninde böyle bir hüküm yok ama taraf devletlerin andlaşmaya rızanın katılma yoluyla açıklanabileceği hususunda anlaşmış oldukları başka bir şekilde saptanabiliyorsa yine bir devlet katılma yoluyla andlaşmayla bağlanabilecektir.
- c) Andlaşmada olmamasına rağmen taraflar sonradan rızanın katılma yoluyla açıklanabileceği konusunda anlaşmışlarsa yine katılma mümkündür. Burada bu hususu bütün taraf devletlerin kabul etmesi gerekmektedir.

Katılma yolunun açık olduğu yada yasaklandığı andlaşma metninde belirtilmemişse bu durum o andlaşmanın katılıma açık olmadığı yorumlanır.

Asli taraf devlet, andlaşma kendisi açısından bağlayıcılık kazanmış ve yürürlüğe girmiş olan devlettir. Görüşmeci devletse, andlaşma metninin hazırlanmasına ve kabul edilmesine katılmış olan devlettir. Görüşmeci devlet için bağlayıcılık unsuru gerçekleşmemişse bu devlet asli taraf devlet olamaz.

Andlaşma metninde aksi kararlaştırılmadıkça devletler andlaşmaya herhangi bir anda katılabilirler. Taraf devletler andlaşma metninde katılmanın ne zamana kadar mümkün olabileceğini belirtebilirler.

4- UYGUN BULMA VE KABUL:

Bir andlaşmanın kabul ile bağlayıcılık kazanması meselesi ile ilgili hükümler Viyana Konvansiyonunda imza, onay ve katılmaya atıf yoluyla düzenlenmiştir.

Uygulamada imza uygun bulma ile kabul şartına bağlı olarak atılabiliyor. İmzadan sonra uygun bulunan ve kabul işlemi yapılabileceği için bu yol onaya benzemektedir. Uygun bulma ve kabul şartına bağlı bir imza atılmasındaki amaç uygun bulma ve kabule kadar bu hususu düşündürmektir.

İmzacı olmayan devletlere andlaşmayı uygun bulma ve kabul etme imkanı verilerek andlaşmayla bağlanmaları sağlanmıştır. Bu çerçevede uygun bulma ve kabul katılmaya benzemektedir.

Andlaşma metninde uygun olduğu belirtilmişse veya görüşmeci devletlerin uygun bulma ve kabulünün gerekliliği konusunda anlaşmış oldukları herhangi bir yolla saptanabiliyorsa yada devlet temsilcileri andlaşmayı uygun bulma ve kabule tabi olarak imzalanmışlarsa yahut devletin andlaşmayı uygun bulma ve kabul

şartıyla imzalama niyeti temsilcinin yetki belgesinden anlaşılabiliriyorsa veya görüşmeler sırasında bu husus açıklanmışsa kabul ve uygun bulma yoluyla bir devlet bir andlaşmaya bağlanma rızasını açıklayabilecektir.

5- ANDLAŞMAYI OLUŞTURAN BELGELERİN TEATİSİ

(Karşılıklı değiş-tokuş): Andlaşma belgelerinin teatisiyle andlaşma metninin bağlayıcılık kazanması mümkündür. Özellikle iki taraflı andlaşmalarda andlaşmayı ifade eden metinleri değiş-tokuşunu ilgili devletler bağlayıcılık kazandırma niyetindeyseler, bu takdirde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın andlaşma taraflar için bağlayıcı olur.bu yola uygulamada nota değişimi ve mektup teatisi şeklinde rastlanmaktadır.

Belgelerin teatisini andlaşmaya bağlayıcılık kazandıracığı andlaşma metninde açıkça belirtilebilir. Bu olmasa bile tarafların bu konuda anlaştığı başka bir yolla tespit edilebiliyorsa(mesela, hazırlık çalışmaları incelenerek) yine belgelerin teatisi ile andlaşma bağlayıcılık kazanacaktır.

6- TARAFLARIN ANLAŞTIKLARI HERHANGİ BİR BAŞKA İŞLEM:

İrade serbestisi ilkesinin gereği olarak taraflar kararlaştıracakları herhangi bir usul ile andlaşmanın bağlayıcılık kazanmasını sağlayabilirler. Bu konuda yasaklayıcı bir hüküm yoktur. Örnek olarak, Avusturya'nın sürekli tarafsızlaştırılması olayı verilebilir.

Devletler Andlaşma ile ne zaman bağlanırlar ?? Bu husus andlaşmanın iki veya çok taraflı olmasına göre belirlenir.

İki taraflı andlaşmalarda öncelikle tarafların bu konudaki niyetlerine bakılır ve bağlanma buna göre gerçekleşir. Bu yoksa devreye tamamlayıcı bir kural girer. Bu kurallara göre iki taraflı andlaşmalarda bağlanma, bağlanma işlemi, belgelerin teatisi tarihinde gerçekleşir.

Çok taraflı andlaşmalarda kural andlaşma içinde “depo mercii” olarak belirtilen organın bağlanma işlemi belgelerinin gönderilmesidir. Depo mercii bunların diğer taraf devletlere duyurumunu sağlar. Ancak bu bağlayıcılık için önemli değildir. Çünkü, bağlanma rızasını gösteren belgeler depo merciine ulaştınca devlet o andlaşmayı o tarihte bağlanmış olmaktadır. Ancak bazen çabukluk sağlamak için bağlanma iradesini açıklayan belgelerin depo merciine ulaşması değil bu belgelerin hazırlandığının bildirilmesi ile bağlayıcılık olur. Ancak bunu andlaşma metninde açıkça belirtilmesi gerekir. Montrö Antlaşmasında Japonya'nın bağlanması bu şekilde olmuştur.

ANDLAŞMANIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

Andlaşmanın yürürlüğe gireceği tarih andlaşma metninde belirtilebilir. andlaşma metninde böyle bir tarih yoksa ama tarafların bu konuda anlaşmış oldukları, başka bir yolla tespit edilebiliyorsa(mesela hazırlık çalışmalarına bakarak) bu tarihte andlaşma yürürlüğe girer.Bu 2 yolla yürürlük tarihi tespit edilemiyorsa devreye tamamlayıcı hukuk kuralı girer.Bu kurala göre,andlaşma metninin görüşmelere katılan devletlerin hepsi bakımından bağlayıcı olduğu tarihte andlaşma yürürlüğe girer.Başka bir ifadeyle, her bir görüşmeci devlet bağlanma işlemini gerçekleştirdince tamamlayıcı kural gereği andlaşma yürürlüğe girer.

Andlaşmanın yürürlüğe girdiği tarih, içeriği uyarınca hukuki sonuç doğurmaya başlayacağı tarihtir.

Andlaşmanın bazı maddelerinin hukuki sonuç doğurmaya taraflar arasında bağlanma henüz gerçekleşmeden de olabilir. Bunlar çoğunlukla nihai hükümler denilen hükümlerdir. Mesela, andlaşmanın tevsikine ilişkin açıklamalar getiren veya andlaşmaya bağlanmanın hangi işlemle gerçekleşeceğini belirten hükümler bu şekildedir. Bu tür hükümler andlaşma metni henüz bağlayıcılık kazanmadan taraflar açısından bağlayıcı olurlar. Mesela, andlaşmaya bağlanmanın onayla gerçekleşeceği belirtilmişse burada taraf devletler onay işlemini gerçekleştirirler ve andlaşmaya bağlanırlar.

Taraflar bağlanmayı andlaşma hükmü gereği ancak onayla yapabileceklerinden dolayı, burada bağlanmaya ilişkin bu hüküm taraflar için yürürlüğe girmiştir. Nihai hükümlerin andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce hukuki sonuç doğurabilmesinin nedeni, tarafların o konuda daha evvel anlaşmaya vardıklarının kabul edilmesidir. Yani taraflar arasında o konuda irade uyuşması olduğu için bu hüküm kaleme alınmış ve metne girmiştir. Bu yüzden andlaşma yürürlüğe girmeden uygulanabilir.

Nihai hükümler dışında bazı hükümlerde taraflar bu şekilde anlaştıkları için andlaşma yürürlüğe girmeden önce hüküm ifade etmeye başlayabilir. Tarafların bu konuda anlaşmalarına ilişkin metin içinde hüküm olabileceği gibi tarafların bu konuda anlaştıkları başka yollardan da sabit olabilir. Üzerinde bu şekilde anlaşılan bazı hükümler andlaşma kesin olarak yürürlüğe girinceye kadar geçici olarak uygulanabilir. Taraflar bu geçici uygulamayı bir süreye yada koşula tabi tutabilirler. Bunlar gerçekleşince uygulamaya son verebilir. Andlaşmanın bazı hükümlerinin bir devlet bakımından uygulanması ilgili devletin diğer devletlerin andlaşmaya taraf olmayacaklarını bildirdiği tarihe olması gibi....

İyi niyet ilkesinden kaynaklanan bir durum gereği, bir devlet herhangi bir andlaşmaya bağlanmadan önce o andlaşmanın konu ve amacına ters düşecek uygulamalardan kaçınmak zorundadır.

TESCİL:

Andlaşmanın milletlerarası alanda yapılması gereken işlemlerinden biridir. Klasik andlaşmalar hukukunda andlaşmanın tescil ve ilanı zorunluluğu yoktur. Fakat özellikle gizli andlaşmalara duyulan tepki neticesinde böyle bir durum ortaya çıkmış ve milletler cemiyeti tarafından bu konuda bir düzenleme kabul edilmiştir.

Milletler cemiyetinin kabul ettiği düzenlemeye göre, cemiyet üye olan devletlerin taraf olduğu andlaşmalar cemiyete tescil edilecek ve buradan ilan olunacaktır. Tescil edilmemenin müeyyidesi ise, andlaşmanın yada taahhüdün tescilden önce bağlayıcılığa haiz olmamasıdır. Bu da andlaşmanın içeriği uyarınca sonuç doğurmaması ve taraf devletler için hüküm ifade edememesi , dolayısıyla da geçersiz olması demektir.

Bir andlaşmanın tescil edilmemesinin andlaşmanın geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği konusu çok tartışılmıştır. Bu konuda milletler cemiyeti uygulamalarına bakılırsa, tescil edilmemiş andlaşmanın milletlerarası mahkeme önüne getirilmesi halinde bunlar geçersiz olarak kabul edilmeyip, geçerli sayılmışlardır. Milletlerarası mahkemeler tescil edilmemiş andlaşmayı da kendi önündeki uygulamalar tabi tutmuşlardır.

BM dönemindeyse, üye devletlerce akdedilen milletlerarası andlaşmaların ve taahhütlerin sekreterliğe teslim edilmesi ve sekreterlikçe ilan edilmesi kararlaştırılmıştır. Bu şekilde tescil edilmeyen bir andlaşma veya taahhüdün BM'in herhangi bir örgütünün önünde ileri sürülemeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm dolayısıyla BM'e üye olmayan devletlerinde yaptıkları andlaşmaları BMe tescil ettirdikleri görülmüştür. Bunun nedeni bu devletlerinde herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle bu örgütlerle işleme girme hakkının olabilmesi ve bunun kaybedilmek istenmemesidir.

Tescil yükümlülüğü, andlaşma taraflar arasında yürürlüğe girince doğmaktadır.

Tescil etmemenin andlaşmanın geçerliliğine etki edip etmeyeceği konusunda Viyana Konvansiyonuna bakılırsa, BM üyesi olsun ya da olmasın tüm devletlerin tescil yükümlülüğünden bahsedilmesine rağmen geçersizlik nedenleri arasında tescil etmeme sayılmadığından dolayı, tescil etmeme andlaşmanın geçerliliğine etki etmemektedir.

Adalet divanı kural olarak önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun resen uygulayacağı için tescil edilmeyen andlaşmayı dikkate alıp almama konusunda divan serbesttir.

ÇEKİNCE:

Çekince andlaşmaya bağlanma aşamasında ileri sürülür. Devlet andlaşmaya bağlanma aşamasında yapmış olduğu bu tek taraflı iade beyanıyla andlaşmanın bir yada birkaç hükmünü kendisiyle olan ilişkilerde ya hiç uygulanmamasını yada değiştirilerek uygulanmasını şart koşar. Çekincenin yazılı olması gerekir.

Bir irade beyanının çekince olabilmesi için andlaşmanın bir yada birkaç hükmün sonuçlarına herhangi bir kısıtlama getirmesi ve bağlanma aşamasında ileri sürülmesi gerekir. Böylece çekince ile o hüküm ya hiç uygulanmayacaktır yada andlaşmada belirtilenden değişik uygulanacaktır.

Çekincenin andlaşmaya bağlanma aşamasında ileri sürülmesi gerekir. Andlaşma onay ile bağlayıcılık kazanacaksa onay belgesinin depo merciine gönderilmesinden evvel çekince ileri sürülmelidir. Bununla beraber, bir devlet andlaşma metninin hazırlık aşamasında dahi çekince ileri sürebilir. Fakat bu beyanın hukuki sonuç oluşturabilmesi için andlaşma ile bağlanma aşamasında teyit edilmesi lazımdır.

Andlaşmada aksi öngörülmedikçe çekince her zaman geri alınabilir. Çekinceyi kabul etmiş olan devletlerin bu konuda rızalarına gerek yoktur.

İki taraflı andlaşmalarda çekince ileri sürülmesi ihtiyacı genelde ortaya çıkmaz. İki taraflı andlaşmalarda çekince ileri sürülebilecek konularda karşılıklı görüşme yapılır ve uzlaşma halinde andlaşma kaleme alınır. Bu konularda uzlaşma olmazsa zaten andlaşma ortaya çıkmaz.

Çok taraflı andlaşmalara .çekince koyulması konusunda, klasik hukuk bütün devletler bunu kabul etmedikçe çekince koyan devletin andlaşmaya taraf olamayacağını içerirdi. Milletler Cemiyeti, çekinceyi her devlet kabul etmezse çekincenin geçerli olmayacağını belirtmişti. 1932'de Pan-American Birliğinde gündeme gelen bu konu hakkındaki bu günkü hukuk ilk veriler burada ortaya çıkmıştı. Birliğin idari kurulundaki anlayışa göre, andlaşma, çekince ileri sürmeden onaylayan devletler arsında imzalandığı (orjinal) şekilde yürürlükte olacak, çekince ileri süren devletler ve andlaşmayı söz konusu çekinceyi kabul ederek imzalayanlar arasında bu şekilde yürürlükte olacaktır. Burada çekinceyi kabul eden devlet ile

andlaşmayı onaylayan ama çekinceyi kabul etmeyen devlet arasında andlaşmanın yürürlüğe girmediği anlayışı vardır.

1948'de Soykırım (jenosit)Konvansiyonunda bazı devletlerin çekince ileri sürmek şartıyla andlaşmaya taraf olmak istemesiyle bu konu bu konu tekrar gündeme gelmiştir. Burada çekincenin ileri sürülüp sürülmeyeceği konusunda tartışma çıkmış ve sorun BM genel kuruluna gelmiştir. Genel Kurul ise bu konuda Milletlerarası Adalet Divanından istişari mütalaa istemiştir.

Divan mütalaaasında, andlaşmanın konu ve amacıyla bağdaşabilir bir çekince ileri süren devletin bu çekinceyi kabul edenlerle taraf olacağını, kabul etmeyenlerle ise taraf olmayacağını belirtmiştir. Divana göre çekincenin andlaşmanın konu ve amacıyla bağdaşabilir olup olmadığının tespitini her devlet kendisi yapacaktır.

Andlaşma metninde çekince ileri sürülüp sürülmeyeceği belirtilebilir. Divana göre bu konuda andlaşma metninde bir hüküm yoksa tarafların niyetine bakılır ve çekince ileri sürülüp sürülemeyeceği tespit edilir. Tarafların niyeti, andlaşmanın niteliğine, konu ve amacına, hükümlerine ve kabul ediliş biçimine (hazırlanması usulüne) bakılarak tespit edilir.

1969 Viyana Konvansiyonundaysa bu konuda tarafların niyeti esas alındı. Buna göre, taraflar andlaşma metninde çekince konusunu düzenlemiş olabilirler. Eğer burada çekince yasağı getirilmişse çekince ileri sürmek isteyen devlet andlaşmaya bu şekilde taraf olamaz. Bu yasak açıkça belirtilebileceği gibi, bazı md.için çekince ileri sürülebileceğini kalan md.ler içinse çekince ileri sürülemeyeceğini ifade ederek örtülü olarakta belirtilebilir.

Çekince konusu andlaşma metninde düzenlenmemişse, yani yasaklanmamışsa, devletler andlaşmanın konu ve amacıyla bağdaşlaşan çekinceler ileri sürebileceklerdir. İleri sürülen çekincenin andlaşmanın konu ve amacıyla bağdaşlaşıp bağdaşlaşmadığına her taraf devlet kendisi karar verecektir.

ÇEKİNCEYİ KABUL:

Bir andlaşmada çekince ileri sürülmesine açıkça müsaade verilmişse, artık diğer devletlerin bunu kabul etmelerine gerek yoktur. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler.

İleri sürülen çekincenin kabul edilmesi halinde çekince olarak ileri sürülen hüküm, bunu ileri süren devletin uygulanmasını istediği biçimde (yani değiştirerek uygulama yada hiç uygulamama) çekinceyi ileri süren devlet ile kabul edenler arasında uygulanacaktır. Andlaşma, bir milletlerarası teşkilatın kuruluş belgesiye,

buna çekinceyle taraf olmak için bu hususun teşkilatın yetkili organınca kabul edilmesi gerekir. (Viy. Kon. m.20/3)

Görüşmeci devletlerin sınırlı sayısından ve andlaşmanın konu ve amacından andlaşmanın bütün taraflar arasında bir bütün olarak uygulanmasının her birinin andlaşmayla bağlanma rızasının esaslı bir şartı olduğu zaman, ileri sürülen bir çekincenin bütün devletlerce kabul edilmesi zorunludur. (Viy.Kon.m.20/2). Bu tür andlaşmalar silah ve afyon gibi konularda sınırlama ve yasaklama getiren andlaşmalardır. Devletler bu tür bir andlaşmaya diğer devletler de taraf olacağı için taraf olurlar. Bu yüzden ileri sürülen çekincenin tüm devletlerce kabul edilmesi gerekir.

*Yukarıdaki istisnaların kapsamına girmeyen bir andlaşmaya ileri süren devlet, bu çekincesi en az 1 devletçe kabul edilirse andlaşmaya taraf olur. Taraf devletin kabulü açık bir şekilde olabileceği gibi örtülü bir şekilde de olabilir. Taraf devlet çekinceye açıkça itiraz etmezse bunu kabul etmiş sayılır.taraf devlet çekincenin kendisine bildirilmesinden itibaren 12 ay içinde itiraz etmezse çekinceyi örtülü olarak kabul etmiş sayılır.

İleri sürülen çekincenin geri alınması diğer devletlerin bunu kabul etmelerine bağlı değildir.

ÇEKİNCEYE İTİRAZ:

Çekinceye itiraz edilse bile andlaşmanın çekinceden etkilenmeyen hükümleri çekinceyi ileri sürenle buna itiraz eden devlet arasında da yürürlüğe girer. Ancak bu durum engellenmek isteniyorsa andlaşmanın diğer hükümleriyle bağlı olunmadığından açıkça belirtilmesi gerekir. Başka bir deyişle, andlaşmanın bütün hükümlerinin çekince ileri süren ve buna itiraz eden devlet arasında yürürlüğe girmesi engellenmek isteniyorsa bu hususun ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekir.

Çekinceye itiraz halinde çekinceli hükmün çekince ileri süren ve buna itiraz eden devletler arasındaki ilişkilerde çekince kapsamında uygulanmaması sonucu ortaya çıkar. Başka bir ifadeyle hüküm, ne çekinceyi ileri süren devletin istediği gibi ne de çekinceye itiraz eden devletin istediği gibi (yani andlaşma metnindeki gibi) uygulanır.

ÇEKİNCENİN HUKUKİ ETKİSİ:

1. Çekincenin ileri süren ve buna itiraz eden devletler arasında andlaşma, çekince kapsamında uygulanmaz. Andlaşmanın toptan uygulanmaması isteniyorsa bunun ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekir.

-

a) Çekince andlaşmanın her hangi bir hükmünün değiştirilerek uygulanmasına yönelikse, buna itiraz halinde andlaşmanın çekinceden etkilenmeyen hükümleri çekince ileri süren ve itiraz eden devletler arasında uygulanabilecekken, çekinceden etkilenen kısım bu devletler arasında hiç uygulanmayacaktır.

b) Çekince andlaşmanın her hangi bir hükmünün hiç uygulanmaması yönündeyse, buna itiraz halinde, çekinceli hükmün çekince kapsamında uygulanmaması sonucu ortaya çıkar. Başka bir ifadeyle çekinceli hüküm hiç uygulanmaz. Bu durumda çekincenin itirazı ile çekincenin kabulü aynı sonuca ulaşmaktadır. Zira, itiraz eden devlet bu çekinceyi kabul etmiş olsaydı bile, yine bu çekinceli hüküm çekince kapsamında uygulanmayacağından aynı netice doğmuş olacaktı.

2. Çekince ileri süren ve bunu kabul eden devletler arasında andlaşma çekince kapsamında uygulanır. Çekince, her hangi bir hükmün değiştirilmesine yönelikse o hüküm andlaşma metnindeki gibi değil, çekincede belirtilen şekilde uygulanır. Çekince herhangi bir hükmün hiç uygulanmamasına yönelikse andlaşmanın o hükmü devletler arasında hiç uygulanmaz. Bu durumda da çekinceye itiraz ile aynı sonuca verilmektedir.

TÜRK HUKUKUNDA ANDLAŞMA AKDETME YETKİSİ

İÇ HUKUKLARDA ANDLAŞMANIN AKDEDİLMESİ:

Bunlar ilgili devletin yapısıyla ilgilidir. Taraf ülkelerde aynı devlet ve hükümet biçimi olsa da iç hukuk uygulamalarında farklı düzenlemeler olabilir, zira her toplumun kendisine özgü sosyal, siyasal ve ekonomik koşulları vardır ve bu devlet uygulamalarını etkiler.

- Federal devletlerde andlaşma akdedilmesine ilişkin yetki kural olarak federal organlardadır ve federe devletin böyle bir yetkisi yoktur. Ancak ilgili federasyonu kuran Anayasa buna izin vermişse ve federe devletle ilişki kuran devletler bunu kabul etmişlerse federe devletler de andlaşma akdedebilirler.

Amerikan Yüksek Mahkemesine göre, federal devlet federe devletlere bırakılan alanlarda da andlaşma akdederek düzenleme yapabilirler ve federe devletlere çeşitli yükümler yükleyebilirler.

*Basit devlette andlaşma akdetme yetkisi, hükümet rejimine göre değişir.

-Meclis hükümeti rejiminde, ülkemizde 1921 Anayasası andlaşma akdetme yetkisini TBMM'ne vermiştir ve bu yetki uygulamada çok geniş kapsamlıydı. Temsilci asıl olarak hükümete karşı sorumlu olsa da, milletvekili olduğu için

meclise karşı da sorumlu olurdu. Bu dönemde andlaşma imzayla bağlayıcılık kazansa bile meclise sunulur ne bunun için bir onay kanunu çıkarılırdı.

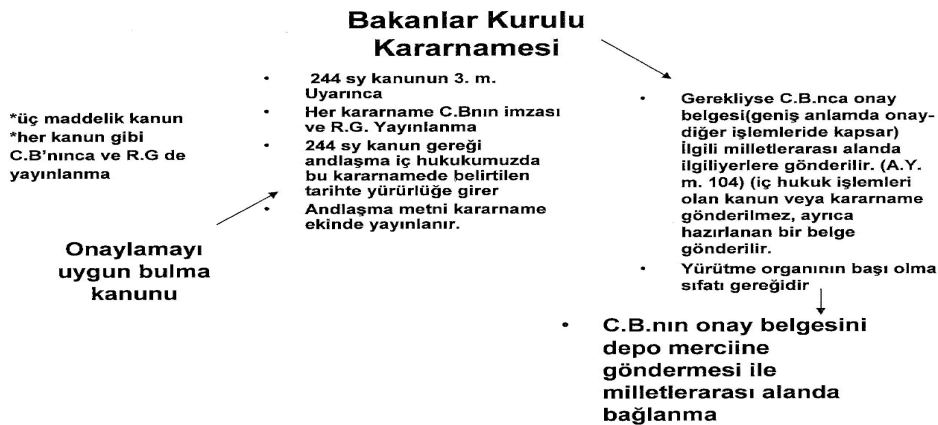
-Başkanlık sisteminde sert bir kuvvetler ayrılığı vardır. Bu sistemi uygulayan ABD’de, yasama organı Kongre’dir ve senato ile temsilciler meclisinden oluşur. Senato her federe devletin eşit olarak temsil edildiği yerdi, temsilciler meclisi ise nüfus esasına göre oluştururdu. Yürütme organı ise Başkandır ve andlaşma akdetme yetkisi ona aittir. Andlaşma akdetme hususunda tüm yetkiler Başkana aittir, ancak andlaşma devleti bağlamadan önce Başkan andlaşmayı Senato’ya sunar.

Senato’nun hazır bulunanların 2/3 ‘ü ile vereceği rızayla bağlanma iradesi açıklanır ve burada temsilciler meclisinin hiç rolü yoktur.ancak para basma, bütçe ve dış ticaret ile ilgili andlaşmalarda temsilciler meclisi dolaylı olarak söz söyleyebilmektedir. Kongrenin yetki alanındaki bu tür konularda onay için başkan+kongrenin kabulü gerektiği için T. Meclisi devreye girmiş olmaktadır.

Bu tür andlaşmalar kanunun açıkça belirttiği andlaşmalardır. Ayrıca andlaşma metninde andlaşmanın kongrenin onayıyla yürürlük kazanacağı belirtilmişse burada da başkan+kongre gerekli olduğu için T.Meclisi yine devreye girmiş olmaktadır. Ancak başkanın tek başına yapabildiği andlaşmalar da T.Meclisinin hiç rolü yoktur. Bu tür andlaşmalara ‘**icra andlaşmaları**’ denir.

-Parlamenter rejilerde andlaşma akdetme yetkisi yasama ile yürütme arasında paylaşılmıştır.bu yetki bazen esas olarak yasamaya aittir ve yürütmenin istisnai olarak yetki alacağı durumlar bulunabilir veya bunun tam tersi olur ve esas yetki yürütmeye ait olur ve yasama istisnaen yetkili olur. Ülkemizde 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında esas yetkili yasama organındadır ama yürütme organı da istisnai olarak andlaşma akdedebilmektedir.

Türk Hukukunda Andlaşmaların Akdi



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASALARI UYGULAMALARI:

***1924 Anayasasında**, 1921 Anayasasında olduğu gibi meclis hükümeti sistemi yoktu ve yasama ile yürütme birleşik değildi. Yürütme yetkisi icra vekillerince gerçekleştirilirken, yasama yetkisi meclisçe yürütülürdü. Andlaşma akdetme yetkisi bizzat yasama organınca ifa edilirdi ve bu yetki andlaşmayla ilgili bütün işlemleri kapsardı. Görüşme, imza ve kabul gibi işlemlerde yetkili olanlar B.K. kararnamesiyle tayin edilirdi.

Uygulamada meclisin işlevi, andlaşmaya bağlanma iradesini açıklamaktan evvel, devletin andlaşmayla bağlanmasını uygun bulmakla sınırlıydı. Andlaşma mecliste bütün olarak kabul veya red edilirdi. Meclis uygun bulduğu andlaşma için 3 maddelik bir kanun çıkarırdı ve andlaşmanın metni bu kanuna bağlı olarak Türkçe yayınlanırdı. Andlaşmaya yönelik çekince varsa bununda ayrıca belirtilmesi gerekirdi. Devlet bu kanundan sonra andlaşmayla bağlı olmazdı. Bunun için C.Başkanı ve Dışişleri Bakanınca onay belgesi hazırlanır ve bu belgenin, andlaşma iki taraflıysa karşı devletle teati edilmesinden sonra, andlaşma çok taraflı ise depo mercisine verilmesinden sonra bağlanma gerçekleşirdi.

Bu sistem içinde bazı andlaşmalara katılmak çok güç olmaktaydı. Bu sistemin değişmesi için bazı önlemler alınmıştır:
Önceki dönem: Yürütme organına bazı konularda andlaşma akdetme hususunda bir

Kanunla yetki verildi. Burada yürütmeye niteliği itibarıyla 2 farklı yetki tanındı.

1. Meclis yürütmeye daha önce meclisten geçip kabul edilmiş bir andlaşmanın uygulanmasını sağlamak için yetki verdi.

2. Meclis belirli konularda ise yürütmeye andlaşma akdetme yetkisi vermişti. Burada önceden meclisten geçirilmiş bir andlaşma yoktu. Mesela, süratla yapılması gereken ticaret andlaşmaları için yürütmeye yetki verilmişti ve bunun için meclisin sonradan tasdiki esası kabul edilmiş durumdaydı.

1. Uygulama andlaşmaları esasları daha önce belirtilen ve mecliste uygun bulunan bir andlaşma çerçevesinde yapılan andlaşmalardır. Bu tür andlaşmaları akdedebilmek için yürütme organına yetki verilmiştir. Uygulama andlaşmaları, önceden meclisçe uygun bulunarak akdedilen andlaşmaların bazı hükümlerinin uygulanabilmesi için ayrı andlaşmaların yapılması ihtiyacının duyulması sonucunda ortaya çıkmışlardır. Hangi alanlarda uygulama andlaşması yapılabileceği bazen temel andlaşmada belirtilebilir bazen de yapılan ilgili andlaşmanın niteliğinden bu çıkarılabilir.

Yürütme organının kanunun verdiği yetkiye dayanarak akdettiği bu tür andlaşmaların esasları, temel andlaşmanın onaylanması sırasında mecliste tartışılmış ve bilinmiştir. Bu yüzden de yürütmeye verilen bu yetki, yasama yetkisinin devri değildir.

2. Kanunla yürütmeye bazı konularda andlaşma akdetme yetkisi tanınmıştır. Bunlar bazı dış ticaret andlaşmaları ile gümrük resimlerinde değişiklik yapılması gibi sınırlı ve geçici nitelikteydi. Bu tür andlaşmalar için önceleri 1 ay, sonraları ise 3 ay içinde meclise sunulması zorunluluğu kuralı getirildi. Böylece yürütmenin tek başına akdettiği andlaşmaları meclisin sonradan uygun bulması usulü getirilmiştir.

1961 ANAYASASI:

1961 Anayasasında, 1924 Anayasasından farklı olarak andlaşmaların bağlayıcılık kazanması konusunda yasama ve yürütme organları arasında bir yetki dağılımına gidildiği açıkça görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu yetki paylaşımı andlaşmaların onaylanmasına ilişkin olup, milletlerarası andlaşmaları görüşme ve imzalama konusunda yürütme organının yetkisi kesindir.

1961 Anayasasına göre, milletlerarası andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için ana kural, TBMM'nin onaylamayı uygun bulma kanunu çıkarması ve bundan sonra C.Başkanının andlaşmayı onaylayarak yayınlamasıdır. Ana kural bu olmakla beraber Anayasanın 65. maddesinin 2. ve 3. fıkraları bu kurala istisnalar getirmektedir. 65. maddenin 2. fıkrasına göre, iktisadi, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi 1 yılı aşmayan andlaşmalar, devlete mali yük getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla yayınlanma ile yürürlüğe konulabilir.

Bu taktirde bu andlaşmalar yayınlanmalarından başlayarak 2 ay içinde TBMM'nin bilgisine sunulurlar. Maddede sözü geçen konulardaki ve nitelikteki andlaşmalar için Anayasa, yasama organının bunların onaylanmasını bir kanunla uygun bulması koşulunu kaldırmakta ve yürütme organına bunları sadece yayınlamakla yürürlüğe koyma olanağı vermektedir.

65. maddenin 3. fıkrasının getirdiği istisna ise, yürütme organını, bazı andlaşmaları yürürlüğe koyabilmek için yasama organının önceden uygun bulma kaydından başka sonradan yasama organına bilgi vermek yükünden de kurtarmıştır. Bu fıkraya göre, milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmalarıyla, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan iktisadi, ticari, teknik ve idari andlaşmaların TBMM'ce uygun bulunması zorunluluğu yoktur. Bu tür

andlaşmalar yürütme organınca yayınlanarak yürürlüğe konulurlar. Ve bunların sonradan meclisin onayına sunulması zorunlulukları yoktur.

* 65. maddenin 2. ve 3. fıkrasındaki istisnaların uygulanabilmesinin en önemli koşulu, bu andlaşmaların Türk yasalarında her hangi bir değişiklik yapmamasıdır. Hangi guruba girerse girsin bir andlaşma Türk yasalarında değişiklik yapılmasını gerektiriyorsa bu andlaşmanın bağlayıcılık kazanması için ana kuralın uygulanması gerekiyor.

1982 ANAYASASI:

1982 anayasasına göre andlaşmalar C.Başkanınca onaylanmak suretiyle bağlayıcılık kazanmaktadırlar. Ancak C.Başkanının onayından önce bunların bir takım koşullara göre, ya TBMM’ce uygun bulunması yada B.Kurulunca kabul edilmelerine göre 2 grup andlaşma vardır. 1. grup andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için önce TBMM’nin bir uygun bulma kanunu kabul etmesi gerekir. 2. grup andlaşmanın geçerlilik kazanması için her hangi bir uygun bulma yasası gerekli olmayıp, bu tür andlaşmalar B.Kurulu Kararnamesiyle kabul edilirler.

1982 anayasasına göre genel usul, meclisin onaylamanın uygun bulmasına dair kanun çıkarması, bunun ardından da B.Kurulu kararnamesinin düzenlenmesidir. C.Başkanı bu B.K. kararnamesini imzalayınca andlaşma onaylanmış olmaktadır. C.Başkanının onayı Anayasa Mahkemesi, B.K.Kararnamesinin imzalanması ve dolayısıyla iç hukuk işlemi olarak görürken Sevin Hoca uluslar arası alanda onaylama ve dolayısıyla da dış hukuk işlemi olarak görmektedir.

1982 anayasasına göre onaylamanın uygun bulunması koşulu aranmayan 3 gurup andlaşma vardır. Bunlar:

1. *Süresi 1 yılı aşmayan ve iktisadi, teknik ve ticari ilişkileri düzenleyen andlaşmalar*
2. *Daha önceden yapılmış bir Milletlerarası andlaşmaya dayanılarak yapılan uygulama andlaşmaları*
3. *Kanunun önceden verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik yada idari andlaşmalar.*

Bu tür andlaşmalar için meclisin onaylamayı uygun bulmasına gerek yoktur. Bunlar yürütme organı tarafından yürürlüğe sokulurlar. Ancak bu çeşit istisnalara girse dahi yapılan andlaşma Türk kanunlarında değişikliğe neden olacaksa ana kural devreye girer ve onaylamanın uygun bulunmasına dair meclisin bir kanun çıkarması gerekir.

1.Süresi 1 Yılı Aşmayan Ve Ticari, İktisadi Veya Teknik İlişkileri Düzenleyen Andlaşmalar: Bir andlaşmanın bu istisna grubuna girebilmesi için Türk kanunlarında değişiklik getirmemesi, devlet maliyesine bir yüküm getirmemesi, kişi hallerine dokunmaması ve Türklerin yabancı devletlerdeki mülkiyet haklarına dokunmaması gerekir. Bu tür bir andlaşmanın süresi 1 yıldan fazlaysa, onaylamanın uygun bulunmasının kanunla yapılması gerekir.

Bu tür andlaşmalar B.kurulu Kararnamesinin yayınlanmasıyla yürürlüğe girerler ve resmi gazetede yayınlanmalarından itibaren 2ay içinde meclisin bilgisine sunulurlar.

Ancak iktisadi,ticari veya teknik konular şeklinde bir sınırlama yapıp, mali yüküm getirmeme koşulunu aramak aslında böyle bir istisna grubunu tanımamaktır. Zira bu konular devlete yüküm getiren konulardır. Bu yüzden de uygulama da bu istisna işlemez durumdadır.

2. Daha Önceden Yapılmış Bir Milletlerarası Andlaşmaya Dayanılarak Yapılan Uygulama Andlaşmaları : Kanun bu tür andlaşmalar için herhangi bir konu sınırlaması getirmemiştir. Fakat anayasa hükmünün gerekçesine bakıldığında, uygulama andlaşmalarının esaslarının, temel andlaşmanın uygun bulunması sırasında mecliste tartışılmış ve müzakere edilmiş olması koşulunun getirildiği görülmektedir. Bu tür andlaşmalar da meclise sunulmaksızın Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle yürürlüğe girerler. Böyle bir istisnaya yer verilmesinin temel nedeni, esasları önceden belirlenmiş konularda gizliliği sağlamaktır.

Uygulama andlaşmaları için her hangi bir konu sınırlaması yoktur ve bu andlaşmalar, süreleri 1 yılı aşsa, devlet maliyesine bir yüküm getirse, kişi hallerine veya Türklerin yabancı devletlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa bile, onaylamanın uygun bulunması kanuna gerek olmaksızın B.kurulu kararnamesiyle kabul edilir.

3. Kanunun Önceden Verdiği Yetkiye Dayanılarak Yapılan Ekonomik,Ticari, Teknik Yada İdari Andlaşmalar : Böyle bir istisna grubunun kabul edilmesinin nedeni, milletlerarası ilişkilerde sürat kazanmak istenmesidir. Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ve meclisin uygun bulma kanunu çıkarmasına gerek olmaksızın, K. kurulu Kararnamesiyle kabul edilen bu andlaşmalar için ekonomik, teknik, ticari yada idari andlaşma şeklinde bir konu sınırlaması getirilmiştir. Bunun dışında bu tür andlaşmalar, süreleri 1 yılı aşsa, devlet maliyesine bir yüküm getirse, kişi hallerine yada Türklerin yabancı devletlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa bile, onaylamanın uygun bulunması kanununa gerek olmaksızın B.Kurulu kararnamesiyle kabul edilirler.

244 sayılı kanunun 5 ve 6. maddesi, buralarda sayılan andlaşma türlerinin de daha önceden yapılmış andlaşmaya dayanılarak yapılan uygulama andlaşmaları ile kanunun önceden verdiği yetkiye dayanılarak yapılan andlaşmalar kapsamında olduğunu belirterek, bu andlaşmalar içinde meclisin uygun bulma kanunu çıkarmasına gerek olmaksızın, B.K.Kararnamesiyle bunların kabul edilebileceğini ifade etmiştir. 244 sayılı kanunun 5ve 6. maddesinde sayılan anlaşıma türleri şunlardır:

- Ekonomik, ticari, teknik yada idari nitelikteki bütün andlaşmalar (süresi 1 yılı geçse, devlet maliyesine yük getirse, kişi hallerine ve Türklerin yabancı devletlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa bile),
- Hibe, kredi ve öteki yardım andlaşmaları
- Teknik yada idari iş birliği andlaşmaları,
- Borç ertelenmesi yada ticaret andlaşmaları ile,
- Önceden yürürlüğe konulmuş bulunan Kuzey Atlantik Andlaşmasına dayanarak NATO örgütü yada üye devletlerle yapılacak andlaşmalar. Buradaki andlaşmalar içinde bağlanma yetkisi B.K. bırakılmıştır.

Uygun Bulma Yasası Gereken Andlaşmaların Bağlayıcılık Kazanması İşlemleri:

Bir andlaşmanın uygun bulma yzasası gerektirmesi durumunda yasa tasarısının hazırlanması görevi Dışışleri Bakanlığına aittir. Meclisin önüne gelen uygun bulma yasa tasarısı ve andlaşma metni Dışışleri Komisyonu ve ilgili öteki komisyonlarda görüşüldükten sonra, mecliste bir bütün olarak onaylanır. Böylece andlaşma metninin maddeleri tek tek oya konulamayacağı gibi bunlara ilişkin değişiklik önermeleri vermek olanağı da yoktur. Dolayısıyla meclis andlaşmayı ya kabul eder yada reddeder.

Mecliste uygun bulma yzasası ile kabul edilen bir andlaşmanın onaylama işlemi için Cumhurbaşkanına sunulması gerekir. Andlaşmanın onaylanması işleminin sorumluluğı hükümete ait olduğu için, uygun bulma yzasası ile kabul edilmiş andlaşmaları Cumhurbaşkanıнын onayına sunup sunmama yada sunma zamanını belirleme konusunda hükümet serbesttir.

Uygun bulma kanunu ile kabul edilmiş bir andlaşmanın hükümetçe Cumhurbaşkanına sunulması durumunda Cumhurbaşkanıнын önüne gelen bu kanunu onaylayıp onaylamama konusunda bir takdir hakkının olup olmadığı meselesi ortaya çıkmıştır. Bu konu tartışmalıdır. Bir grup görüş, Cumhurbaşkanıнын onaylamada takdir hakkının bulunmadığını savunurlar. Bu

-

görüştekilere göre, Cumhurbaşkanının onaylama konusundaki yetkisi, mecliste kanununla onaylanan andlaşmanın diğer taraf devletlere bildirilmesini sağlamaktır. Başka bir ifadeyle, Cumhurbaşkanının onaylama konusundaki yetkisi, oluşan devlet iradesini yalnızca uluslararası bakımdan açıklamaktır. Bundan dolayı Cumhurbaşkanının önüne gelen kanunu reddetme konusunda yetkisi bulunmamaktadır.

Bu konuda diğer bir grup görüşe göreyse, Cumhurbaşkanının onaylama konusunda tam bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının önüne gelen tüm andlaşmaları onaylaması halinde devletin özelliklerini ve yararlarını tam olarak koruyamaması durumu ortaya çıkabilir. Ayrıca, iç hukukumuzda bunun aksini bildiren bir hüküm bulunmaması nedeniyle Cumhurbaşkanının tam bir takdir yetkisinin bulunduğu ifade edilmektedir.

Uygun bulma yasasına gerek olmayan andlaşmaların bağlayıcılık kazanma işlemleri:

Bakanlar kuruluna onaylanmak için sunulan bir andlaşma tasarısını Bakanlar kurulu ya bir kararnameyle kabul eder yada reddeder. Bakanlar kurulu kararnamesiyle, onaylanması kabul edilen bir andlaşmanın, iç hukuk işlemi olarak onaylanması için Cumhurbaşkanına gönderilmesi gerekir.

- Bir andlaşmanın Türkiye'yi uluslararası düzeyde bağlaması için, onay belgesinin karşı tarafla teati edilmesi ya da depo merciine tevdi edilmesi gerekmektedir.
- Bir andlaşma iç hukukta ise, bakanlar kurulu kararnamesinde belirtilen yürürlük tarihinde yürürlüğe girmektedir.

HUKUKİ GEÇERLİLİK MESELESİ (Esasa İlişkin Geçersizlik Sebepleri):

Milletlerarası andlaşmanın geçerli olabilmesi için bazı durumların olmaması gerekir. Bir andlaşmanın geçersizliğini ileri sürebilmek için bazı nedenlerin olması gerekir. Ve bunlar Viyana Konvansiyonunda tüketici bir biçimde sayılmıştır. Bundan dolayı bu sebeplerden başka sebeplere dayanılarak andlaşmanın geçersiz olduğu milletlerarası alanda ileri sürülemeyecektir.

Esasa ilişkin geçersizlik sebepleri 3 grup halinde sıralanmıştır. Bunlar:

- Andlaşma ile bağlanma iradesinin iç hukuk uyarınca oluşmaması,
- Açıklanan irade ile gerçek iradenin uyuşmaması(iradenin sakatlanması),
- Emredici hukuk normlarıyla andlaşma hükümlerinin çatışması(jus cogens'e aykırılık).

-

1. Beyan Edilen İradenin İç Hukuk Uyarınca Oluşmaması(Bağlanma İradesinin İç Hukuk Hükümlerine Aykırı Oluşması): İç hukuk kurallarına uymadan andlaşma akdetme durumudur.

Viyana konvansiyonu m.46ya göre, andlaşma, devletin iç hukukunun andlaşma akdiyle ilgili hükümlerine uymadan yapılırsa, buna dayanarak andlaşmanın geçersizliği ileri sürülemez. Ancak iç hukukun andlaşma akdiyle ilgili hükmünün ihlali, aşıkarsa(barizse) ve esaslı öneme haiz bir kuralına ilişkinse milletlerarası alanda o andlaşmanın geçersizliği ileri sürülebilir.

46.maddenin 2.fikrasında ise,aşıkartlık açıklanmıştır. Buna göre, bir ihlal, söz konusu mesele de normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir devlet için objektif olarak açıkça görünüyorsa, aşıkardır.

Esaslı öneme haiz hükmün ne olduğu konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir hükmün esaslı öneme sahip olup olmadığını belirlemek konusundaki ilk görüşe göre, hükmün hukuk düzeni içindeki yeri ve önemine göre esaslı olup olmadığı belirlenecektir. Buna göre anayasal kurallar esaslı öneme haizdir. İkinci görüşe göreyse, andlaşma ile yüklenilen yükümlülüklerin niteliğine göre hükmün esaslı bir öneme sahip olup olmadığı belirlenecektir. Bu gün, andlaşma akdine ilişkin yetkiyle ilgili meseleler veya andlaşma akdi hususunda özel usuller varsa bunlara uyulmaması gibi durumlar esaslı öneme haiz olarak kabul edilmektedir.

Bağlanma iradesinin iç hukuka aykırı olduğu iddiasını yalnızca devletin kendisi ileri sürebilir. Diğer taraf devletler ise böyle bir beyanda bulunamazlar. Bir devletin andlaşma hükmünün uygulanmasından sonra böyle bir iddia ileri sürülürse, bu durum o devletin iyi niyetiyle hareket etmemesi sonucunu doğurur.

Bir devlet kendi iç hukukundaki aykırılık nedeniyle andlaşmanın geçersizliğini ileri sürmesi halinde, karşı taraf bu iddiayı kabul ederse, bir sorun kalmaz ve andlaşma geçersiz olur. Karşı taraf bu iddiayı kabul etmezse o zaman ortaya bir uyuşmazlık durumu çıkar.

2. Açıklanan İrade İle Gerçek İradenin Uyuşmaması (İradenin Sakatlanması):

a- Hata: Devletin kendini andlaşma ile bağlanmaya yönelten bazı hususlarda yanılgıya düşmesi ve bunların gerçek olmamasına rağmen bilmeyerek gerçek olduğu iradesiyle hareket etmesi durumudur. Bugün uygulamada pek karşımıza çıkmamaktadır.

Hatanın andlaşmanın geçerliliğini etkileyen bir sebep olarak ileri sürülebilmesi için bazı şartlar gereklidir. Bunlar:

- Hata, andlaşmanın akdi sırasında mevcut olduğuna inanılan bir duruma ilişkin olmalıdır. Bundan dolayı maddi noktalardaki hatalar bu sonucu doğurabilirken, hukuki noktalardaki hatalar geçersizlik sebebi olamazlar.
- Gerçekliği konusunda yanlışlığa düşülen durumun andlaşma ile bağlanma iradesinin esaslı temelini oluşturması gerekir. Başka bir ifadeyle, devletin yanlışlığa düşülen durum nedeniyle andlaşma yapmaya yönelmesi gerekir.
- Hataya düşen tarafın, hataya düşmede kusurunun bulunmaması gerekir.

Hata tek taraflı ve iki taraflı olabilir. İki taraflı hata halinde aynı konuda yada farklı konuda hataya düşülebilir. Birinin hatası diğerini yanlışlığa düşürebilir. Bu durumda buna kendi davranışlarıyla sebep olmamışlarsa hataya dayanabilirler.

b- Hile: bir devletin andlaşma görüşmelerine katılan diğer bir devletin hileli davranışları nedeniyle andlaşmaya bağlanma rızasını açıkladığı hallerde hile söz konusu olur.

Hilenin andlaşmanın geçerliliğini etkileyen bir sebep olarak ileri sürülebilmesi için bazı şartlar gereklidir. Bunlar:

- Andlaşma akdi ile diğer devletin hileli davranışı arasında illiyet bağlantısı olmalıdır. Diğer tarafın yaptığı hileli davranış olmasaydı devlet andlaşma ile bağlanma iradesini göstermeyecek idiyse hile vardır.
- Hileli davranışın maddi durumlara ilişkin olması gerekir. Bir devlet hukuki noktalardaki hileli davranışı nedeniyle ilgili devleti yanlışlığa sevketmiş olsa bile, ilgili devlet bunun rızayı sakatlayıcı bir sebep olduğunu ileri süremez., zira hiçbir devlet hukuku bilmediğini mazeret olarak ileri süremez.
- Hilede bulunan tarafın yanlış beyanları bilerek (kasten) yapmış olması gerekir. Yani hileyi yapan devlet, diğer devletin andlaşma ile bağlanma rızasını sağlamak amacıyla kasten yanlış beyanlarda bulunmalıdır. Yanlış beyanlarda bulunan devletin kastı değil de ihmali söz konusu ise burada hile değil hata mevcut olur.

Andlaşmanın konusu baştan beri imkansızsa ve bir taraf bu hususu biliyorsa bu hile olur. Bu durumu kimse bilmezse durum hata içinde değerlendirilir. Andlaşmanın konusunun sonradan imkansız hale gelmesi, uygulamada andlaşmanın sona erdirilme sebepleri arasında sayılmaktadır.

C- Temsilciye Menfaat Sağlanması: Bir andlaşmanın yapılması sırasında taraflardan birinin temsilcinin özellikle rüşvet verilmek suretiyle elde edilmesi ve andlaşmanın bunun sonucunda gerçekleştirilmesi de andlaşmanın geçerliliğini etkileyecektir. Temsilciye menfaat sağlanmasının andlaşmanın geçerliliğini etkileyebilmesi için ,

- Temsilciye menfaat sağlanması fiilin devlete izafe edilebilmesi ve
- menfaatin temsilcinin tutumuna esaslı bir etki yapması gerekir.

D- İkraah (cebir- tehdit): Bu konu viyana konvansiyonunda temsilcinin veya devletin şahsının zorlanması şeklinde iki başlıkta incelenmiştir.

- **Temsilcinin şahsının zorlanması:** Bu husus klasik hukukta ve günümüz hukukunda andlaşmanın geçerliliğini etkilemiştir. Temsilciye yönelik baskı, kendine veya yakınlarına karşı maddi veya manevi tehdit şeklinde olabilir. Burada önemli olan temsilcinin iradesinin etkilenmesidir. Bu durum ancak imzayla bağlayıcılık kazanacak andlaşmalar bakımından önem arz eder. Zira andlaşma onayla bağlayıcılık kazanıyorsa temsilcinin şahsı zorlanmış olsa bile, devlet bununla bağlanmayabileceğinden dolayı andlaşmanın geçersizliği konusu da söz konusu olamaz.

- **Devletin şahsının zorlanması:** Klasik hukukta devlete karşı cebir uygulama andlaşmanın geçerliliğini etkilememektedir. Zira kuvvet kullanma yasak olmayıp, devletler için bir hak sayılmaktaydı. Bu yüzden bir devlet diğer devlete silahla andlaşma yaptırabilirdi ve bu geçerliliği etkilemezdi. Karşı taraf bunun hukuken yanlış olduğunu söylese de, güçlü olan devlet gücünü kullanmak suretiyle diğer devleti andlaşma yapmaya zorlamanın dışında yok da edebilirdi.

İlerleyen zamanlarda bu yanlış değişmeye başladı. Milletler Cemiyeti kuvvet kullanma hakkını sınırladı ve devletlere uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözme yükümü getirdi. Taraflar uyuşmazlıklarını yargı organlarına getirerek hukuk yoluyla yada Milletler Cemiyeti Konseyine getirerek siyasi yolla çözebileceklerdi.

Taraflar yargı yoluna gitmişlerse verilen kararı iyi niyetle yerine getirmek ve buna uyan cemiyet üyesine karşı savaşa girmemek yükümünü kabul etmiş olurlardı.

Taraflar uyuşmazlığı yargı organlarına götürmeyip konseyin soruşturmasına havale edebilirlerdi. Konsey her halde 6 ay içinde rapor verirdi ve bu rapordan itibaren taraflar 3 ay savaşa gitmemek yükümüne girerlerdi. Rapor oy birliğiyle kabul edilirse cemiyet üyesi, rapordaki tavsiyeye uyan davranma hakkını saklı tutardı.

1928 tarihli Biryan Kelaf (Paris) Paktı, devletlere savaşı milli siyasetlerine alet etmemeleri ve uyuşmazlıkların barış yoluyla çözümlenmesi yükümünü yüklemiştir. Yine bu pakta göre, kuvvet kullanma yasağını ihlal edenlere karşı diğerlerinin kuvvet kullanma yetkisi vardı.

BM şartı, savaşı hak olmaktan çıkardığı gibi meşru müdafaa dışındaki kuvvet kullanma fiillerini de yasaklamıştır. BM şartının esası uyumsuzlukların barışçıl yollarla çözülmesidir.

Viyana Konvansiyonu m.52 de, BM şartında yer alan prensiplere aykırı olan kuvvet kullanmanın veya tehdidin andlaşmayı batıl yapacağı belirtilmiştir.

3- Andlaşma Hükümlerinin Milletlerarası Hukukun Emredici Normlarıyla Çatışması (jus cogens'e Aykırılık): Milletlerarası hukuk kurallarının çoğu tamamlayıcı nitelikte olmasına rağmen emredici nitelikte olan kurallarda bulunmaktadır.

Emredici normların varlığı çok tartışılmıştır. Bu tartışma Viyana Konvansiyonunda emredici kurala aykırılığın geçerliliğe etkili olduğunun kabul edilmesinden sonra da devam etmiştir.

Türkiye milletlerarası hukukta emredici normların (jus cogens'in) varlığını kabul etmez. Türkiye'ye göre emredici normlar iç hukuka aittir ve milletlerarası hukuka geçirilemez. Zira emredici normların mevcudiyeti hukuk kuralları ile kaynakları arasında hiyerarşiyi gerektirir. Milletlerarası hukukun kaynağı eşit ve egemen devletlerin iradesi olduğundan böyle bir hiyerarşi yoktur. Ayrıca iç hukukta emredici kuralları yasa koyucu saptar ve andlaşmaların bu kuralları aykırı olup olmadığını mahkemeler tespit eder. Milletlerarası hukukta bu kuralları saptayacak bir yasa koyucu ile bunları saptayacak bir mahkeme de yoktur. Bu yüzden emredici normların kabulü andlaşmaların istikrarı açısından iyi değildir.

Milletlerarası hukuk komisyonu, emredici nitelikte sayılan normlara şunları örnek vermiştir.

- Milletlerarası hukuk uyarınca suç teşkil eden fiillerin yapılmasını öngören andlaşmalar
- Kuvvet kullanma yasağı
- Esir ticareti
- Deniz korsanlığı ve
- Soykırım (jenasit) andlaşmaları.

Bir kuralın genel olarak kabul edilmesi veya andlaşma metninde o norma aykırı biçimde akdedilen andlaşmaların geçersiz olacağının belirtilmiş olması no kuralın emredici olmasını sonuçlamaz. Komisyona göre, emredici nitelikte olan kuralları diğerlerinden ayıran husus, kuralın konusunun niteliğindedir. Ancak komisyon bunun ne olduğunu tanımlamayıp bun hususun tespitini içtihatlarla ve devlet

uygulamalarına bırakmıştır. Bu konuda milletlerarası hukukta bilinmesi gereken şey, milletlerarası hukuk kurallarının çoğunun emredici nitelikte olmayıp tamamlayıcı nitelikte olduğudur.

Viyana konvansiyonu m.53te emredici normun tanımı verilmiştir. Buna göre, emredici norm , bir bütün olarak milletlerarası toplumun kendisinden hiçbir surette sapılmasına müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilen normdur. Ayrıca 64.md. göre, ortaya çıkan yeni bir emredici normla çatışan andlaşmalar batıl hale gelir ve sona erer.

Buna göre emredici norm için öncelikle, bir bütün olarak devlet kabulü gerekir. Buradaki genellik baskın olan görüşe göre, temsil edici çoğunluktur. Ayrıca temsil edici bir çoğunlukla genel olarak kabul edilmiş normun, tanınmış olması gerekir. Bunun içinse normu emredici nitelikte sayma ve bu yolda bir uygulama gereklidir.

Emredici norma geçersizlikte öncelikle devlet uygulamaları değerlendirilir. Viyana konvansiyonu m.66 gereği, emredici normlarla ilgili uyumsuzluklarda taraflardan biri uyumsuzluğu Milletlerarası Adalet Divanının kararına sunabilir. Milletlerarası hukukta yargıya gitmek konusunda genel olarak devletlerin rızası aransa da burada açık hüküm bulunduğu için bu tür uyumsuzlukları tek tarafın divana sunma hakkı vardır. Bu tür bir uyumsuzluğu divan dışındaki hiçbir makam taraflar için bağlayıcı olarak çözemez.

Geçersizlik Sebeplerinin Sonucu: Andlaşmanın hukuki geçerliliğini etkileyen bir durum varsa, andlaşma batıldır ve baştan itibaren hiçbir hukuki sonuç oluşturmaz. Ancak taraflar andlaşmanın batıl olduğunu ileri sürmeyip, andlaşmanın geçerli olduğunu açık veya örtülü olarak kabul ederlerse andlaşma geçerli bir andlaşma gibi hukuki sonuç oluşturabilecektir. Batıl olan andlaşmaya dayanılarak bir takım işlemler yapılmışsa her iki tarafta andlaşmanın yapılmış olması durumunda var olacak durumun karşılıklı ilişkilerde tesis edilmesini birbirinden isteyebilirler. (m.69/2a).

Andlaşmanın batıl olduğu anlaşılana kadar iyi niyetle yapılmış olan işlemler, sırf andlaşmanın batıl olmasından dolayı geçersiz olmaz. Bu hükümler kusurlu olan taraf için uygulanmaz. Dolayısıyla kusurlu olan (iyi niyetli olmayan) taraf, ne andlaşmanın yapılmamış olması halinde var olacak durumun tesis edilmesini ne de andlaşmaya dayanılarak yapılan iyi niyetle yapılan işlemlerin hukuka aykırı

olmadığını ileri sürebilir. Hileli davranan, temsilciye menfaat sağlayan veya temsilci ya da devleti tehdit eden taraf iyi niyetli olmaz ve kusurlu sayılır.

Geçersizlik nedenin hukuki sonuç oluşturabilmesi, ancak butlanın ileri sürülebilmesiyle mümkündür. Andlaşmanın geçersiz olduğunu ileri süren taraf bu iddiasını gerekçeleriyle ve almayı düşündüğü önlemler ile beraber diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu devlet diğer devlete 3aydan az olmamak koşuluyla bir de cevap süresi verir. Bu süre içinde herhangi bir itiraz gelmezse geçersizliği iddia eden taraf olacağını belirttiği önlemleri alabilecektir. Karşı taraf 12 ay içinde cevap vermezse geçersizliği iddia eden taraf yazılı bir bildirimle andlaşmayı geçersiz yapabilir. Karşı taraf geçersizlik iddiasına itiraz ederse, jus cogens'e aykırılık iddia edilmişse çözüm için zorunlu olarak yargı yoluna gidilir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu zorunlu yargı yeri, Milletlerarası Adalet Divanıdır. Jus cogens'e aykırılık dışındaki aykırılık iddialarındaysa taraflar uyuşmazlığı barışçıl yollardan çözmeye çalışacaklardır.

Andlaşmanın 3.kişi Durumundaki Devletler Üzerindeki Etkisi: Geçerli bir andlaşma da tarafların andlaşma hükümlerine uyma yükümü vardır ve bu yüküm andlaşma yürürlüğe girince başlar. Ancak iyi niyet ilkesi gereği devletler andlaşma yürürlüğe girene kadar da andlaşmanın konu ve amacına ters düşen uygulamalardan kaçınmalıdır.

Bir andlaşma ancak tarafları için hak ve borç oluşturur. Buna “ pacta tertris” ilkesi denir. Bu yüzden andlaşmalar kural olarak taraf olmayan 3. devlete etki yapmazlar. Ancak bazı andlaşmaların etkisinin sadece taraflarla sınırlı olmadığına ilişkin görüşler vardır. Bu şekilde taraflarıyla sınırlı olmayıp başka devletler üzerinde de etki yapan andlaşmalara “ objektif hukuki durum yaratan andlaşmalar “denmektedir.

- Bir andlaşma hükmünden taraf olmayan 3. bir devlet adına borç doğabilmesi için, 3. devletin yazılı ve açık rızasının olması şarttır. Mesela, (A),(B),(C) devletleri arasında andlaşmanın bir hükmü ile (D) devletine borç yüklenmişse , bu borcun (D) devleti üzerinde doğabilmesi için (D) 'nin açık ve yazılı bir rızasının bulunması gerekir. Burada (D)'nin borcunun kaynağı (A), (B) ve (C) arasında akdedilmiş olan andlaşma olmayıp, (D)'nin kabulü, yani ikinci andlaşmadır. 3. devletin bu şekilde yüklendiği borç, başka türlü kararlaştırılmamışsa, ancak 3. devletin rızasıyla geri alınabilir veya değiştirilebilir.

- Taraf olamayan 3. devlete hak sağlanması da ancak bu devletin rızasıyla mümkündür. Bu rıza açıkça verebileceği gibi itiraz etmeme şeklinde de olabilir. Çünkü aksi belirtilmedikçe 3. devletin rızası var sayılır. Bu yüzden kabul etmeyen

devletin bu hakkı açıkça reddetmesi gerekir. Burada da hakkın 1. andlaşmayla değil 2. andlaşmayla doğduğu kabul edilir.

Bir andlaşmanın 3. devlete hak tanınması halinde 3. devletin bunu kabul etme zorunluluğu yoktur. Ancak 3. devlet bu hakkı kullanırsa onu kabul etmiş sayılır. Hakkın ilk kullanılma zamanı önemlidir, zira bu ana kadar hak doğmamıştır ve 3. devletin bunu reddetme imkanı vardır. Bu şekilde hakkı kullanan devlet Viyana Konvansiyonu m. 36/2'ye göre, bu hakkın kullanılması için andlaşmada öngörülen tüm şartlara uyacaktır.

Andlaşmanın tarafları andlaşmanın bir hükmünün 3. devlete veya o devletin mensubu olduğu devletler grubuna yada bütün devletlere bir hak vermesini kasedebilirler.

Bu şekilde 3. kişi için ortaya çıkan hakkın geri alınabilmesi için kural olarak 3. devletin rızasına gerek yoktur. Ancak 3. devletin rızası olmadan bu hakkın geri alınamayacağı yada değiştirilemeyeceği şeklinde tarafların bir niyeti varsa bu durumda söz konusu hak 3 devletin rızası olmadan geri alınamaz veya değiştirilemez.

Taraflarıyla sınırlı olmayıp başka devletler üzerinde de etki yapan andlaşmalara "objektif hukuki durum yaratan andlaşmalar" denmektedir. Bunlar 2 grupta incelenir:

a- Tüketici Andlaşmalar: Bunlar kullanılmakla tükenen andlaşmalardır. Bu tür andlaşmaların konusu, aynı bir hak ortaya koymak veya değiştirmek şeklindedir. Ülke terki andlaşması, daimi tarafsızlık ve askersizleştirmeye ilişkin andlaşmalar bu şekildedir. Bu andlaşmalar ülkeye bağlı belli bir statü getirirler.

Bu tür andlaşmaların diğer andlaşmalardan farkları bulunmaktadır. Bu gruptaki andlaşmalar onu yaratan andlaşmadan bağımsızdır ve onun üzerinde geçerlilik kazanır. Bu tür andlaşmaların öteki andlaşmalardan bir diğer farkı andlaşmaya taraf olan devletlerin savaş halinde bu andlaşmayı askıya aldıkları kabul edilmektedir.

b- Kamu Hukuku Niteliğindeki Andlaşmalar: bu tür andlaşmalar bir grup devlet tarafından milletlerarası hukukta yasama işlevini yerine getirmek için yapılır. Milletlerarası hukukta yasa koyucu bir üst organ olmadığı için yasama faaliyeti ancak bu andlaşmalar vasıtasıyla yerine getirilebilir.

Bu şekilde ortaya çıkan andlaşmalar bir grup devlet tarafından yapıldığı için bu yolun kötüye kullanılmasının mümkün olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Viyana Konvansiyonunda bu tür andlaşmalara yer verilmediği için bunların varlığı tartışmalıdır. Egemen ve eşit devletlerin olduğu bir sistemde bu çeşit

konuları güçlü devletlerin yönlendirmesine bırakmak milletlerarası hukukun temelinin zedelenmesine yol açabilir.

Türk Hukukunda Andlaşma Akdi - İstisnai kural -



Türk Hukukunda Andlaşma Akdi - İstisnai kurallar -

1. İstisna : ekonomik, ticari, teknik konularda yapılacak ve süresi 1 yılı geçmeyen anlaşmalar

- Türk kanunlarında değişiklik getirmemek
- Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme gerektirmemek
- Kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayınlanma ile yürürlüğe konabilir.
- Bu takdirde, bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde T.B.M.M'nin bilgisine sunulur.

2. İstisna : Uygulama andlaşmaları

- * Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için ;
- * Bunların konusu iktisadi, ticari veya teknik münasebetlerin dışında kalsa
- Veya süresi 1 yılı aşsa veya
- Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veyahut Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluğu yoktur.
- Ancak bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

3. İstisna : bir kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan iktisadi, ticari, teknik ve idari andlaşmalar

- Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için; bunların süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veyahut Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluğu yoktur.
- Ancak bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

ANDLAŞMALARIN ÇATIŞMASI:

Andlaşmaların çatışmasında ortaya çıkan ilk mesele hangi andlaşmanın öteki andlaşma sayılacağı meselesidir. Bu konuda Viyana Konvansiyonunun metninde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak hazırlık çalışmalarına bakıldığı zaman “metnin kabul tarihinin” öncelik- sonralık meselesinin çözümünde esas alındığı görülmektedir.

Önceki andlaşmanı genel, sonraki andlaşmanın özel bir düzenleme öngörmesi halinde çatışma ortaya çıkmaz. Burada özel düzenleme genel düzenlemenin önüne geçer. Bundan dolayı uygulamada özel düzenleme öngören andlaşmanın hükümlerine öncelik verilir.

Çatışma, hukuken geçerli 2 andlaşmanın aynı konuda birlikte uygulanması imkanı olmayan farklı hükümler içermesi durumunda ortaya çıkar.

Önceki andlaşma hükümlerine aykırı bir 2. andlaşma yapılırsa bu andlaşma geçersiz olur ve burada çatışan andlaşmalarla ilgili hükümlere gitmeye gerek yoktur.

BM Şartına göre; BM andlaşmasının hükümleri ile çatışan bir andlaşma yapılırsa BM andlaşmasının hükümleri üstün kabul edilir. Bu hüküm BM andlaşmasına taraf olanlar açısından geçerlidir. Ayrıca geçersizlik nedenleri tüketici olarak sayıldığı için BM şartına aykırı bir andlaşma yapılması o andlaşmanın geçersizliğini sonuçlamaz. Ancak andlaşmanın bir çok hükmü Jus Cogen niteliktedir ve bu tür bir hükme aykırı andlaşma varsa yapılan andlaşma emredici normlara aykırılık dolayısıyla geçersiz olur.

Aynı konuyu düzenleyen birden fazla andlaşma varsa ve bunlar farklı düzenleme getirmişse ortaya gerçek bir çatışma çıkmaktadır. Burada tarafların niyeti sonraki andlaşma ile öncekinin hükümlerini kaldırmak ise burada sorun yoktur ve sonraki andlaşmanın hükümleri uygulanır. tarafları böyle bir niyeti yoksa ortaya çatışma problemi çıkar.

. Burada aynı konuda farklı düzenlemeler getiren andlaşmaların tarafları aynı ise sonraki andlaşmanın hükümleri ile önceki andlaşmanın sonrakiyle çatışmayan hükümleri uygulanır. başka bir ifadeyle, önceki andlaşma sonraki ile bağdaştığı uyarınca uygulanır. İki andlaşmanın hükümleri birbiriyle tamamen bağdaşmıyorsa bu durumda sonraki andlaşmanın öncekini sona erdirdiği kabul edilir.

. Çatışan hükümler içeren andlaşmanın tarafları ayrıysa, burada her iki andlaşmaya da taraf olanlar açısından yukarıdaki kurallar uygulanır. Her iki

andlaşmaya taraf olan devlet ile birine taraf olan devletler arasında ise, ikisinin beraber taraf oldukları andlaşma uygulanır.

ANDLAŞMALARIN DEĞİŞTİRİLMESİ - YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI

Bir andlaşmanın sona erdirileceği, yürürlüğünü durdurulacağı veya değiştirileceği sonraki tarihli bir andlaşmada açıkça belirtilebilir. Böyle bir durum yoksa, bir andlaşmanın sona erdirilmesi, yürürlüğünün durdurulması veya değiştirilmesi için kural olarak bütün taraf devletleri açık veya örtülü rızaları gerekir. Bu kural Viyana Konvansiyonunda yumuşatılmıştır. Buna göre, andlaşmaların değiştirilmesi için hazır bulunan ve oy kullananların 2/3'ünün oyu gerekir. Değişiklikten sonra andlaşmaya katılan devlet aksi belirtmedikçe değiştirilmiş son metne taraf olur. Değişikliğe taraf olan devletler ile buna karşı çıkan (yani değişikliğe taraf olmayan) devletler arasında ise ilk andlaşmanın hükümleri uygulanmaya devam eder.

Değişiklik için yeterli çoğunluk sağlanamazsa azınlıkta olanların kendi içlerinde yeni bir andlaşma yapıp yapamayacağı konusunda öncelikle andlaşma metnine bakılmalı ve kısmi değişiklik için izin olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu konuda bir hüküm yoksa ve böyle bir değişiklik andlaşmada açıkça yasaklanmamışsa azınlıkta olan devletler, diğer devletlerin andlaşma ile haiz oldukları haklarını kullanmalarını veya yükümlülüklerini yerine getirmelerini etkilemiyorsa ve andlaşmanın konu ve amacının etkili bir biçimde gerçekleştirilmesi için bulunması gerekli bir hükümden sapılmasını gerektirmiyorsa böyle bir andlaşma yapabilirler.

Bir andlaşmaya “ bu hükümlere aykırı andlaşma akdedilemez” şeklinde bir hüküm koyulursa bu durum 2. andlaşmanın geçersizliğini sonuçlamaz. Zira geçersizlik nedenleri Viyana Konvansiyonunda tüketici olarak sayılmıştır ve böyle bir neden öngörülmemiştir. Ancak böyle bir durumda 2. andlaşmayı imzalayan devletin ilk andlaşmayı iyiniyetle uygulamaması sonucu milletlerarası sorumluluğu olabilir.

En Çok Gözetilen Ulus Kaydı: Bir andlaşmada tarafların belli bir konuda 3. devletlere yada yurttaşlarına yada tanıyacakları en iyi muameleyi, birbirlerine yada yurttaşlarına karşı da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan bir hükümdür. Mesela, (A) ve (B) devletleri arasında yapılan ve en çok gözetilen ulus kaydı içeren andlaşma, daha sonra (A) ve (C) devletleri arasında yapılan ve (A)'nın (C)'ye daha avantajlı bir muamelesini öngören andlaşma hükümlerinin (B)'ye de uygulanmasını sağlayacaktır. Böylece bir devlet kendisini taraf olmadığı bir andlaşmanın iyileştirici

hükümlerinden yararlanabilmektedir. Bu tür bir kayıt daha çok ticaret ve ikamet andlaşmalarında rastlanmaktadır.

Bu tür bir kaydın kullanılması hiçbir koşula bağlı olmayabilir, herhangi bir karşı koşula bağlı olabilir veya tam bir karşılıklılık öngörebilir.

Bu tür bir kayıt, genellikle belli konularda öngörülmesinin yanında, az da olsa her konuda öngörülmüş olabilir.

En çok gözetilen ulus kaydı, ayırım yapmama ilkesinden farklıdır. Ayırım yapmama ilkesi hukukun genel bir ilkesi iken en çok gözetilen ulus kaydı bir andlaşma hükmü niteliğiyle etki doğurmaktadır. Bunun doğan bir sonucu olarak da, ayırım gözetmeme ilkesi eşitliği bozan her durumda herkese ileri sürülebiliyorken, en çok gözetilen ulus kaydı sadece ilgili taraflarca ileri sürülebilir. Ayrıca ayırım yapmama ilkesi en çok gözetilen ulus kaydının aksine ayrıcalık tanımaz.

ANDLAŞMALARIN YORUMLANMASI

Andlaşmada yer alan bir hükmün anlamının saptanmasına “yorum” denir. Andlaşmanın kelimeleri kullanan kişiye ve kullandığı zaman ve koşullara bağlı olarak farklı manalar kazanabilir. Yorumla anlam saptanırken yorumcunun taktir hakkını sınırlayan bir takım ilkeler mevcuttur. Bu ilkeler aynı zamanda iç hukuklarda kanunların yorumlanmasında da başvurulacak ilkelerdir. Bu durum, yorum ilkesinin esasen birer mantık ilkesi olmasından kaynaklanmaktadır.

- Buna göre andlaşmaların yorumlanmasındaki temel ilke; iyiniyettir. Bu ilkeye dayanılarak andlaşma metninde ifade bulan taraf niyetinin tespit edilmesi gerekir. Andlaşma tarafların iradesinin uyuşmasıdır ve bu iradeyi ortaya çıkaracak yorumlamanın metne bakılarak gerçekleştirilmesi gerekir.

- Yorumda kelimenin “doğal ve alışılmış” anlamı esas alınmalıdır. Bu anlam saptanırken kelime, andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığı altında milletlerarası hukuk kuralları dikkate alınarak ele alınmalı ve iyiniyetle saptanmalıdır. Andlaşmanın bütünü, başlangıç bölümü de dahil olmak üzere işlev hükümleri ile ekler ve andlaşmayla ilgili diğer belgelerdir.

Tarafların bir kelimeye (terime) özel bir anlam vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o anlam verilir. Bir terimin özel anlamı olduğu iddia ediliyorsa, bunun ispatı iddia eden tarafa aittir.

Taraflar, uyumlu, ortak ve tutarlı sonraki uygulama ile andlaşma hükmünün yorumu konusunda anlaşmış olabilirler. Böyle bir andlaşma da yorumda dikkate alınmalıdır.

-

-Tesirlilik İlkesi: Andlaşmada yer alan hükümlerin andlaşmanın konu ve amacının ışığı altında hukuki sonuç doğuracak şekilde yorumlanmasıdır. Andlaşmada lüzumsuz kelimeler yoktur. Bu yüzden her kelimeye bir anlam verilmelidir. Bir takım kelimeler ihmal edilirse tesirlilik ilkesine aykırı davranılmış olur.

-Tamamlayıcı Yorum Araçları: Yapılan yorum sonucunda saçma bir sonuç ortaya çıkarsa, herhangi bir sonuç ortaya çıkmazsa veya belirsiz bir sonuç ortaya çıkarsa devreye tamamlayıcı yorum araçları girmektedir. Bu tamamlayıcı araçlar andlaşmanın hazırlık çalışmaları ile andlaşmanın yapıldığı koşullar ve tarafların niyetini ortaya koyan diğer hususlardır.

Yorumda esas alınacak metin, tevsik edilmiş olan metindir. Tevsik edilmiş metin dışında bir metnin yorumda temel alınabilmesi için bu hususun andlaşmada belirtilmesi gerekir. Mahkeme şüphe halinde yazanın aleyhine yorum yapar veya borçlu olana en az borcu yükler.

ANDLAŞMALARIN SONA ERMESİ

Andlaşmaların içerikleri uyarınca hukuki sonuç doğurma niteliklerini kaybetmelerine " andlaşmanın sona ermesi " denir.

Sona erme sebepleri 2 kategoriye ayrılır:

1. Tarafları iradelerine dayalı sona erme sebepleri (Sübjektif Esaslar)
2. tarafların iradelerinden bağımsız sona erme sebepleri(Objektif Esaslar)

1. SÜBJEKTİF ESASLAR

Taraflar Bir andlaşmayı kendi iradeleriyle oluşturdukları için andlaşmaya kendi iradeleri ile son verme hakkına da sahiptirler. Tarafların andlaşmayı sona erdirmeye yönündeki niyetleri değişik biçimlerde ifade edilebilir.

- Taraflar böyle bir niyeti andlaşma metninde ifade edebilirler. Andlaşmada bir süre belirlenebilir. Süre konulması halinde bazen sürenin geçmesiyle andlaşma kendiliğinden sona ererken, bazen bunun için taraflardan birinin istemi gereklidir ve bu gerçekleşmezse andlaşma yürürlükte kalmaya devam eder.

-Taraflar fesih ve çekilme imkanlarını kullanabilirler. Fesih, bir tarafın istemi üzerine andlaşmanın tüm taraf devletler için sona ermesidir. Çekilme ise, bir tarafın andlaşmayı kendisi açısından sona erdirmesidir. Bu durumda andlaşma diğer devletler arasında hükmünü devam ettirir.

Taraflar sonradan yapacakları 2. bir andlaşma ile ilk andlaşmayı açıkça veya örtülü olarak sona erdirebilirler. Sonraki tarihli andlaşma hükümleri ile evvelki

tarihli andlaşma hükümleri aynı anda uygulanmaları imkansız olacak derecede bağdaşmazsa ve aksine düzenleme getirilmemişse tarafların sonraki andlaşma ile öncekini sona erdirdikleri kabul edilir.

Taraflardan birinin andlaşmayı sürekli ihlal etmesine diğer taraf devletler bir itirazda bulunmuyorsa, bu taktirde taraflar arasında andlaşmanın kaldırılması konusunda zımni bir andlaşmanın olduğu kabul edilir. Buna “metrukiyet” denir.

Andlaşmanın sona erdirilmesinde şekle uyulması gerekmemektedir. Burada önemli olan tarafların niyetleridir.

Andlaşmayı sona erdirecek tarafın en az 12 ay önceden bu konuda bildirim yapması gerekir.

Tarafların niyetinden ve andlaşmanın niteliğinden andlaşmanın süresiz olarak devam edemeyeceği anlaşılıyorsa, bu da sona erdirmeyi ortaya çıkarabilir.

2-OBJEKTİF ESASLAR: Bunlar irade dışı olarak sona erdirmeyi doğuran nedenlerdir.

- andlaşmanın önemli ihlali
- andlaşmanın uygulanmasının sonradan imkansız olması
- andlaşmanın akdi sırasında mevcut olan koşullarda esaslı değişiklik
- sonradan jus cogen ile çatışma
- savaş durumu ve etkileri

1.Andlaşmanın önemli ihlali:

Andlaşmanın ihlali, andlaşma hükümlerine uyulmaması ve iyiniyetle yerine getirilmemesidir. Andlaşmayı ihlal eden devlet milletlerarası alanda sorumlu olur. Bu sorumluluk verilen zararın tamiri neticesini doğurur. Bu tamir, mevcut durumun önceki hale aynen iadesi şeklinde olabilir. Ancak bu her zaman mümkün olmadığı için zararın para ile tazmini imkanı ortaya çıkmıştır. Burada mevcut ve beklenen zararlar tazmin edilir. Zararın tazmininde hem mahkemeye gidilmesi hem de burada verilen kararın icra edilmesi devletlerin iradesine bağlı olduğu için sorunlar devam etmiştir. Bu yüzden bir devlet andlaşmayı ihlal ediyorsa diğer tarafa andlaşmayı sona erdirme hakkı vermiştir. Ancak ihlalin andlaşmayı sona erdirme hakkı verebilmesi için belirli nitelikte, yani önemli olması gerekir.

Önemli ihlal, andlaşma hukukunda öngörülmeyen bir nedene dayanarak andlaşmanın reddi yada andlaşmanın konu ve amacının gerçekleşmesi için zorunlu olan bir hükmün ihlal edilmesi durumudur. Bunlardan biri varsa andlaşma sona

erendirilebilir veya yürürlüğü durdurulabilir. Bu imkanlarda andlaşmanın bütünü veya bir kısım hükümleri için kullanılabilir.

Önemli ihlal karşısında diğer devletleri hakları andlaşmanın iki taraflı veya çok taraflı olmasına göre değişir.

-İki taraflı andlaşmalarda; önemli ihlal varsa diğer taraf andlaşmayı tamamen veya kısmen sona erdirebileceği gibi yürürlüğünü de durdurabilir. Ancak ihlale rağmen diğer taraf andlaşmanın devamını isteyebilir. İhlalden doğan hakların kullanılabilmesi için, andlaşma hükümlerinin ihlalinin vuku bulduğu tarihten itibaren makul bir süre içinde bunların ileri sürülmesi gerekir. Bu süre olayın durumuna göre belirlenir.

-Çok taraflı andlaşmalarda, andlaşmanın sona erendirilebilmesi için diğer tüm taraf devletlerin oybirliği ile bunu kabul etmeleri gerekir. Yürürlüğün durdurulması bakımından diğer devletler bireysel olarak hak kullanabilirler :

- a) İhlal ile özel olarak etkilenen devlet, andlaşmanın kendisi ile ihlal eden devlet arasındaki ilişkilerde yürürlüğünün durdurulması hakkına sahiptir.
- b) İhlal andlaşma ile üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından her bir tarafın durumunun köklü bir biçimde değişmesi sonucunu doğuruyorsa o taktirde her taraf devlet andlaşmanın yürürlüğünün kendisi ile tüm akit taraflar arasındaki ilişkilerde askıya alabilir.

2. Andlaşmanın Uygulanmasının Sonradan İmkansız Hale Gelmesi:

Adlaşmanın uygulanması için gerekli olan şeyin sürekli olarak ortadan kalması halinde devletlerin andlaşmayı sona erdirmeye hakkı vardır. Bu imkansızlığın maddi olması ve gerekli olan şeyin sürekli olarak ortadan kalmış olması gerekir. Gerekli şey geçici olarak ortadan kalkmışsa andlaşmanın yürürlüğü durdurulur. Ayrıca bu nedene dayanarak andlaşmayı sona erdiren veya yürürlüğünü durduran taraf devletin imkansızlığın oluşmasında kendi kusuru olmamalıdır.

Andlaşmanın sonradan imkansız hale gelmesi durumunda taraflardan biri kendi yükümünü ifa edip diğer taraf bundan yararlınsa ve imkansızlık nedeniyle

Kendi edimini yerine getirememişse, bu durumda ortaya çıkan sorunun ilgili devletler arasında iyi niyetle çözülmesi gerekir.

3. Andlaşmanın Akdi Sırasında Mevcut Olan Koşullarda Esaslı Değişiklik Olması:

Bu sebebe dayanarak andlaşmanın sona erdirilmesi veya yürürlüğünün durdurulması için gerekli olan koşullar şunlardır:

- andlaşmanın akdi sırasında mevcut olan hal ve durumlarda değışiklik olmalıdır

- bu değışiklik başlangıçta öngörölmemiş olmalıdır

- hal ve durumlardaki değışiklik esaslı olmalıdır. Sonradan değışmiş olan bu hal ve durumun varlığı tarafların andlaşma ile bağlanma iradesinin temelini oluşturmuş idiyse bu değışiklik “esaslı” bir değışikliktir.

- Tarafların yükümlölüklerin çerçevesi hal ve durumdaki bu değışiklikten esaslı olarak etkilenmelidir.

- Bu sebebi ileri süren taraf devlet buna kendi kusuruyla neden olmamalıdır.

Önceleri yalnızca süresiz andlaşmalar için bu nedene dayanılabilirken sonraları süreli andlaşmalar için de bu nedene dayanılmaya başlandı.

Ülke terki ve sınır andlaşmaları gibi andlaşmalarda bu neden uygulanmaz. Zira bu tür andlaşmalar, uygulanmakla konuları tükenen andlaşmalardır ve bu yüzden bunlarda bu sebebe dayanılarak sona erme istenemez.

4. Sonradan Emredici Normla Çatışma:

Andlaşmanın akdinden sonra oluşan emredici norma (jus cogens) aykırılık halinde andlaşma kendiliğinden sona erer. Andlaşmanın akdi sırasında jus cogens aykırılık varsa, bu bir geçersizlik sebebidir.

5. Savaş Durumu Ve Etkileri:

Savaşın andlaşmalar üzerindeki etkisi Viyana Konvansiyonunda düzenlenmemiştir. Savaşın andlaşmalara etkisi, uygulamada “andlaşmanın niteliği” ve “ tarafların niyetine” bırakılarak çözümlenmektedir.

- Bazı andlaşmalar savaş durumunda uygulanmak üzere yapılırlar. Mesela, siviller, savaş esirlerine, hastalara ve silahlı kuvvet mensuplarına yapılacak muameleleri düzenleyen andlaşmalar. Tarafların niyeti bu yolda olduğu için andlaşmanın hükümleri savaş halinde yürürlük kazanacaktır.

- Taraflar savaş sırasında andlaşma akdedebilirler. Ateşkes ve esir değışimi andlaşmaları gibi...bunlar da savaş sırasında uygulama kazanır

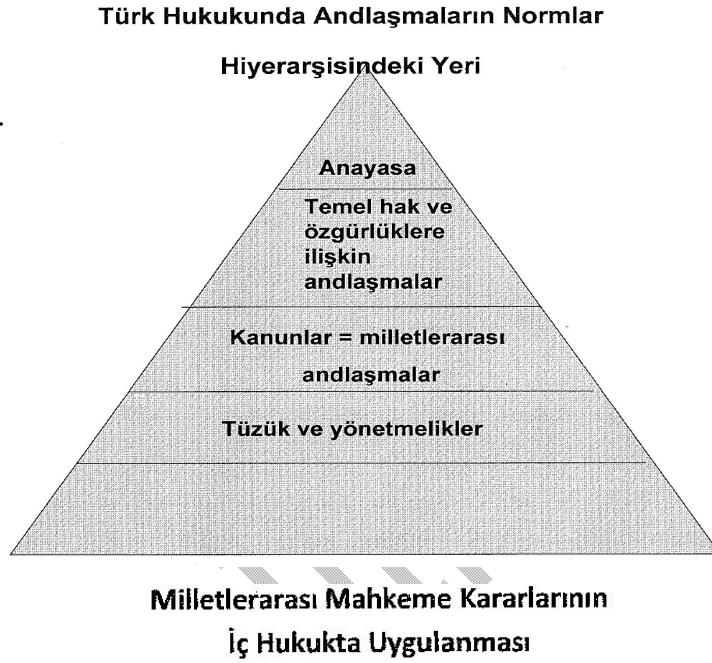
- Sınır ve ülke terki gibi statü getiren andlaşmalarla norm getiren andlaşmalarda konularının niteliğinden dolayı savaştan etkilenmezler ve geçerliliklerini sürdürürler.

- İttifak ve ticaret andlaşmaları gibi bazı andlaşmalar nitelikleri itibariyle savaşla birlikte sona ererler. Suçluları iadesi andlaşması ise, savaş nedeniyle sona ermez fakat yürürlüğü askıya alınmış sayılır.

KAYNAKLAR ARASI HİYERARŞİ

Örf- adet hukukunun ve andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin anayasalarda bir hüküm varsa sorun yoktur ve bu konu hükme göre düzenlenir.

Böyle bir hüküm yoksa uygulamada milletlerarası hukukun milletlerarası alanda üstün olduğu kabul edilir. İç hukukta ise genelde kanun koyucunun sonraki iradesine üstünlük tanınır.



Milletlerarası mahkeme kararları, milletlerarası hukukun kişileri olarak devletleri, kural olarak, bağlayıcı niteliktedirler. Bununla beraber, bu kararlar, millî mahkemelere veya devletin diğer organlarına, kararların iç hukuk düzenlerinde yerine getirilmesine dair (doğrudan/kendiliğinden) bir borç yaratmamaktadırlar.

Bu sebeple bağlayıcılık devletler bakımından ancak milletlerarası düzeyde hüküm ifade eder. Devletler iç yetki alanlarını milletlerarası mahkeme kararlarına açmak yükümlünde değildirler. Fakat şüphe yok ki, devletin organları, yetkilerinin sınırları çerçevesinde devletin kendisini bağlayan milletlerarası mahkeme kararına uymasını da sağlamaya çalışmalıdır. Yani, -mahkemeler dâhil- millî organlarla, devletin milletlerarası hukuktan doğan -milletlerarası mahkeme kararlarının gereklerini de içeren- görevleri arasındaki uyumsuzlukları engellemek iç hukuklara kalmıştır.

Eğer Milletlerarası mahkeme kararlarının uygulanması millî organlar tarafından herhangi bir eylem veya işlemin yapılmasını gerektiriyorsa, bu durumda devlet, milletlerarası hukuka göre bunların yapılmasını temin etmekle yükümlüdür. Yani bu kararların doğrudan bir etkileri olmayıp, icraları devletin yetkisinde, daha doğru ifadeyle yükümlülüğündedir.

Türk Hukukunda Uygulamada Öncelik Sorunu

Doktrin

Andlaşmaların Türk hukukunda normlar hiyerarşisi içinde nerede yer aldığı meselesi üzerinde iki temel görüş söz konusudur:

Birincisi, andlaşmaları kanunlarla eşdeğerde sayan görüş,

ikincisi ise, andlaşmalara kanunlar –hatta anayasa- karşısında üstünlük veren görüş.

Farklı görüşlerin ortaya çıkmasının ardındaki husus, gerek önceki, gerekse 1982 Anayasası düzeninde andlaşmalarla yasaların çatışması durumuna ilişkin açık bir düzenlemenin olmaması ve bu konuya ilişkin tartışmalara yol açan şu iki hükmün yer almasıdır:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” (1982 Any., Madde 90)

Andlaşmaları kanunlarla eşdeğerde sayan yazarların temel gerekçeleri şöyledir:

Anayasa hükmü (1961 Any. Md. 65, 1982 Any. Md. 90) müphem ve çeşitli yorumlara açık olsa da, andlaşmalar kanunlarla eşdeğerdedir, Anayasa hükmünü bunun aksine yorumlamak mümkün değildir.

Andlaşmalarla kanunlar çatışırsa, sorun öncelik-sonralık (*lex posterior derogat legi priori*) ve özel hüküm–genel hüküm (*lex specialis derogat lex generali*) yorum kuralları çerçevesinde çözümlenecektir.

Andlaşmaların kanunlardan üstün olduğu durumlar istisnai olarak Anayasamızda düzenlenmiştir (1982 Any. Md. 15, 16, 42, ve 92).

Şayet, 90. madde hükmü andlaşmalara üstünlük tanıyor olsaydı, söz konusu maddelerde milletlerarası hukukun (dolayısıyla andlaşmaların) üstünlüğünü açıkça belirtmesine gerek olmazdı. Bu istisnai durumlara, son değişikliklerle “temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar” da dâhil olmuştur.

Andlaşmaların kanunlar karşısında üstün olduğunu savunanların ise temel dayanaklarından biri, andlaşmalar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamamasıdır.

Bu yazarlara göre, andlaşmaların anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesi denetimi dışında bırakılması “devletler hukukunun üstünlüğü tezinin teyidi”dir.

Andlaşmalar Anayasaya aykırı olsalar bile uygulanırlar. Bu sebeple, andlaşmadan sonra yürürlüğe giren bir Anayasa hükmü andlaşmayı değiştiremeyecektir.

Anayasa hükmü bu niteliği haiz değilken, andlaşmadan sonra yürürlüğe giren yasanın andlaşmayı değiştireceğini kabul etmek, çelişkili bir yaklaşım olur.

Diğer bir dayanak noktası ise, kanunların andlaşmaları değiştirmesinin mümkün olmamasıdır. Andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu söylemek, onların yasa ile değiştirilebileceği anlamına gelmez. Andlaşmalar, ancak milletlerarası hukuka göre bozulabilir veya değiştirilebilir.

Kısaca, andlaşmalar milli hukuk kurallarına üstündür.

Andlaşmalara kanunlar üzerinde değer atfeden görüşlerin kabul edilmesi mevcut hukuk düzenimiz altında mümkün değildir. Yasama organının iradesi açık bir şekilde aksi yöndedir. Çünkü milletlerarası andlaşmalara kanunlar karşısında üstün bir değer tanınmasını öngören önergeler, tartışılmaksızın reddedilmiştir.

2001 yılında yapılan kapsamlı değişiklik önerisinde, “kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır” şeklinde bir hükmün Anayasamızın 90. maddesine eklenmesi istenmiş, ancak yeterli oyu alamayarak kabul edilmemiştir.

7 Mayıs 2004 tarihli değişiklikle, sadece “temel hak ve özgürlüklere” ilişkin andlaşmalara kanunlar karşısında üstünlük tanınmış olması da yasa koyucunun iradesini açık bir şekilde ortaya koymuştur: *Usulüne uygun olarak akdedilmiş milletlerarası andlaşmalar Türk pozitif hukukunda kanunlarla eşdeğerdedir.*

Andlaşmalar aleyhine Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağına ilişkin hükmün, andlaşmalara üstünlük tanıyan bir hüküm olarak yorumlanması ise üzerinde dikkatle durulması gereken bir husustur.

Bu hükmün, bu şekilde değerlendirilmesinin sonucu, andlaşmalara kanunlar üzerinde değil, bizzat Anayasa üzerinde değer atfedilmesidir.

Anayasa Mahkemesine başvurulamıyor olması, Anayasaya aykırı olan bir andlaşmanın, Anayasa hükümleri yerine mutlak olarak uygulanması anlamına mı gelmektedir? Böyle olsaydı, Anayasada usulüne uygun olarak akdedilen andlaşmaların kanun hükmünde olduğuna ilişkin hükme ve son olarak eklenen “temel hak ve özgürlüklere” ilişkin andlaşmalara kanunlar karşısında üstünlük tanıyan hükme ne gerek vardı?

Ayrıca, “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” (1982 Any. Md. 11/1) ve “Hakimler...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” (1982 Any. Md. 138/1) şeklindeki anayasal kurallar karşısında, Türk hâkiminin Anayasa ile milletlerarası andlaşma kuralları arasında açık (uygun yorum yöntemleriyle bağdaşmayan) bir çatışma durumunda, Anayasayı uygulamaktan başka seçenekleri yoktur.

Kanunlar bakımından Anayasaya aykırılık değerlendirmesini yapmaya yetkili organın Anayasa Mahkemesi olması ve mahkemelerin Anayasaya aykırı gördükleri (veya taraflarca aykırılık iddiasında bulunulduğunda) itiraz yoluyla bir yasa hükmünü Anayasa Mahkemesine göndermeleri durumunda, beş ay içinde Anayasa Mahkemesi kararı belli olmazsa, önlerindeki davayı kanun hükümlerine göre sonuçlandırmak zorundadırlar (1982 Any. Md. 152/3).

Kanunlar için mahkemelerin Anayasaya aykırılık durumunda Anayasa Mahkemesine başvurmamasını zorunlu kılan ve beş ay içinde karar çıkmazsa kanunu Anayasaya aykırı görseler bile, Anayasayı değil kanunu uygulamak durumunda bırakan bu açık hüküm gibi bir sınırlama Anayasaya aykırı andlaşma hükümleri için yoktur.

Kaldı ki, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayan yasa hükümleri (değiştirilmeden önce, 1982 Any. Geçici Md. 15) bakımından bile, Anayasa Mahkemesinin istisnai de olsa, yasayı ihmal edip doğrudan Anayasa hükümlerini uyguladığı kararlar da mevcuttur.

Uygulama:

Anayasa Mahkemesi

Milletlerarası andlaşmaların kurallar kademesindeki yeri noktasında Anayasa Mahkemesi, daha çok insan hakları ile ilgili belgelere atıfta bulunmakta ancak bu andlaşma ve belgeleri tek başına

kararına dayanak almayıp Anayasa'nın ilgili hükümlerini (ve varmış olduğu kararı) desteklemek için kullanmaktadır.

Bu gibi milletlerarası andlaşmaları destek ölçü norm olarak kullandığı kararlarında Anayasa Mahkemesi, genellikle uygulamada öncelik sorununa açık bir çözüm getirmemekte, gerek Anayasa'ya uygunluk denetiminde, gerekse siyasi parti kapatma davalarında, usulüne uygun yürürlüğe girmiş olan uluslararası andlaşmaları, kendi ifadesiyle, "gözetmekte"dir.

Anayasa Mahkemesi, uluslararası andlaşmalara göndermede bulunduğu davalarda, sözleşmelerin iç hukuktaki yerini, kurallar hiyerarşisindeki konumunu belirtmekten kaçınmıştır. Bununla beraber, kimi kararlarda Mahkeme'nin Sözleşmeyi "üstün norm" olarak kabul ettiğinin izlerini bulmak mümkündür. Fakat Anayasa Mahkemesi hiçbir kararında açıkça milletlerarası andlaşmaları ne anayasa üstü norm olarak, ne de kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde anayasadan bağımsız olarak ölçü norm olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi, milletlerarası andlaşmaları anayasal denetim yaparken "bağımsız ölçü norm" olarak değil, sadece "destek ölçü norm" olarak dayanak almaktadır.

7 Mayıs 2004 Tarihli Anayasa Değişikliğinden Sonra:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un (Kanun no.5170) 7. maddesi ile birlikte Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına aşağıdaki hüküm eklenmiştir:

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." (R.G. Tarih: 22 Mayıs 2004, Sayı: 25469).

Bu değişikliğin gerekçesi olarak da, uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla bu hükmün eklendiği belirtilmiştir.

Anayasaya bu hükmün eklenmesi ile yukarıda değindiğimiz milletlerarası andlaşmaların iç hukukta uygulanması meselesinde hangi kurala öncelik tanınacağı konusunda Türk hukukundaki tartışmalara (en azından insan haklarına ilişkin olan andlaşmalara dair kısmına) bir son vermiştir.

Bundan sonra Türk hukukunda ister önceki, ister sonraki tarihli olsun bir kanunla insan haklarına ilişkin bir andlaşma hükmü çatışırsa öncelik andlaşma hükmüne tanınacaktır. Bundan çıkan sonuç, milletlerarası insan hakları andlaşmalarının Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstün ancak anayasadan aşağı bir düzeyde olduğunu açıkça göstermektir.