



BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ Bahçeşehir University Law Review

ISSN 1304-7949

Cilt: 14 | Sayı: 173-174
Ocak - Şubat 2019

Hakemli Makaleler

- **Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik Kapsamında Yetkilendirme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Şekli**
Aslı MAKARACI BAŞAK - Seda ÖKTEM ÇEVİK
- **Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk**
Süleyman DOST
- **Ambalaj Atıklarının Belediyeye Teslim Yükümlülüğü Üzerine Bir Değerlendirme**
Hüseyin Melih ÇAKIR
- **Nietzsche, Modern Devlet ve İdeoloji**
Elif KÜZECİ
- **Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma**
(CMK m.134)
Gökhan Yaşar DURAN
- **Üst Hakkının Sona Ermesi**
Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR
- **Bina Tamamlama Sigortası**
Burak PITIRLI - Esin EVSİNE PITIRLI

Hakemsiz Makale

- **Opsiyon Sözleşmesi**
Gülşah YILMAZ



**BAHÇEŞEHİR
ÜNİVERSİTESİ**

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 14 | Sayı: 173-174
Ocak - Şubat 2019



Derginin Sahibi

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA

Editör

Doç. Dr. Burak HUYSAL

Editör Yardımcısı

Dr. Öğr. Üyesi A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP

İletişim Adresi

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Çırağan Caddesi Osmanpaşa Mektebi Sokak No: 4-6
34353, Beşiktaş / İSTANBUL
Tel: +90 (212) 381 03 52
Faks: +90 (212) 381 03 50
İletişim: dergi@law.bau.edu.tr
Elektronik Ağ: www.bahcesehir.edu.tr

Sayfa ve Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

Basılan Matbaa

Vadi Grafik Ltd. Şti. - Sertifika No: 33748
2284 Sok. No: 101 İvedik Organize Sanayi - Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0 312 395 85 71

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Mart 2019

ISSN

1304-7949

*Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
iki ayda bir yayımlanan yerel, süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.*

DANIřMA KURULU

Prof. Dr. Tom READ	Prof. Dr. Ali Necip ORTAN
Prof. Dr. Eric JANUS	Prof. Dr. Ziya AKINCI
Prof. Dr. John SONSTENG	Prof. Dr. Hatice KOCASAKAL
Prof. Dr. Carolyn CHALMERS	Prof. Dr. Serap HELVACI
Prof. Dr. Stephen MAZZA	Prof. Dr. Havva KARAGÖZ
Prof. Dr. Steve Mc ALLISTER	Prof. Dr. řebnem AKİPEK ÖNEL
Prof. Dr. Rainer ARNOLD	Prof. Dr. řükran řIPKA
Prof. Dr. Herbert ROTH	Prof. Dr. Selim ATAERGİN
Prof. Dr. Ulrich SIEBER	Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA
Prof. Dr. Hans-Jörg ALBRECHT	Prof. Dr. Murat ALIřKAN
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY	Prof. Dr. Tolga AYOĞLU
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Doç. Dr. Aslı MAKARACI BAşAK
Prof. Dr. Süheyl BATUM	Doç. Dr. Öz SEÇER
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU	Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK
Prof. Dr. Gülsen GÜNEş	Doç. Dr. Didem YILMAZ
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	Doç. Dr. Burak HUYSAL
Prof. Dr. Atilla ALTOP	Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM
Prof. Dr. Sibel ÖZEL	Doç. Dr. Burcu SAVAř
Prof. Dr. Durmuř TEZCAN	Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK
Prof. Dr. Oktay UYGUN	Dr. Öğr. Üyesi Aha AYANOĞLU MORALI
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Dr. Öğr. Üyesi Elif KÜZECİ
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ	Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ
Prof. Dr. Emre ÖKTEM	Dr. Öğr. Üyesi Zafer KAHRAMAN
Prof. Dr. Sultan UZELTÜRK	Dr. Öğr. Üyesi Ayşe şAHİN

YAYIN KURULU

Doç. Dr. Burak HUYSAL
Doç. Dr. Ahmet YAYLA
Doç. Dr. Öz SEÇER
Dr. Öğr. Üyesi Zafer KAHRAMAN
Dr. Öğr. Üyesi Evrim AKGÜN
Dr. Öğr. Üyesi A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP
Dr. Silvia TELLENBACH

İÇİNDEKİLER

Hakemli Makaleler

Taşınmaz Ticareti Hakkında Yönetmelik Kapsamında Yetkilendirme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Şekli	
Aslı MAKARACI BAŞAK - Seda ÖKTEM ÇEVİK	9

Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk	
Süleyman DOST	35

Ambalaj Atıklarının Belediyeye Teslim Yükümlülüğü Üzerine Bir Değerlendirme	
Hüseyin Melih ÇAKIR	75

Nietzsche, Modern Devlet ve İdeoloji	
Elif KÜZECİ	139

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m.134)	
Gökhan Yaşar DURAN	173

Üst Hakkının Sona Ermesi	
Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR	243

Bina Tamamlama Sigortası	
Burak PITIRLI - Esin EVSİNE PITIRLI	269

Hakemsiz Makale

Opsiyon Sözleşmesi	
Gülşah YILMAZ	303

Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk^(*)

Non-binding (Soft) Law in International Law

*Süleyman DOST ^(**)*

Öz:

Uluslararası hukukta, beyanname, rehber, model kural, tavsiye gibi çeşitli adlar altında bazı metinler hazırlanmaktadır. Yumuşak hukuk denilen ve bağlayıcı olmayan bu metinler, uluslararası hukuk sükülerinin davranışlarını ve uluslararası ilişkileri düzenlemektedir. Uluslararası hukuk sükeleri genellikle kendi iradesi ile bağlayıcı olmayan bu metinlere uymaktadır. Bu metinler, bağlayıcı andlaşmaların yapılmasına ortam hazırlamakta, uluslararası hukukun yeknesak hale getirilmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle işbu metinlerin önemi giderek artmakta ve yaygınlaşmaktadır. Bu metinlerin hem avantaj hem de dezavantajları bulunmaktadır. Ancak dezavantajlarına rağmen bağlayıcı olmayan hukuk araçlarının uluslararası hukukta önemli bir işlevi yerine getirdiği kabul edilmektedir. Bu çalışmada bağlayıcı olmayan hukuk kavramı, kapsamı, türleri, avantajları ve dezavantajları ile uluslararası hukuktaki yeri ve hukuki niteliği ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Bağlayıcı Olmayan Hukuk, Yumuşak Hukuk, Esnek Hukuk, Uluslararası Hukuk, Bağlayıcı Hukuk

Abstract:

Various instruments exist in international law and some of these are called declaration, guidelines, model rules and recommendations. Soft law, which is non-binding, regulates the behavior of subjects of international law and international relations. Subjects of international law generally abides by these instruments willingly though these are not binding. These instruments lay the foundation for binding agreements and harmonisation of international law rules. Therefore, the importance of soft law instruments is increasing as they become more common. Soft law has both advantages and disadvantages. Despite its disadvantages, non-binding law is considered to have an important function in international law. In this study, the concept, legal nature, scope, types, advantages and disadvantages of non-binding law as well as its significance in international law will be discussed.

Keywords

Non-Binding Law, Soft Law, Flexible Law, International Law, Binding Law.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale geliş tarihi: 30.01.2019 - Makale kabul tarihi: 25.02.2019

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana-bilim Dalı, Öğretim Üyesi, suleyman.dost@hotmail.com, ORCID No: 0000-0003-0317-6389.

Giriş

Bağlayıcı olmayan bir metin, hukuk kuralı olabilir mi? Ya da hukuk kuralı olmayan bir metin, bağlayıcı sayılabilir mi? Bilindiği gibi 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. maddesine göre “yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir”. Buradaki “bağlı olma” ibaresinden *andlaşmada öngörülen hükümleri uygulama ve yükümlülükleri yerine getirme zorunluluğu* anlaşılmaktadır¹.

Bu çalışmanın konusu, *soft law, yumuşak hukuk, esnek hukuk, hukuk benzeri metinler* ya da *bağlayıcı olmayan hukuk* gibi kavramlarla ifade edilen uluslararası metinlerdir. Söz konusu metinler II. Dünya Savaşından sonra, uluslararası hukukun geleneksel özelliklerinden yoksun olarak, çok taraflı andlaşmaların sınıflandırılması çalışmalarında geliştirilmiştir. Uluslararası hukukçular, söz konusu metinleri hukuka aykırı saymak veya dışlamak yerine hukuka dâhil etmeye çalışmışlardır². Böylece özellikle uluslararası örgütler bünyesinde yapılan çok sayıda bağlayıcı olmayan hukuk metni uluslararası toplumun gündemine girmiştir³.

Bu metinler özellikle Birleşmiş Milletler (BM) tarafından başlangıçta dekolonizasyon sürecinde yeni bir *uluslararası ekonomik düzen* inşa etmek için kullanılsa⁴ da, daha sonra muhtemel etkileri ve sayıları sebebiyle hukukçuların dikkatini çekmiştir. Bağlayıcı olan kurallar ile hukuken bağlayıcı niteliği olmayan politik taahhütler arasında *önemli gri alanlar* olarak ifade edilen⁵ bu araçlar, 1970'lerin başından itibaren ciddi şekilde tartışılmaya başlanmıştır. Bu metinlerin hiçbir hukuki niteliği olmadığını ileri süren görüşlere⁶ rağmen

¹ BAXTER, R. R., International Law in “Her Infinite Variety”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 29, No. 4, 1980, s. 550.

² RAUSTIALA, Kal, Form and Substance in International Agreements, American Journal of International Law, Vol. 99, No. 3, July-2005, s. 588.

³ Mesela bu çalışmanın yazıldığı sıralarda Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda, bağlayıcı nitelikte olmayan “Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel İlkeler Sözleşmesi” (Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration) kabul edildi. A/RES/73/195 (19 December 2018), Bakınız: <https://www.un.org/press/en/2018/ga12113.doc.htm> (Erişim tarihi: 19 Aralık 2019).

⁴ CHINKIN, C. M., The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 4, October-1989, s.852.

⁵ GUZMAN, Andrew T. / MEYER, Timothy L., International Soft Law, Journal of Legal Analysis, Volume 2, Number. 1, Spring-2010, s.172.

⁶ WEIL, Prosper, Towards Relative Normativity in International Law?, American Journal of International Law, Vol. 77, No. 3 July-1983, s. 414-417.; GUZMAN / MEYER, s. 172.

genel hukuki yükümlülükler ve beklentiler doğurma ve aynı zamanda önemli politik kararların gerekçelerini oluşturma özelliklerinden dolayı büyük ölçüde kabul görmüştür⁷. Özellikle insan hakları ve uluslararası ticaret alanlarında başvurulmuş bu metinlerde *hukuk benzeri bir dil* kullanıldığı savunulmuş ve bu kapsamda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB), Helsinki Nihai Senedi, Sermaye Yeterliliğine İlişkin Basel Düzenlemeleri, BM İnsan Hakları Konseyi Kararları ve Uluslararası Adalet Divanı (UAD) kararları, bu tür metinlere örnek gösterilmiştir⁸.

Bilindiği gibi küreselleşme olgusu, uluslararası hukukun, araç, konu ve katılımcılarını büyük ölçüde değiştirmiş ve genişletmiştir⁹. Kural olarak uluslararası hukuk, eşit statüye sahip devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen sistemdir ve bu ilişkiler yalnızca, devletlerin kendi üzerinde, hukuki olarak bağlayıcı niteliğini kabul ettikleri kurallardan düzenlenmektedir. Oysa günümüzde devletlerin yanı sıra, uluslararası örgütler ve sınırlı da olsa diğer kişi ve kuruluşlar uluslararası hukukun süjesi olarak yer almaktadır. Bu süjeler uluslararası hukuk kurallarının oluşumuna çeşitli seviyelerde katkıda bulunmaktadır¹⁰. Dolayısıyla bu süjelerin uluslararası hukuka yapmış olduğu katkıları görmezlikten gelmek mümkün değildir. Bu kapsamda bağlayıcı olmayan bu metinlerin, küresel yeni ihtiyaçları karşılamaya yönelik önemli araçlar sunduğu söylenebilecektir.

Artık günümüzde *bağlayıcı olmayan hukuk metinleri*, uluslararası hukukta çok önemli bir rol oynamakta, taşıdığı esneklik, uyum, hız ve basitlik gibi bazı özellikleri nedeniyle, hem devletler hem de BM, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Dünya Ticaret Örgütü (WTO) gibi uluslararası örgütler tarafından, üyeleriyle olan ilişkilerinde

⁷ KLABBERS, Jan, The redundancy of soft law, Nordic Journal of International Law, No. 65, 1996, s.170.

⁸ GUZMAN / MEYER, s. 172, 210 vd.; Mesela bağlayıcılığı olmayan 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB), bağlayıcı nitelikteki 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin ilk adımı olmuştur. GERSEN, Jakob E. / POSNER, Eric A., Soft Law: Lessons from Congressional Practice, Stanford Law Review, Vol. 61, No. 3, December-2008, s. 625.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız: ÖZKAN, Işıl, Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2014.

¹⁰ SHELTON, Dinah, Law, non-law and the problem of ‘soft law, Commitment and Compliance - The role of non-binding norms in the international legal system, (Dinah Shelton, Ed.), Oxford University Press, 2003, s. 6.; ÖZKAN, s. 114 vd., 137 vd.; GOLDMANN, Matthias, We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law, Leiden Journal of International Law, Vol. 25, 2012, s. 347 vd.

kullanılmaktadır¹¹. Özellikle herhangi bir işbirliği müzakeresinde geleceğe dair bazı belirsizliklerin olması halinde, bunların giderilmesi sürecinde işbu bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, devletler için daha elverişli ve işlevsel olabilmektedir¹². Mesela BM İnsan Hakları Konseyi'nin 16 Haziran 2011 tarih ve 17/4 sayılı kararıyla kabul edilen *İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler* (Birleşmiş Milletler “Koruma, Saygı Gösterme ve Telif Edici Çözüm Üretme” Çerçevesinin Uygulanması) bunun tipik örneklerinden birisidir¹³.

Her ne kadar uluslararası literatürde *yumuşak hukuk* (*soft law*) kavramı yerleşmiş olsa da, bu çalışmada esas itibarıyla *bağlayıcı olmayan hukuk* kavramını kullanmayı tercih ettik. Ancak anlatım gerektirdikçe *yumuşak hukuk* veya *esnek hukuk* kavramlarına da yer verilmiştir. Bu nedenle çalışmada her üç kavram da aynı anlamı ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Bu kapsamdaki enstrümanlar ise, ya *bağlayıcı olmayan hukuk kuralları*, *araçları* veya *metinleri* ya da *yumuşak hukuk kuralları*, *araçları* veya *metinleri* şeklinde ifade edilmiştir. Diğer yandan uluslararası hukukun sükreleri olan devletler ve/veya uluslararası örgütler arasında yapılmış olan iki veya çok taraflı işlemler için *andlaşma* veya *bağlayıcı kurallar* ifadesi kullanılmıştır.

Bu çalışmada esas itibarıyla şu sorulara cevap aranmaktadır: Bağlayıcı olmayan hukuk nedir? Kapsamı, türleri, avantajları ve dezavantajları nelerdir? Bu metinler uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılabilir mi? Bağlayıcı olmayan hukuk, bağlayıcı hukuk kurallarının alternatifi mi yoksa tamamlayıcısı mıdır? Bağlayıcı olmayan hukukun uluslararası hukuktaki yeri ve niteliğini belirlerken hangi ölçütleri kullanmak gerekir? Uluslararası hukukun kodifikasyonunda ve uyuşmazlıkların çözümünde bağlayıcı olmayan hukukun işlevi nedir?

Bu çerçevede işbu çalışmada öncelikle uluslararası hukuk literatüründe geniş şekilde yer alan bağlayıcı olmayan hukuka ilişkin kavram, kapsam ve

¹¹ CHOUDHURY, Barnali, Balancing Soft And Hard Law For Business And Human Rights, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 67, October-2018, s. 966.; CHAISEE, Julien / JI, Xueliang, Soft Law in International Law-Making: How Soft International Taxation Law in Reshaping International Economic Governance, Asian Journal WTO and International Health Law and Policy, Vol. 13, 2018, s. 479.; CHINKIN, s. 861.; ÖZKAN, s. 248-250.

¹² TRUBEK, David M. / COTRELL, Patrick / NANCE, Mark, “Soft Law,” “Hard Law,” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, Law And New Governance in the EU and the US, (Grainne de Burca - Joanne Scott, Eds), 2006, s. 67.

¹³ CHOUDHURY, s. 966. UN Human Rights Council, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework, https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf (Erişim tarihi: 20 Aralık 2019)

türleri ele alınacaktır. Ardından bu metinlerin avantaj ve dezavantajları ile uluslararası hukuktaki yeri ve niteliği incelenecektir. Bu kapsamda bu metinlerin uluslararası hukukun kaynakları arasındaki yeri, bağlayıcı hukuk kurallarına alternatif olma özelliği ve hukuki niteliğini belirlemede kullanılan ölçütler inceleme konusu yapılacaktır. Nihayet çalışma, uluslararası hukukun kodifikasyonu ve uyuşmazlıkların çözümü bağlamında bağlayıcı olmayan hukukun uygulamadaki durumu ile sonuçlandırılacaktır.

1. Kavram, Kapsam ve Türleri

1.1. Kavram

Soft law kavramı, bağlayıcı nitelikte olmayan hukuk metinlerini ifade etmek ve bu metinlerin bağlayıcı nitelikteki kurallardan farkını ortaya koymak için kullanılmaktadır. Esnek hukuk veya yumuşak hukuk kavramları kullanılmasına rağmen, bu metinler bağlayıcı nitelikte olmayan hukuk metinleridir¹⁴. *Soft law* yerine, açık olmayan hukuki statülerini ifade etmek için *bağlayıcı olmayan (non-binding)* veya *fili hukuk (de facto law)* gibi¹⁵ ya da daha kapsayıcı olarak *andlaşma dışı sözleşmeler (non-treaty agreements)* terimleri de kullanılmaktadır¹⁶. Ancak, ne teamül hukuku ne de 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bağlayıcı olmayan hukuku düzenlemediğinden, bu metinlerin yorumlanması veya uygulanması konusunda açık bir hüküm yoktur¹⁷.

Bağlayıcı olmayan hukuk metinleri için yapılan tanımlarda genellikle, andlaşma veya teamül gibi *bağlayıcı niteliğinin bulunmayışı yönüne* vurgu yapılmaktadır. Mesela *Guzman-Meyer*'e göre *soft law*, “bağlayıcı niteliği bulunmayan ve teşvik edici yükümlülükler öngören kurallar”dır. Ya da tersinden yapılan tanıma göre “devletlerin taahhütleri zayıfladıkça önemi azalan ve sonunda tamamen kay-

¹⁴ AKSAR, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuku-I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 93.; ACER, Yücel / KAYA, İbrahim, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin Yayınları, Eylül 2014, s. 62-63.

¹⁵ BUZZINI Gionata P., The development of international law: Alternatives to treaty-making?, Max Planck Institute, 14-15 November 2003, International Law Forum du droit international, 2004, s. 49-50.

¹⁶ HILLGENBERG, Hartmut, A fresh look at soft law, European Journal of International Law, Vol. 10 No. 3, 1999, s. 500. Yazar neden andlaşma dışı sözleşme (non-treaty agreement) kavramını tercih ettiğine dair on adet gerekçe saymaktadır. HILLGENBERG, s. 501.

¹⁷ SCHACHTER, Oscar, The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements, American Journal of International Law, Vol. 71, No. 2, April-1977, s. 302.

bolan metinlerdir”¹⁸. *Snyder*, yumuşak hukuku “kural olarak hukuken bağlayıcı bir güce sahip olmayan ve fakat pratik etkileri olan davranış kuralları” olarak tanımlamaktadır¹⁹. *Trubek* bağlayıcı olmayan hukuku, “belirsizlikler azaldıkça ve daha yüksek bir fikir birliği ortaya çıktıkça bağlayıcı hale gelen standartlar” olarak tarif etmiştir²⁰. *Boyle* ise yumuşak hukuku, “bağlayıcı olmayan, genel ilke ve kurallardan oluşan ve uyumsuzlukların çözümünde asli kaynak olarak kullanılmayan araçlar” şeklinde ifade etmiştir²¹. Görüldüğü gibi yapılan tanımlar, bu tür metinlerin bağlayıcı olmayan niteliğine dikkat çekmektedir²².

1.2. Kapsam ve Türleri

Bağlayıcı olmayan hukuk kavramı, farklı tür metinleri ifade etmek üzere kullanılan genel bir kavramdır²³. Bu kavram ile genellikle hukuki dayanağı/bağlayıcılığı olmayan ve fakat pratik hukuki etkileri olan metinler kast edilmektedir. Bu kapsamda bağlayıcı olmayan hukuk kavramından genellikle Birleşmiş Milletler (BM) gibi evrensel nitelikli uluslararası örgütlerin hazırlamış olduğu *model kurallar, kararlar, beyannameler, rehberler, ilke ve tavsiyeler, hükümet önerileri, görüşler, iletişimler, bildirimler, andlaşmalar ile ilgili açıklayıcı belgeler veya hükümetler arası konferans beyannameleri* gibi çeşitli biçimlerdeki metinler anlaşılmaktadır²⁴. Ayrıca, bağlayıcı olmayan hukuk, *resmi yazılı olarak*

¹⁸ GUZMAN / MEYER, s. 172. Bir belgenin bağlayıcı niteliği, metnin (içeriği) kesinliği ile karıştırılmamalıdır. Çünkü bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, sadece soyut ilkelere ibaret değildir, aynı zamanda belirli sorunlara açık çözümler sunan somut kurallardan da oluşabilir. GUZMAN / MEYER, s. 172.

¹⁹ SNYDER, Francis, The Effectiveness of EC Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques, *Modern Law Review*, Vol. 56/1, 1993, s. 19 vd.

²⁰ TRUBEK / COTRELL / NANCE, s. 67.; TRUBEK, David M. / TRUBEK, Louise G., Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role Of the Open Method of Co-ordination, *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, May-2005, s. 356.

²¹ BOYLE, A. E., Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, October-1999, s. 901-902.

²² Bu çoğunluk görüşüne rağmen, bağlayıcılık niteliğinin zorunlu bir unsur olmadığı, andlaşma niteliğinde olmayan bazı uluslararası belgelerin de bağlayıcı olabileceği ileri sürülmüş, Uluslararası Adalet Divanının, Qatar-Bahrain Maritime Delimitation (1994) davasındaki tespitleri buna örnek gösterilmiştir. BOYLE, s. 901.

²³ CHINKIN, s. 852.

²⁴ KORKEA-AHO, Emilia, EU soft law in domestic legal systems: flexibility and diversity guaranteed?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 16/3, 2009, s. 274.; BOYLE, s. 902.; GUZMAN / MEYER, buradaki uluslararası örgütlerin kararları ile uluslararası mahkemelerin taraflar için bağlayıcı nitelikteki kararlarını, uluslararası hukukun yaygın kuralları (common law) olarak soft law kapsamında saymaktadır. GUZMAN / MEYER, s.178.

akdedilen mutabakatlar ile diplomatik yazışmalar yoluyla yapılan *gayri resmi vaat ve taahhütleri* de içerebilir²⁵. Diplomatik yazışmalar yoluyla yapılan gayri resmi vaat ve taahhütler *pacta de contrahendo* niteliğinde olabilmektedir²⁶.

Uluslararası hukukun asli kaynağı olmayan ve farklı adlarla karşımıza çıkan bu metinleri, kesin çizgilerle olmamakla birlikte, yerine getirdiği *işlev açısından* üç grupta ele almak mümkündür: İlki, insan hakları, çevre ve uluslararası ticaret gibi alanlarda yapılmış olan bağlayıcı niteliği bulunmayan *beyannameler, rehberler, model kurallardır*. Bu metinler zaman içerisinde ulusal veya uluslararası bağlayıcı hukuk kurallarının yapılmasına ortam hazırlamaktadır. İkincisi mevcut teamül kurallarını yazılı hale getiren ve herhangi bir uyuşmazlığın çözümünde teamül kuralının varlığının kanıtlanmasına hizmet eden *kararlar, tavsiyeler ve bildirimlerdir*. Üçüncüsü ise uluslararası hukukun genel kurallarını yeknesak şekilde kod haline getiren ve uyuşmazlıkların çözümüne katkıda bulunan metinlerdir²⁷.

Bağlayıcı olmayan hukuk için ayrıca, *içeriği ve niteliği* bakımından farklı bir tasnif de yapılmaktadır. Bu tasnife göre bağlayıcı bir metnin içeriği belirsiz ise bunlara “yumuşak maddi hukuk” veya “legal yumuşak hukuk”, bir metin bağlayıcı olmamakla birlikte içeriği kesinlik taşıyorsa bunlara “yumuşak araç” veya “legal olmayan yumuşak hukuk” denilmektedir²⁸. Bu anlayışa göre bağlayıcı bir andlaşmada yer alan legal yumuşak hukuk, soyut, bağlayıcı olmayan (*noncommittal*) veya beklenti (*aspirational*) niteliğindedir.

Bağlayıcı olmayan hukuk araçlarının *içerik ve kesinlik* bakımından çeşitli tasniflere de tabi tutulduğu görülmektedir. Mesela *Terpan*, bağlayıcı olmayan hukuk araçlarını üç grupta incelemiştir: Hukuki önemi olan ve fakat bağlayıcı olmayan kurallar (*non-binding norms with legal relevance*), yumuşak nitelikli bağlayıcı kurallar (*binding norms with a soft dimension*) ve yumuşak nitelikli bağlayıcı kurallar + hukuki uygunluğa sahip bağlayıcı olmayan kurallar

²⁵ GUZMAN / MEYER, s. 173-174.

²⁶ *Pacta de contrahendo*, gelecekte anlaşmayı sonuçlandırma veya görüşmelere devam etme sözüdür. Bu açıklama politik açıklamalardan farklıdır. Bakınız: OWADA, Hisashi, *Pactum de contrahendo, pactum de negotiando*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://opil.ouplaw.com> (Erişim tarihi: 20 Aralık 2019).

²⁷ OLIVIER, Michèle, *The relevance of ‘soft law’ as a source of international human rights*, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 35, No. 3, November-2002, s. 298-306.

²⁸ BUZZINI s. 49-50.; CHINKIN, s. 851.; Bir sözleşmenin bağlayıcı olabilmesi için andlaşma formunda yapılması gerekmediği görüşü hakkında bakınız: HILLGENBERG, s. 502-503.

(*binding norms with a soft dimension + non-binding norms having legal relevance*). Bunları da bağlayıcı olup olmamalarına göre alt gruplara ayırmıştır²⁹.

Buna karşılık bağlayıcı nitelikte olan bir taahhüdün içeriğindeki kesin olmayan hükümlerin, yoruma açık veya uygulamada takdire izin veren niteliğinden dolayı yumuşak hukuk olarak değil, *hukuki standartlar* olarak görülmesi gerektiği iddia edilmiştir³⁰. Bu görüşe göre, hukuki yükümlülükler uygulanamaz olsalar bile varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla haklı olarak, bağlayıcı bir andlaşmadaki sadece beklenti doğuran soyut bir hükmü, niteliği sebebiyle bağlayıcı saymamak, normatiflik karşısında kabul etmek mümkün değildir.

2. Bağlayıcı Olmayan Hukukun Dezavantajları

Bağlayıcı hukuk kurallarında olduğu gibi bağlayıcı olmayan hukukun da bazı dezavantajları bulunmaktadır. Bağlayıcı olmaması, belirsizlik doğurması, güvenilirlik taşınamaması, meşruluk sorunu, pozitif kurallarla çatışma olasılığı taşıması, güçlü devletlerin dayattığı kuralları kabullenme riski barındırması, fiili bağlayıcılık durumu ve denetim/yaptırım mekanizmasını yokluğu/zayıflığı, işbu araçların başlıca dezavantajları arasında sayılmaktadır³¹.

2.1. Bağlayıcı Olmaması

Bağlayıcı olmayan hukukun en önemli dezavantajı, bağlayıcı nitelikte olmamasıdır. Kural olarak bir metnin hukuki niteliği sadece uluslararası toplumun işlemesi için gerekli olan düzeni sağlama kapasitelerinde yatmaktadır. Bir metnin uygulanabilmesi için hem bağlayıcı olması hem de tarafların hukuki sonuç doğurma amacı (niyeti) taşıması gerekir. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk metinleri hem bağlayıcı değildir hem de bu metinler tarafların hukuki sonuç doğurma niyetini gerçek bir şekilde yansıtmamaktadır³². Bu durum, bağlayıcı olmayan hukuk kavramını sadece teoride kabul edilemez değil, aynı zamanda gereksiz hale getirmektedir. Bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, bağlayıcı metinler gibi uygulandığı hallerde bile, yapılışı sırasındaki uzlaşma göz ardı edilerek, farklı bir hukuk biçimi olarak varlığı reddedilmektedir³³.

²⁹ TERPAN, Fabien, Soft Law in the European Union-The Changing Nature of EU Law, European Law Journal, Vol. 21, No. 1, January 2015, s. 70-86.

³⁰ RAUSTIALA, s. 588-590.; GUZMAN / MEYER, s.174-175.

³¹ GERSEN / POSNER, s. 597-599.; CHOUDRY, s. 971-972.

³² RAUSTIALA, s. 582, 586-587.

³³ KLABBERS, s. 168-169, 179.

2.2. Belirsizlik Doğurması

Bağlayıcı olmayan hukukun ikinci dezavantajı *uluslararası hukukta belirsizlik doğurmasıdır*. Bu metinlerin *hukuki olmayan araçlar* olarak nitelendirilmesi, bir metnin hangi anda hukuk kuralı haline geldiğini belirlemenin zorluğunu da yansıtmaktadır. Bağlayıcı olmayan hukukun uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul edilmesindeki zorluk, aslında uluslararası hukukun tam olarak niteliğini belirleme ve kabul etme konusundadır. Çünkü bağlayıcı olmayan metinlerin uluslararası hukukun bir parçası olduğunu savunanlar, onların uygulanabilir olduğunu göstermek için onları yapan tarafların menfaat, niyet ve fikir birliğine çok fazla önem vermektedir. Onlara göre bu metinlerin içeriğinde bulunan, “*çaba sarfedecekler*”, “*kaçınacaklar*”, “*mümkün olduğunca*”, “*ilerletecekler*”, “*adım atacaklar*” gibi ifadeler belirsizlik doğurmaktadır. Oysa bu durum, uluslararası hukuk kurallarını her koşulda geçerli olan kurallar olmaktan çıkarmakta, bu da kaçınılmaz olarak onları belirsiz kılmakta ve benzer olaylar için emsal teşkil etmemektedir. Bu hal, uluslararası hukukun sadece geçmişe dönük olarak uygulanabileceği anlamına gelmektedir³⁴.

2.3. Güvenilirlik Taşımaması

Bağlayıcı olmayan hukuk araçlarının dezavantajı olarak sayılan hallerden birisi de bunların *güvenilir nitelikte olmamasıdır*. Devletler, uluslararası toplum düzenini sağlama kapasitesinin daha fazla olduğu inancıyla (güvenilirlik) bağlayıcı hukuki metinlere taraf olmayı daha fazla tercih etmektedir. Andlaşmaya güven, merkezi otoritenin bulunmadığı uluslararası toplum içinde en temel kaygıdır. Hukuki olarak bağlayıcı andlaşmalar genel olarak daha güvenilir olarak algılanmaktadır, çünkü uluslararası hukuk kurallarına tabi olma özelliği, bir taahhüdün daha ciddi bir şekilde yapıldığını göstermektedir. Dolayısıyla bu durum, taahhüdün gerçekleşme olasılığını artırmaktadır³⁵. Oysa bu güvenilirliğin bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinde bulunduğunu söylemek zordur. Çünkü davranışlara hukuki nitelik verme fikri, ilişkileri ve işbirliğini düzenleme gibi uluslararası hukukun bazı özelliklerini zayıflatır³⁶. Bu nedenle bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinin daha çok devlet dışı süjeler tarafından daha güvenilir bulunduğu ileri sürülmüştür³⁷.

³⁴ WEIL, s. 414-415.

³⁵ RAUSTIALA, s. 598.; ABBOTT, Kenneth W. / SNIDAL, Duncan, Hard and Soft Law in International Governance, International Organization, Vol. 54/3, 2000, s. 426-430.

³⁶ WEIL, s. 415.

³⁷ CHAISEE / JI, s. 486.

Bağlayıcı hukuk kuralları, devletlerin bunların icrasından kaçınmasını zorlaştırarak andlaşmayı daha güvenilir hale getirmektedir. Mesela taraflara anlaşmayı diğer tarafın ihlal etmesi durumunda uluslararası mahkemede dava açma hakkını vermesi halinde anlaşmanın hukuki niteliği nispeten daha güvenli hale gelmektedir³⁸. Ayrıca bu kurallar, uyuşmazlık çözüm mekanizmaları aracılığıyla taahhütlerin izlenmesini ve uygulanmasını kolaylaştırmaktadır. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinin en büyük dezavantajlarından birisi, devletlerin taahhütlerini yerine getirmelerini sağlama güçlüğüdür. Bu metinler, tarafların işbirliği beklentisine dayanması nedeniyle, diğer tarafın taahhütlerini yerine getirmemesi durumunda telafi edilemez zararların ortaya çıkmasına yol açabilir. Çünkü bağlayıcı olmayan hukuk metinlerine daha fazla süjenin taraf olabilmelerini sağlamak için içeriğindeki taahhütlerin gücünden taviz verilmekte ve bu metnin uygulanması konusunda taraflara irade serbestisi tanınmaktadır³⁹. Dolayısıyla, bağlayıcı kurallarda ihlalin sonuçları açık ve belirli olduğu halde, bağlayıcı olmayan hukuk metinlerine uyulmamasının sonuçları süreç içerisinde ortaya çıkmaktadır. Bu da bağlayıcı olmayan hukuku, güvenilmez metinler haline getirmektedir.

Bağlayıcı olmayan hukuku eleştirenlere göre, devletlerin bu metinlerin tarafı olarak daha fazla rahatlık ve serbestlikten yararlanmaları muhtemel olsa da, bağlayıcı hukukun taraflara sağladığı avantaj daha fazladır. Bir yandan, taahhütlerin ihlali ile ciddi itibar kaybına uğramamak, diğer yandan iç hukukta uygulanabilirliği sağlamak için, bağlayıcı hukuk metinleri devletler için daha yararlı ve daha güvenilir niteliktedir. Öte yandan, uluslararası hukukun bağlayıcı kuralları, iç hukukta uygulanacak olması nedeniyle, daha güvenilirdir. Devletler ihlallerin doğuracağı muhtemel yüksek maliyetten çekinerek, uluslararası bağlayıcı kuralların uygulanmasına, iç hukuk kurallarından daha fazla titizlik göstermektedir. Buna ek olarak, güçlü bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıyla, devletler, bağlayıcı hukuk araçlarıyla vaatlerini güçlendirebilirler⁴⁰.

2.4. Meşruluk Sorunu

Bağlayıcı olmayan hukukun dezavantajlarından birisi de meşruluğunun sorgulanmasıdır. Geleneksel olarak, uluslararası hukuk kurallarının meşrulu-

³⁸ GOLDMANN, s. 344.

³⁹ ABBOTT / SNIDAL, s. 446.

⁴⁰ SHAFFER, Gregory C. / POLLACK, Mark A., Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance, University of Minnesota Law Review, Vol. 94, 2010, s. 717-718.; ABBOTT / SNIDAL, s. 430.

ğu devlet rızasıyla ortaya çıkar. Bu nedenle uluslararası bir kuralın meşruluğu, teamül veya bağlayıcı andlaşmalarda bulunan rıza ve uzlaşma ile sağlanmaktadır⁴¹. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk gerçek bir rıza ve uzlaşmanın sonucu değildir. Çünkü devlet rızası, genellikle örgüt organları tarafından veya temsil yoluyla (delegasyon) ve çoğunluk oyuyla alınmaktadır. Bir de buna bağlayıcı olmayan kuralların iç hukuk onayı gerektirmemesi ve yapılış sürecine katılmayan devletleri de etkilemesi hususu eklenince, bağlayıcı olmayan hukukun meşruluğu büyük ölçüde şüphe ile karşılanacaktır⁴².

2.5. Pozitif Kurallarla Çatışma Olasılığı Taşınması

Bağlayıcı olmayan hukukun dezavantajları olarak sayılan hallerden birisi de bu metinlerin pozitif kurallarla çatışma olasılığı taşınmasıdır. Bağlayıcı olmayan hukuk genellikle mevcut kuralları tamamlarken, bazı hallerde yürürlükteki belirli kurallarla çatışabilir. Bu durum, kasıtlı olmaksızın pozitif bağlayıcı hukuk kurallarının işleyişini olumsuz etkileyebilir, kuralların çatışması halinde hangisinin uygulanması gerektiğine dair tereddüt yaşanabilir. Bu da bağlayıcı kuralların kesinliğini azaltabilir⁴³.

Ayrıca bağlayıcı olmayan hukuk kurallarının, bağlayıcı kurallara karşı alternatif olarak çıkarılmasına karşı çıkılmakta ve bu tür bir yaklaşımın uluslararası hukukun yerleşik anlayışını sarsacağı savunulmaktadır. Bu nedenle bağlayıcı olmayan hukukun, bağlayıcı kuralları tamamlamak, desteklemek ve boşluklarını doldurmak amacıyla kullanılmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir⁴⁴.

⁴¹ GUALTIERI, David S., The system of non-proliferation export controls, Commitment and Compliance - The role of non-binding norms in the international legal system (Dinah Shelton, Ed.), Oxford University Press, (2000), s. 478-480.

⁴² GOLDMANN, s. 338.

⁴³ SHAFFER, Gregory C. / POLLACK, Mark A., Hard and Soft Law: What Have We Learned?, Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art, (JL Dunoff, MA Pollack, Eds), Cambridge University Press, 2013, s. 208-209. Fakat bu durum aynı zamanda devletlere uluslararası hukuku yeniden düzenlemek için stratejik tercihlere göre hem bağlayıcı hem de bağlayıcı olmayan kuralları birlikte kullanma fırsatını vermektedir. Bakınız: Aynı Eser, s. 208-209.; Ayrıca kuralların tekdüze olmayışı, uluslararası hukuk sisteminin kontrolden çıkmış olduğunun bir göstergesi olmaktan ziyade, birbiriyle çatışan ancak ama güçlü politik menfaatler arasında denge kurma ve uyumlaştırma işlevine hizmet etmek olarak görülebilir. REISMAN, W. Michael, A Hard Look at Soft Law, Faculty Scholarship Series Paper, 1988, s. 376, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/750 (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019).

⁴⁴ SNYDER, s. 19-56.

2.6. Güçlü Devletlerin Dayattığı Kuralları Kabullenme Riski Taşınması

Bağlayıcı olmayan hukukun dezavantajlarından birisi de ekonomik açıdan zayıf devletlerin, güçlü devletlerin uluslararası örgütler aracılığıyla dayattığı bağlayıcı olmayan kuralları kabullenmek zorunda kalmasıdır. Daha önce belirtildiği gibi devletler arasında veya uluslararası örgütler bünyesinde, beyanname, rehber, ilke veya tavsiye gibi bağlayıcı olmayan kurallar yapılabilir. Bu kapsamda BM gibi evrensel uluslararası örgüt ve süreçleri dışında, küresel sonuçları olan belirli sorunları ele alan ve uluslararası toplumu ilgilendiren konularda bağlayıcı olmayan hukuk metinleri yapılması da mümkündür. Ancak özellikle mali alanda bu standartları belirleyen uluslararası örgütler, genellikle ekonomik açıdan zengin/güçlü devletlerin kontrolünde bulunmaktadır. Bu devletler izlediği uluslararası politikaları, işbu bağlayıcı olmayan hukuk metinleri ile benimsetme / meşrulaştırma yoluna girebilmektedir. Böylece ekonomik açıdan zayıf devletler, güçlü devletlerin uluslararası örgütler eliyle dayattığı bağlayıcı olmayan bu kuralları kabullenmek zorunda kalmaktadır⁴⁵.

Peki ekonomik açıdan zayıf devletler, güçlü devletlere daha fazla yarar sağlayan ve bağlayıcı olmayan bu metinlere neden taraf olmaktadır? Bu sorunun cevabı, her durumda olmasa da işbirliğinin devamı bağlamında zayıf devletlerin bağlayıcı olmayan hukuk metnine taraf olmanın getirdiği maliyetin, uyumsuzluktan daha az olmasıdır⁴⁶. Bununla birlikte, doğrudan küresel politika oluşturanların menfaatlerini koruyan uluslararası kurallar, bu tür devletlerin, onları dezavantajlı hale getirecek ve fakat küresel refah artıracak kuralların yapılmasını da engellemektedir⁴⁷. Devletler farklı menfaatlara sahip olduklarından, ekonomik ve politik olarak kendileri için en faydalı olacak işbirliği şartlarını müzakere etmektedir. Ortak bir standart üzerinde anlaşmanın ilgili tüm taraflara menfaat sağlayacağı durumlarda, maliyet ve menfaat paylaşımı, devletlerin işbirliği becerisine bağlı olacaktır. Ya da başkalarının şartlarını benimsemeye zorlanacaktır. Dolayısıyla menfaat paylaşımı, devletlerin sahip olduğu göreceli pazarlık gücü ile orantılıdır. Genel olarak nüfuz, hem

⁴⁵ BRUMMER, Chris, How International Financial Law Works (and How It Doesn't), Georgetown Law Journal, Vol. 99, 2011, s. 304-311. Her ne kadar bu karmaşık uluslararası mali kurallar, zengin devletleri diğerlerinden daha fazla etkilediği için bu kuralları yapmaları anlaşılır olsa da, işbu evrensel standartları belirleyen devlet sayısının sınırlı sayıda olması, bağlayıcı nitelikte olmayan mali kuralların meşruluğundaki eksikliği göstermektedir. BRUMMER, s. 308-309.

⁴⁶ MEYER, Timothy, Soft Law As Delegation, Fordham International Law Journal, Volume 32, Issue 3, 2008, s. 921.

⁴⁷ BRUMMER, s. 304-311.

yükümlülüklerin içeriğinin hem de anlaşma şeklinin belirlenmesinde etkili olmaktadır⁴⁸. Bu bağlamda bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, güç ilişkilerinin bir sonucu olarak, daha güçlü konumdaki devletlerin kendi politikalarını zayıf devletlere dayatma aracı (*fırsatçı yaklaşım*) olarak görülmüştür⁴⁹.

Ayrıca taraflara uygulama konusunda geniş bir esneklik sağlayan bağlayıcı olmayan hukuk araçları ve mekanizmalar, kendi menfaatleri doğrultusunda hareket etme konusunda güçlü devletlere daha fazla imkân ve fırsat sağlamaktadır. Mesela uluslararası finansal örgütlerin hazırladığı bağlayıcı olmayan metinlerin, gelişmekte olan devletlere uyması gereken uygulama ve standartlar olarak dayatıldığı ileri sürülmektedir. Bu düzenleyici standartlar, ya olumsuz olarak ekonomik emperyalizmin bir aracı ya da gelişmiş devletlerin yapmış oldukları hataların nasıl önleneceğine dair gelişmekte olan devletlere tavsiye olarak görülebilir. Ancak nasıl algılanırsa algılsın uluslararası örgütler tarafından hazırlanan bu standartlar, gelişmekte olan devletlerin kendi iradesiyle kabul edeceği şekilde formüle edilmektedir. Sonuç olarak, gelişmekte olan devletler, gelişmiş devletlerle işbirliğini devam ettirmek amacıyla işbu bağlayıcı olmayan standartları kabullenmek zorunda kalmaktadır⁵⁰.

2.7. Fiilen Zorunlu Bağlayıcılık Potansiyeli Taşınması

Bağlayıcı olmayan hukukun dezavantajı olarak sayılan hallerden birisi de *fiili bağlayıcılık* durumudur. Bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinin herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Ancak çeşitli yollarla her zaman fiilen zorunlu bağlayıcılık potansiyeli söz konusu olabilir. Uygulamada çevre, insan hakları, uluslararası ticaret ve mali alanlarda devletler bağlayıcı olmayan hukuk kurallarına uymaya zorlanabilmekte ve bunlara uymayan devletler *fiili* yaptırımlarla karşı karşıya kalabilmektedir. Mesela kredi ve üyeliğe ilişkin belirli bazı standartlar öngören Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi örgütlerin karar ve uygulamaları buna örnek teşkil etmektedir. Hatta bu örgütler, belirlediği bu standartlara uymayan üye devletleri *ilan* etmek suretiyle fiili yaptırıma tabi tutabilmektedir. Hatta bu yüzden bu tür mali kurallara “katı yumuşak hukuk” (*hard soft law*) ifadesi kullanılmaktadır⁵¹. Bu yüzden bazı bağlayıcı olmayan hukuk kurallarının yaygın

⁴⁸ MEYER, s. 918-920.

⁴⁹ BRUMMER, s. 304-311.

⁵⁰ ZARING, s. 580-585.

⁵¹ BRUMMER, s. 304-311.

olarak uygulanması, mevcut standartlara uymakta zorlanan zayıf devletler için dezavantajlı olabilmektedir.

Kural olarak bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, uygulama konusunda taraflara irade serbestliği sağlamaktadır. Ancak bu serbestlik, özellikle insan hakları ve mali konularda taraflardan istenen hukuki beklentiler yüzünden kısıtlanmaktadır. Bu da bağlayıcı olmayan hukukun devletlere irade serbestliği tanıdığı iddiasını boşa çıkarmaktadır. Hatta bu alan devletlerin gizli bir güç mücadelesine dönüşmektedir. Mesela Avrupa Birliğinde (AB) çevre, insan hakları ve mali konulardaki bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, yargı kararları yoluyla bağlayıcı hale getirilerek ulusal yasama özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Hatta bu metinler ilgili organlar eliyle bağlayıcı kurallar haline getirilebilmektedir⁵². Böylece, uluslararası örgütler gibi devlet dışı sùjelerin fiili uygulama ve yaptırımları ile devletin gerçek rızası haricinde bağlayıcı olmayan hukuk metinleri bağlayıcı hale gelebilmektedir. Sonuç olarak uluslararası hukukta yaygın olarak kullanılan bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, buna taraf olan sùjelerin gerçek irade ve rızası dışında ciddi hukuki sonuçlar doğurabilmektedir.

2.8. Denetim ve Yaptırım Mekanizmalarının Zayıflığı/Yokluğu

Bağlayıcı olmayan hukukun önemli dezavantajlarından birisi de denetim ve yaptırım mekanizmalarının zayıflığı veya çoğu zaman yokluğudur. Uluslararası hukukun bazı alanları, açık, tekdüze ve uygulanabilir kurallar gerektirmektedir. Bu alanlarda iç hukuk onayı, uluslararası hukukun uygulanmasına temel teşkil etmektedir. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, iç hukuk onayına tabi değildir. Bu yüzden önceden tahmin edilemeyen ve öngörülemeyen bazı hukuki sonuçlar doğabilir. Ayrıca bu metinler, iç hukuk onayı ile bağlayıcı hukuki değer kazanması söz konusu değildir⁵³.

Uluslararası bağlayıcı metinlerin, *uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, tazminat, teşvik, askıya alma, sonlandırma* gibi tedbir/yaptırımlarla bağlayıcılığı güçlendirilmektedir⁵⁴. Ayrıca izleme ve denetim sistemleri veya lobi faaliyetleri ile bu kuralların bağlayıcılığı sağlanlaştırılabilir. Üstelik uluslararası

⁵² KORKEA-AHO, s. 272-273.; TERPAN, s. 91-94.

⁵³ GABRIEL, Henry, D., The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 34/3, 2009, s. 669-670.

⁵⁴ BOYLE, s. 909.

uyuşmazlıkların yargı dışında çeşitli çözüm yolları da bulunmaktadır. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, hem niteliği hem de içeriğindeki iradilik gereği bu tür güçlendirme araçlarından mahrumdur. Bu da bağlayıcı olmayan hukuk araçlarını güçlü hukuki metinler olmaktan alıkoymaktadır⁵⁵. Bu nedenle mesela bağlayıcı olmayan hukuka uymama veya onun tarafı olmaktan ayrılma durumu, ancak *misilleme*, *ek yükümlülükler getirme* veya *politik baskılar* gibi dolaylı yollarla önlenebilir⁵⁶.

3. Bağlayıcı Olmayan Hukukun Avantajları

Bağlayıcı olmayan hukuk araçları, uluslararası hukukun bir parçası olduğunu/olması gerektiğini düşündürecek derecede çeşitli avantajlara da sahiptir. Uluslararası ilişkileri düzenleme, bağlayıcı kuralların yapılmasına ortam hazırlama, esneklik ve uyarlanabilirlik, basitlik, kolaylık ve hız, yapılış ve uygulama sürecine daha fazla katılım (paydaş) sağlama, egemenlik endişelerini azaltma, uzlaştırma, bağlayıcı olmayan hukukun en önemli avantajları arasında sayılmaktadır⁵⁷.

3.1. Uluslararası İlişkileri Düzenleme

Bağlayıcı olmayan hukukun ilk ve en önemli avantajı, bağlayıcı hukuk kuralları gibi daha az ölçüde olsa bile, uluslararası ilişkileri ve devlet davranışlarını düzenleme ve böylece sistemi daha istikrarlı ve öngörülebilir hale getirme amacını taşımasıdır⁵⁸. Çünkü uluslararası düzen, sadece uluslararası hukuk kurallarının hukuki niteliği tarafından sağlanmaz, aksine uzlaşma ve politik şartlara bağlı olarak gerçekleşir⁵⁹. Her ne kadar bağlayıcı hukuk kuralları, başlangıçtan itibaren kesin ve öngörülebilir sonuçlara sahip olsa da bağlayıcı olmayan hukuk kurallarının oluşumu da hukuki, politik ve ekonomik etkenlere dayanmaktadır⁶⁰. Nihayetinde her iki metin de farklı ölçüde olsa bile hukuki değere sahiptir. Bağlayıcı olmayan bu metinler, iç hukuk veya uluslararası hukukta, hukuki nitelik verileceği beklentisi ile yapılmaktadır. Dolayısıyla bağlayıcı olmayan hukuk, kendi başına hukuki bir niteliğe sahip

⁵⁵ CHINKIN, s. 862-863.

⁵⁶ HILLGENBERG, s. 511.; GOLDMANN, s. 349.

⁵⁷ ABBOTT / SNIDAL, s. 434-450.; CHAISEE / JI, s. 477-479.; GERSEN / POSNER, s. 594-597.; CHOUDRY, s.970-971.; HILLGENBERG, s. 501.

⁵⁸ OLIVIER, s. 298.

⁵⁹ GUZMAN / MEYER, s. 174.; Ayrıca bakınız: GOLDMANN, s. 351.

⁶⁰ BAXTER, s. 551.; KORKEA-AHO, s. 289.

olmayan ve fakat “hukuki nitelik” verilmesi beklenen ve yükümlülükler doğuran ve dolayısıyla uluslararası ilişkileri düzenleyen metinlerdir⁶¹.

Ayrıca, uluslararası toplumda bağlayıcı olmasa da bir düzenlemenin varlığı, hiç olmamasından daha iyidir. Bağlayıcı olmayan bu ilke ve kurallar, bağlayıcı metinlerin bir özelliği olan *belirliliği* sağlar. Bu yönüyle bağlayıcı olmayan hukuk metinleri uluslararası toplum üyelerine yapması veya kaçınması gereken davranışları bildirmektedir⁶².

Ayrıca bağlayıcı olmayan hukuk, bağlayıcı olmasa bile öngördüğü yükümlülükler yoluyla uluslararası düzeni sağlamaktadır. Çünkü bu metinler taraflara, bağlayıcı olmasa bile üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirileceği varsayım ve beklentisi vermektedir. Bu da uluslararası toplum üyelerinde, yapmaları veya kaçınmaları gereken davranışları düzenleyen bu metinlere uyma iradesi doğurmaktadır. Bir devletin sıradan politik bir taahhüdü bile, devletin buna uygun davranacağı ve böylece davranışlarını buna göre sınırlandıracağı anlamına gelmektedir. Bağlayıcı hukuk kuralları ile yapılmış karşılıklı taahhütler ise daha güçlü bir şekilde, bu taahhüdün yerine getirilmesinin artık isteğe bağlı olmadığı ya da ulusal hukuktan kaynaklanan bir engelin bulunmadığı varsayım ve beklentisini doğurmaktadır. Bu andlaşmaların taraflarına, diğerlerinin anlaşmayı uygulayıp uygulamadığını denetleme hakkı vermektedir. Bağlayıcı olmayan hukuk kuralları ise bu derecede güçlü olmasa da tarafları, bu metne uygun hareket etmeye teşvik etmektedir⁶³. 1992 yılında Rio Konferansında kabul edilen İklim Değişikliği Üzerine Çerçeve Sözleşmesi (*The Framework Convention on Climate Change*) buna iyi bir örnek teşkil etmektedir⁶⁴.

3.2. Bağlayıcı Kuralların Yapılmasına Ortam Hazırlama

Bağlayıcı olmayan hukuk kurallarının en önemli avantajlarından birisi de henüz bağlayıcı kuralların yapılması için şartların oluşmadığı durumlarda, konunun tartışılmasını sağlamak ve uluslararası toplumu buna hazırlamaktır⁶⁵. Bağlayıcılığı olmasa da üzerinde mutabık kalınan *ilke* ve *kurallar* çerçevesinde gelecekte işbirliği ve koordinasyon konusunda ortak bir fikir birliği oluşturulabilir⁶⁶. Özellikle insan hakları alanındaki *beyannameler*, çevre ile ilgili

⁶¹ MEYER, s. 890.

⁶² ABBOTT / SNIDAL, s. 441-444.

⁶³ GUZMAN / MEYER, s. 172-174. ABBOTT / SNIDAL, s. 444-450.; BOYLE, s. 906-909.

⁶⁴ BOYLE, s. 907.

⁶⁵ BAXTER, s. 565.; BOYLE, s. 904.; CHINKIN, s. 856-859.

⁶⁶ GUZMAN / MEYER, s.176-177.

konularda *ilkeler ve rehberler*, uluslararası ticaret alanında devletlere tavsiye edilen *model kurallar* buna örnek teşkil etmektedir. Bu beyanname⁶⁷, ilke⁶⁸, rehber⁶⁹ ve model kurallar⁷⁰ daha sonra ya bağlayıcı hukuk kuralları haline dönüştürülmekte veya bağlayıcı metinlere kaynaklık etmektedir.

Ayrıca bağlayıcı olmayan hukuk araçları, bir uyuşmazlığın ele alındığı yargılamalarda geleneksel uluslararası bir hukuk kuralının varlığının kanıtlanmasında (*opinio juris*) mevcut bir andlaşma ile birlikte değerlendirilebilir. UAD, *Nikaragua Davası* gibi bazı davalarda geliştirdiği içtihatlarında, BM Şartı ile Genel Kurul kararları arasındaki etkileşimin bu etkiyi nasıl yapabileceğini göstermiştir⁷¹.

3.3. Bağlayıcı Kuralları Tamamlama

Bağlayıcı olmayan hukukun avantajlarından birisi de bağlayıcı hukuk kurallarını *tamamlama* ve onların *yorumlanması* kullanılmasıdır. Bağlayıcı kuralların oluşumuna yaptığı katkının dışında, özellikle uluslararası hukuku yeknesak hale getirmek amacıyla hazırlanan ve devletlere kendi iç hukuklarına aktarmaları konusunda tavsiye edilen *rehber* ve *model kurallar*, bağlayıcı kuralları tamamlayıcı niteliktedir. Hem iç hukuk hem de uluslararası yargı organları önünde, bir uyuşmazlığın çözümünde pozitif bağlayıcı hukuk kuralları ile birlikte, içeriğinde uluslararası hukukun teamül ve temel ilkelerini bulunduran bağlayıcı olmayan hukuk metinleri dikkate alınmaktadır⁷².

⁶⁷ Mesela 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi bunun tipik örneğidir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: OLIVIER, s. 298-301.

⁶⁸ Mesela 1989 yılında kabul edilen Tehlikeli Atıkların Sınırötesi Taşınması ve Bertaraf Edilmesinin Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi'nin içeriği esas olarak, Birleşmiş Milletler Çevre Programı tarafından 1987 de açıklanan Tehlikeli Atıkların Çevreyle Uyumlu Bir Şekilde Yönetimine İlişkin Kahire İlkeleri'ne dayanmaktadır. GÜNEŞ, Ahmet M., Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme, İÜHF C. LXX, S. 1, 2012, s. 105.

⁶⁹ Mesela Uluslararası Atom Enerjisi Kurumunun (International Atomic Energy Agency) hazırladığı Rehber'deki bağlayıcı olmayan kuralların, Çernobil Nükleer Santrali kazası sonrası kabul edilen 1986 tarihli Nükleer Kazalarda Erken Uyarı Sözleşmesi'nde yer alması buna örnektir. BOYLE, s. 904.

⁷⁰ Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (UNCITRAL) hazırladığı, uluslararası ticaretin uyumlaştırılması ve geliştirilmesi amacıyla hazırlanmış olduğu ve üyelere tavsiye ettiği *model kurallar* buna örnek teşkil etmektedir. <https://uncitral.un.org/> Ayrıca bakınız: GABRIEL, s. 655 vd.; ÜNEL, Nehir, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi, Sayı: 32, 2009, s. 59-60.

⁷¹ BOYLE, s. 906.; Ayrıca bakınız: CHINKIN, s. 857-859.

⁷² Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bakınız: SHAFFER / POLLACK, Hard vs. Soft Law: Alternatives, s. 721-727.; Uluslararası hukukta boşluk olmaması ve ancak onay verilen kurallarla kesinlikle sınırlı olması gerektiği hususu Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın Bozkurt-Lotus

3.4. Esneklik ve Uyarlanabilirlik

Bağlayıcı olmayan hukuk araçları, bağlayıcı hukuk metinlerine göre daha esnek niteliktedir. Bağlayıcı olmayan metinler, devletlere sadece seçme ve değiştirilebilme/uyarlanabilme imkânı da vermektedir. Ayrıca ortaya çıkan yeni koşullara hızlı bir şekilde ayak uydurabilme fırsatı sağlar, çok uluslu şirketlerin, sivil toplum örgütlerinin, hükümetlerin ve diğer paydaşların değişen ihtiyaçlarına uyum sağlayabilme avantajına da sahiptir⁷³. Çünkü devletler belli derecede de olsa esneklik ister.

Bağlayıcı kurallarda bile değişen şartlara tarafların uyumunu sağlayan çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bu tür hükümler hukuk kurallarının politik gerçekliklere uyumunu sağlamaktadır. Bu kapsamda devletler çeşitli yollarla, bağlayıcı anlaşmaları bile esnek hale getirerek, değişen politik koşulların, hukuki yükümlülüklerin ve içeriğin uyumunu etkileyebileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle anlaşmalarda esnekliği sağlayacak geri *çekilme*, *yeniden müzakere* ve *çekince* gibi hükümler yer alabilmektedir. Aslında bağlayıcı olmayan hukukun özellikleri olan bu hükümler, süjelerin anlaşmaya varmalarını kolaylaştırmaktadır⁷⁴.

Bağlayıcı olmayan hukuk taraflara, hem değişen koşullarda elverişsiz gördüğü mevcut kurallara uymama imkânı sağlar hem de bu kuralların yeniden gözden geçirilmesine de kapı açabilir. Bu metinler, özellikle hala istenilen seviyede olmadığı düşünülen, değişme olasılığı bulunan çok taraflı metinlerde, müzakereden çekilen uyumsuz bir devlet olarak görünmemek noktasında daha önemli hale gelmektedir. Bu nedenle, bağlayıcı olmayan hukuk metinleri açıkça yeniden müzakereye ihtiyaç duymadan zaman içinde geliştirilmesine izin verme anlamında esneklik sunmaktadır. Bu esneklik aynı zamanda devletlerin anlaşmanın tamamının geçici olarak uygulanmasını istediklerinde daha fazla işe yaramaktadır⁷⁵.

Ayrıca bağlayıcı olmayan hukuk yoluyla devletler, sorunların çözümünde bağlayıcı hukuka göre daha fazla çözüm seçeneğine sahip olabilirler⁷⁶. Bu se-

kararında açıkça ifade edilmiştir. GOLDMANN, s. 340-341. Lotus Case (France v. Turkey), Judgment, PCIJ, (7 September 1927) Series A No. 10, s.19.

⁷³ CHINKIN, s. 852-855.; GUZMAN / MEYER, s. 184.

⁷⁴ MEYER, s. 900-905.; Ayrıca bakınız: GERSEN / POSNER, s. 604-605.

⁷⁵ MEYER, s. 908.

⁷⁶ ABBOTT / SNIDAL, s. 421.

çenek büyük ölçüde, devletlerin menfaatlerini ve işbirliklerini güvence altına alma iradesini yansıtmaktadır⁷⁷. Bu bağlamda belirli bir konuda kendi menfaatleri konusunda kesin olarak emin olmayan devletler, daha sonra değişmesi zor olacak bağlayıcı hukuk taahhütlerinden kaçınarak bağlayıcı olmayan hukuk araçlarının esnekliğini tercih edebilirler⁷⁸.

3.5. Basitlik, Kolaylık ve Hız

Bağlayıcı olmayan hukukun avantajlarından birisi de bu metinlerin basitlik, kolaylık ve hız sağlaması, böylece zaman kaybından doğan maliyetleri düşürmesidir. Bağlayıcı hukuk kuralları genellikle yürürlük sonrası elde edilecek hak ve menfaatleri düzenlemektedir. Ancak, uluslararası bağlayıcı bir andlaşma/sözleşmenin yapılış ve yürürlüğe girme süreci müzakere ve iç hukuk onayı gibi çeşitli sebeplerle uzayabilmektedir. Bu yüzden o andlaşma/sözleşmeden beklenen menfaatin gerçekleşmemesi ile dolaylı bir kayıp (kardan zarar) yaşanmaktadır. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, bağlayıcı olmaması sebebiyle müzakere ve/veya iç hukuk onay süreci basit, kolay ve hızlı olmakta, böylece zaman kaybından kaynaklanan zararları/maliyetleri düşürmektedir⁷⁹.

Ciddi ve planlı bağlayıcı hukuk metinlerini müzakere etmek ve sonuçlandırmak genellikle zaman almaktadır. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk metinleri hazırlığında müzakereciler istedikleri zaman süreci terk edebilecekleri için müzakere süreci daha hızlıdır. Yine istedikleri zaman feshedebilecekleri için bu tür metinler daha az tereddütle, daha hızlı yapılabileceğinden dolayı işbirliği potansiyelini barındırmaktadır. Ayrıca bu metinler, tarafların sonuçlarla ilgili kaygılarını azaltarak daha kolay işbirliği yapmasına neden olmaktadır⁸⁰.

3.6. Egemenlik Endişelerini En Aza İndirme

Bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinin avantajlarından birisi de, bu metinlerin devletlerin egemenlikle ilgili kaygılarını en aza indirmesidir. Çünkü bağlayıcı kurallar, uluslararası sùjelerin bazı konular üzerindeki tasarruf yetki-

⁷⁷ SHAFFER / POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives*, s. 719-721.

⁷⁸ ABBOTT / SNIDAL, s. 466. Ancak çok taraflı anlaşmalarda bazı devletlerin menfaatlerini korumak için, bağlayıcı hukuk kurallarını daha fazla tercih etmesi de söz konusu olabilir. SHAFFER / POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives*, s. 718.

⁷⁹ ABBOTT / SNIDAL, s. 434-437.

⁸⁰ LIPSON, Charles, *Why are Some International Agreements Informal?*, *International Organization*, Vol. 45, No. 4, Autumn-1991, (pp. 495-538), s. 514-527.

sini sınırlandırmaktadır. Bu durum devletleri, diğer süjelerle işbirliği yapma ile egemenliklerini kaybetme ikilemi taşımalarına sebep olmaktadır. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk, süjelerin karşı karşıya kaldıkları bu ikilemi çözerek işbirliğini sağlayabilir⁸¹. Ayrıca bu metinler, kendi ulusal egemenliklerini olumsuz etkileyebilecek konularda yetkilerini (tercih hakkını) sınırlandırmak istemeyen devletler tarafından da tercih edilebilir. Bu araçlar devletlere, bağlayıcı yükümlülükler öngören andlaşmaların sonuçları hakkında bilgi edinme ve kısıtlamaları en aza indirgeme imkânı sağlar. Çünkü özellikle egemenliklerini sınırlayan konularda devletlerin endişe ve tereddütleri en yüksek düzeydedir⁸².

Yine bu kapsamda devletlerin bağlayıcı olmayan hukuku tercih sebeplerinden birisi de bağlayıcı belgelerdeki taahhütlerin ihlalden doğan zararlardan kaçınmak istemesidir. *Zarardan kaçınma teorisi* olarak adlandırılan bu görüşe göre devletler, bağlayıcı andlaşmalar ile üstlendikleri yükümlülükleri çeşitli sebeplerle yerine getir(e)meyebilir. Bu durumda devletler andlaşmanın ihlali ile öngörülen sonuçlara katlanmak zorunda kalmaktadır. İşte devletler, bu istenmeyen sonuçtan kurtulmak için bağlayıcı olmayan hukuk metinlerini tercih edebilir⁸³.

3.7. Yapılış veya Uygulama Sürecine Daha Fazla Katılım Sağlama

Bağlayıcı olmayan hukuk, uluslararası ilişkilerin düzenlenmesine daha fazla paydaşın katılımına imkân vermektedir. Daha önce belirtildiği gibi uluslararası hukukun gelişmesiyle birlikte devlet dışında diğer türev varlıklar uluslararası hukukun süjeleri olarak kabul edilmiştir. Belirli bir konuda faaliyet gösteren uluslararası örgütler, sivil toplum kuruluşları, çok uluslu şirketler ve bireyler gibi katılımcılar uluslararası hukukun/toplumun şekillenmesinde önemli görevler üstlenmektedir. Bu katılımcıların varlığını görmezlikten gelmek mümkün gözükmemektedir. Oysa geleneksel bağlayıcı kurallar, andlaşmalara sadece devletlerin ve uluslararası örgütlerin taraf olmasına izin vermektedir. Bağlayıcı olmayan hukuk ise geleneksel süjelerin yanında uluslararası düzenin gerçekleşmesinde söz sahibi olan diğer paydaş ve unsurların da bağlayıcı olmayan hukuk kurallarının *yapıcısı, tarafı ve hatta uygulayıcısı* olma imkânı sunmaktadır⁸⁴.

⁸¹ BOYLE, s. 902-903.; ABBOTT / SNIDAL, s. 436-441.

⁸² ABBOTT / SNIDAL, s. 436-441. GOLDMANN, s. 340-343.; SHAFFER / POLLACK, Hard vs. Soft Law: Alternatives, s. 719.

⁸³ GUZMAN / MEYER, s.177, 192-197.; Ayrıca bakınız: GOLDMANN, s. 336.

⁸⁴ KORKEA-AHO, s. 283-286.; ABBOTT / SNIDAL, s. 450-454.; BUZZINI s. 48-49.; GOLDMANN, s. 346 vd.; SHAFFER / POLLACK, Hard vs. Soft Law: Alternatives, s. 719.

3.8. Uzlaştırma

Devletler, ekonomik, sosyal ve politik açılardan birbirlerinden farklılıklar taşımaktadır. Bağlayıcı hukuk kuralları, bu farklılıklar yüzünden ortaya çıkan uyumsuzluklara çözüm getiremeyebilir⁸⁵. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk, ekonomik, sosyal, kültürel ve politik açılardan farklılıklar taşıyan bu devletlerin birbirleriyle uzlaşmasını sağlayabilir. Bu uzlaşma, bağlayıcı olmayan hukuk metinlerine konulan, “uygun önlemler”, “en iyi çabalar”, “olabildiğince” veya “aşamalı olarak ilerlemeye yönelik bir bakış açısı” gibi “bağlayıcı olmayan” ifadelerle temin edilebilmektedir⁸⁶.

4. Bağlayıcı Olmayan Hukukun Uluslararası Hukuktaki Yeri ve Hukuki Niteliği

Giriş kısmında belirtildiği gibi bu çalışma esas itibarıyla şu sorulara cevap aramaktadır: Bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılabilir mi? Bağlayıcı olmayan hukuk kuralları, bağlayıcı hukuk kurallarının alternatifi mi yoksa tamamlayıcısı mıdır? Bağlayıcı olmayan hukukun uluslararası hukuktaki yeri ve niteliğini belirlerken hangi ölçütleri kullanmak gerekir? Uluslararası hukukun kodifikasyonunda ve uyumsuzlukların çözümünde bağlayıcı olmayan hukukun yeri nedir? İşte bağlayıcı olmayan hukukun uluslararası hukuktaki yeri ve niteliği, bu sorular bağlamında ele alınmaya çalışılacaktır.

4.1. Bağlayıcı Olmayan Hukuk Metinleri Uluslararası Hukukun Kaynakları Arasında Sayılabilir mi?

Bu soruya, uluslararası hukukun pozitif hükümlerine dayanarak olumlu cevap vermek oldukça zor görünmektedir. Çünkü bilindiği gibi Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesinde uluslararası hukukun kaynakları sayılmıştır. Uluslararası andlaşmalar, uluslararası teamül kuralları, hukukun genel ilkeleri, yargı kararları (içtihat) ve doktrin, uluslararası hukukun kaynaklarını oluşturmaktadır. Andlaşmalar, teamül kuralları ve hukukun genel ilkeleri uluslararası hukukun asli kaynakları iken, yargı kararları ve doktrin yardımcı kaynaklar niteliğindedir. Ancak UAD Statüsü’nün 38. maddesinde sayılmamakla birlikte geleneksel hukuk kurallarının bazı özelliklerini taşı-

⁸⁵ TRUBEK / COTRELL / NANCE, s.73 vd.

⁸⁶ CHINKIN, s. 850-866.;

yan bağlayıcı olmayan hukuku görmezlikten gelmek de mümkün değildir. Bu nedenle, esnek hukuk olarak da adlandırılan ve herhangi bir hukuki bağlayıcılığa sahip olmayan, *beyanname*, *rehber*, *ilke*, *karar*, *tavsiye* ve *görüşlerin* uluslararası hukukunun uygulamasında ve gelişiminde büyük bir öneme sahip olduğunu belirtmek gerekir⁸⁷.

Uluslararası andlaşmalar, hukuki sonuç doğuran bağlayıcı hak ve yükümlülükler oluşturma amacı taşımaktadır. Oysa bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinde, tarafların *zımnî* olarak bu metne uyma iradesi olsa dahi, hukuki olarak bağlayıcı niteliği yoktur. Bu nedenle, bu metinler sadece bağlayıcı hale getirilmekle veya geleneksel uluslararası hukuk kaynağı haline dönüştürülmekle hukuki güce kavuşabilir. Hak ve yükümlülükler doğurmayan bir metnin, hukuk kuralı sayılması düşüncesini anlamak oldukça zor olabilir. Bu nedenle bağlayıcı olmayan hukuk, uluslararası hukukun bağımsız bir kaynağı olarak görülemez. Bununla birlikte bağlayıcı olmayan hukuk kuralları, tarafların bir düzenlemeye uymasını kolaylaştırdığı ve teşvik ettiği için, uluslararası hukuk kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁸. Ayrıca uluslararası andlaşmaların müzakeresi sırasındaki niyet ve rızaları ifade eden bağlayıcı olmayan hukuk metinleri ile bağlayıcı kurallar arasında yatay bir etkileşimin varlığı da şüphesizdir⁸⁹.

4.2. Bağlayıcı Olmayan Hukuk Metinleri, Bağlayıcı Kuralların Alternatifi mi Yoksa Tamamlayıcısı mıdır?

Hukukçular, bağlayıcı olmayan hukuk araçları ile bağlayıcı olan hukuk kuralları arasında birbirine alternatif olma ilişkisi mi yoksa tamamlayıcı olma ilişkisi mi olduğunu değerlendirmişlerdir. Bu kapsamda her iki tür araç ve kuralların hukuki bir yükümlülük öngörüp öngörmediğine bakılmıştır. Yani bir metin, normatif midir? (*normative*). Yoksa gelecekteki beklentilere yönelik midir? (*promotional*). Boyle, bağlayıcı olmayan hukukun, bağlayıcı kurallara alternatif olabileceği üzerinde durmaktadır⁹⁰. Bütün uluslararası belgelerin/ metinlerin uluslararası hukuk sisteminin bir parçası olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Çünkü bazı araçlar, bir süjenin bağlayıcı bir taahhütte bulunmadan nasıl davranacağına dair gelecekteki beklentiler için yapılmış olabilir. Bu nedenle sadece gelecekteki beklentileri içeren metinler bağlayıcı

⁸⁷ GÜNEŞ, s. 90, 105.

⁸⁸ OLIVIER, s. 294-295 ve 307.

⁸⁹ SHAFFER / POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives*, s. 725, 744.

⁹⁰ BOYLE, s. 902-904.

kuralların alternatifi olamazlar. Ancak genel olarak bile olsa bazı davranışlarda bulunma taahhüdü içeren normatif metinlerin, bağlayıcı kuralların alternatifi olma kapasitesi bulunmaktadır⁹¹.

Uluslararası hukuk, kural olarak devletlerin eşitliği ve rızası üzerine kuruludur ve iç hukukta olduğu gibi, merkezi bir otoriteye sahip değildir. Uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcılığı, bazı kural ve taahhütlere diğerlerine göre daha fazla önem verilerek sağlanmaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukuk kural ve taahhütlerini, hukuki statüsü ile birlikte uluslararası düzeni sağlamadaki etkisi ve işleyişi açısından ele almak daha doğru olabilir⁹². Bu nedenle de uluslararası pozitif hukuk bağlamında bağlayıcı olmayan hukuk metinlerini, bağlayıcı hukuk kurallarının alternatifi olduğunu söylemek zordur. Daha önce belirtildiği gibi, uluslararası hukukta yerine getirdiği işlevlerini görmezlikten gelmek mümkün değildir.

Bağlayıcı olmayan hukukun, bağlayıcı hukuka alternatif olup olmayacağı noktasında bu kuralların işlevselliğine dikkat çekilmektedir. Buna göre bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan kuralların her ikisinin de, uluslararası hukukun bir parçası olduğu, kendine has bir değere sahip bulunduğu, bir işlevi yerine getirdiği ve devletlerin çeşitli koşullara göre birisini diğerine tercih edebileceği ifade edilmektedir⁹³. Mesela devletler, kendilerine menfaat sağlayan, diğer devletlerin desteğini temin eden ve yapılması için yoğun çaba harcadıkları anlaşmaların bağlayıcı nitelikte olmasını tercih etme ihtimali daha yüksektir⁹⁴. Buna karşılık devletler, ortak bir kimlik duygusu oluşturma amacını taşıyan kuralların, bağlayıcı olmayan hukuk niteliğinde olmasını tercih etmektedir⁹⁵. Elbette devletlerin bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan hukuk araçlarından birisini tercihte iç hukuk sistemindeki kurumlar, kurallar ve insan kaynaklarındaki farklılıklar da etkilemektedir⁹⁶.

⁹¹ SHELTON, s. 4-5.; Güçlü devletlerin kendi aralarında yapmış oldukları bağlayıcı nitelikte olmayan anlaşmaların tamamlayıcı nitelikte olduğu ileri sürülmüştür. Buna da uluslararası hukukta etkili ve güçlü stüjeler olan ABD ile AB arasında yapılmış işbirliği anlaşmaları örnek olarak gösterilmiştir. SHAFFER / POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives*, s. 710.

⁹² SHAFFER / POLLACK, *Hard and Soft Law: What Have We Learned?*, s.198-199.; ZARING David, *Informal Procedure, Hard and Soft*, in *International Administration*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, No. 2, 2005, s. 594-595.

⁹³ CHAISEE-JI, s. 480.; GOLDMANN, s. 351.; RAUSTIALA, s. 591-593.

⁹⁴ ABBOTT / SNIDAL, s. 429.; SHAFFER / POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives*, s. 712.

⁹⁵ SHAFFER / POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives*, s. 708.

⁹⁶ ABBOTT / SNIDAL, s. 445.

Uygulamaya bakıldığında bağlayıcı olmayan hukuk ile bağlayıcı hukukun farklı koşullarda birbirlerini tamamlayıcı veya birbirlerine alternatif oldukları görülebilmektedir⁹⁷. Teorik olarak, bağlayıcı hukuk kurallarının devletler tarafından uygulanması, bağlayıcı olmayan hukuka göre daha kesindir. Ancak gerçekte uygulama konusunda devletlere irade serbestliği sağlayan bağlayıcı olmayan hukukun en azından uzun vadede daha etkili olduğu görülmektedir⁹⁸.

Uluslararası bir düzenlemenin müzakeresi genellikle yapılması öngörülen işbirliğinin maliyet ve menfaatlerin paylaşımı konusunda düşünülmektedir. Çünkü herhangi bir düzenlemenin bazı hükümleri bu dağılımı etkilediği için müzakereciler arasında çatışma yaşanacaktır. Müzakereciler bu şartların ilk başta öngörülenden farklı olarak daha büyük maliyetler getirdiğini veya istediklerinden daha az menfaat sağladığını fark ettikleri zaman bu şartları düzeltmeye çalışacaktır⁹⁹. İşte bu noktada müzakere edilen düzenlemenin esnek veya bağlayıcı niteliği müzakerenin devamı konusunda önemli rol oynayacaktır. Dolayısıyla bağlayıcı hukuk ile bağlayıcı olmayan hukukun birbirlerinin alternatifi olup olmadığını tartışmak çok anlamlı gözükmemektedir. Sonuçta her iki tür metin de uluslararası süjelerin ihtiyacına cevap vermektedir.

4.3. Bağlayıcı Olmayan Hukukun Uluslararası Hukuktaki Yeri ve Niteliğini Belirlerken Kullanılan Ölçütler Nelerdir?

Bağlayıcı olmayan hukukun uluslararası hukuktaki yerini belirlemede farklı ölçütlerin kullanıldığı/önerildiği görülmektedir. Mesela *Weil*'e göre uluslararası metinlerin hukuki niteliği, uluslararası hukuka dair *işlevlerini yerine getirebilmesindeki gücüne* göre belirlenir¹⁰⁰. *Shelton*, üç ölçüt önermektedir: Bunlar *bağlayıcılık*, kurala uygunluğun değerlendirilebileceği *izleme/denetim* ve uygunluğu sağlayacak *yaptırım mekanizmasıdır*¹⁰¹. *Shaffer / Pollack*, bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinin hukuki niteliğinin tespitinde bağlayıcı olmaması niteliğinin yanı sıra *belirlilik* özelliğine vurgu yapmaktadır¹⁰². *Abbott / Snidal* ise bir metnin bağlayıcı veya bağlayıcı olmadığını tespitinde üç ölçütün kullanılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir: Bunlar hukuki olarak

⁹⁷ SHAFFER / POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives*, s. 743.

⁹⁸ CHAISEE / JI, s. 483.

⁹⁹ SHAFFER / POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives*, s. 737.

¹⁰⁰ WEIL, s. 413.

¹⁰¹ SHELTON, s. 5.

¹⁰² SHAFFER / POLLACK, *Hard and Soft Law: What Have We Learned?*, s. 198.

*bağlayıcı yükümlülükler, kesinlik (ya da yapılabilirlik) ve yorum ve uygulamanın üçüncü bir tarafça denetlenmesidir (yetkilendirme)*¹⁰³. Boyle ise bir metnin bağlayıcı olup olmadığı konusunda *ihtilaf halinde uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bulunup bulunmadığı* ölçütünü önermektedir¹⁰⁴.

Bağlayıcı olmayan hukuk metnlerinin hukuki niteliğini belirlemede kullanılan/önerilen ilk ölçüt uluslararası hukuka dair *işlevlerini yerine getirebilmesindeki gücüdür*¹⁰⁵. Uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler, uluslararası hukuk sükelerinin eylem ve kararlarının hukuki niteliğinin tespitini güçleştirmektedir. Bu nedenle hukuken bağlayıcı olmayan araçlar, uluslararası hukukun geleneksel kaynakları ile ilişkilendirilerek sınıflandırılmıştır. Geleneksel olarak uluslararası hukuk, bir taraftan uluslararası hak ve yükümlülüklerin *kaynağını oluştururken* diğer taraftan *uluslararası ilişkileri düzenleme işlevini* yerine getirmektedir. Bu durumyla iç hukukta olduğu gibi, uygulanması gereken emir ve yasaklar içeren kurallardan oluşan uluslararası hukuk, hem *normatif* hem de *karşılıklı bağımlılık doğuran* araçlar olarak nitelendirilebilir¹⁰⁶. Bu açıdan bakıldığında bağlayıcı olmayan hukuk metnleri daha düşük seviyede olsa da her iki işlevi de yerine getirmekte olduğu için uluslararası hukuk kuralı sayılabilecektir.

Bağlayıcı olmayan hukuk metnlerinin hukuki niteliğini belirlemede kullanılan ikinci ölçüt(ler) *bağlayıcılık*, kurala uygunluğun değerlendirilebileceği *izleme/denetim* ve uygunluğu sağlayacak *yaptırım mekanizmasının varlığıdır*. Bağlayıcı metnlerin en önemlisi olan uluslararası andlaşmalar genellikle, yasama yürütme veya yargı süreçleri yoluyla iç hukuka dâhil edilerek uygulanabilmektedir¹⁰⁷. Oysa esnek hukuk metnlerinin niteliği gereği bağlayıcılığı yoktur. Bağlayıcılığı olmadığı için etkili bir *izleme/denetim/yaptırım* mekanizması da söz konusu değildir. Dolayısıyla bu ölçütlere göre bağlayıcı olmayan hukuk metnlerinin uluslararası hukuk kuralı sayılması mümkün gözükmemektedir.

Bağlayıcı olmayan hukuk metnlerinin hukuki niteliğini belirlemede kullanılan üçüncü ölçüt, *belirlilik* özelliğidir. Bu kapsamda bağlayıcı olmayan

¹⁰³ ABBOTT / SNIDAL, s. 421-424.

¹⁰⁴ BOYLE, s. 909-912.

¹⁰⁵ WEIL, s. 413.

¹⁰⁶ REISMAN, s. 373-375.

¹⁰⁷ SHELTON, s. 5.

hukuk metinleri, uluslararası toplum üyelerini belirli konularda teşvik etmek amacıyla belirli süreçlerden geçerek hazırlanmış kod (araç) özelliğine sahiptir¹⁰⁸. Çünkü bu metinler genellikle işin esasına odaklanır. Asıl yükümlülükle doğrudan ilgisi olmayan *tazminat*, *icra*, *karşılıklılık* gibi sözleşme sonuçlarını hariç tutar¹⁰⁹. Bununla birlikte, bağlayıcı olmayan metinlerin tümü *belirsiz* nitelikte değildir. Mesela devlet temsilcileri arasında yapılan “centilmenlik anlaşmaları”, taraflar için bağlayıcı olmamasına rağmen, gelecekte yapmaları veya kaçınmaları gereken (beklenen) belirli davranışları içermektedir¹¹⁰. Bu nedenle bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinin niteliği sadece içeriğindeki belirlilik ile ölçülmez. Bu metinlerin içeriği ayrıntılı veya genel olabilir, tek bir eylem ya da bir işbirliği vaadi içerebilir, bağımsız veya andlaşma eki olarak yapılabilir, kurallar veya prosedürlerle ilgili olabilir. Bununla birlikte, bu tür anlaşmalar, *jus cogens* ile uyumlu olması gerekir. Bu da onların uluslararası hukuk sisteminin dışında değil içinde olduklarını göstermektedir¹¹¹.

Bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinin hukuki niteliğini belirlemede kullanılan dördüncü ölçüt(ler), *bağlayıcı yükümlülükler*, *kesinlik* (ya da yapılabirlik) ve yorum ve uygulamanın *üçüncü bir tarafça denetlenmesidir* (yetkilendirme). Böylece, bu üç ölçütün bir veya daha fazlasının olmadığı veya zayıfladığı metinler *bağlayıcı olmayan metinler* kabul edilir. Buna göre, bir metin *bağlayıcı değilse*, bir ölçüde *soft* olarak görülebilir. Bir metnin *içeriği belirsiz ise* resmi olarak bağlayıcı olsa bile esnek niteliktedir. Son olarak, bir metnin uygulanması ve ihlaller *üçüncü bir tarafça denetlenmiyorsa* esnek nitelikte sayılacaktır¹¹². Bu unsurların her birisinin, bir metin veya belgeye olumlu katkısı vardır: *Bağlayıcılık*, bu metnin uygulanmasını sağlar, *kesinlik* uygulama, izleme ve denetimi kolaylaştırır, *yetkilendirme* ise belgedeki hükümlerin icrasını temin eder¹¹³. Ancak yukarıdaki bu görüş iki açıdan eleştirilmektedir: Öncelikle bu görüş uluslararası andlaşma niteliğinde olan ve fakat

¹⁰⁸ SHAFFER / POLLACK, *Hard and Soft Law: What Have We Learned?*, s. 198.

¹⁰⁹ HILLGENBERG, s. 506-507.

¹¹⁰ SCHACHTER, s. 299. Yazar ABD ile Japonya arasında 1908 yılında göç konusunda yapılan anlaşmanın bağlayıcı olmamasına rağmen uygulanmasını örnek vermektedir. SCHACHTER, s. 299.; Benzer şekilde ABD ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği arasında yapılan ve bağlayıcılığı olmayan SALT II anlaşması karşılıklı olarak yıllarca uygulanmıştır. GUZMAN / MEYER, s. 172.

¹¹¹ HILLGENBERG, s. 506-507.

¹¹² ABBOTT / SNIDAL, s. 421-424.

¹¹³ SHAFFER / POLLACK, *Hard and Soft Law: What Have We Learned?*, s. 200 vd.

genel hedefler, planlanmış eylemler veya standartların kademeli olarak elde edilmesi gibi kesinlikten (yapılabilirlik) yoksun olan araçları andlaşma kategorisinden çıkarmaktadır. Bu anlayış adeta tüm uluslararası yükümlülüklerin açık ve kesin olması gerektiğine ve devlet davranışlarını kısıtlama potansiyeline odaklanmaktadır. İkincisi ise ya hep ya hiç anlayışı doğrultusunda ya kuraldır ya değildir yaklaşımı ile hareket edilmektedir. Oysa Guzman-Meyer, bağlayıcı olmayan hukuku, tamamen bağlayıcı andlaşmalar ile tamamen politik taahhütler arasında farklı bir kategoride görmektedirler. Onlara göre, bağlayıcı olmayan hukuk, bağlayıcı kuralları açıklayan, yorumlayan ve tarafların gelecekteki davranışları hakkında beklentiler doğuran bağlayıcı olmayan nitelikteki kural veya araçlardır¹¹⁴.

Bir metnin bağlayıcı olmayan hukuk niteliğinde olup olmadığı konusunda *ihtilaf halinde uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bulunup bulunmadığı* da önemli bir ölçüttür. Uyuşmazlıkların zorunlu bağlayıcı çözümü olarak ifade edilen bu ölçüt ile andlaşmanın ihlali halinde çözüm süreci (mesela yargı veya tahkim) tarafların iradesi dışında işlemektedir. 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin öngördüğü Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve UAD gibi uyuşmazlık çözüm mekanizmaları buna örnek teşkil etmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla bir belge, zorunlu uyuşmazlık çözüm yolu öngörüyorsa bu metin bağlayıcı niteliktedir.

Günümüzdeki uluslararası hukuk kurallarının karmaşıklığı ve çeşitliliği, bağlayıcı olmayan hukukun tanımı, tasnifi ve hukuki niteliğini belirlemede yeni ölçütlerin kullanılması gerektiği konusunda tartışmaya yol açmıştır. Bu bağlamda genel olarak bakıldığında uluslararası hukukun dinamik özelliği sebebiyle UAD Statüsünün 38. maddesinin, yapıldığı zamana göre değil, daha geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre uluslararası hukuk kaynakları, iç hukuktan daha fazla tartışmalı olsa da, değişim ve gelişime tabidir. Geleneksel uluslararası hukuk kaynaklarının ilişkileri düzenlemede yetersiz kaldığı da bir gerçektir. Bu nedenle, bağlayıcı olmayan hukuk, geleneksel kaynakların hesaba katmadığı *gri alanı* düzenleyerek geleneksel hukuk kaynaklarını desteklemektedir¹¹⁶. Dolayısıyla bağlayıcı olmayan hukuk araçları, daha düşük seviyede de olsa bağlayıcı kuralların bazı işlevlerini yerine getirmektedir.

¹¹⁴ GUZMAN / MEYER, s. 173-174, 197-201.

¹¹⁵ BOYLE, s. 909-912.

¹¹⁶ BUZZINI s. 48-50.

4.4. Uluslararası Hukukun Kodifikasyonunda Bağlayıcı Olmayan Hukukun Rolü Nedir?

Bağlayıcı olmayan hukuk metinleri, her ne kadar uluslararası hukukun yardımcı kaynakları arasında bile sayılmasa¹¹⁷ da artık günümüzde uluslararası hukukun kodifikasyonunda da çok önemli bir rol oynamaktadır. İşbu metinler, hem devletler hem de uluslararası örgütler tarafından ilişkilerin düzenlenmesi ve uyusmazlıkların çözümünde kullanılmaktadır¹¹⁸. Yukarıda belirtildiği gibi bağlayıcı olmayan hukuk, ulusal veya uluslararası bağlayıcı hukuk kurallarının yapılmasına ortam hazırlama, mevcut teamül kurallarını yazılı hale getirme ve herhangi bir uyusmazlığın çözümünde teamül kuralının varlığının kanıtlanmasına hizmet etme ve uluslararası hukukun genel kurallarını yeknesak şekilde kod haline getirme ve uyusmazlıkların çözümüne katkıda bulunma işlevlerini yerine getirmektedir¹¹⁹.

Bu kapsamda mesela bağlayıcı nitelikte olmayan 1948 tarihli *BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*, bağlayıcı nitelikteki 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin ilk adımı olmuştur¹²⁰. Yine bağlayıcı nitelikte olmayan 1975 tarihli *Helsinki Nihai Senedi*, BM Şartı'nda düzenlenmiş bulunan ve aslında birer teamül kuralı olan *egemen eşitlik, egemenliğe saygı, sınırların ihlal edilmezliği, kuvvet kullanmaktan veya kuvvet kullanma tehdidinden kaçınma, devletlerin toprak bütünlüğünün korunması, uyusmazlıkların barışçıl yollardan çözümü, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı, halkların eşitliği ve kendi kaderini tayin hakkı, devletler arasında işbirliği, içişlerine karışmama, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin iyi niyetle yerine getirilmesi* ilkelerini teyid etmiş ve etkisini günümüzde de sürdürmekte olan bir bağlayıcı olmayan hukuk metnidir¹²¹. Bu ilkeler BM Şartı'nın dışında çeşitli uluslararası andlaşmalarda da düzenlenmiştir.

Benzer şekilde Dünya Ticaret Örgütü'nün üyeleri ve üyelerinin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlemek için hazırlamış olduğu *anlaşmalar, kurallar ve tedbirler*, üye ülkelerin iç hukukunda değişikliklere yol açmaktadır¹²².

¹¹⁷ ACER / KAYA, s. 63.

¹¹⁸ CHOUDHURY, s. 966.; CHAISEE / JI, s. 479.; CHINKIN, s. 861.; ÖZKAN, s. 248-250.

¹¹⁹ OLIVIER, s. 298-306.

¹²⁰ GERSEN, / POSNER, s. 625.; GUZMAN / MEYER, s. 172, 210 vd.

¹²¹ FOROUGHİ, Payam, The Helsinki Final Act four decades on, Central Asian Survey, V. 36/3, 2017, s. 293-299.

¹²² GUZMAN / MEYER, s. 213-215.

Mesela *Sübvansiyonlar ve Telif Edici Tedbirler Anlaşması* buna örnek teşkil etmektedir¹²³. Yine Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çevre hukuku alanında sürdürülebilir kalkınma ve çevresel etki değerlendirmesi gibi konularda hazırlamış olduğu *rehber ve ilkeler*, uluslararası çevre hukukunun şekillenmesinde çok önemli rol oynamaktadır¹²⁴. Mesela son zamanlarda atmosferin korunması ve silahlı çatışmalarda çevrenin korunması konusundaki rehber ve ilkeler bunun tipik örnekleridir¹²⁵.

Ayrıca uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde çok önemli düzenlemeler hazırlayan Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (*UNCITRAL*) bu alandaki model kuralları hem uluslararası hukuku hem de devletlerin bu alandaki iç hukuk kurallarını değiştirmiş ve bu kuralların yeknesak hale gelmesine öncülük etmiştir. Mesela (2006 tarihinde değişiklik yapılan) 1985 tarihli *Uluslararası Ticari Tahkim Model Kuralları*, (2018 tarihinde değiştirilen) 2002 tarihli *Uluslararası Ticari Arabuluculuk Model Kuralları*, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü ve çözümle ilgili kuralların yeknesak hale gelmesini sağlamıştır. Aynı şekilde açıklayıcı nitelikte rehberler ve kurallar, hem uluslararası hukukun kodifikasyonunda hem de uyuşmazlıkların çözümünde önemli işlevler yerine getirmektedir¹²⁶.

Yine bölgesel veya evrensel nitelikli uluslararası örgütlerin, bağlayıcı olmayan ve fakat devletlerin uluslararası yükümlülüklerini etkilediği kabul edilen kararlarının¹²⁷ uluslararası hukuka etkisi görmezlikten gelinemez. Aslında bu kararların çok büyük bir kısmının uluslararası hukuk kuralı koyma veya olma amacı yoktur¹²⁸. Ancak özellikle devletler, uluslararası işlem veya uygulamalarının meşruluğunu göstermek için bu kararları referans alabilmektedir. Mesela Türkiye'nin 20 Ocak 2018 tarihinde Suriye'nin Af-

¹²³ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf (Erişim tarihi: 15 Ocak 2019).; Anlaşmanın Türkçe metni için bakınız: https://ticaret.gov.tr/data/5b884a7613b87711604c9356/subvansiyonlar_turkce.pdf (Erişim tarihi: 15 Ocak 2019).

¹²⁴ ACER / KAYA, s. 63.; GÜNEŞ, s. 105.

¹²⁵ For Protection of the Atmosphere Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: http://legal.un.org/ilc/guide/8_8.shtml.; For Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: http://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml. (Erişim tarihi: 6 Şubat 2019).

¹²⁶ Sözü edilen rehber ve kurallar ile diğer metinler için bakınız: <https://uncitral.un.org/en/texts> (Erişim tarihi: 6 Şubat 2019).; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: GABRIEL, s. 655-672.

¹²⁷ GUZMAN / MEYER, s. 216.

¹²⁸ AKSAR, s. 90.; BUZZINI, s. 47.

rin bölgesinde teröristleri etkisiz hale getirmek amacıyla başlattığı Zeytin Dalı Harekatı'na dair Türk Silahlı Kuvvetleri basın açıklamasında *Güvenlik Konseyi'nin terörle mücadeleyle yönelik özellikle 1624 (2005), 2170 (2014) ve 2178 (2014) sayılı kararlarına (resolution) atıf yapılmıştır*¹²⁹. Ayrıca BM Genel Kurulu'nun tavsiye (*recommendation*) veya bildirge (*declaration*) gibi bazı kararlarının oybirliği veya ezici bir çoğunlukla alındıklarında, hukuk kuralı olduğuna dair görüşü (*opinio juris*) yansıttıkları söylenmektedir¹³⁰. Uluslararası bir kuralın var olduğuna dair kanıt olarak gösterilen ve hukuki olarak bağlayıcı olmayan ve fakat yine de devletin beklentilerini şekillendiren bu kararlar, doktrin ve uluslararası mahkemeler tarafından dikkate alınmaktadır¹³¹.

Görüldüğü gibi bütün bunlar bağlayıcı olmayan hukuk metnlerinin gelecekte de uluslararası hukukun kodifikasyonu ve şekillenmesinde önemli roller üsteleneceğinin işaretidir. Uluslararası hukukun süjeleri ve özellikle devletler, bağlayıcı olmayan niteliğinden dolayı, egemenlik endişesine kapılmadan kendi iradeleri ile bu metinlere taraf olabilecekleri, bu metinleri iç hukuklarına aktarmak konusunda tereddüt göstermeyecekleri söylenebilecektir.

4.5. Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Bağlayıcı Olmayan Hukuka Başvurulmakta mıdır?

Bağlayıcı olmayan hukuk, bir uyuşmazlığın çözümünde uluslararası yargı önünde kolaylıkla uygulanamadığı düşünülse¹³² de, mahkeme veya hakemlik gibi uluslararası yargı mekanizmaları tarafından doğrudan veya dolaylı olarak bu metinlerden yararlanıldığı görülmektedir¹³³. Başta UAD olmak üzere, çeşitli uluslararası mahkemelerin bazı kararlarında bağlayıcı olmayan hukuka rastlamak mümkündür¹³⁴. Ayrıca uluslararası mahkemelerin yanında

¹²⁹ <https://www.tsk.tr/Home/Detay/489> (Erişim tarihi: 6 Şubat 2019).

¹³⁰ ACER / KAYA, s. 62.; GUZMAN / MEYER, s. 216.

¹³¹ GUZMAN / MEYER, s. 218. Mesela İşgal Altındaki Filistin'de Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları İstişari görüşünde UAD, uluslararası hukukun kural ve ilkelerinin, BM Şartı'nda, diğer andlaşmalarda, teamülde, BM Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararlarında bulunabileceğini ifade etmiştir. Bakınız: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICL, 9 July 2004, p. 86.

¹³² BOYLE, s. 902.

¹³³ GABRIEL, s. 668. "Bağlayıcı olmayan hukukun esnekliği, yargı veya hakemlikte daha fazla kolaylık sağlar, çünkü uluslararası ve iç hukuk arasında bağlayıcı bir sözleşmeyle karşılaştırıldığında daha az çatışma vardır." GABRIEL, s. 656.

¹³⁴ ACER / KAYA, s. 63.

uyuşmazlıkları çözüm faaliyetinde bulunan devlet, hükümet veya uluslararası örgüt yorumlarında da bağlayıcı olmayan hukuka başvurulmaktadır¹³⁵.

Bağlayıcı olmayan hukuk kuralları, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde başvuru olan ticari tahkimde yaygın olarak kullanılmaktadır. Özellikle uluslararası ticari tahkim (veya arabuluculuk) sürecinde *ilke ve kurallar* ile devletlere tavsiye edilen *model kurallar* bunun tipik örneğini teşkil etmektedir¹³⁶. Çünkü tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözümünde, zorunlu devlet yargısına göre, tarafların sürece müdahalesi daha fazladır. Bağlayıcı olmayan hukuk kuralları, taşıdığı esneklik sayesinde taraflara bu imkânı vermektedir. Bu kapsamda devletler, tahkim konusunda genel çerçeveyi çizip, süreci yönetme konusunda taraflara daha fazla alan bırakmaktadır. Taraflar tahkim sürecini yönetecek kurallar ve uygulanacak hukuku büyük ölçüde seçebilmektedir. *UNIDROIT İlkeleri ve Milletlerarası Tahkim Odası Kuralları* buna örnek teşkil etmektedir¹³⁷.

Uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası mahkemeler bağlayıcı olmayan hukuk kurallarını doğrudan ve açıkça uygulayamamaları da, *uyuşmazlığa uygulanacak bağlayıcı kuralların yorumunda* bu metinlerden yararlanılmaktadır¹³⁸. Dünyadaki en önemli uluslararası mahkeme olan *Uluslararası Adalet Divanı*'nın kararlarında bağlayıcı olmayan hukuk, iki şekilde ele alınmıştır. İlki önüne gelen bir uyuşmazlıkta uygulanacak *bağlayıcı kuralları desteklemek suretiyle*, ikincisi ise kendisinden istenen *istişari görüşlerde* değinmiştir. Bir uyuşmazlığın çözümünde verilen kararlar uyuşmazlığın taraflarının dışındakiler için bağlayıcı olmadığı gibi, istişari nitelikte verdiği görüşlerin bağlayıcı olmayan hukuk metni olduğunu vurgulamak gerekir¹³⁹.

UAD, bazı kararlarında bağlayıcı olmayan hukuka, bağlayıcı kuralları destekleme kapsamında başvurmuştur. Özellikle kaynakların paylaşımı ile ilgili uyuşmazlıklarda, yeni uluslararası ekonomik düzenin temelini oluşturan *eşitlik* ilkesini vurgulamıştır¹⁴⁰. Örneğin, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* dava-

¹³⁵ SHAFFER / POLLACK, Hard and Soft Law: What Have We Larned?, s. 212.

¹³⁶ GABRIEL, s. 664.

¹³⁷ ERDEM, Mehveş, Milletlerarası Tahkimde Esnek Hukuk Kuralları (Soft Law), 2016, <http://www.ERDEM-ERDEM.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/milletlerarasi-tahkimde-esnek-hukuk-kurallari-soft-law/> (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019).; Bağlayıcı olmayan hukuk olarak UNIDROIT İlkelerinin işlevi için bakınız: GABRIEL, s. 655-658.

¹³⁸ SHAFFER / POLLACK, Hard and Soft Law: What Have We Larned?, s. 212.

¹³⁹ GUZMAN / MEYER, s. 207-208.

¹⁴⁰ CHINKIN, s. 864.

sında, tarafların müzakere etme yükümlülüğü bulunduğu dair uzlaşlarının yargılamada uygun bir şekilde kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde uygulanan, 1958 tarihli Kıta Sahaneliğine İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin 6. maddesi özel koşullar öngörmekteydi. Bu hükümde yer alan eşitlik ilkesi, bağlayıcı nitelikte olmamasına rağmen UAD tarafından dikkate alınmıştır¹⁴¹.

UAD ayrıca ele aldığı çok sayıda *uyuşmazlıkta*, bağlayıcı olmayan hukuk araçlarını geleneksel uluslararası bir hukuk kuralının varlığının kanıtlanmasında (*opinio juris*) mevcut bir antlaşma ile birlikte değerlendirmiştir¹⁴². UAD, yine benzer şekilde Macaristan ile Slovakya arasında *Gabčíkovo-Nagymaros Projesi*'nin uygulanması sebebiyle çıkan uyuşmazlıkla ilgili 25 Eylül 1997 yılında verdiği kararında, sürdürülebilir kalkınma, çevresel zararların önlenmesi ve çevresel etki değerlendirmesi ile ilgili rehber, ilke ve kararları, devletin hukuka aykırı olmayan fiillerinden dolayı da sorumlu tutulabilmesinde *opinio juris* olarak dikkate almıştır¹⁴³.

UAD dikkat çeken *Barcelona Traction* kararında ise, devletlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri ile devletlerin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükleri arasında bir ayırım yapmıştır. Divan, devletlerin uluslararası topluma karşı yükümlülüklerini *erga omnes* olarak görmüş ve saldırı ve soykırım yasağı, köleliğe ve ırksal ayrımcılığa karşı korunma gibi uluslararası hukuk kapsamındaki bu yükümlülüklerin insan hakları ile ilgili ilke ve kurallardan doğabileceğini belirtmiştir¹⁴⁴. Bu da bağlayıcı olmayan hukuk niteliğindeki bazı ilke ve kuralların, uluslararası bazı temel yükümlülüklerin kaynağı olabileceği anlamına gelmektedir.

UAD ayrıca, nükleer silah kullanımının hukukiliği, İsrail'in işgal altındaki Filistin'de duvar inşası, Kosova'nın bağımsızlık ilanı gibi devletlerin karşı

¹⁴¹ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), ICJ, 25 July 1974. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/55/055-19740725-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019)

¹⁴² BOYLE, s. 906.; CHINKIN, s. 857-859.; KLABBERS, s. 173.; Örnek olarak bakınız: Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua, (Nicaragua V. United States Of America), ICJ, 27 June 1986. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019); Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), ICJ, 3 June 1985. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 7 Şubat 2019).

¹⁴³ ACER / KAYA, s. 93.; BOYLE, s. 907.; Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) karar metni için bakınız: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/7377.pdf> (Erişim tarihi: 6 Şubat 2019)

¹⁴⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase (Belgium v Spain), ICJ, 5 February 1970, p.34.

karşıya kaldığı en önemli jeopolitik sorunlarla ilgili çok sayıda *istişari görüş* bildirmiştir. Bu görüşler her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da uluslararası hukukun en değerli metinleri arasında yer almaktadır. UAD, bağlayıcı olmayan bu metinler yoluyla uyuşmazlıkların çözümünde ve dolayısıyla uluslararası hukukun şekillenmesinde çok önemli bir rol oynamıştır. Mesela UAD'nin Filistin'deki duvar inşası ile ilgili istişari görüşü üzerine, BM Genel Kurulu ve Avrupa Birliği, İsrail'i uluslararası hukuka uymaya çağırmıştır¹⁴⁵.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ise bağlayıcı olmayan hukukun uyuşmazlıkların çözümünde kullanılması konusunda daha sessiz kaldığı, ancak belirli koşullar altında ve içeriklerine bağlı olarak hukuki etkilerinin olabileceği yönünde tavır sergilediği görülmektedir¹⁴⁶. Mesela ABAD, *Polska Telefonia Cyfrowa (PTC)* kararında¹⁴⁷, bağlayıcı olmayan hukuk araçlarının, diğer hukuki araçlar olan *tüzük*, *yönerge (direktif)* ve *kararlarla* birlikte ele alınabileceğini belirtmiştir. Üye ülkelerin yargı organlarına bağlayıcı olmayan hukukun ulusal bağlamda uygulanmasına ilişkin rehberlik eden kararda, bağlayıcı olmayan hukukun hukuki etkisinin ancak sınırlı durumlarda kabul edilebileceği vurgulanmıştır. Kararda hukuki olarak bağlayıcı güç ile kuralların hukuki etkileri arasındaki fark incelenirken, bağlayıcı olmayan hukukun bireylerin hak ve yükümlülükleri üzerindeki önemli sonuçlar doğurduğunu kabul etmemiştir¹⁴⁸. Bilindiği gibi Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Andlaşma'nın 288. maddesi gereği, üye ülkeler için tüzükler ve kararlar bütünüyle, yönergeler sonuçları itibariyle bağlayıcıdır. Dolayısıyla yönergeler şekil ve yöntem açısından, tavsiye ve görüşler ise bütünüyle bağlayıcı nitelikte olmayan metinlerdir¹⁴⁹. Bu tür bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinin bilgilendirici, beyan edici ve yorumlayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁰.

¹⁴⁵ GUZMAN / MEYER, s. 207-208.

¹⁴⁶ KORKEA-AHO, s. 277-278.; Ancak bu yaklaşımın giderek bağlayıcı olmayan hukuk lehine döndüğü hakkında bakınız: TERPAN, s. 68-96.

¹⁴⁷ Polska Telefonia Cyfrowa (PTC), Case C-99/09, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 1 July 2010. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-99/09> (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019)

¹⁴⁸ STEFAN, Oana, European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects, *Modern Law Review*, Vol. 75/5, 2012, s. 893.

¹⁴⁹ Avrupa Birliği Hukukunun ikincil hukuk tasarrufları hakkında geniş bilgi için bakınız: BAYRAM, Mehmet Hanifi, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, Ankara, 2018, s. 156-159.

¹⁵⁰ SNYDER, s. 35.

İnsan hakları, bağlayıcı olmayan hukukun, uluslararası hukukun gelişiminde hayati bir rol oynadığı başka bir alandır. Aslında ulusal kültürel gelenekler ile uluslararası hukuk arasındaki farklılıklar sebebiyle insan hakları alanında belirli somut standartlar üzerinde anlaşma sağlamak zordur¹⁵¹. Bu endişe yüzünden öncelikle bağlayıcı nitelikte olmayan 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ilan edilmiş ve devletlerin bu standartları benimsemesi teşvik edilmiştir. Yine aynı sebeple, kararları bağlayıcı nitelikte olmayan BM İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. Ve nihayet, kararları üye devletler için bağlayıcı olan uluslararası insan hakları mahkemeleri oluşturulmuştur. Bu mahkemelerden birisi ve en etkilisi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir (AİHM). İnsan hakları alanındaki bildirgeler, Komite karar ve raporları ile uluslararası mahkemelerin vermiş olduğu kararlar (tarafların dışındakiler açısından), bağlayıcı nitelikte olmayan hukuk metinleridir. Ancak bu metinler uluslararası hukukta insan haklarının hayata geçirilmesinde önemli izleme ve denetim araçları olarak karşımıza çıkmaktadır.

AİHM de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ayrıntılı hükümlerine rağmen pek çok kararında “insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele” ve “özel ve aile yaşamına saygı” gibi bağlayıcı olmayan hukukun genel ilke ve standartlarına yer vermektedir¹⁵². Yine UAD de, *Tahran'daki ABD Diplomatik ve Konsolosluk Personeli Davasında*, kişileri özgürlüklerinden mahrum etmenin ve fiziksel kısıtlamalara maruz bırakmanın, Birleşmiş Milletler'in temel ilkeleriyle ve İHEB'de sayılan temel prensiplerle uyuşmadığına karar vermiştir¹⁵³. Böylece bağlayıcılığı olmayan bir hukuk belgesi olan İHEB'deki ilkeler, uluslararası yargı kararının temelini oluşturmuştur.

Ayrıca burada bağlayıcı olmayan hukuk kapsamındaki uluslararası yargı veya hakemlik kararlarının uluslararası hukuktaki farklı bir etkisini özellikle belirtmek gerekir. O da şudur: Uluslararası hukukun temel ilke ve kurallarını ifade eden bazı kararlar, benzer uyuşmazlıklar için verilen kararlarda referans olarak gösterilmektedir. Çünkü uluslararası yargı sistemi, kararlarıyla, bağlayıcı kurallarla birlikte bağlayıcı olmayan kuralları da güçlendirmektedir¹⁵⁴.

¹⁵¹ GUZMAN / MEYER, s. 210-211.

¹⁵² ABBOTT / SNIDAL, s. 433.

¹⁵³ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), ICJ, 24 May 1980, p. 91. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 8 Şubat 2019).

¹⁵⁴ ABBOTT / SNIDAL, s. 428.

Bilindiği gibi uluslararası yargı veya hakemlik kararları kural olarak tarafları bağlar. Üçüncü kişiler için bağlayıcı nitelikte değildir. Ancak bir uyuşmazlıkla ilgili verilen herhangi bir yargı veya hakemlik kararında bulunan *ilke* ve *kurallar* daha sonra benzer içerikteki başka bir yargılamada kullanılabilir. Özellikle UAD ve AİHM'nin pek çok kararında buna dair örnekler bulmak mümkündür¹⁵⁵. Bu da üçüncü kişiler için bağlayıcı olmayan uluslararası yargı veya hakemlik kararlarının uyuşmazlıkların çözümündeki önemli işlevini göstermektedir.

Sonuç

Baxter'in dediği gibi “hukukçu aslında bir sosyal mühendis gibi olmalı ve devletler arasındaki uyuşmazlıkların ve farklılıkların çözümüne yardımcı olacak araçları icat edebilmeli veya üretebilmelidir, hukuk kurallarını tarafların ihtiyaçlarına uygun olarak değiştirebilmelidir. Bunun için farklı şekil (biçim) ve içerikte kurallar hazırlanması için hukukun sınırsız çeşitliliğinden yararlanabilmelidir”¹⁵⁶. Yeter ki bu değişiklikler belirli kurallara göre ve belirli sistem içinde yapılabilir. Çünkü uluslararası toplum üyelerinin davranışlarını ve ilişkileri düzenlemenin tek yolunun bağlayıcı hukuk kuralları olmadığı açıkça görülmektedir.

Elbette bağlayıcı hukuk kurallarında olduğu gibi bağlayıcı olmayan kuralların da avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. Bağlayıcı olmaması, belirsizlik doğurması, güvenilirlik taşınamaması, meşruluk tartışması, pozitif kurallarla çatışma olasılığı taşıması, güçlü devletlerin dayattığı kuralları kabullenme riski barındırması, fiili bağlayıcılık durumu ve denetim/yaptırım mekanizmasını yokluğu/zayıflığı, bağlayıcı olmayan hukukun dezavantajları arasında sayılmaktadır. Uluslararası ilişkileri düzenleme, bağlayıcı kuralların yapılmasına ortam hazırlama, esneklik ve uyulanabilirlik, basitlik, kolaylık ve hız, yapılış ve uygulama sürecine daha fazla katılım sağlama, egemenlik endişelerini azaltması ve uzlaştırma bağlayıcı olmayan hukukun en önemli avantajları arasında yer almaktadır.

¹⁵⁵ Örnek olarak bakınız: Nikaragua kararında, daha önce verilmiş olan Libya ile Malta arasındaki Kıta Sahaneliği davası kararından yararlanılmıştır. Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua, (Nicaragua V. United States Of America), ICJ, 27 June 1986. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019).

¹⁵⁶ BAXTER, s. 566.

Beyanname, rehber, ilke, model kural veya tavsiye gibi adlarla karşımıza çıkan işbu bağlayıcı olmayan hukuk metinlerinin uluslararası hukukta önemli bir işlevi yerine getirdiğinde şüphe yoktur. Bu işlevler, bağlayıcı kuralların yapılmasına ortam hazırlanması, uluslararası hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması, uluslararası teamül veya temel ilkelerin yazılı hale getirilmesi, uluslararası andlaşmalar ve teamül kurallarının dışında uluslararası hukuk sükjelerinin yapımaları veya kaçınmalarına dair diğerkuralların belirlenmesi şeklinde saymak mümkündür. Bu bağlamda bağlayıcı hukukun, bağlayıcı olmayan hukuka alternatif olup olmadığı tartışmasına girmeden, bu araçların bir ihtiyacı karşıladığı ve gelecekte de uluslararası hukukun şekillenmesinde önemli bir işlevi yerine getireceğı rahatlıkla söylenebilecektir.

Kaynakça

- ABBOTT, Kenneth W. / SNIDAL, Duncan, Hard and Soft Law in International Governance, International Organization, Vol. 54/3, 2000, (pp. 421-456).
- AKSAR, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuku-I, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- BAXTER, R. R., International Law in “Her Infinite Variety”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 29, No. 4, 1980, (pp. 549-566).
- BAYRAM, Mehmet Hanifi, Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, Ankara, 2018.
- BRUMMER, Chris, How International Financial Law Works (and How It Doesn't), Georgetown Law Journal, Vol. 99, 2011, (pp. 257-327).
- BUZZINI, Gionata P., The development of international law: Alternatives to treaty-making? Max Planck Institute, 14-15 November 2003, International Law Forum du droit international, 2004, (pp. 46-51).
- CHAISEE, Julien-JI, Xueliang, Soft Law in International Law-Making: How Soft International Taxation Law in Reshaping International Economic Governance, Asian Journal WTO and International Health Law and Policy, Vol. 13, 2018, (pp. 463-609).
- CHINKIN, C. M., The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 4, October-1989, (pp. 850-866).
- CHOUDHURY, Barnali, Balancing Soft And Hard Law For Business And Human Rights, International and Comparative Law Quarterly, Vol 67, October-2018, (pp. 961-986).
- ERDEM, Mehveş, Milletlerarası Tahkimde Esnek Hukuk Kuralları (Soft Law), 2016, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/milletlerarası-tahkimde-esnek-hukuk-kurallari-soft-law/> (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019).
- FOROUGHİ, Payam, The Helsinki Final Act four decades on, Central Asian Survey, V. 36/3, 2017, (pp. 293-299).
- GABRIEL, Henry, D., The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 34/3, 2009, (pp. 655-672).
- GERSEN, Jakob E.-POSNER, Eric A., Soft Law: Lessons from Congressional Practice, Stanford Law Review, Vol. 61, No. 3, December-2008, (pp. 573-627).
- GOLDMANN, Matthias, We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law, Leiden Journal of International Law, Vol. 25, 2012, (pp. 335-368).

- GUALTIERI, David S., The system of non-proliferation export controls, Commitment and Compliance - The role of non-binding norms in the international legal system, (Dinah Shelton, Ed.), Oxford University Press, 2000.
- GUZMAN, Andrew T. / MEYER, Timothy L., International Soft Law, Journal of Legal Analysis, Volume 2, Number. 1, Spring-2010, (pp. 171-226).
- GÜNEŞ, Ahmet M., Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme, İÜHFMC LXX, S. 1, 2012, (pp. 83-114).
- HILLGENBERG, Hartmut, A fresh look at soft law, European Journal of International Law, Vol. 10 No. 3, 1999, (pp. 499-515).
- KLABBERS, Jan, The redundancy of soft law, Nordic Journal of International Law, No. 65, 1996, (pp. 167-182).
- KORKEA-AHO, Emilia, EU soft law in domestic legal systems: flexibility and diversity guaranteed?, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 16/3, 2009, (pp. 271-290).
- LIPSON, Charles, Why are Some International Agreements Informal?, International Organization, Vol. 45, No. 4, Autumn-1991, (pp. 495-538).
- MEYER, Timothy, Soft Law As Delegation, Fordham International Law Journal, Volume 32, Issue 3, 2008.
- OLIVIER, Michèle, The relevance of ‘soft law’ as a source of international human rights, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 35, No. 3, November-2002, (pp. 289-307).
- OWADA, Hisashi, Pactum de contrahendo, pactum de negotiando”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <http://opil.ouplaw.com> (Erişim tarihi: 20 Aralık 2018).
- ÖZKAN, Işıl, Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- RAUSTIALA, Kal, “Form and Substance in International Agreements, American Journal of International Law, Vol. 99, No. 3, July-2005, (pp. 581-614).
- REISMAN, W. Michael, A Hard Look at Soft Law, Faculty Scholarship Series Paper, 1988, (pp. 373-376), s. 373-375, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/750 (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019).
- SCHACHTER, Oscar, The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements, American Journal of International Law, Vol. 71, No. 2, April-1977, (pp. 296-304).
- SHAFFER, Gregory C. / POLLACK, Mark A., Hard and Soft Law: What Have We Learned?, Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art, (JL Dunoff, MA Pollack, Eds), Cambridge University Press, 2013, (pp. 197-222).

- SHAFFER, Gregory C. / POLLACK, Mark A., Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance, *University of Minnesota Law Review*, Vol. 94, 2010, (pp. 706-799).
- SHELTON, Dinah, Law, non-law and the problem of ‘soft law, Commitment and Compliance - The role of non-binding norms in the international legal system, (Dinah Shelton, Ed.), Oxford University Press, 2003.
- SNYDER, Francis, The Effectiveness of EC Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques, *Modern Law Review*, Vol. 56/1, 1993, (pp. 19-56).
- STEFAN, Oana, European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects, *Modern Law Review*, Vol. 75/5, 2012, (pp. 879-893).
- TERPAN, Fabien, Soft Law in the European Union-The Changing Nature of EU Law, *European Law Journal*, Vol. 21, No. 1, January 2015, (pp. 68-96).
- TRUBEK, David M. - TRUBEK, Louise G., Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role Of the Open Method of Co-ordination, *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, May-2005, (pp. 343-364).
- TRUBEK, David M. / COTTRELL, Patrick / NANCE, Mark, “Soft Law,” “Hard Law,” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, *Law And New Governance in the EU and the US*, (Grainne de Burca - Joanne Scott, Eds), 2006.
- WEIL, Prosper, Towards Relative Normativity in International Law?, *American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 3 July-1983, (pp. 413-442).
- ZARING, David, Informal Procedure, Hard and Soft, in *International Administration*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, No. 2, 2005, (pp. 547-603).

Kararlar

- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase (Belgium v Spain), ICJ, 5 February 1970. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 8 Şubat 2019).
- Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua, (Nicaragua V. United States Of America), ICJ, 27 June 1986. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019).
- Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), ICJ, 3 June 1985. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 7 Şubat 2019).

- Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), ICJ, 25 July 1974. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/55/055-19740725-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019).
- Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) karar metni için bakınız: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/7377.pdf> (Eriřim tarihi: 6 řubat 2019).
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ, 9 July 2004. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 7 şubat 2019).
- Lotus Case (France v. Turkey), Judgment, PCIJ, (7 September 1927) Series A No. 10. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (Erişim tarihi: 7 şubat 2019).
- Polska Telefonia Cyfrowa (PTC), Case C-99/09, CJEU, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 1 July 2010. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-99/09> (Erişim tarihi: 13 Ocak 2019).
- United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), ICJ, 24 May 1980, p. 91. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 8 şubat 2019).