

Örf ve adet hukuku kuralları

Örf ve adet hukuku kuralları uluslararası hukukun önemli bir asli şekli kaynağını oluşturmaktadır. Maddi kaynaklardan süzülüp gelen içeriğin, devletlerin ve uluslararası örgütlerin hukuk kuralı olduğuna inandıkları bir örnek davranışları ile ifade edilmesi, örf ve adet hukuku kurallarını doğurur.

Bugüne kadar çok sayıda uluslararası andlaşma yapılmış olmasına rağmen, bunlar, uluslararası hukukun ihtiyaç duyulan bütün alanlarını düzenlemekten uzaktır. Örf ve adet hukuku kuralları tüm devletleri bağlama ve uluslararası andlaşmalarda ele alınmayan alanları da düzenleme kapasiteleri ile gerçekten önemlidir. Tüm devletleri bağlayan bu evrensel örf ve adet hukuku kuralları yanında bölge devletlerini bağlayan bölgesel örf ve adet hukuku kurallarından da bahsetmek mümkündür.

Örf ve adet hukuku kuralının bağlayıcı gücü

Daha önce uluslararası hukukun dayanakları konusu incelenirken örf ve adet hukukunun bağlayıcılığını açıklayacak bilgilere yer vermiştik. Burada sadece kısa bir hatırlatma ve örf ve adet hukukuna özgü özelliklere değineceğiz.

İradeci görüşler, örf ve adet hukuku kurallarının oluşumunu devletin iradesine bağlar. Örf ve adet hukuku kuralları devletlerin üstü örtülü iradelerinin ürünüdür. Evrensel örf ve adet hukuku kurallarının oluşabilmesi için bütün devletlerinin uygulamaya katılması ya da sonradan kuralı kabul etmesi gerekir. Uygulamaya katılmayan ya da kuralı sonradan kabul etmeyen devletler örneğin bağımsızlığını yeni kazanan bir devletin kendi oluşumundan önceki kuralla bağlanması söz konusu olmayacaktır.

Objektivist görüşler ise (sosyal hukuk anlayışı) örf ve adet hukuku kuralını devletin üstünde sosyal olaya bağlar. Örf ve adet hukukunun kurucu unsuru uygulama sosyal ihtiyaçlara cevap veren davranışlardan ibarettir. Önceki uygulamaya katılmamış olsalar da benzer durumlarla karşılaşan devletlere diğer devletlerin uygulamaları ile tespit edilen kural uygulanabilecektir. Bu bakış açısı örf ve adet kuralının psikolojik unsuru ile ilgili zorluklar yaşadığı gibi sürekli itiraz eden devletin irade beyanı ile örf ve adet hukuku kuralının kendisi için bağlayıcı olmasını önleyebilmesini açıklayamaz.

Örf ve adet hukuku kuralının unsurları

Örf ve adet hukuku kurallarının iki kurucu unsuru vardır: Maddi unsur *consuetudo* ve psikolojik unsur *opinio juris cive necessitatis*. Bazı düşünürler üçüncü bir unsur, yaptırım unsurunu da eklemektedir ancak doktrinde ve UAD kararlarında kabul gören UAD Statüsü md 38'deki iki unsurdur.

Örf ve adet hukuku kuralının maddi unsurunun oluşması için üç koşul aranır: genel tekrar, istikrar ve süre.

UAD Statüsü md. 38, genel uygulamadan söz etmektedir. Genel uygulama çok sayıda devletin müşterek uygulamasıdır. Bütün devletlerin katıldığı evrensel bir uygulama değildir. Belli başlı tüm siyasi, ekonomik, hukuki sistemlerden ve coğrafi konumlardan önemli sayıda devlet tarafından gerçekleştirilen bir uygulama yeterlidir. UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davalarında bir sözleşme hükmünün genel uluslararası hukuk kuralına dönüştüğünü kabul etmek için menfaatleri özellikle etkilenen devletleri de içeren çok geniş ve temsil edici bir katılımın bulunması gerektiğini belirtmiştir.

Söz konusu uygulamaların Statü md. 38'deki genel uygulamaya dönüşebilmesi için istikrarlı ve tutarlı olması gerekir. Sık olmayan ufak tefek tutarsızlıklar örf ve adet hukuku kurallarının doğmasına engel olmaz ancak tutarsız olan uygulamalar marjinal kalmalı hukuki etki doğurmamalıdır. Belli bir konuda devlet uygulamaları bölünmüş ve farklı sonuçlara götürüyorsa, genel uygulama dolayısıyla genel kural yok demektir. Bu durumda, bölgesel örf ve adet hukuku kuralları söz konusu olabilecektir.

Uygulama sürekli ve bir örnek olmalıdır. Uygulama düzenli olarak tekrarlanmalı ve farklılık göstermemelidir. Benzer olaylar karşısında hem münferit hem de muhtelif devletlerin davranışlarında farklılık olmamalıdır. UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davalarında, menfaatleri özellikle etkilenenler dahil olmak üzere devletlerin uygulamaları sık ve hemen hemen yeknesak olmalıdır ifadesine yer vermiştir.

Uygulama süresi fark edilebilir uzunlukta olmalıdır. Sınırlı bir uygulama zaman içinde örf ve adet kuralı kabul edilecek olgunluğa ulaşarak yayılabilir. Uygulamanın süresi kısa ya da uzun olabilir. UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Kararı'nda, eğer uygulama yaygın ve bir örnek ise kısa bir süre geçmiş olmasının yeni bir uluslararası hukuk kuralının oluşmasına engel olmayacağını söylemiştir.

Bu uygulamalar, anlaşmalarla, yasama tasarruflarıyla, mahkeme kararlarıyla, ulusal ve uluslararası platformlarda yapılan konuşmalarla, basın açıklamaları konu ile ilgili resmi yayımlar ya da ihmalî davranışlarla ortaya çıkabilir. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, Bozkurt-Lotus uyuşmazlığında ihmalî davranışlarla örf ve adet hukuku kuralının oluşabileceğini kabul etmiştir.

Psikolojik unsur *opinio juris sive necessitatis* ise, aynı durumlarda tekrar edilen bir örnek davranışların hukuk kuralı olduğu inancına dayanmasıdır. *Opinio juris* olmadan uygulama tek başına hukuk kuralını oluşturamaz. USAD ve UAD'nin sırasıyla Bozkurt-Lotus uyuşmazlığında

Fransa'nın, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davalarında Hollanda ve Danimarka'nın taleplerini reddetmesinde *opinio jürisin* belirlenememesi etkili olmuştur.

Bu unsur örf ve adet hukuku kurallarını görgü ve ahlak kurallarından ayırır. Denizde selamlaşma ya da uluslararası protokol kuralları genel uygulamanın isterlerini karşılasa bile *opinio jürisin* bulunmaması nedeniyle örf ve adet hukuku kuralına dönüşmemiştir. Bu uygulamalar sonradan *opinio juris* ile donatıldıkları takdirde pekâlâ örf ve adet hukuku kuralına dönüşebilirler. Ör. diplomatların görev yaptıkları ülkeye şahsi kullanımları için ithal ettikleri eşyadan gümrük vergisi alınmaması, 1961 Viyana Diploması İlişkileri Sözleşmesi md. 36'da yer alarak *opinio juris* ile donatılmasından sonra örf adet hukuku kuralına dönüşmüştür.

Yukarıda bölgesel örf ve adet hukuku kurallarından bahsetmiştik. Bunlar belirli bir bölgede yer alan devletler arasında geçerli olan kurallardır. Bölgenin anlamı coğrafya ile sınırlı değildir. Bölge sözcüğü, tarihi, etnik, siyasi, kültürel, dini ve hatta menfaat benzerliklerini ifade edecek bir bağlamda kullanılmaktadır.

Bir yargı organı önünde örf ve adet hukuku kuralına dayanarak hak iddia eden devlet, dayandığı örf ve adet hukuku kuralının diğer tarafça da kabul edildiğini ispat etmek mükellefiyeti altındadır.

Evrensel örf ve adet hukuku kuralları, oluşumundaki uygulamaya katılsın ya da katılmasın bütün devletleri bağlar. Böyle bir örf ve adet hukuku kuralının oluşumunda sessiz kalan devlet, uygulamaya katılmamış olsa bile, kuralı üstü örtülü bir şekilde kabul etmiş sayılmaktadır. Evrensel bir örf ve adet hukuku kuralı ile bağlanmak istemeyen devlet, ilgili örf ve adet hukuku kuralının oluşmaya başladığı andan itibaren itiraz etmelidir. Bu durumdaki devletlere sürekli itiraz eden devlet denilir. Örnek olarak, 1997 yılında imzaya açılan BM Uluslararası Akarsular Sözleşmesine Türkiye olumsuz oy vermiş ve sözleşme kurallarına itiraz ederek bunlar örf ve adet hukuku kurallarına dönüşseler dahi kabul etmeyeceğini bildirmiştir. Sözleşme hükümleri örf ve adet hukuku kuralına dönüşe bile Türkiye'yi bağlamayacaktır.

Bölgesel örf ve adet hukuku kuralları ile ilgili durum farklıdır. Bölgesel örf ve adet hukuku kuralının bir devleti bağlaması için açıkça ya da tutum ve davranışları ile bağlanma iradesini kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya koyması gerekir. Evrensel örf ve adet hukuku kuralından farklı olarak bölgesel örf ve adet hukuku kuralının oluşumu karşısında sessiz kalan devlet kuralla bağlanmamaktadır. Hiç şüphe yok ki, sürekli itiraz eden devlet için bölgesel örf ve adet hukuku kuralının da bağlayıcılığı yoktur.

Örf ve adet hukuku kuralları ile uluslararası andlaşmalar eşit ağırlıktadır. Prensip olarak birinin diğerine üstünlüğü yoktur. Bununla beraber, daha özel bir düzenleme içeren andlaşmalar örf

ve adet hukuku kuralından önce geleceği gibi buyruk *jus cogens* kurallar içeren örf ve adet hukuku kuralları da andaşmalardan önce gelir.

Örf ve adet hukukunun getirdiği kurallar, uluslararası andaşmalara aktararak kodifiye edilebilir. Bu durumda kodifiye edilen kurallar, örf ve adet hukuku ve andaşma kuralları olarak iki ayrı kaynak halinde varlığını sürdürür.

Çok taraflı uluslararası andaşmalar, yeterince taraf devlet bulmuş ve yeterince geniş ve bir örnek uygulamalar doğurmuş ise, örf ve adet hukuku kurallarının varlığına delil oluşturabilirler.