

PAPER DETAILS

TITLE: Ulus Devletin Ortaya Çıkisından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlastirmalari

AUTHORS: Levent KORKUT

PAGES: 31-78

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102157>

Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlaştırmaları

Sovereignty Conception in The Public Law From The Emergence
of The Nation State to The Present Day

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Sovereignty is one the fundamental concepts of nation state. Nation state has constructed a different understanding of sovereignty since 17th century. In this article, the different definitions of and approaches to the concept produced by the prominent legal scholars in last four hundred centuries have been summarized and the transformation of the content of the concept has been analyzed. This historical review indicates the fact that absolute and individual will oriented understanding of classical sovereignty has evolved into an institution and law focused conceptualization. The most important result of this change in understanding of the concept in positive legal theory is to move away from the discourse resembling state and individual will and reducing law to the will of the person, to the perspective identifying the state with law which is defining the borders of the power of the state organs. The article is also touch upon the impact of international and supranational structures on construction of the discourse of sovereignty.

Keywords: Sovereignty, nation state, legal theory, international law, supranational law.

A- Klasik Egemenlik Kuramının Ortaya Çıkışı

1- Bodin ve Klasik Egemenlik Kuramı

Ulus devletler çağına girerken klasik egemenlik öğretisinin temelleri on altıncı yüzyılda atılmıştır. Egemenlik kavramını bugünkü anlamına yakın ilk kullanan düşünür olan Bodin, klasik egemenlik kuramının kurucusu olarak kabul edilir. Bodin egemenlik konusundaki ünlü çalışması “Devlet Üzerine Altı Kitap”

(*Les six livres de la république*) adlı eserinden önce yayınladığı “Tarihin Kolay Anlaşılabilmesi İçin Metot” (*Methodus ad facilem historiarum cognitionem*) başlıklı çalışmasında egemenliğin görünüm biçimlerini ele alır. Yazar, bu eserde özel hukuka dayanan Roma hukukunun temel yapısı *Corpus Juris Civilis* ile bir imtiyazlar kataloğundan farklı olmadığını ileri sürdüğü feodal ortaçağ hukuk metinlerinden uzaklaşarak eski Yunan felsefecilerinin görüşlerine yönelir. Bodin, Aristoteles, Polybius ve Dionysius’un eserlerinden hareketle egemenliğin beş farklı görünüm biçimi olduğunu tespitini yapar.¹ Bu görünüm biçimlerinden ilki ve en önemlisi yüksek bürokratların atanması ve görev alanlarının belirlenmesi iktidardır. Egemenlik, ikinci olarak, yasa çıkarma ve var olan yasaları yürürlükten kaldırma iktidarını içerir. Daha sonra sırasıyla; savaş ve barış ilanı, yüksek hâkimlerin başvurularının nihai karara bağlanması ve bireylerin yaşamlarını bağışlama iktidarlara gelir.

Bodin “Devlet Üzerine Altı Kitap” adlı çalışmasında egemenliğin görünüm biçimlerine yeniden değinir ancak bu kez önemli bir değişiklik göze çarpar. Eserin Birinci Kitabı’nın “Egemenlik Üzerine” başlığını taşıyan 8. Bölüm’ünde, egemenliğin birinci görünüm biçiminin yasa koyma gücü olduğu ve devletin bu gücünün genel emir verme gücüne dayandığı; egemenliğin diğer tüm görünüm biçimlerinin emir verme gücünün bir uzantısı olduğu görüşüne yer verilir. Bodin bu birincil görünümünden hareketle egemenliği, bir siyasi sistem içinde vatandaşlar ya da buyruk altında bulunanların tabi olduğu mutlak ve daimi iktidar olarak tanımlar.²

Egemenliğin mutlaklığı, yasama gücünün tek elde toplanması ve daha üstün bir otorite olmaması anlamına gelir. Egemen iktidar başka bir güç tarafından sınırlandırılmaz çünkü bu iktidar belli yükümlülükler ve koşullara tabi tutulmaya çalışıldığında ortada egemenlik kalmaz. Bir devlet sistemi içindeki tüm iktidar ve yetkiler egemenlikten kaynaklanır. Egemen, yasa yapma tekelinin yanında mevcut yasaları bozma ve ortadan kaldırma üstün iktidarına da sahiptir. Egemen, yasaları yaparken ve ortadan kaldırırken dilediği gibi hareket eder; ne kendi yasalarına ne de daha önce yapılmış yasalara bağlıdır. Kısacası, yasa egemenin buyruğudur.³ Yasa bu yönüyle hukuktan da ayrılır. Hukuk, hakkaniyet ve doğruluğa işaret eder; Bodin’e göre hukuk, etikdir. Egemenin mutlak buyruğu

1) Yazarın böyle bir yaklaşımı benimsemesinde yaşamı boyunca hukuk tarihi ve karşılaştırmalı hukuk alanlarında çalışmasının etkisi yadsınamaz. Ancak bir diğer etken Bodin’in bir ayağı antikçağda ve ortaçağda bir ayağı yeniçağda bir düşünür olmasıdır. Bkz. George H. Sabine (1961) **A History of Political Theory**, Holt, Rinehart and Winston, New York, s. 400.

2) Jean Bodin (1992) **On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth** (der. Julian H. Franklin), Cambridge University Press, Cambridge, s. 1-4.

3) Bodin, a.g.e., s. 11.

olan yasa hukuktan önce gelir ve ona üstündür.⁴ Bir devlet sistemi içinde tüm diğer iktidarlar egemenin bu yasama iktidarına tabidir. Böylece Bodin, yargı iktidarının yasama iktidarına tabi olduğunu vurgular. Tanrıdan sonra egemen gelir.⁵

Egemenliğin ikinci unsuru daimiliği ya da sürekliliğidir. Egemen ile devletin çeşitli organlarında görev yapan yöneticiler birbirine karıştırılmamalıdır. İkincilerin yetkileri görev süreleri ile sınırlıdır. Bu nedenle bu yetkileri kullananlar egemen değil sadece yönetici olabilirler. Yöneticinin meşruiyeti egemene dayanır ve yönetici ne egemenin iradesine ne de onun vazettiği yasalara karşı çıkabilir. Kısacası, devlet sistemi içindeki tüm yöneticiler egemenden kaynaklanan türev bir iktidarı kullanırlar. Egemen ise, iktidarını ömrü boyunca kullandıktan sonra kendisinden sonra gelene devreder. Egemenlik hiçbir kopukluk olmadan kuşaktan kuşağa aktarılır. Bu süreklilik sayesinde siyasi iktidar, onu kullananlardan bağımsız bir varlık kazanır.⁶

Devletin somut bir olgu haline gelmesi bu süreklilik düşüncesinin ürünüdür. Bodin'in egemenliğin bir unsuru olarak ortaya koyduğu süreklilik, onun modern devlet kuramına yaptığı en önemli katkı olarak görülmektedir. Süreklilik, siyasi iktidarın onu kullanan kişi ya da kişilerden bağımsızlaşması anlamına gelir. Devletin, yöneticileri, prensleri, kralları aşan bir gerçekliği vardır.⁷

Egemenliğin mutlaklığının ve sürekliliğinin önemli bir sonucu bölünmezliğidir. Egemenlik toplumun tümünde ya da bir kişide olabilir ancak parçalanamaz. Bodin, üstün iktidarın parçalanmaya çalışılmasının onu yok edeceğini ve devleti yozlaştıracağını savunur. Egemenliğin bölünmeye çalışılması, düzensizlik ve kargaşanın kabul edilmesi demektir.⁸

Bodin, egemenlik konusundaki yaklaşımının evrenselliğine de işaret etmiştir. Yazar, farklı rejim türleri olabileceğini kabul etmekle birlikte, farklı devlet türleri olmadığı görüşündedir. Bu nedenle monarşi, aristokrasi ya da demokrasi olmalarına bakılmaksızın tüm devletler için egemenlik aynı niteliklerden oluşur. Monarşide egemenlik kralda; aristokraside bir grubun elinde; demokraside ise halktadır. Egemenliğin en iyi kullanımı monarşilerde olanaklıdır. Fakat bu, diğer rejim türlerinin reddi anlamına gelmez; yeter ki egemenlik parçalara bölünmeden kullanılsın.⁹

4) M. A. Ağaoğulları, C.B. Akal ve L. Köker (1992) **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, İmge Kitabevi, Ankara, s. 20.

5) Bodin, a.g.e., s. 4.

6) Bodin, a.g.e., s. 3 vd.; Ağaoğulları, Akal ve Köker, a.g.e., s. 22-23.

7) Ağaoğulları, Akal ve Köker, a.g.e., s. 23, 25.

8) Bodin, a.g.e., s. 104-105

9) Bodin, a.g.e., s. 89 vd.

Bu mutlak egemenlik anlayışına rağmen, Bodin kralın egemenliğinin tamamen sınırsız olmadığı görüşündedir. Doğal hukuk ve gelenek hukukunun yerleşmiş ilkeleri kralın mutlak yetkilerinin sınırlarıdır. Bodin'e göre kral doğal hukuka saygı duymalı, tebaanın mülkiyet hakkını ve kişisel özgürlüklerini yok edecek düzenlemelerden kaçınmalı, yeni vergiler koyacağı zaman mahkemelerin görüşünü almalıdır. Kral gelenek hukukunun yerleşmiş ilkelerini ihlal etmemeye de özen göstermelidir. Bodin'in "temel yasalar" adını verdiği bu kurallar arasında, kralların tahta geçişlerinde uygulanan ardılık ilkesi ve kamu mülkiyetindeki toprakların başkalarına devredilmemesi ilkesi yer alır.¹⁰

Bodin'i egemenlik kuramının kurucusu konumuna getiren, günümüze kadar etkisini sürdüren ve "klasik egemenlik kuramı" olarak adlandırılan yaklaşım, bu egemenlik tanımından hareketle oluşturulmuştur. Bu yaklaşım ile Bodin, çağının karşılıklı yükümlülüklerle dayalı ve kademelendirilmiş feodal iktidar anlayışına aykırı biçimde, tüm yetkilerin kaynağını kralın üstün emir verme gücünde bulduğu bir kuramsal çerçeve inşa etmiştir. Kralın iktidarını belirleyen artık ne feodal soylular ne papalık ne de Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'dur. Feodal iktidar merkezlerinin kralın üstün iktidarına tabi kılınması ve Hristiyan dünyasında egemenliğini sürdüren, gerek dini gerek laik evrensel iktidarların sınırlandırılması, ulus devletin doğuşunun habercisidir.

Bodin'in iki eseri arasındaki farklılık çarpıcıdır. 1566 yılında kaleme alınan "Tarihin Kolay Anlaşılması İçin Metot", kralın otoritesini sınırlayan, dönemin geleneksel Fransız anayasacılığının etkisini yansıtır. Bodin bu eserinde egemenliğin bir yetkiler toplamından oluştuğuna işaret eder. On altıncı yüzyılın ilk döneminde yaşamış Claude de Seyssel'e kadar uzanan klasik yaklaşım geleneği, kralın üstün yetkilerini ve egemenliğini kabul etmekle birlikte bu üstün otoritenin hukuka uygun davranmasını ve yerel ya da genel yarı-bağımsız konseylerin onayı alınmadan yasalarda değişiklik yapılmamasını savunur. Kral, gelenek hukuku ve temel yasalarla bağlıdır, dolayısıyla yetkileri mutlak değildir. Buna karşın tam on yıl sonra, 1576'da yazılan "Devlet Üzerine Altı Kitap"ta egemenlik, basit bir yetkiler toplamı olarak değil mutlak ve daimi iktidar olarak tanımlanmıştır. Bu tanım her şeyden önce mutlakiyetçi iktidarı meşrulaştırmaya yönelik bir çabayı yansıtır.¹¹

Bodin'in görüşleri üzerinde dönemin siyasi gelişmelerinin etkisi belirleyici bir öneme sahiptir. 1560'larda Fransa'da Protestanlar ile devlet güçleri arasında zaman zaman silahlı çatışmalar çıksa da Bodin, iyimser bir görüşle, sivil savaş

10) Julian H. Franklin, **Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory** (1973) Cambridge University Press, Cambridge, s. 30.

11) Julian H. Franklin (1992) "Introduction", **On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth** (der. Julian H. Franklin), Cambridge University Press, Cambridge, s. ix-xxvi.

çıkmayacağı düşüncesindedir. Durum on yıl sonra çok değişmiştir. St. Bartholomew Günü katliamından sonra sivil savaşın kaçınılmaz olduğu düşüncesi ağırlık kazanmıştır. Bodin, devletin varlığının tehlikeye girdiği düşüncesindedir. Fransa kralına mutlak iktidar tanınması siyasi istikrarın en önemli koşuludur.¹²

Yazarın doğal hukuka ve gelenek hukukuna yaptığı vurgular, kendisinin katı bir mutlakiyetçi olmadığını göstermektedir. Siyasi düşünceler tarihçisi Jean-Jacques Chevallier'e göre Bodin, din savaşlarından ve bu savaşların kraliyetin birliğine yönelik tehditlerinden etkilenmiş ve bu nedenle mutlakiyet ile doğal hukuku uzlaştırarak siyasi iktidarın üstünlüğünü öne çıkaran bir egemenlik anlayışı geliştirmiştir. Bodin'in egemenlik anlayışı, kralı Katolikler ile Protestanlar arasındaki gerilimi yatıştıracak bir hakem konumuna getirmek amacını güder. Fransa kralı bu hakem konumunu ancak her türlü yetkiyi kendisinde toplayarak elde edebilir. Papanın ve imparatorun emirlerine boyun eğen bir kral ise böyle bir hakemliği gerçekleştirecek tarafsızlığa sahip olamaz.¹³

2- Kuramdan Uygulamaya

Bodin tahminlerinde yanılmamıştır. Savaş 1618 yılında başlar ve Avrupa'nın çeşitli bölgelerinde 1648 yılına kadar devam eder.¹⁴ Otuz Yıl Savaşları adıyla tarihe geçen savaşın temel nedeni Katolikler ile Protestanlar arasındaki çatışma olmakla birlikte siyasi sorunlar ve ticari çıkarlar da savaşın geniş bir alana yayılmasında rol oynamıştır. Otuz Yıl Savaşları 1648 Westphalia Barış Antlaşması ile sona erer.¹⁵ Leo Gross'a göre Westphalia sıradan bir antlaşma değil, günümüze kadar süre gelen ve ulus devleti temel alan bir uluslararası düzenin kurucu belgesidir.¹⁶

12) Franklin, a.g.m., s. xiii-xiv.

13) Jean-Jacques Chevallier (1963-1964) **Histoire des idées politiques**, Fascicule I, Les Cours de Droit, Paris, s. 21-22. Bodin'in egemenlik öğretisinin bu yönü ileride iç ve dış egemenlik olarak egemenliğin iki ana görünüm biçimine vücut verecektir. Bkz. Bruo de Witte (1998) "Sovereignty and European Integration, the Weight of Legal Tradition", **The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence** (der. Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet ve J. H. H. Weiler), Hart Publishing, Oxford, s. 279.

14) Otuz Yıl Savaşları birbiriyle bağlantılı bir dizi savaşın tümüne verilen addır. Savaş Avusturya'daki Habsburg Hanedanı'nın Bohemya'da yaşayan Protestan tebaaya Katolikliği zorla kabul ettirme girişimiyle başlar. Bu zorlama karşısında Protestanlar Katoliklere karşı direnir. Direniş kısa zamanda başka çatışmalara yol açar ve Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu Fransa'ya; Alman prenslikleri de İmparatorluğa karşı savaş ilan eder. Fransa ayrıca Habsburgların kontrolindeki İspanya ile savaş başlatır. İsveç, Danimarka, Polonya, Rusya, Hollanda ve İsviçre de savaşa dahil olur.

15) Din Savaşlarını sona erdirecek barış antlaşmasının görüşmeleri 1644 yılında Münster ve Osnabrück kentlerinde başlar. Görüşmelere küçükü büyüklü 194 Avrupa devleti katılır. Dört yıl süren görüşmeler sonunda 24 Ekim 1648 tarihinde antlaşma imzalanır.

16) Leo Gross (1998) *The Peace of Westphalia, 1648-1948*, **International Law, Classic and Contemporary Readings** (der. Charlotte Ku ve Paul F. Diehl), Lynne Rienner Publishers, Londra, s. 60.

Din savaşlarının sona erdiği dönemde Avrupa'nın siyasi coğrafyası üç farklı yapıdan oluşuyordu. Bunlardan ilki papalığın kutsal otoritesi altında hüküm süren Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'ydu. Osmanlı İmparatorluğu hariç tüm Hristiyan Avrupa bu evrensel iktidarın egemenlik alanı içindeydi. Papalık ve İmparatorluğun evrensel devlet modelinin tehdidini daima hisseden ancak özerk olmaya gayret eden Avrupa krallıkları ikinci grubu oluşturuyordu. İngiltere ve Fransa, daha 1300'lerde özerkliklerini sağlamışlardı. Özerk Batı Avrupa monarşilerinde henüz merkezîyetçi iktidarlar kurulmamıştı. Bu devletlerin kendi sınırları içinde de kademeli feodal iktidar alanları vardı. Son grubu, küçük coğrafi alanlara sıkışmakla birlikte ticaret merkezleri haline gelen ve dolayısıyla zenginleşen özerk şehir devletleri oluşturuyordu. Bu şehir devletleri özellikle Kuzey Avrupa'da, Hansa Konfederasyonu bölgesinde ve Güney Avrupa'da, İtalya'da ortaya çıkmıştı. Papalık ve İmparatorluk bu iki grup üstünde ruhani ve laik egemen yetkilere sahipti ya da fiilen egemen olmasa da bu iddiadaydı. Özetle 17. yüzyıl Avrupası, siyasi örgütlenme bakımından, imparatorluktan feodal beylere kadar uzanan, karşılıklı imtiyazlara dayalı, karmaşık, kademeli ve iç içe geçmiş bir iktidarlar bütünüydü.¹⁷

Parçalanmış iktidarların toplamından oluşan orta çağ Avrupası'nda, Bodin tarafından kurgulanan ve günümüzde de geçerliliğini koruyan bir egemenlik anlayışının varlığından bahsetmek olanaklı değildi. İsa-taklitçi iktidar anlayışına dayalı ortaçağ siyasi düzeni din temelinde kurgulanmıştı. Bu ruhani düzene göre, doğru inanç sahibi Hristiyanlar tek bir organizmanın üyeleri idi. Her birey kendi kimliğine ve amacına ancak bu birlik içinde kavuşabilirdi. Tüm Hristiyan dünyası tek bir organizma olarak algılanıyor ve herkes aynı hukuka ve aynı ahlaka bağlı olduğu için hiçbir otoritenin kendini diğerinden bağımsızlaştırması meşru görülüyordu. Organizmanın farklı parçaları arasında iş bölümü vardı. Bu nedenle karmaşık bir hiyerarşik yapı içinde papa, imparator, krallar, baronlar, dukeler, kontlar ve köylüler birbirlerine karşılıklı imtiyaz ve sorumluluklarla bağlanmıştı. Kilise nasıl İsa'nın vücudunda birleşmişse, toplum da kilisenin çatısı altında bir araya gelmişti. Evrensel kiliseden başka bir devlet kabul edilemezdi (*Nulla communitas dicitur vera respublica nisi ecclesiastica*).¹⁸

Kutsal vücut metaforuna dayalı Hristiyan devletinin (*Res Publica Christiana*), Thomas Aquinas gibi düşünürlerce ortaya konan ideal şekliyle yaşama geçirilip geçirilmediği tartışılabilir. Ancak kesin olan şey, orta çağda papa ve imparator

17) Perry Anderson (1974), *Lineages of the Absolutist State*, NLB, Londra, s. 15-41.

18) H. Kantorowicz (1957) *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, Princeton; Michael Wilks (1963) *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge.

da dâhil olmak üzere hiç kimsenin mutlak anlamda egemen olmadığıydı.¹⁹ Gerçi papistler papanın iktidarından (*potestas, sacerdotum*), Dante ve Marsilyalı Padua gibi düşünürler ise imparatorun iktidarından (*imperium*) bahsediyorlardı ancak tüm bu görüşler kuramdan öteye geçemiyordu. Gerek papa, gerekse imparator, krallıkların ve diğer soylulara ait bölgelerin içişlerine müdahale etse de bu müdahalenin sınırları vardı. Krallar ve soylular gerektiğinde gelenek hukukuna dayalı imtiyazlarını ileri sürerek müdahalelere karşı çıkabiliyordu. Bu kademelendirilmiş iktidarlar hiyerarşisi, dönemin Avrupası'nı Asya devletlerinden ayıran önemli bir özellikti.²⁰

Orta çağda bugünkü anlamda bir anayasadan bahsetmek olanaklı değildi. Papa ve kilise mahkemeleri, evrensel etik standartları uygulama ve yorumlama yetkisine sahipti ancak egemen bir devlette olduğu gibi, kuvvet kullanmaya yetkili organların, hakların ve hukuki usullerin yasalar ile belirlenmesi söz konusu değildi. Siyaset bilimci John Ruggie bu tablodan hareketle Avrupa orta çağında yad erkliğin (*heteronomy*) geçerli olduğunu söyler. Yad erklik, özerkliğin karşısıdır ve dışarıdan gelen yasa ya da buyruğa itaat ya da bunlara göre hareket etme anlamına gelir.²¹

Westphalia Antlaşması papalık ve imparatorluğun evrensel yetkilerini kısıtlamış; organizmacı ve Roma Kilisesi'ne dayalı devlet anlayışının ciddi darbeler almasına yol açmıştır. Barış ile Avrupa'da ilk kez ve uzun bir dönem için güçler dengesi sağlanmıştır. Antlaşma metninin hiçbir yerinde egemen devletlerden bahsedilmez ancak barışın sürdürülmesi misyonu, güçler dengesine ve devletler sistemini oluşturan bağımsız birimlere verilmiştir. Bu, her şeyden önce, papalığın evrensel otoritesinin ve üstünlüğünün reddi anlamına gelmektedir.²²

Westphalia'nın galibi başta Fransa ve İsveç olmak üzere Avrupa monarşileridir. Antlaşma, Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'nun Avrupa'nın tümüne hâkim olmaya yönelik girişimlerini engelleyecek yeni bir uluslararası düzen kurmuştur. Kralların, imparatorluğun müdahalesi olmaksızın kendi tebaası üzerinde tam iktidar kullanacağı kabul edilmiş; yasa yapımı, vergi koyma ve dış politika konularında krallıklar karar alıcı bağımsız birimler konumuna getirilmiştir. Öte yandan, Avrupa'da dokuz yüze ulaşan feodal siyasi birimlerin sayısı üç yüze indirilmiştir. Böylece krallıklar evrensel iktidarın egemenliğinden çıkarken, ye-

19) Daniel Philpott (1999) "Westphalia, Authority, and International Society", **Political Studies**, Cilt XLVII, s. 579.

20) Anderson, a.g.e., s. 398.

21) John G. Ruggie (1986) "Continuity and Transformation in the World Polity: Towards a Neorealist Synthesis", **Neorealism and its Critics** (der. Robert O. Keohane), Columbus University Press, New York, s. 131-158.

22) Gross, a.g.m., s. 62.

rel iktidarların imtiyazlarının bir kısmından da kurtulmuşlardır. Antlaşma ile Birleşik Vilayetler (bugünkü Hollanda) ve İsviçre'nin kuruluşuna da karar verilmiş, şehir devletlerinin bağımsızlıkları kabul edilmiştir.²³

Westphalia'nın papalık ve imparatorluğun evrensel iktidarını sarsan önemli hükümlerinden biri "krallın dini, ülkenin dinidir" (*cuius regio, eius religio*) kuralıdır. Bu kural ile krallar, kendi ülkelerindeki egemenliklerini evrensel iktidara karşı koruma şansı bulmuşlardır. Aslında aynı ilkeye sadece Alman prenslikleri bakımından 1555 Augsburg Antlaşması'nda da yer verilmiş ancak uygulanmamıştır. Bu ilkenin uygulamaya geçirilmesi ile birlikte Avrupa artık tek bir kilisenin otoritesine tabi olmaktan çıkmıştır.²⁴

Orta çağ Avrupası'nın siyasi örgütlenmesi, cemaati esas alan ve belli bir ülkeye bağlı olmayan kademelendirilmiş iktidarlara dayanıyordu. Siyasi iktidar özerk değildi; iktidarı kullananlar başkalarının koyduğu kurallara uymak zorundaydı. Son olarak da, siyasi otorite meşruluğunu tamamen iç referanslardan sağlıyordu ve dış meşruiyet söz konusu değildi. Yeni düzen ile egemen devlet, uluslararası sistemin temel birimi haline getirildi. Avrupa, özerk devletler ve ülkeler olarak algılanmaya başladı ve devletlerin yetkileri kendi ülkeleriyle sınırlandırıldı, dışarıdan müdahaleler önleildi, feodal birimlerin imtiyazları azaltıldı. Devletlerin meşruiyeti iç unsurlar yanında bir dış referansa, uluslararası hukuka bağlandı.²⁵

Westphalia Antlaşması ne kralların egemenliklerine, ne de Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'nun gelecekteki statüsüne ilişkin doğrudan bir hüküm içerir. Bununla birlikte Antlaşma organizmacı söylemin tüm meşruiyetini ortadan kaldırmıştır. İktidarın bölgelere dağıtılması sonucunda, uyum ve ruhani temelli organizmacı yaklaşım yerini anarşik bir düzene bırakmıştır. Bu anarşik düzende uluslararası hukuk, Westphalia sonrası dönemde devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk alanı olarak kendini kabul ettirecektir.²⁶

3- Ortaçağ İktidar Anlayışının Klasik Egemenlik Kuramına Etkileri

Ruhani alanda papalığın evrensel otoritesini, siyasi alanda da organizmacı devlet anlayışını sarsan Westphalia Antlaşması, Bodin'in egemenlik üzerine dü-

23) M. L. Bush, **Renaissance, Reformation and the Other World 1450-1660** (1967), Harper Colophon Books, New York, s. 285; Gross, a.g.m., s. 61.

24) Gross, a.g.m., s. 57.

25) Gross, a.g.m., s. 61-63.

26) Papalık bu nedenle ne Westphalia'yı ne de uluslararası hukuku kabul etmiştir. Papa Innocent X, Westphalia Antlaşması'nın imzalanmasından hemen sonra, 26 Kasım 1648 tarihinde bir papalık bildirisi (*Zel Dormus*) yayımlayarak antlaşmaları geçersiz, meşruiyetten yoksun, lanetli, adil olmayan ve etkiden yoksun metinler olarak ilan etmiştir. Papalık 1900'lere kadar uluslararası hukuku bir Protestan bilimi olarak görmüş ve önemli uluslararası hukuk eserlerini sansüre tabi tutmuştur. Bkz. Gross, a.g.m., s. 62.

şünceleri ile örtüşen hükümler içerdiğinden, bu yaklaşımın uluslararası düzene hâkim kılınması olarak yorumlanabilir. Bununla birlikte Bodin'in, egemenlik kuramını ortaya atarken temel hareket noktasının, ulus devletin temellerini oluşturmak olduğunu iddia etmek güçtür. "Devlet Üzerine Altı Kitap", orta çağa hâkim olan siyasi örgütlenme tarzını değiştirmeye yönelik bir bakış açısıyla kaleme alınmamıştır. Bodin, devleti bireylerden bağımsız ve sürekliliği olan bir kurumsal yapı olarak kurgularken yenilikçidir ancak pek çok bakımdan modernite öncesi değer ve kurumları savunan bir düşündürüdür. Egemenlik üzerine görüşleri yeni bir devlet modeli önermekten çok dönemin siyasi ve sosyal sıkıntılarını aşabilmek amacıyla Fransız kralının iktidarını güçlendirmeye odaklanmıştır. Orta çağın kurumsal yapılarına bağlı olan Bodin'in eserlerini yorumlayanlar onu eski ile yeninin arasında bir geçiş düşündürü olarak görür.²⁷ Bu nedenle Westphalia Antlaşması sadece Bodin'in görüşlerini yaşama geçirmekle kalmamış, aynı zamanda bu görüşlerin yeni kurulan devlet söylemi ve uluslararası düzenin temeline yerleşmesini ve kalıcı olmasını sağlamıştır. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyılda Westphalia'nın getirdiği "yeni düzen" giderek genişleyen ve kabul gören bir dünya sistemine dönüşmüştür. Özetle, Westphalia, Bodin'in egemenlik yaklaşımını tüm modernite öncesi anlamlarıyla birlikte gelecek çağlara taşımıştır.

Klasik egemenlik anlayışının günümüze kadar taşıdığı temel çelişki de burada yatar. Bodin, devletin sürekliliği tezi ile modern bir yaklaşıma öncülük etmekle birlikte devleti kişileştirme şeklinde tezahür eden orta çağ alışkanlığından vazgeçmemiştir. Egemenliğin, bir devlet yetkileri bütününe ötesinde, mutlak, devredilmez ve bölünmez bir iktidar olarak tanımlanması, devleti kişileştiren bu geleneğin izlerini taşır. Bodin'in egemenlik anlayışı, egemenin sahip olduğu siyasi otoriteyi kişileştirir ve ilahileştirirken; otoritenin sembolü olarak sunduğu ilahi nitelik taşımayan kurumsal bir devlet anlayışını kabul eder.²⁸ Bu nedenle Bodin, kurumsal bir yapı olarak devlet ile devletin yönetimi ya da hükümet arasında bir uçurum yaratmıştır.²⁹ Bu uçurumun kapatılması için egemenin ya da kralın devletle özdeşleştirilmesi gerekmiştir. Üretilen bu çözüm, takip eden çağlarda

27) Sabine'e göre Bodin eski ile yeninin özel bir karışımıdır, modern bir düşünür değildir, ama tam anlamıyla orta çağı da yansıtmaz. Bkz. George Sabine (1961) **A History of Political Thought**, Holt, Rinehart and Wiston, üçüncü bası, New York, s. 400.

Günümüz yazarlarından Bartelson, Bodin'in bilgiye bakışının modern düşünüş biçiminden oldukça uzak olduğunu görüşündedir. Bodin'in söyleminde analize dayalı modern düşünce (*mathesis universalis*) yerine söylence, imaj ve hikayelere dayalı ortaçağ düşüncesi (*exempla*) baskındır. Bu nedenle Bodin'in modernizmi yapay bir modernizmdir. Jean Bartelson (1995) **A Genealogy of Sovereignty**, Cambridge University Press, Cambridge, s. 141-143.

28) Bartelson, a.g.e., s. 138; Nannerl O. Keohane (1980) **Philosophy and the State in France: From the Renaissance to the Enlightenment**, Princeton University Press, Princeton, s. 17.

29) Bodin, a.g.e., s. 199.

devletin modern bir kurum olarak gelişmesinin önünde en büyük engel olacaktır. Söz konusu yaklaşımın hukuk alanına yansımaları ise hukuku tümüyle siyasi iktidarı elinde bulunduranların iradesine indirgeyen, siyasi iktidarı hukukun yaratıcısı olarak gören (*rex facit legem*) bir hukuk anlayışının egemen olmasıdır. Hukukun, siyasi iktidarı belirleyiciliğinin kabulündeki ya da hukukun üstünlüğüne (*lex facit regem*) dayalı devlet modelinin ortaya çıkışındaki gecikmede klasik egemenlik anlayışının etkisi büyüktür. Son tahlilde, Bodin'in kişi dışı devlete yaptığı vurgu ikinci planda kalmıştır. Kişi metaforuna dayalı egemenlik ve egemenliğin bölünmezliği yaklaşımı, kişi dışı devletin egemen yetkileri ile siyasi iktidarın egemenliğini birbirinden ayırmada başarısız olmuştur.³⁰

Kişi dışı devlet kurgusunun ortaya atılmasına rağmen, Bodin sonrasında da uzun bir süre siyasi iktidar ile devlet ayrımı yapılmamıştır. Bodin'in ortaçağ ile modernite arasında geçiş düşünürü olması yaşadığı çağ itibarıyla normal olmakla birlikte, hukukun üstünlüğüne dayalı devlet modelinin ancak yirminci yüzyılda yaşama geçirilebilmesi ilk bakışta anlaşılması zor bir durumdur. Bununla birlikte, bu gecikmenin ve kişi metaforuna dayalı devlet anlayışının varlığını sürdürmesinin önemli bazı nedenleri vardır.

B- Klasik Egemenlik Kuramının İnşa ve Pekişme Süreci

1- Mutlak Monarşilerin Kuruluşu

Westphalia Antlaşması ile güç kazanan Avrupa krallıklarında mutlak monarşik sistemler kuruldu. Ulus devletin doğuşu sürecinde evrensel ve yerel iktidar odaklarının tasfiyesi, siyasi alanı kralların tekeline bıraktı. Fransa'da XIV. Louis döneminde tüm devlet aygıtı kralın mutlak otoritesi altına girdi. Feodal kurumlar ortadan kaldırılarak merkezi devletin güçlenmesi sağlandı. Mahkemelerin etkisi azaltıldı ve kralın fermanlarına itiraz hakları kaldırıldı. Yerel konseylerin vergi düzenlemelerine müdahalesi önlendi. Yerel otonomi yok edilerek merkezi devletin denetimine alındı. Soylular, kendi bölgelerinden kopararak yeni yapılan Versailles Sarayı'nda yaşamaya zorlandı. Tüm geleneksel kurumlar etkisini yitirdi.³¹ Özetle, ciddi bir muhalefetle karşılaşmaksızın, kralda cisimleşen iktidar merkezileşti, rasyonelleştirildi ve etki alanı genişledi. Fransa'nın merkeziyetçi modeli daha sonra, İspanya, Portekiz ve Prusya gibi Kıta Avrupası'nın önemli devletleri tarafından da benimsendi.³²

Ortaçağ krallıklarında, kralın mutlak yetkilere sahip olduğu alan (*guberna-*

30) Friedrich Meinecke (1998) **The Doctrine of Raison de'État and Its Place in Modern History**, (İngilizceye çev. Douglas Scott), Transaction Publishers, New Brunswick, s. 59.

31) Anderson, a.g.e., s. 100-101.

32) Anderson, a.g.e., s. 102.

culum) ile kralın bu yetkileri kullanamadığı haklar alanı (*iurisdictio*) belli bakımlardan birbirinden ayrılmıştı.³³ Westphalia sonrası mutlakiyetçi rejimler ise kralı her iki alanın mutlak hâkimi kılarak orta çağ krallıklarında hukuka tanınan bir tür otonomiye ortadan kaldırdı. Orta çağ Avrupa krallıklarında kral, hukukun hem üstünde hem de altında bir statüye sahipti (*rex infra et supra legem*).³⁴ Bu ikili ve belki de çelişik statünün temelinde ilahi doğal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki ayrım yatıyordu. Kral ilahi hukuka tabi ama pozitif hukukun üstünde bir konumdaydı.³⁵ Gerçi ortaçağ öğretileri, antik felsefenin etkisiyle hukuktan bağımsız bir devlet fikrine yönelmişlerdi, ancak devlet ve hukukun birbirleri için ve birbirlerine bağlı olarak var oldukları düşüncesi orta çağa yabancıydı. Dolayısıyla, devlet gibi hukukun da özerk bir alanı mevcuttu. Devlet-hukuk ikilemi sorunu ise pozitif hukukun karşısına doğal hukuk öğretisi konarak çözülmeye çalışılıyordu. Orta çağ boyunca yeryüzündeki en üstün iktidarın bile meşruiyetini doğal hukuka borçlu olduğu anlayışı genel kabul görmüştür.³⁶

Mutlak monarşilerin ortaya çıkmasıyla birlikte ilahi hukuk da eski gücünü yitirmeye başladı. Kralın iradesi tek hukuk kaynağı olarak görülmeye başladı. Bu gelişmeler, hukukun tüm ülkede yeknesak uygulanması, geleneğin ve ilahi hukukun yerini pozitif ve din dışı yazılı hukuka bırakması gibi modern hukuk sistemlerinin bugün de geçerliliğini sürdüren ana özelliklerinin oluşturulmasına destek verdi.³⁷ Ama aynı zamanda kişi metaforuna dayalı devlet anlayışı güç kazandı. Egemenlik, üstün, hukuk-ötesi mutlak bir iktidar olarak kralın şahsında toplandı ve siyasi iktidar ile devlet bütünleştirildi. *Rex facit legem*, hâkim hukuk söylemi haline geldi. André Duchesne ve Richelieu gibi on yedinci yüzyıl Fransız düşünürlerinin eserleri bu mutlak iktidarın nasıl kuramsallaştırıldığına örnek verilebilir. Her iki yazar da teokratik ilkelere dayanmaksızın mutlak monarşinin ve kralın sınırsız egemenliğin savunusunu yapmışlardır.³⁸

33) C. H. MacIlwain (1958) **Constitutionalism: Ancient and Modern**, Cornell University Press, Ithaca, New York, s. 75 vd.; Kantorowicz, a.g.e., s. 143-192.

34) Kantorowicz, a.g.e., s. 143-164.

35) Hollandalı hukukçu Krabbe'ye göre ortaçağ katolik dünyasında "hukukun üstünlüğü" anlayışı, günümüzde olduğu gibi pozitif hukukla değil, ilahi doğal hukukla temellendirilmiştir. Fakat, çağdaş hukuk sistemlerinden farklı olarak Tanrı'nın doğal hukuku ile kralın pozitif hukuku bir çifte iktidara varlık kazandırmıştır. Bkz. Hugo Krabbe, **Devlet Teorisinin Tenkitli İzahı**, (1965) (çev. Muammer-Vassaf Tolga), İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları sayı: 37, İstanbul, s. 211.

36) Otto Gierke (2000) "Orta Çağ'da Siyasi Kuramlar" (İngilizceden çev. Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu), **Devlet Kuramı** (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, s. 130.

37) Bu noktaya özellikle Weber işaret eder. Bkz. Max Weber (1954) **On Law in Economy and Society**, (der. Max Rheinstein, İngilizceye çev. Edward Shils), Simon and Schuster, New York.

38) Meinecke, a.g.e., 113-116.

2- Güvenlik İhtiyacı

Kişî metaforuna dayalı devlet anlayışının varlığını sürdürmesinin başka ve daha önemli bir nedeni, Westphalia sonrası dönemde Avrupa devletlerinin yaşadığı güvenlik sorunudur. Daha önemlidir çünkü ulus devletlere dayalı dünya sisteminin bir sonucu olarak mutlak monarşiler sona erdikten sonra da varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Hristiyan cemaatine dayalı ve şu veya bu ölçüde evrensel bir siyasi örgütlenmeye sahip orta çağ Avrupası'ndan, etnik ve dini ayrımlara dayalı, evrensel bir üst siyasi örgütlenmenin bulunmadığı, bağımsız devletlerden oluşan anarşik bir uluslararası düzene geçiş beraberinde sorunlar da getirmiştir. Rekabete dayalı bu uluslararası düzende, devletler birbirleriyle yarış içine girmişlerdir. Orta çağ düşüncesine hâkim olan evrensel imparatorluk düşüncesi, ulus devletlerin ortaya çıkışıyla birlikte artık gerçekleştirilmesi imkânsız bir hayale dönüşmüştür. Böyle bir ortamda devletlerin sadece güçlerini koruması yeterli görülmemiş, yapılarının sürekli olarak güçlendirilmesi düşüncesi hâkim olmaya başlamış ve sonuçta devletin kendi ereği olduğu görüşünü temel alan hikmet-i hükümet³⁹ (*raison d'état*) anlayışı yaygın bir uygulama alanı bulmuştur.

Oysa “devlet” sözcüğü bile on altıncı yüzyıla kadar yaygın bir kullanıma kavuşmamıştı. Orta çağda devlet sözcüğünün karşılığı olarak *res publica*, *civitas* ve *regnum*'a yer verilmiştir. Bu sözcüklerden *civitas* başta İtalya olmak üzere Avrupa'nın değişik yerlerinde gelişmekte olan site-devlete karşılık olarak kullanılmıştır. *Regnum*, yerel monarşileri, *res publica* ise tüm Hristiyanları tek çatı altında toplayan *respublica christiana*'yı ya da organik evrensel devleti tanımlar.⁴⁰

Devlet sözcüğü, yaygın kullanımını Machiavelli'ye borçludur.⁴¹ Machiavelli, hikmet-i hükümetten hiç bahsetmemekle birlikte geliştirdiği devlet öğretisi ile gücün nihai neden (*ultima ratio*) olabileceği görüşünü ortaya atmıştır. Bu, antikçağda da bilinen bir görüş olmakla birlikte Machiavelli onu, kendi deyimiyle, güçlükler içinde bulunan “yeni hükümdarlığa” ya da kendi çağına uygulayan ilk düşünürdür. Anarşinin hâkim olduğu bir dünyada devlet, uyumun, düzenin ve güvenliğin tek koşuludur. Devletin güvenliği ise kendi uyrukları ile komşu

39) Bazı yazarlar hikmet-i hükümet karşılığı olarak devlet uslamı ya da devlet akli kavramlarını kullanmaktadır. Kavramın sadece akıl kullanmayı değil aynı zamanda bu aklın kendinde bir üstünlük bulunduğunu vurgulaması nedeniyle ‘hikmet-i hükümet’ daha açıklayıcı bulunmuştur.

40) Britanya Krallığı'nda *respublica christiana*'nın karşılığı olarak *commonwealth* kullanılmıştır. Alessandro Passerin d'Entrèves (2000) “Devlet Kavramı”, (Fransızcadan çev. Başak Baysal), **Devlet Kuramı** (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, s. 194.

41) Bodin, *Devlet Üzerine Altı Kitap*'ta “*respublica*”yı tercih etmiştir. Bu, yazarın ortaçağ düşüncesi ile bağlarının ne kadar kuvvetli olduğunu göstergelerinden biridir.

devletleri kontrol altına almaktan geçer.⁴² Machiavelli, devletin kurucu unsurları olarak iyi yasaları ve askeri gücü gösterir. Ancak sadece askeri gücün olduğu yerlerde iyi yasalar ortaya çıkar.⁴³ Machiavelli sonrası dönemde, Botero, Paruta, Ammirato, Boccalini ve Palazzo gibi İtalyan hukukçular ve siyaset bilimciler, hikmet-i hükümetten hareketle siyasi ve askeri güç merkezli bir devlet öğretisini savunmuşlardır.⁴⁴ Ancak bu yaklaşım asıl etkisini Fransa ile Almanya'da ve egemenlik kuramı ile birleştirildikten sonra göstermiştir. Kişi metaforuna dayalı egemenlik kuramı somut kişilerin bir yana bırakılarak devletin bizzat bir kişi gibi algılandığı yeni bir çehreye kavuşmuştur. Böylece hikmet-i hükümet anlayışı en sofistike düzeyine ulaşmıştır.⁴⁵

Devletin güvenliği sorunu, Anglo-Sakson dünyada daha farklı bir şekilde formüle edilmiştir. Geleneksel orta çağ anlayışlarından hiçbir zaman sert bir kopuş yaşamayan İngiliz düşüncesinde hikmet-i hükümet öğretisi tam bir kabul görmemiştir. Buna karşın, Hobbes ile birlikte otoriter devlet anlayışının destek kazandığını söylemek mümkündür. Hobbes'u Kıta Avrupası'ndaki çağdaşlarından ayıran, sosyal sözleşmecî yönüdür. Hobbes'un sosyal sözleşmesi herkesin herkesle savaştığı bir doğal yaşamı sona erdiren ve anarşieye düzen getiren, dolayısıyla devleti ve güvenliği öne çıkaran bir anlam taşısa da sonuçta faydacı bir anlayıştan hareketle, bireylerin kendi rahat ve huzurları için devlet otoritesine boyun eğmeleri fikrini de içerir. Bu nedenle Hobbes'un mutlakiyetçiliği negatif anlamlar yüklese de bireyi dışlamaz. Tüm mutlakiyetçi doğasına karşın Hobbescu yaklaşım, devletin son tahlilde bireylerin mutluluğu için var olduğunu kabul eder. Bu tutum, İngiliz kamu hukuku düşüncesini derinden etkilemiştir. Hobbes sonrası Anglo-Sakson düşünürleri, kendi için bir amaç olan ve bireyi dışlayan devlet anlayışına sıcak bakmamışlardır. Ancak, Hobbes, devlet ile siyasi iktidarı özdeşleştirmiş ve hukuku egemenin buyruğuna indirgemekten kaçınmamıştır. Hobbes'a göre hukuk buyruktan ibarettir. Ancak bu buyruk sıradan bir insandan değil kendisine itaat borcu duyulan egemenden yöneltildiği zaman hukuk niteliği kazanır. Egemen ister monarşilerde olduğu gibi tek kişiden, ister demokrasilerde olduğu gibi bir grup insandan oluşsun, siyasi sistemin tek yasa yapıcısıdır. Bu konumu nedeniyle yasaların ortadan kaldırılmasında da tek yetkili yine egemendir. Otorite sahibi kendisine itaat edilmesini ister, bireyler bu itaati

42) Passerin d'Entrèves, a.g.m., s. 199.

43) Niccolò Machiavelli (1985) **The Prince** (İngilizceye çev. Harvey C. Mansfield), University of Chicago Press, Chicago, s. 48.

44) Meinecke, a.g.e., s. 65-90, 117-146.

45) Burada Hegel, Fichte, Ranke, Treitschke gibi Alman idealizminin ve tarihçi okullarının temsilcilerini zikretmek gerekir. Bu yazarların hikmet-i hükümet konusundaki görüşleri için bkz. Meinecke, a.g.e., s. 343-409.

göstermekle yükümlüdür. Diğer bir deyişle, hukuku meşru kılan, siyasi iktidar tarafından emredilmiş olmasıdır (*autoritas, non veritas facit legem*).⁴⁶

3- Fransız Devrimi'nin Etkileri

Klasik egemenlik öğretisinin hem kişi dışı hem de kişi metaforuna dayalı gelişik devlet anlayışı Fransız Devrimi ile de kırılmamıştır. Tam tersine, devrim bu anlayışın gelecek yüzyıllara taşınmasını sağlayan temel unsurlardan biri olmuştur. Ulus devletin oluşum süreci Westphalia Barışı ile başlasa da bu konuda son noktayı koyan ve ulus devleti günümüzdeki yapısına kavuşturan Fransız Devrimi'dir. Bu nedenle, devrimin etkilerinin ve kurumlarının günümüze kadar varlığını sürdürmesi şaşırtıcı değildir.

Fransız Devrimi'nin fikri temelleri ise Rousseau tarafından atılmıştır. Rousseau egemenlik anlayışı, egemenliğin nitelikleri bakımından Bodin'in tanımını aynen korur. Egemenlik, üstün, tek, bölünmez ve devredilmez iradedir. Rousseau sadece egemenliğin öznesini değiştirir ve kralın yerine halkı koyar. Ancak, Rousseau yaklaşım halkın iradesi olan genel iradenin, onu oluşturan bireylerin tekil iradelerinin bir toplamı olup olmadığı konusunda belirsizlikler içerir. Rousseau, bireylerin iradelerinin toplamı olan genel iradeyi, kendi kurucu unsurlarından bağımsız aşkın bir varlık olarak düşünür. Genel irade, her zaman durağan, değiştirilmez ve saftır, yok edilemez ve bozulamaz. Doğal durumda yaşayan bireyler, sosyal sözleşme ile bu durumdan çıkar ve o andan itibaren adeta toplumun içinde erirler.⁴⁷

Genel irade yasama gücünü elinde bulundurur. Böylece yönetilenler aynı zamanda yasama organını oluşturur. İdeal olan hiç kuşkusuz yönetilenlerin yasama faaliyetine doğrudan katılmasıdır. Ancak büyük toplumlarda bu olanaklı değildir. Dolayısıyla iktidar gücünün devri mümkündür. Ancak bu, iradenin kendisinin devri anlamına gelmez. Kolektif bir varlık olan egemen ancak kendisi tarafından temsil edilebilir. Yine aynı nedenle egemenliğin bölünmesi de düşünülemez. Rousseau'ya göre irade ya geneldir ya da değildir. Genel irade toplumun kendisi tarafından kullanıldığı için yanılmaz ve kamu yararına yöneliktir.⁴⁸ Rousseau kuvvetler ayrılığı görüşüne de karşı çıkar. Kuvvetlerin ayrılması, egemenliğin bölünmezliği ilkesine aykırıdır. Egemen güç, ayrı ayrı parçaların birbirine eklenmesi ile oluşturulamaz. Yasama ve yürütme işlevleri egemenliğin belirtilerinden ibarettir ve kendi başlarına egemenlik işlemi değildir. Yürütme gücü

46) Sabine, a.g.e., s. 455-477; Ağaoğulları, Akal ve Köker, a.g.e., s. 188-210, 222-242.

47) Jean Jacques Rousseau (1971) "The Social Contract or Principles of Political Right", **Jean Jacques Rousseau: Authoritarian Libertarian?** (der. Guy H. Dodge), D.C. Heat and Company, Lexington, s. 14-15.

48) Rousseau, a.g.m., s. 16-18.

yasaların uygulanmasından ibarettir. Egemenliğin parçaları sanılan haklar ona sıkı sıkıya bağlıdır ve her zaman için sadece egemende olan yüksek iradenin varlığına gereksinim duyarlar. Özetle, Rousseaucu genel irade, özel nitelikleri olan bir iradedir. Genel irade kendi kendisini belirleyen, yetkisini kendi yetkisinden alan, dolayısıyla başka iradelere bağımsız olan, haklara sahip ama ödevleri olmayan, buyurucu bir iradedir.⁴⁹

Rousseau egemenin kaba kuvvete dayanmadığını savunur. En güçlü otorite dahi kendi gücünü meşru kılmadıkça, bireylerin kendisine itaatini de ödev haline getirmediği sürekli bir iktidar kuracak güce erişemez. Gücün meşruluğa kavuşabilmesi ancak insanların gönüllü iradeleriyle olanaklıdır. Genel iradenin sosyal sözleşmeye dayanması onu kaba güçten ayırır; sosyal sözleşmeye aykırı olmamak kaydıyla iradenin başkalarına karşı yükümlülük altına girebileceğini kabul eder. Çünkü egemen başkaları ile ilişkilerinde herhangi bir kişiden farksızdır. Böylece yazar, devletlerin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin, toplumsal sözleşmeye aykırı olmamak kaydıyla mümkün olabileceği görüşündedir.⁵⁰

Rousseaucu genel irade öğretisinin, kralın egemenliğini halka atfederek teokratik temeller üzerinde şekillenen orta çağ anlayışından uzaklaştığı doğrudur. Onun öğretisi, tebaayı yurttaşla dönüştürmesi bakımından devlet-birey ilişkisine yeni bir boyut getirir. Ama ulusa, bireylere ait bir özellik olan iradeyi yüklediğinden ve bu iradeyi devlet ile özdeşleştirdiğinden teokratik nitelik taşımayan ve cismani olmayan bir ulus-kışı yarattığı da yadsınamaz. Rousseaucu genel irade bu yönleriyle, nitelikleri bakımından kralın iradesinden farklı değildir,⁵¹ sadece cismani kraldan cismani olmayan ulusa geçmiştir. Duguit'nin işaret ettiği gibi irade her şeyden önce bir kişiyi akla getirir. Kendisinin, hareketlerinin, yaptığının ya da yapmadığının bilincinde olan her varlık irade sahibidir. Dolayısıyla, ulusun ve onunla özdeşleştirilen devletin bir iradesi olduğunu ileri sürebilmemiz, onun kişi olduğunu kabul etmemizi gerektirir.⁵² Bu kişileştirilmiş ulus iradesinin dışa yansıyış biçimi ise çoğunluk onayıdır. Diğer bir deyişle, ulusun iradesi çoğunluğun iradesidir.

Rousseau'nun görüşleri 1791 Fransız Anayasası'nın üçüncü faslının girişindeki ilk maddede ifade edilmiştir: "Egemenlik, tek, bölünmez ve devredilmezdir." Bu formül, diğer ulusların anayasalarına örnek teşkil etmiş ve birçok anayasa-

49) Rousseau, a.g.m., 18 vd.

50) Sabine, a.g.e., 586-589.

51) Maurice Hauriou (1912) **La souveraneté nationale**, Recueil Sirey, Paris, s. 177.

52) Léon Duguit (2000) "Egemenlik ve Özgürlük" (Fransızcadan çev. Didem Köse, Sedef Koç), **Devlet Kuramı** (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, s. 387.

da yer almıştır. Rousseaucu yaklaşım, gücü her şeyin üstünde gören hikmet-i hükümet anlayışından farklı olarak halk ile devlet arasında bir bağ kurar. Bu bağın oluşumu sosyal sözleşme ile açıklanır. Bu nedenle kaba güç devleti kurmaya yeterli değildir, gücün meşru olması gerekir. Ancak, sosyal sözleşme bir kez akdedildikten sonra onu oluşturan bireylerin iradelerinden bağımsız bir subjektif irade, bir “egemen varlık” iradesi ortaya çıkar. İşte bu nedenle, Bodin’in kişi metaforuna dayalı egemenlik öğretisinin temel unsurları Rousseau tarafından korunmuştur. Rousseau ile Bodin arasında önemli yaklaşım farkları bulunmasına rağmen egemenin nitelikleri konusunda her iki görüşün uzlaşmasının temel nedeni de budur. Rousseau egemenliğin irade ile tanımlanması geleneğini sürdürmüştür.⁵³

C- Egemenlik Anlayışının Evrimi

1- Anayasacılık Hareketi ve Egemenlik

On sekizinci yüzyıldan günümüze kadar anayasacılık hareketinin temel konularından biri devlet egemenliğinin sınırlarını belirlemek olmuştur. Devletlerin, kendi güçlerinin sınırlanmasına nasıl rıza gösterdikleri kamu hukukunun çalışma alanlarından biridir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki kişi dışı bir modern devlet kurgusu, organları ve kurumları gerekli kılar. Klasik egemenlik öğretisinin temel çelişkisi, kişi dışı bir devlet kurgusu ile kişi metaforuna dayalı egemenliği bağdaştırmaya çalışmasıdır. Modern devlet kurumsal yapısıyla ortaya çıktıkça kişi metaforuna dayalı egemenlik anlayışında değişim yaşanması doğaldır. Son iki yüzyıldır yaşanan, “bir egemen irade”nin adım adım kendini sınırlamasından çok kurumlara dayalı modern devlet yapısının hâkim olmaya başlamasıdır. Kişi dışı modern devletin gelişimi, siyasi iradenin tercihinden çok sosyal ve iktisadi nedenlerle açıklanabilir. Klasik egemenlik anlayışı nasıl bir sosyal inşa ise inşanın yapı bozumu da bir sosyal süreçtir.

Anayasacılık hareketi devletin ve egemenlik anlayışının evriminde önemli bir rol oynamıştır. Günümüz anayasalarında yer verilen belli başlı kurumlar, klasik egemenlik anlayışına rağmen varlık kazanabilmiştir. Anayasacılık hareketinin sonucu ortaya çıkan yazılı ve sert anayasa, bireysel hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceye kavuşturulması, kuvvetler ayrılığı, federalizm, yasaların anayasa-ya uygunluğunun denetimi gibi kurumlar, modern devletin kişi dışı yapısını öne çıkarmıştır.

53) Jeremy Jennings (1996) “From ‘Imperial State’ to ‘Etat de Droit’: Benjamin Constant, Bladine Kriegel and the Reform of the French Constitution”, **Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives** (der. Richard Bellamy ve Dario Castiglione), Blackwell Publishers, Oxford, s. 89.

Yazılı sert anayasaların ortaya çıkışı, modern devletin kurumsal yönünü vurgulayan önemli bir gelişmedir. Birey hak ve özgürlüklerinin anayasalar ile güvence altına alınması ve devletin bireysel alana müdahalesini sınırlayan anayasal hükümler, egemenliğin ancak hukuk yoluyla kullanılabileceğine ve orta çağ monarşileri ile mutlakiyetçi rejimlerde olduğu gibi egemenin hukuki çerçeveyi istediği gibi oluşturamayacağına işaret eder. Anayasal yargının ortaya çıkışıyla birlikte sert anayasa, yargı yoluyla da korunmuştur. Yazılı anayasaya ya da sert anayasa geleneğine sahip olmayan ülkelerde ise temel hukuki kurumlar gelenekleşerek süreklilik kazanmıştır.

Kuvvetler ayrılığı, egemenliğin bölünmezliği fikri ile çelişir. Klasik egemenlik kuramının öncüleri “karma devlet” olarak kavramlaştırdıkları kuvvetler ayrılığı anlayışına daima karşı olmuşlardır. Bodin, kuvvetler ayrılığını egemenliğin bölünmezliğine aykırı, gerçekleşmeyecek bir hayal olarak değerlendirir.⁵⁴ Hobbes ise kuvvetler ayrılığının kabulünün devletin (*commonwealth*) parçalanması ile sonuçlanacağını ileri sürer.⁵⁵ İradeye dayalı egemenlik anlayışları için bu yargılar öğretileri içinde bir tutarsızlık oluşturmaz. Bu nedenle, kuvvetler ayrılığına karşı çıkışın temelinde sadece monarşizmin savunusunu görmek yanıltıcıdır. Egemenliğin halka ait olduğunu kabul eden Rousseau da “genel irade” görüşünden hareketle kuvvetler ayrılığı fikrine karşı çıkmıştır.

Devlet erklerinin ayrı organlara verilmesi suretiyle yatay bir iş bölümü yaratılması, erklerin tek elde toplanması yerine anayasal denge ve kontrol mekanizmaları çerçevesinde birden çok organın varlığını gerekli kılar. Kuvvetler ayrılığı fikrinin savunulması iradeci olmayan bir egemenlik anlayışını gerekli kılar. Dolayısıyla, kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulandığı bir anayasal sistemde ne tek bir irade ne de birbirinden tümüyle bağımsız ayrı ayrı iradeler vardır; sadece, anayasanın çizdiği çerçeve içinde faaliyet alanları belirlenen, çatışmaları hukuk yoluyla giderilen, dolayısıyla nihai olarak birbirine ters düşmeyen yetkilerin toplamından bahsetmek olanaklıdır. Bu yetkilerin kullanımı ve oluşturulmaları bir iradeyi gerekli kılabılır ancak yetkilerin kendileri irade değildir. Hauriou, farklı kuvvetlerin uyumlu hareket etmelerini kendi aralarındaki iş birliğine bağlar.⁵⁶ Eğer farklı kuvvetlerin uyumunu işbirliğinde arayacaksak böyle bir işbirliğini mümkün kılan tek şey anayasadır. Dolayısıyla, kuvvetler ayrılığı ilkesine yer veren bir sistemde yetkilerin bütünlüğü anayasal kurumlar aracılığı ile sağlanır.

Kuvvetlerin dikey olarak da ayrıldığı federal devletlerin ortaya çıkışı, klasik egemenlik tanımını etkileyen bir diğer gelişme olmuştur. Federal devlet yapısının

54) Bodin, a.g.e., s. 89-109.

55) Thomas Hobbes (1968) **Leviathan**, Collier Books, Londra, s. 240.

56) Hauriou, a.g.e., s. 125-128.

da hem merkezi federal devletin hem de onu oluşturan birimlerin egemenliğe sahip oldukları ileri sürülmüştür. Amerikan federalizminin kurucu düşünürlerinden Hamilton, eyaletlerin tam egemenliğinden bahsederken aynı zamanda ulusal egemenliğin kurucu parçası olduklarını vurgulamıştır.⁵⁷ Bu çifte egemenlik çelişkisinin temelinde hem federal devletin hem de onu oluşturan birimlerin devletin temel işlevlerini görmeleri yatar. Gerçekten, bir federal devlette, federal düzeyde işlevlerini yerine getiren temel organların yanında her eyaletin de kendine ait, özerk yasama, yürütme ve yargı organları mevcuttur. Bununla birlikte, federal devletin anayasal düzeni, bütün yetkilerin kaynağıdır. Kelsen'e göre eyaletler kendi organlarına sahip olsalar bile bu organlar aynı zamanda daha üst hukuk sistemi olan federal anayasanın organlarıdır. Dolayısıyla salt devlet işlevlerinin özerkliği bir eyaleti egemen devlet kılmaya yetmez. Çünkü bu özerklik, federal devletin anayasası ile kazanılmıştır.⁵⁸ Ancak bu durum federalizmin klasik egemenlik anlayışı ile çelişkisini ortadan kaldırmaz. Klasik egemenlik öğretisi yetki devri ile özerk yetkilerin oluşturulması fikrine yabancıdır.

2- Uluslararası Hukuk ve Egemenlik

a- Uluslararası Hukukun Erken Dönemi

Anayasacılık hareketi ve anayasal kurumlar, kişi metaforuna dayalı egemenlik kurgusundan kişi dışı kurumlara dayalı ve hukukla sınırlı egemenlik anlayışına geçişi ve modern devlet anlayışının evrimini olanaklı kılmıştır. Castiglione'nin vurguladığı gibi anayasa, politik alanı kuran, temel yapısını belirleyen ve bu temel yapı içinde iktidarın siyasi kullanımını sınırlayan üstün hukuk kurallarından oluşur.⁵⁹ Çağdaş anayasal demokrasilerde yetkilerin kullanımı ancak anayasal yollarla olanaklıdır ve bunun bir sonucu olarak da egemenlik ancak anayasa aracılığı ile algılanabilir. Bu bağlamda çağdaş devlet, birey-devlet ve sivil toplum-devlet ilişkilerini anayasa ile yönlendiren kurumsal bir çerçeve niteliğine bürünmüştür.

Acaba aynı şeyi egemenliğin dış boyutu için de ileri sürebilir miyiz? Egemenliğin dış boyutu, bir ulus devletin diğer devletlerden bağımsızlığını ifade eder. Bağımsızlık, ilk başta devletlerin egemen eşitliği anlamına gelir. Egemen eşitlik, devletlerin hukuk önünde eşit olmasını, her devletin egemen haklarını tam olarak kullanabilmesini, her devletin kendi iktisadi, sosyal ve siyasi sistemini

57) Alexander Hamilton (1982) James Madison ve John Jay, **The Federalist Papers**, Bantam Books, Toronto, no. 9, s. 31, 32.

58) Kelsen'in *Allgemeine Staatslehre* adlı eserinden aktaran kaynak için bkz. Sobei Mogi (1969) **The Problem of Federalism: A Study in the History of Political Theory**, II. Cilt, George Allen and Unwin Ltd., Londra, s. 250.

59) Dario Castiglione (1996) "The Political Theory of the Constitution", **Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives** (der. Richard Bellamy ve Dario Castiglione), Blackwell Publishers, Oxford, s. 9-10.

özgürce oluşturma hakkını, devlet ülkesinin bütünlüğünü ve siyasi bağımsızlığını ifade eder. Bir devletin iç ve dış işlerine müdahale edilmemesi, devletin kendi ülkesindeki kişiler üzerinde yasama, yürütme ve yargı işlevleri bakımından münhasır yetkiye sahip olması, rızası alınmadan uluslararası bir mahkeme ya da hakemlik organı tarafından yargılanamaması, savaş ilan edebilmesi bağımsızlığının diğer sonuçlarıdır.⁶⁰

Westphalia Antlaşması'nın ulus devletin ortaya çıkışındaki rolüne yukarıda değinmiştik. Westphalia, aynı zamanda, devletler arasındaki ortak hukuk düzeni olan uluslararası hukukun yerleşmesinde önemli bir rol oynar. Bu tespit, Westphalia öncesi dönemde toplumlar arası hukuki ilişkiler ve antlaşmalar olmadığı anlamına gelmez, sadece Westphalia sonrası kurulan düzenin kendine özgü özellikleri olduğunu vurgular.⁶¹ İnsanoğlu ayrı topluluklar kurduklarından beri toplumlar birbirleri ile hukuki ilişkiler geliştirmişlerdir. Modern uluslararası hukuk, egemen ve eşit haklara sahip ulus devletlerin aralarındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı⁶² olarak, diğer toplumlar arası hukuk düzenlerinden farklılaşır.⁶³ Egemenliğin dış boyutu ve uluslararası hukuk, ulus devletin oluşmasında önemli bir rol oynasa da on dokuzuncu yüzyılın sonuna kadar bu alandaki gelişmeler, uluslararası hukukun Avrupa merkezli olmaktan çıkarak evrenselleşmeye başlaması ile sınırlı kalmıştır. Dolayısıyla on sekizinci yüzyıl sonlarında egemenliğin dış boyutu ile ilgili gelişmeler, iç boyutunda görülen fikri çeşitlilik ve değişimi göstermez. Devlet egemenliği ve uluslararası hukuk konusunda asıl tartışmalar on dokuzuncu yüzyıldan sonra başlamış ve günümüze dek giderek yoğunlaşmıştır.

Uluslararası hukukun kuruluş döneminde temel sorunlar, devletlerin uluslararası alanda nasıl bir statüye sahip olacakları, ülkesel egemenlik alanlarının hangi ölçütlerle belirleneceği ile savaş ve barış başta olmak üzere devletlerin birbirleri ile ilişkilerinin nasıl düzenleneceği olmuştur. Bu konuların düzenlenmesinde asıl güçlük ise uluslararası pozitif hukuk düzenlemelerinin sınırlı olmasıdır. On dokuzuncu yüzyıla gelinceye kadar uluslararası antlaşmaların asıl işlevi savaş sonrasında barışın tesisi, ülkelerin yeniden belirlenmesi ve savaş tazminatlarıdır.

60) Ruth Lapidoth (1992) "Sovereignty in Transition", **Journal of International Affairs**, Kış, Cilt 45, Sayı: 2, s. 329-331.

61) Christopher Harding ve C. L. Lim (1999) "The Significance of Westphalia: An Archaeology of the International Legal Order", **Renegotiating Westphalia** (der. Christopher Harding ve C. L. Lim), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, s. 1-25.

62) Lassa Oppenheim (1905) **International Law**, Longmans, Green and Co., Londra, s. 44.

63) Antik dünyadan başlayarak Roma hukukunda *ius gentium*, Çin ve Uzak Asya'da Sino-merkezci sistem, Müslüman dünyada *siyar* uluslararası hukuk sistemlerine örnek olarak verilebilir. Bkz. Onuma Yasuaki (2000) "When was the Law of International Society Born? –An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective", **Journal of the History of International Law**, Cilt 2, s. 1 vd.

Bu nedenle erken dönem uluslararası hukuk doğal hukuka yönelmiştir. Ulus devletin ortaya çıkışının her devletin iç hukuk sisteminde pozitif hukuka güç kazandırdığına, doğal hukukun ise dışlandığına yukarıda değinmiştik. Devletlerin uluslararası ilişkilerinde ise pozitif düzenlemelerin sınırlı olması nedeniyle doğal hukuk önemini korumuştur. Örneğin, günümüzdeki gibi antlaşmaların yorumlanması konusunda uluslararası bir yazılı düzenleme olmadığı için yorumlama faaliyetinde doğal hukuktan yararlanılmıştır.⁶⁴ Devletler, doğal durumda yaşayan bireyler gibi düşünülerek aralarındaki ilişkilerin düzenlenmesinde pozitif nitelik taşımayan temel hukuk ilkelerine başvurulmuştur.

Dönemin uluslararası hukuk çalışmalarına bakıldığında bu durum tüm açıklığı ile görülebilir. Francisco de Victoria, Francisco Suarez, Alberico Gentili, Lipsius ve Grotius başta olmak üzere uluslararası hukukun kurucularının çalışma alanları arasında, denizlerin statüsü örneğinde olduğu gibi uluslararası hukukun mekânsal kuralları, başta savaş olmak üzere devletlerin birbirlerine müdahalelerine ilişkin hukuki çerçeve, günümüzde devletlerin egemen eşitliği başlığı altında ele alınan egemen devletlerin birbirlerine göre statüleri, devletler arası temel ilişkilerin yürütülmesini sağlayan diplomasi hukuku bulunmaktadır. Yeni Stoacılık geleneğinin etkisi altındaki bu hukukçular çalışmalarında doğal hukuka önemli bir yer vermişlerdir.⁶⁵

Ulus devletin ortaya çıkışında, imparatorluğa ve Roma'ya, dolayısıyla da orta çağ "evrensel düzen" anlayışına karşı çıkış olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle uluslararası hukuk yeni devlet düzenini koruyacak, egemen devletlerin haklarını belirleyecek ve uluslararası örgütlenmenin bulunmadığı, çok sayıda egemen devletten oluşan bir dünyada devletler arasındaki temel ilişkileri düzenleyecek bir hukuk dalı olarak görülmüştür. Henüz orta çağ düşünce yapısından kurtulmamış olan uluslararası hukukun kurucuları eskinin izlerini taşısalar da on sekizinci yüzyılda yaşayan Vattel ve çağdaşı hukukçuların eserlerinde bu eğilim daha belirgindir.⁶⁶ Her ulusun ne yapmak istediğine sadece kendisinin karar vereceğini savunan Vattel, bağımsızlık ve egemenliği öne çıkarır. Vattel, yeni

64) David J. Bederman (2001) "Grotius and his Followers on Treaty Construction", **Journal of the History of International Law**, Cilt 3, s. 22 vd.

65) Christopher A. Ford (1996) "Preaching Propriety to Princes: Grotius, Lipsius, and Neo-Stoic International Law", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Cilt 28, Sayı: 2 (Bahar), s. 313 vd.; James Skillen (1996) "Natural Law Before and After Sovereignty", **Sovereignty at the Crossroads?** (der. Luis E. Lugo), Rowman and Littlefield Publishers, Lanham (Maryland), s. 63 vd., 69.

66) Jeremy Rabkin (1997) "Grotius, Vattel, and Locke: An Older View of Liberalism and Nationality", **Review of Politics**, Cilt 59, Sayı: 2 (Bahar), s. 293 vd. Yazar, bu makalede, liberal bir hukukçu olmasına rağmen Vattel'in ulus merkezli uluslararası hukuk yaklaşımlarına dikkat çekerek Grotius'tan bir yüzyıl sonra ulusa ve milliyetçiliğe yapılan vurgunun öneminin arttığı görüşünü savunur.

uluslararası düzenin anarşik karakterini en iyi ifade eden yazar olmuştur. Devletler uluslararası ilişkilerinde öyle bir özgürlüğe sahiptirler ki, kendilerinden kaynaklanmayan hiçbir kurala uyma zorunlulukları yoktur. Vattel'e göre tek evrensel değer egemenliktir.⁶⁷ Dönemin hukukçularından G. F. Martens daha da ileri gider; Martens'e göre uluslararası hukuk devletler de dâhil olmak üzere yabancılara uygulanan kamu hukuku kurallarıdır. Diğer bir deyişle, devletin ulusal hukukundan başka bir hukuk alanı yoktur.⁶⁸

b- Uluslararası Örgütlerin Kurulması

Uluslararası hukukun erken dönemini sonlandıran ve kapsamını değiştiren başlıca gelişme, uluslararası örgütlerin ortaya çıkmasıdır. Aslında, toplumlar arası örgütlenme antik çağa kadar uzanan bir tarihe sahiptir. Örneğin *Delian Ligi*, Pers saldırılarına karşı savunma amacıyla Atina önderliğinde deniz ticareti ile uğraşan İyon şehir devletlerinin M.Ö. beşinci yüzyılda kurdukları bir konfederasyondur. Konfederasyonun işlevi, günümüzdeki savunma paktlarına benzer.⁶⁹ Orta çağda, siyasi örgütlenmedeki bütün parçalanmışlığa rağmen din temelli üst otoriteler ortaya çıkmıştır. Roma kilisesi bunlar arasında en etkilisidir ve ulus devlet hâkim olana kadar varlığını korumuştur.

Ancak, günümüzdeki anlamda uluslararası örgütler on dokuzuncu yüzyılda kurulmaya başlamıştır. Fransa, Hollanda ve beş Alman devleti tarafından 1831 Mainz Andlaşması ile kurulan Ren Nehri Komisyonu, ulus devlet döneminin ilk uluslararası örgütlenme girişimidir. Gerçek anlamda ilk uluslararası örgüt ise 1865'de kurulan Uluslararası Telgraf Birliği (ITU)'dir. 1903 yılında Paris'te oluşturulan Uluslararası Kamu Sağlığı Bürosu sosyal refah alanında faaliyet gösteren ilk uluslararası kuruluştur.⁷⁰ Özetle, ilk modern uluslararası örgütler ekonomik, yönetsel ve sosyal refah alanlarında (nehir trafiği düzenlemeleri, ulaşım ve posta hizmetleri vs.) varlık kazanmıştır. Siyasi alanda küresel ilk örgüt ise Birinci Dünya Savaşı sonunda kurulan Milletler Cemiyeti'dir. Milletler Cemiyeti ile birlikte küresel nitelikli bir uluslararası yargı organı olan Uluslararası Sürekli Adalet Divanı da oluşturulmuştur.⁷¹ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bu örgütlerin yerini Birleşmiş Milletler (BM) ve Uluslararası Adalet Divanı (UAD) almıştır.

1945'ten günümüze kadar uluslararası örgütlerin sayısı ve çeşidinde önemli

67) Skillen, a.g.m., s. 65.

68) Erim, a.g.e., s. 130.

69) John S. Gibson (1991) **International Organizations, Constitutional Law, and Human Rights**, Praeger Publishers, New York, s. 6-7.

70) Gibson, a.g.e., s. 16-18.

71) Seha L. Meray (1977) **Uluslararası Hukuk ve Örgütler**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, s. 263-264.

bir artış kaydedilmiştir. Modern iletişim sistemlerinin gelişmesi, sermayenin, insanların, fikirlerin ve suçluların devlet sınırlarını aşan hareketlilikleri, savaş teknolojisinin savaşları tüm dünya için bir tehdit haline getirmesi, çevre sorunlarının tüm dünyayı etkileyen bir boyuta ulaşması uluslararası örgütlenmeye daha fazla önem verilmesi sonucunu yaratmıştır. Ortak pazar antlaşmaları ile başlayan bölgesel oluşumlar siyasi sonuçlar doğurmuş ve klasik uluslararası örgütlerin yanında Avrupa Birliği gibi “ulus üstü örgütler”e varlık kazandırmıştır.⁷²

Uluslararası örgütlenmenin sonuçlarını yargı alanında da görmek mümkündür. Uluslararası yargı organları ilk olarak devletler arasındaki uluslararası nitelik taşıyan anlaşmazlıkların hukuk yoluyla çözüme kavuşturulması amacıyla kurulmuşlardır. Uluslararası yargı organlarının çoğu bir uluslararası örgüte bağlı olarak faaliyet gösterirler. Bu nedenle, uluslararası yargı organlarının varlığı uluslararası örgütlerin kurulmasına bağlıdır. Günümüzde, uluslararası yargı organları dört grup altında toplanabilir:⁷³ Küresel nitelikli yargı organları,⁷⁴ bölgesel nitelikli yargı organları,⁷⁵ *ad hoc* nitelikli mahkemeler⁷⁶ ve uluslararası memurlar için kurulmuş idare mahkemeleri.⁷⁷ Bu mahkemelerin yanında uluslararası hakemlik mahkemeleri ve yargı benzeri işleve sahip uluslararası organlar da bulunmaktadır.⁷⁸

72) Joseph A. Camilleri ve Jim Falk (1994) **The End of Sovereignty? –The Politics of a Shrinking and Fragmenting World**, Edward Elgar, Vermont, s. 1-10; Lapidoth, a.g.m., s. 334-336.

73) Tasnif için Bkz. Henry G. Schermers ve Niels M. Blokker (2001) **International Institutional Law**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1999, s. 407-451; Thomas Buergenthal, “Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad”, **Leiden Journal of International Law**, Cilt 14, s. 267-275.

74) 1945 yılında kurulan Uluslararası Adalet Divanı, 2002’de faaliyete başlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi.

75) Avrupa Birliği Adalet Divanı, 1953 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1960’da kurulan Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, 1965 yılında kurulan Benelüks Adalet Divanı, 1979’da kurulan Andlar Adalet Divanı, 1992 yılında kurulan EFTA Adalet Divanı ile Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı Adalet Divanı.

76) 1993 ve 1994’te kurulan Savaş Suçları ve İnsanlık Karşıtı Suçlar için Eski Yugoslavya ve Ruan-da Ceza Mahkemeleri.

77) Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi (UNAT), Uluslararası Çalışma Örgütü İdari Mahkemesi (ILOAT), Dünya Bankası İdare Mahkemesi, Uluslararası Para Fonu İdare Mahkemesi. Bu mahkemelerin yanında bölgesel nitelikli uluslararası idare mahkemeleri de bulunmaktadır. Uluslararası idare mahkemeleri, uluslararası kuruluşlar ile çalışanları arasındaki idari sorunları giderirler. Ancak, bu mahkemeler insan hakları alanında da önemli bir işleve sahiptir; bu nedenle uzmanlaşmış birer insan hakları mahkemesi özelliğine de sahiptirler. Bkz. Buergenthal, a.g.m., s. 269.

78) Bu organlara örnek olarak BM İnsan Hakları Komitesi, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, BM Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi, BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, BM Çocuk Hakları Komitesi verilebilir.

Günümüzde uluslararası örgütler aracılığı ile genel kurallar koyan evrensel ve bölgesel antlaşmalar oluşturulmakta, bu antlaşmalar çerçevesinde medeni hukuktan idare hukukuna kadar birçok hukuk dalını ilgilendiren düzenlemeler yapılmakta, bu düzenlemelere aykırı hareket eden devletler uluslararası örgütlerin bünyesindeki yargı organları tarafından yargılanmakta, önceleri münhasır olarak devletlerin anayasaları ile düzenlenen insan hakları ve devlet teşkilatına ilişkin konular uluslararası örgütler bünyesinde oluşturulan antlaşmalar ile de düzenlenmektedir. Böylece, içerik bakımından anayasalardan farklı olmayan ve genel kurallar koyan küresel ve bölgesel nitelikli uluslararası antlaşmalar bir yandan bireyleri de uluslararası hukuk süjesi yaparken diğer yandan anayasalar ile uluslararası hukuk metinleri arasında bağlantıların doğmasına neden olmuştur.

Uluslararası örgütlerden bazıları “ulus üstü nitelik” kazanarak egemen devletlerin münhasır yetki alanlarında bulunan yasama, yürütme ve yargı işlevlerine ait konularda düzenlemeler yaparak devlet teşkilatı alanında da anayasal nitelikte üstün hukuk sistemlerinin oluşmasında rol oynamıştır. Tüm bu gelişmeler toplu olarak, uluslararası hukuk içinde, klasik uluslararası hukukun çerçevesini aşan uluslararası ve ulus üstü hukuk rejimlerinin doğmasında rol oynamıştır. Bu rejimler, ne uluslararası hukuk ne de ulusal kamu hukuku ile bire bir örtüşen fakat her ikisinin de özelliklerini taşıyan, içeriği itibarıyla ulusal anayasalara benzerlik gösteren ancak devlet sınırları ötesinde, kaynağını uluslararası hukuktan ve özellikle de uluslararası antlaşmalardan alan, uluslararası örgütlerin bünyesinde hazırlanan ve bu örgütlerin bünyesinde kurulmuş yargı organlarının yaptırımlarına tabi normatif düzenlemelerle kurulmaktadır.

3- Ulus ötesi Kamu Hukuku Alanları

a- Kant: Kuramsal Öncü

Ulusal sınırları aşan ve uluslararası hukuktan farklılaşan bir kamu hukuku alanının varlığından hareket ederek oluşturulan ulus ötesi kamu hukuku yaklaşımları hatırı sayılır bir geçmişe sahip olsa da özellikle ulus üstü örgütlerin ortaya çıkışından sonra yaygınlık ve çeşitlilik kazanmışlardır.

Ulus ötesi kamu hukukunun kuramsal temelleri ilk kez Kant tarafından atılmıştır. Kant’a göre devletlerin birbirleriyle ilişkileri, sosyal sözleşme öncesi doğal durumda bireylerin birbirleriyle ilişkilerine benzer. Bu doğal özgürlük durumu, aynı zamanda bir sürekli savaş halini ifade eder. Dolayısıyla, tıpkı bireyler arasında yapıldığı gibi, kalıcı barışın garanti altına alınabilmesi için devletler arası bir sosyal sözleşmeye ihtiyaç vardır.⁷⁹

79) Immanuel Kant (1965) *The Metaphysical Elements of Justice*, (İngilizceye çev. John Ladd), Macmillan Publishing Company, New York, s. 123-124, 116.

Kant, devletler arasında akdedilecek bu sosyal sözleşme ile kurulacak siyasi yapıya da değinmiştir. Ulus devlet sonrası dönemde devletleri dış saldırılardan korumaya yönelik bir milletler cemiyetinin kurulması fikrini ilk ortaya atan yazar olan Kant, ulusal anayasalardan farklı olarak bu cemiyetin hukuki temelini, “iktidar haritası” çizmeyen, fakat ulusların birbirleriyle ilişkilerini haklar ve sorumluluklar temelinde evrensel yasalarla düzenleyen, evrensel ve kalıcı barışın kurulmasını amaçlayan bir dünya hukuku (*jus cosmopolitanum*, *das weltbürgerliche Recht*) olduğunu söyler.⁸⁰ Bu nedenle, devletlerin sosyal sözleşme temelinde kendi aralarında oluşturacakları birlik, federasyon değil egemen üstünlüğe dayanmayan bir çeşit konfederasyondur. Kalıcı dünya barışını sağlayacak bu konfederasyon, devrimci yöntemler yerine, belli ilkeleri temel alan aşamalı reformlarla kurulmalıdır. Bu ilkeler dünya hukukunun üzerinde şekilleneceği yapı taşları olacaktır.⁸¹ Kant’a göre uluslararası hukuk, egemen devletler arasındaki antlaşmalar ile oluşturulan bir hukuk alanı olmayıp, egemen devletlerin içinde yer aldığı ideal bir *civitas maxima*’yı (en geniş siyasi birlik) ifade eder.

Uluslararası hukukun Kant’ın öngördüğü biçimde içeriklendirilmesi, ulus devlet düzenlerinin kendi içlerine kapalı olmadığına, gerek iç gerekse dış sınırlamalara tabi tutulduğuna işaret etmesi bakımından dikkat çekicidir.⁸² Günümüzde bir yandan Avrupa Birliği gibi bölgesel nitelikli, diğer yandan küresel nitelikli uluslararası hukuk düzenleri,⁸³ anayasacılık hareketinin son üç yüz yıldır devletlerin iç egemenlik alanlarında yarattığı etki ve dönüşüme benzer bir gelişmenin uluslararası alanda da gerçekleşmesi ihtimalini gündeme getirmiştir. Aşağıda önce siyaset teorisinde sonra da hukuk genel teorisinde uluslararası rejimlerin kuramsal temelleri ortaya konacaktır.

b- Çağdaş Siyaset Kuramında Ulus ötesi Alan

aa- Küresel Düzey

Küresel düzeyde ulus ötesi kamu hukuku öğretileri İkinci Dünya Savaşı sonrasında şekillenmeye başlamıştır. İdealist bir girişim olarak ortaya çıkan federal dünya devleti yaklaşımı, dünya barışını sağlamanın ve küresel sorunlarla baş edebilmenin asıl yolunu dünya çapında federal ilkelerden hareketle oluşturula-

80) Kant, a.g.e., s. 116, 125.

81) Kant, a.g.e., s. 127-129, 116.

82) Bkz. Hans Kelsen (1920) **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts – Beitrag zu einer Reiner Rechtslehre**, Mohr, Tübingen, 9. Bölüm.

83) Uluslararası hukuk rejimlerine uluslararası anayasa hukuku, uluslararası idare hukuku, uluslararası ekonomi hukuku, uluslararası ceza hukuku, uluslararası güvenlik hukuku adlarını veren, bu alanların içeriklerini tanımlayan bir eser için bkz. Philip Allot (2001) “The Emerging Universal Legal System”, **International Law Forum-Forum du droit international**, Cilt 3, s. 12-17.

cak bir küresel yönetim modelinin (*global governance*) kurulmasında görür.⁸⁴

Günümüzde federalist hareket iki seçenek üzerinde durmaktadır. Bunlardan ilki Birleşmiş Milletler'in, Avrupa Birliği örneğinden hareketle ve güçler dengesi, ortak güvenlik ve hukukun üstünlüğü temelinde reforma tabi tutulması ve yeniden örgütlenmesidir. İkinci model ise, merkezileşmiş bir federal yönetimin özgürlüklerle bir tehdit oluşturabileceği düşüncesiyle, hiyerarşik olmayan bir federal sistemi öngörür. Bu görüş de Avrupa Birliği'nin kurumlarının örnek alınmasından yanadır ve Avrupa Birliği Konseyi ve Birliğin politikalarının gözden geçirildiği Bakanlar Komitesi gibi kurumların küresel bir uygulama alanı bulabileceği tezini savunur.⁸⁵

Küresel ulus ötesi kamu hukuku bağlamında bir başka bakış açısı kozmopolit demokrasi çalışmalarında sunulmaktadır.⁸⁶ David Held'in savunduğu küresel demokrasi, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere, uluslararası örgütlerin karar alma ve yargı organlarının demokrasi temelinde yeniden yapılanması düşüncesinden hareket eder. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun devletleri değil doğrudan vatandaşları temsil eden bir yapıya kavuşturulması, Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisiyle donatılması, Güvenlik Konseyi'nde belli sayıda devlete tanınan veto yetkisinin kaldırılması, tam yetkili bir Uluslararası Ceza Mahkemesi oluşturulması ve devletlerin yanında sivil toplum örgütlerinin karar alma süreçlerine katılması kozmopolit demokrasi yaklaşımının temel önerileridir.⁸⁷ Kozmopolit demokrasi okulunun görüşleri henüz pozitif hukuk düzenlemelerine dönüşmemekle birlikte Uluslararası Ceza Mahkemesi örneğinde olduğu gibi uluslararası hukuk rejimlerinin oluşmasına fikri katkılarda bulunmuştur. Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin elli yıl önce normatif bağlayıcılığı olmayan bir iyiniyet bildirgesi olarak hazırlandığı, ancak kısa sürede birçok uluslararası hukuk rejiminin ortaya çıkmasına katkıda bulunduğu gerçeği dikkate alındığında, küresel demokrasi çalışmalarının normatif alanda yakın gelecekte

84) 1947 yılında kurulan Dünya Federal Devleti için Dünya Hareketi, 1956 yılında Dünya Federalistleri Dünya Birliği, 1994 yılında ise Dünya Federalist Hareketi adını almıştır. Bkz. J. Preston Baratta (1999) "The International Federalist Movement", **Peace and Change**, Cilt 24, Sayı: 3, s. 340.

85) Baratta, a.g.m., s 353 vd.; Ronald J. Glossop (1993) **World Federation? A Critical Analysis of Federal World Government**, McFarland and Company, Jefferson, s. 49-95.

86) Bkz. David Held (1993) "Democracy: From City States to a Cosmopolitan Order", **Political Studies**, Cilt 40, özel sayı, s. 10 vd.; Daniele Archibugi, "The Reform of the UN and Cosmopolitan Democracy: A Critical Review", **Journal of Peace Research**, Cilt 30, Sayı: 3, s. 301 vd.; David Held, **Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance** (1995) Polity Press, Cambridge, 5. ve 6. Bölümler; Daniel Archibugi (1998) "Principles of Cosmopolitan Democracy", **Re-imagining Political Community –Studies in Cosmopolitan Democracy** (der. Daniele Archibugi, David Held ve Martin Köhler), Polity Press, Cambridge, s.198 vd.

87) Archibugi, "The Reform...", s. 301-302; Archibugi, "Principles...", s. 221.

oynayabileceği rol daha iyi değerlendirilebilir.

bb- Avrupa Yapılanması

Avrupa Birliği, Avrupa Toplulukları adı altında iktisadi iş birliği ile malların, sermayenin, hizmetlerin ve insanların serbest dolaşımını sağlamaya yönelik bir uluslararası örgüt olarak Roma Antlaşması ile kurulmuş, daha sonra 1987’de yürürlüğe giren Tek Senet ile yapısal değişim geçirmiş ve 1992 Maastricht Antlaşması ile adını değiştirerek siyasi birliğe dönüşmüş bir ulus üstü örgüttür. Birincil Topluluk hukuku olarak geçen antlaşmalar, günümüzde Avrupa Birliği Anayasası olarak adlandırılmaktadır.

Avrupa Birliği, dünyanın önde gelen ulus üstü örgütlenmesi olarak, ulus ötesi kamu hukuku rejimleri konusunda en önemli çalışma alanıdır. Avrupa Birliği’nin birincil hukuki düzenlemelerinin anayasal nitelik taşıdığı konusunda bir görüş birliği mevcuttur.⁸⁸ Buna karşın birliğin anayasal çerçevesi, demokratik meşruiyetten yoksun olması, bir anayasanın içermesi gereken hak ve özgürlükler listesine yer vermemesi, iktisadi ve mali alanlarda federalizme benzer bir yapı kurmakla birlikte kapsamlı bir üst siyasi örgütlenme öngörmemesi, topluma ve vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerin yetersizliği gibi nedenlerle eksik bir anayasal düzen olarak görülmektedir.⁸⁹ Bu eksikliklerden hareketle Avrupa Birliği’nin yapısı ve geleceği üzerine çeşitli kuramsal bakışlar da oluşturulmaktadır. Bu yaklaşımlardan en önemlileri federalizm ve uluslar topluluğu modelleridir.

Federalistler iki alt grupta incelenebilir.⁹⁰ Bir kısım federalist, klasik federalizmden hareketle, birliğe üye ulus devletlerin otonomileri yanında Avrupa Birliği’nin temel merkezi kurumlara dayanması görüşünü savunur.⁹¹ Evrenselci

88) Federico G. Mancini (1991) “The Making of a Constitution for Europe”, **The New European Community** (der. R. Keohane ve S. Hoffmann), West View, Boulder, s. 177 vd.; Joseph Weiler (1991) “The Transformation of Europe”, **Yale Law Journal**, Cilt 100, s. 2403 vd.; G. Folke Schuppert (1995) “The Evolution of a European State: Reflections on the Conditions of and the Prospects for a European Constitution”, **Constitutional Policy and Change in Europe** (der. J. J. Hesse ve N. Johnson), Oxford University Press, Oxford, s. 329 vd.; Jo Shaw (1999) “Postnational Constitutionalism in the European Union”, **Journal of European Public Policy**, Cilt 6, s. 579 vd.; John Erik Fossum (2000) “Constitution Making in the European Union”, **Democracy in the European Union** (der. Erik O. Eriksen ve J. Erik Fossum), Routledge, Londra, s. 111 vd.; Neil Walker (2000) “Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe”, **Harvard Jean Monnet Working Paper** 12/99, Cambridge; Günter Frankenberg (2000), “The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism”, **European Law Journal**, Cilt 6, Sayı: 3, s. 257-276.

89) Neil McCormick (1999) **Questioning Sovereignty –Law, State and Nation in the European Commonwealth**, Oxford University Press, Oxford.

90) Bellamy ve Castiglione, a.g.m., s. 421 vd.

91) Schuppert, a.g.e. s. 356 vd.; (Schmitter, “Imagining...”, s. 131 vd.) P. C. Schmitter (1996) “Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts”, **Governance in the European Union** (der. G. Marks), Sage, Londra, s. 131 vd.

ve idealist bir söyleme dayanan klasik federalizm yanlıları, ortak bir Avrupa kültürünün anayasal yoldan kurulmasına ağırlık verirler. Avrupa Birliği, dinamik bir değişim ve bütünleşme süreci içinde iş birliğine dayalı bir federal devlete dönüşecektir.⁹² İkinci grupta yer alan federalistler ise daha kozmopolit bir federal Avrupa modeli öngörür. Kozmopolit federalizm, ne ulusal ne de federal düzeyde klasik anlamda bir devlet örgütlenmesine gidilmesini; Avrupa'nın sivil, klasik devlet yapılarına dayanmayan, yatay ve yeni bir örgütlenme modeli geliştirmesini savunurlar.⁹³ Kozmopolit federalizm, yukarıda ele aldığımız kozmopolit demokrasi öğretisinin Avrupa düzeyinde bir uzantısı niteliğindedir. Kozmopolit federalizm yanlıları, Avrupa Birliği'nin siyasi değil ama hukuki anlamda bir federal yapıya dönüşmesi gerektiğini vurgularlar. Diğer bir deyişle, devleti olmayan bir federal hukuk kurulmalıdır. Hukuki çerçeve ile siyasi örgütlenmeyi birbirinden ayıran bu yaklaşım ortaçağ anayasa kuramlarındaki hukuku (*jurisdictio*) yönetimden (*gubernaculum*) ayıran anlayışla benzerlikler gösterir.⁹⁴

Uluslar topluluğu modeli, Avrupa Birliği'nin *sui generis* anayasal yapısından hareket eder. Avrupa Birliği'nin anayasal düzeni ne federalist ne de ulus merkezli bakış açılarıyla kavranabilir. Çok-merkezli bir siyasi oluşum olan Avrupa Birliği'nin kurucuları devletlerdir. Buna karşın birlik, uluslararası ilişkilerde hükümet ile cismanileşen kişi merkezli geleneksel egemenlik anlayışının ötesine geçerek kişi dışı ve çok katmanlı bir yönetim (*governance*) modeli kurmaya çalışmaktadır. Bu yönetim sisteminin çalışma mantığı henüz bir netliğe kavuşmamakla birlikte ulusal kurumların kendi ülkeleri üzerinde kontrollerini sürdürdüğünü, düzenleyici işleve sahip Avrupa kurumlarının ise ulusal mekanizmaları tamamlayıcı bir rol oynadığını söylemek mümkündür.

Kozmopolit federalizm ile uluslar topluluğu modellerini savunanlar geleneksel siyasi yapılara şüpheyle bakarlar. Kozmopolit federalizm, Avrupa Birliği'nin ne üniter devletin ne de klasik federal sistemin ilkeleriyle örtüşen ama her ikisinin özelliklerinin bir karışımı olan yeni bir siyasi yapı ve bu yapıya hukuki varlık kazandıran bir anayasal düzen inşa etmesi gerektiğini savunur. Bu siyasi oluşumun ilkeleri, tüm siyasi aktörlerin kendi kimlik ve uygulamalarını yeniden tanımlamaları ile belirlenecektir. Dolayısıyla Avrupa Birliği'nin anayasal sistemi ve kurumları zaman içinde, diyalog ve deneme yanılma yöntemleriyle ortaya çı-

92) Schuppert, a.g.e., 329 vd.

93) T. W. Pogge (1994) "Cosmopolitanism and Sovereignty", **Political Restructuring in Europe: Ethical Perspectives** (der. C. Brown), Routledge, Londra 1994, s. 89 vd.; Zenon Bañkowski ve Emiliios Christodoulidis (1998) "The European Union as an Essentially Contested Project", **European Law Journal**, Cilt 4, Sayı: 4, s. 341 vd.

94) Bellamy ve Castiglione, a.g.m., s. 421 vd.

kacaktır.⁹⁵ Özetle, Avrupa Birliği'nin anayasal sistemi dinamik ve oluşum süreci henüz tamamlanmamış bir sistemdir. Ancak tüm bu eksikliklerine rağmen Avrupa Birliği ulus ötesi bir anayasal düzene sahiptir.

D- Uluslararası Hukuk ve Genel Hukuk Kuramı

Küresel ve bölgesel uluslararası kamu hukuku öğretileri, egemenlik, insan hakları, siyasi rejim, demokrasi, vatandaşlık gibi ulus düzeyinde kamu hukuku alanını ilgilendiren konuların farklı bir düzleme taşınması ile oluşturulmaktadır. Kant'ın öncü düşünceleri bir yana bırakılacak olursa, uluslararası kamu hukuku öğretileri 1945 sonrası dönemde ortaya çıkmış ve özellikle son yirmi yılda yaygınlık kazanmıştır. Konuya olan ilginin hukukçularla sınırlı kalmaması, siyaset teorisi, siyaset felsefesi, uluslararası ilişkiler alanlarındaki sosyal bilimcilerin de bu öğretilere yönelmeleri anlamlıdır. Bununla birlikte, çoğu geleceğe bakarak oluşturulan bu öğretiler pozitif hukuk bakış açısıyla bir değerlendirilmeye tabi tutulmadıkça ulusötesi kamu hukukunun bugününü değerlendirmekte yetersiz kalacaktır. Böyle bir değerlendirme, öncelikle, uluslararası rejimlerin meta düzeyde pozitif hukuk öğretisi ile ne ölçüde uyum sağlayabileceğinin belirlenmesini gerekli kılar. İkinci olarak, uluslararası rejimlerin gerçekten anayasal nitelik taşıyıp taşımadıklarını, kapsamalarını, normlarının bu rejimlere tabi devletlerin ülkesinde ne ölçüde uygulandıklarını normatif bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir. Bu normatif değerlendirmenin, ulus ötesi kamu hukuku düzeni olduğu ileri sürülen her bir uluslararası hukuk rejimi için ayrı ayrı yapılması gerekir.

Çağdaş hukukçuları etkileyen belli başlı hukuk kuramlarının tamamına yakını egemenlik ile hukuk arasındaki ilişkiye öncelik verir. Aşağıda çoğunlukla yirminci yüzyılda yaşamış hukukçuların egemenlik kuramı ve uluslararası hukuka bakışları ele alınarak genel pozitif hukuk kuramının egemenliğin dış boyutu konusunda nasıl bir çerçeve sunduğunu göreceğiz. Bu bakış, hukuki pozitivizm akımının temel argümanlarını yansıttığı için İngiliz analitik pozitivizm geleneğini temsil eden Bentham, Austin ve Hart ile birlikte en fazla Kıta Avrupası hukuk düşüncesini etkileyen normatif pozitivizmin kurucusu Kelsen'in hukuk öğretileri yanında sosyolojik hukuk anlayışının kurucularından Duguit'nin ve yirminci yüzyılın genel yaklaşımına ters düşen Carl Schmitt'in öğretilerini kapsamaktadır.

1- Anglo-Sakson Yaklaşımı

a- Jeremy Bentham

Daha önce değindiğimiz gibi Hobbes'un yaklaşımında hukuk ile egemen ira-

95) Dedrier Curtin (1993) "The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, *Common Market Law Review*, Cilt 30, s. 17-69.

de bütünleşmiştir. Hukuk kuralı, toplumu yöneten iradenin yazılı ya da sözlü ya da başka türlü yöntemlerle verdiği buyruktur. Hobbes'un hukukun kaynağı konusundaki yaklaşımını genel hatlarıyla sürdüren bir diğer İngiliz düşünür Bentham'dır. "Yasalar Üzerine" adlı eserinde yazarın temel kavramları Hobbes'un kullandıklarından farklı değildir. Hukuk kaynağını egemenin iradesinde bulur. Egemen ise siyasi toplumun kendisine itaat edeceğini düşündüğümüz bir kişi ya da gruptur.⁹⁶ Egemen dışında salt zora dayanan buyruklar hukuk olarak nitelendirilemez. Böyle bir durum yasa dışı tahakküm olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte Bentham, buyruk verme gücünden oluşan egemenliğin bölünebileceği görüşündedir. Eğer siyasi toplum farklı otoriteleri aynı anda egemen olarak kabul ediyorsa egemenliğin bu farklı otoriteler arasında bölündüğünü söylemek olanaklıdır.⁹⁷ Bentham'a göre egemenlik sınırsız da değildir. Hal-ka yönelik sıradan yasaların yanında, egemene yönelik ve onu sınırlayan aşkın yasalar da vardır. Bentham, bu aşkın yasalara ilke yasalar (*laws in principem*) adını verir. İlke yasalar iki türdür. Bunlardan ilki egemenin de katıldığı paktlar ya da sözleşmelerdir. İkincisi ise, egemenin bizzat kendisini ya da varislerini de bağlayan üstün buyurma gücünü sınırlandırıcı beyanlardır.⁹⁸

Bentham, doğal hukuka sıcak bakmayan İngiliz pozitivizminin kurucusudur.⁹⁹ Ona göre insanların doğuştan bir takım doğal haklara sahip olduğu görüşü temelden yoksundur. Bentham, hukukun amaçları arasında güvenliği sağlamayı ön sıraya yerleştirirken özgürlükten hiç söz etmez. İnsan için doğal olan sadece "haz" ve "ızdırap" duygularıdır. Bu nedenle halk ile devlet arasında akdedilen doğal hukuk kaynaklı sosyal sözleşme Bentham'ın yaklaşımına yabancıdır. İktidarın temelinde sosyal sözleşme değil alışkanlıklar ve örf yatar. Egemenlik etik ilkelere atıfla açıklanamaz, temelinde sosyal bir olgu olan itaat alışkanlığı yatar. İktidar ile halk arasındaki ilişkilerin mutlaka şekli bir anayasa ile düzenlenmesi gerekli değildir. Eğer iktidara itaat alışkanlığı varsa, düzen ve siyasi toplum varlık kazanır ve tümünün varlığı hukuku olanaklı kılar. Tüm bu sosyal formasyonun oluşumu ise çok sayıda etmene bağlıdır ve kurgulanamaz. Bentham bu görüşleriyle, egemenin iktidarını doğal hukuka yer vermeksizin açıklayan ve bu iktidarın yine pozitif hukukla sınırlanacağını ileri süren ilk düşünürdür.

Bentham'ın hukuka yaklaşımındaki önemli bir diğer yön, egemenin hukuku bizzat kendi iradesi ile vazetmesi dışında, başka irade açıklamalarını benimse-

96) Jeremy Bentham (1970) **Of Laws in General**, (der. Herbert Hart), Athlone Press, University of London, s. 18-28.

97) Bentham, a.g.e., s. 64-71.

98) Bentham, a.g.e., s. 64-71.

99) M. D. A. Freeman (1994) **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, altıncı bası, ELBS with Sweet and Maxwell, s. 205-269.

mesi yoluyla da hukuk yaratabileceğini kabul etmesidir. Hukukun tanımını yaparken bu ayrıma özen göstermiş ve benimseme yoluyla hukuk yaratma boyutunun da altını çizmiştir.¹⁰⁰ Yazar böylece, egemenin iradesiyle hukuk kuralını bütünüyle özdeşleştiren indirgemeci anlayıştan uzaklaşarak egemenin kendi iradesi ile oluşturulmayan, ama sonradan bu irade ile benimsenen hukuk kurallarının var olabileceği görüşünü savunmuştur.

b- John Austin

İngiliz hukuki pozitivizm geleneğinin en çok tanınan yazarı Austin'dir. Austin'in egemenlik konusundaki görüşleri oldukça katıdır. Egemenliği tanımlarken Bentham'ın tanımından hareket eder ama bazı noktalarda ondan farklılaşır. Bu farklılık noktalarından ilki, halkın itaat alışkanlığının tek başına egemenliğe varlık kazandırmaya yetmeyeceği, aynı zamanda egemenin bağımsız olması, yani hiç kimseye itaat gösterme alışkanlığı içinde olmaması gerektiği düşüncesi-dir. Böylece, egemenliğin varlığı biri pozitif diğeri negatif iki koşulun gerçekleşmesine bağlanır.¹⁰¹ Austin'i Bentham'dan farklı kılan bir diğer yön, egemenliğin bölünmezliğini ve sınırsızlığını savunmasıdır. Eğer egemenliğin bölünebilirliğini kabul edecek olursak aynı hukuk sistemi içinde birden fazla yasama gücünün olabileceğini de peşinen kabul etmemiz gerekir. Egemenliğin sınırlandırılması ise üstün iradenin bir başka iradeye tabi olması anlamına gelir. Kaldı ki üstün iktidarın pozitif hukukla sınırlandırılabilmesi iddiası kendi içinde çelişiktir.¹⁰² Egemene hukukla sınırlandırmalar getirilmesi, onun belli yasal sorumlulukları olduğunu kabul etmek anlamına gelir. Eğer egemenlik üstün iktidar ve buyruk verme gücü ise devletin hiçbir yasal sorumluluğunun olmaması gerekir. Egemen ne haklara ne de sorumluluklara sahiptir. Bir iradenin kendisi için hak yaratması olanaklı olmadığı gibi aynı şey sorumluluklar için de geçerlidir.

Austin siyasi iktidarı hukukun kaynağı kılan en saf yaklaşımı üretmiştir. Bentham'ın izinden giden yazar, onun doğal hukuk karşıtı söylemini tümüyle benimser. Hukuk biliminin konusu sadece pozitif hukuktur, pozitif hukuk ise siyasi iktidarı elinde tutan egemenin yönetilenlere verdiği buyruklardır.¹⁰³ Her kanun ve hukuk kuralı bir buyruktur. Austin yasaları genel olarak ilahi yasalar, insan ürünü yasalar, insan ürünü yasalar esas alınarak benzeşimle oluşturulmuş yasalar ve mecazi yasalar olmak üzere dört başlık altında toplar. Benzeşimle oluşturulmuş yasalar, insanların kendi davranışlarını düzenlemeye yönelik his-

100) Bentham, a.g.e., s. 1-5.

101) John Austin (1954) **The Province of Jurisprudence Determined**, The Noonday Press, New York, s. 194.

102) Austin, a.g.e., s. 254.

103) Austin, a.g.e., s. 126.

leri ve kanaatleri ile oluşturdıkları kurallardır. “Saygı kuralları,” “âdetler” bu tür yasalardandır. Bu yasalardan ilk iki grup gerçek anlamda yasalardır, son iki grup ise yasa olmadıkları halde öyle adlandırılan yasalardır. İlahi yasaların pozitif bir yönleri yoktur, insan tarafından oluşturulan yasalar ise egemenin buyruklarından oluşan pozitif yasalar ile siyasi üstünlüğe dayanmayan ilişkiler ile oluşturulmuş yasalar şeklinde iki gruptur ve bunlardan sadece egemenin buyruklarına dayanan yasalar pozitif hukuka varlık kazandırır. Austin, hukukta yaptırımın rolünü önemser. Buyruklar yaptırımlarla ayakta durur. Bir yasanın pozitif hukuk kuralı olabilmesi için yaptırıma bağlanmış olması en önemli unsurdur. Benzeşime dayalı yasalar, egemenin siyasi üstünlük sıfatı dışında eşit bir birey gibi oluşumuna katıldığı hukuki düzenlemeler ile doğal durumda yaşayan insanların oluşturduğu kurallar pozitif ahlak adını alır. Her iki gruba da pozitif denmesinin nedeni insan ürünü olmalarıdır.¹⁰⁴

Austin’e göre uluslararası hukuk pozitif hukuka değil, pozitif ahlaka dâhildir. Buna karşın ahlakta olduğunun aksine “iyi” ve “kötü” değer yargılarına dayanarak oluşturulmadığı için gerçek anlamda yasalardan oluşur. Diğer bir deyişle, uluslararası hukuk ahlaktan çok pozitif hukuka yakındır. Ancak uluslararası hukuku pozitif hukuk olarak nitelendirmek olanaklı değildir çünkü bir egemenin siyasi üstünlüğüne dayanarak vazedilen kurallardan oluşmaz, dolayısıyla da yaptırımdan yoksundur.¹⁰⁵ Austin, anayasa hukukunu da tam anlamıyla bir pozitif hukuk dalı olarak görmez. Anayasa hukuku, ya tek başına pozitif ahlaktan ya da pozitif hukuk ile pozitif ahlakın birleşiminden oluşan bir hukuk alanıdır. Bu ikinci durumda anayasa hukuku esas olarak egemenin kişisel özelliklerini belirleyen ya da egemenlik birden fazla kişi tarafından kullanılıyorsa iktidarın bu kişiler arasında nasıl paylaştırılacağına ilişkin kuralları içeren bir kurallar alanı oluşturacaktır.¹⁰⁶

c- Herbert Hart

Herbert Hart, İngiliz hukuki pozitivizm geleneğine bağlı kalmakla birlikte, hukuku iradeye indirgeyen yaklaşım tarzını reddeden bir analitik hukuk öğretisi yaklaşımını benimsemiştir. Hart bu yönüyle İngiliz pozitivist geleneğinde önemli bir değişim yaratmıştır. Hart, Austin’in egemeni hukukun üstüne yerleştiren öğretisini reddeder. Austin’in hiç kimseye itaat etme alışkanlığı içinde olmayan egemeni, Hart’a yabancıdır. Hart, Kelsen’in kişiye dayalı buyruk anlayışına karşı çıkışını destekler, ancak bu yaklaşımın kişiye bağlı olmayan bir buyruk kavramı

104) Austin, a.g.e., s. 9-15, 122-128, 134-142.

105) Austin, a.g.e., s. 142.

106) Austin, a.g.e., s. 258-259.

ile ikamesini yetersiz bulur.¹⁰⁷

Hart, hukukun tanımı açısından Kelsen'i eleştirmesine rağmen birçok konuda ondan esinlenmiştir. Kelsen gibi hukukun sistem olarak anlaşılmasından yana olmuştur. Kelsen'in temel norm üzerine düşünceleri de Hart'ı derinden etkilemiştir. Ancak, kendi öğretisinde, temel normun *a priori* ve açıklıktan yoksun olduğu eleştirisinden hareketle, "kabul kuralı" adını verdiği ve işlevi temel norma benzer ama sosyolojik gerçekliğe dayanan yeni bir kavramlaştırmaya gitmiştir.¹⁰⁸

Hart'ın hukuka bakışı iki eksene oturur. Bu eksenlerden ilki hukukun birincil ve ikincil nitelikteki kurallardan oluştuğuna yönelik sosyolojik gelişimi esas alan sistem yaklaşımı, ikincisi ise hukuk kuralının geçerliliği sorununa yazarın kabul kuralından hareketle geliştirdiği normatif yaklaşımdır.

Hart'a göre hukuk kuralları iki türdür. Birincil kurallar bireylerin belli eylemleri yapmasını ya da bu eylemlerden kaçınmasını öngörür. Küçük, homojen ve ilkel toplumlarda hukuk sistemi salt bu kurallardan oluşur. Daha karmaşık ve heterojen toplumlar ise birincil kurallar ile yetinemezler ve birincil kuralların değiştirilmesine, onlara yenilerinin eklenmesine ve ortadan kaldırılmasına ilişkin kurallara ihtiyaç duyarlar. Hart, bu grup kurallara ikincil kurallar adını verir.¹⁰⁹ Bünyesinde ikincil kurallara yer veren bir hukuk düzeninin yasama organına, mahkemelere, yaptırımlara, usul hukukuna, argümanda bulunma olanağına, kodlaştırılmış medeni hukuk ve ceza hukukuna, hukuk sisteminin kurallarına kaynaklık teşkil edecek anayasal kurallara yer vermesi gerekir.

Kabul kuralı Hart'ın hukuk öğretisinin temel kavramlarındanıdır. Hukuka geçerliliğini veren nihai kurala karşılık olarak kullanılan kabul kuralı, Kelsen'in temel normu ile benzerlikler taşır. Bir hukuk sisteminin kabul kuralı açık bir şekilde ifade edilmez ve kendi geçerliliği başka bir kurala dayanmaz. Bu nedenle kabul kuralı diğer hukuk kurallarından farklılaşan bir meta normdur. Kabul kuralı, gerçekliğe dayanır ancak temelinde normatif bir iddia bulunduğundan sosyolojik gerçekliğin basit bir yansıması değildir.¹¹⁰ Etkililik, bir hukuk kuralının geçerliliğine temel olabilirse de kabul kuralı etkililiğe indirgenemez. Kabul kuralı, mahkemelerin, diğer resmi makamların ve özel kişilerin norm belirleme faaliyetleriyle varlık kazanır.¹¹¹ Örneğin, pozitif bir hukuk sisteminde anayasal kurallar çerçevesinde yasama işlemleri, mahkeme kararları ve geleneğe üstün-

107) Michael Martin (1987) **The Legal Philosophy of H. L. A. Hart**, Temple University Press, Philadelphia, s. 16; H. L. A. Hart (1997) **The Concept of Law**, ikinci baskı, Oxford University Press, Clarendon Law Series, New York, s. 35-42.

108) Martin, a.g.e., s. 16.

109) Hart, a.g.e., s. 79-91.

110) Martin, s. 34.

111) Hart, a.g.e., s. 101.

dür. Bu üstünlüğü belirleyen kabul kuralı ölçütüdür.¹¹² Kabul kuralı ölçütleri, hukukun çeşitli kaynaklarından elde edilebilir. Anayasa, yasalar, mahkeme içti-hatları bu ölçütlerin çıkarıldığı kaynaklardır.¹¹³

Hart, hukukun bir tanımını yapmaktan kaçınmıştır. Onun yerine hukuk sis-temini tanımlar.¹¹⁴ Bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için iki asgari koşul gerekir. Her hukuk sisteminin temelinde, nihai bir ölçüte göre geçerlilik kaza-nan, uyulması zorunlu davranış kuralları vardır. Ama bu kuralların varlığı yeterli değildir. Hukuk sistemi aynı zamanda, hukuki geçerlilik ölçütlerini belirleyecek kabul kurallarına ve resmi makamların davranışlarını ortak bir kamusal stan-darda kavuşturacak, etkili yargılama ve değişim kurallarına yer vermelidir.¹¹⁵

Hart'ın uluslararası hukuka bakışı da iki esasa dayanır. Bunlardan ilki, ulusla-rarası hukuku hukuk olarak nitelendirmeyen Austinci yaklaşımı reddetmesidir. Bununla birlikte, Hart'a göre uluslararası hukuk, sadece birincil nitelikte kural-lardan oluşan, ilkel bir hukuk dalıdır. Uluslararası bir yasama faaliyetine, zorun-lu yargılama yetkisine sahip organlara ve merkezileşmiş yaptırım mekanizmalarına yer vermeyen uluslararası hukuk ikincil kurallardan yoksundur. Ancak, bu belirleme mutlaklık taşımaz. Hart, tıpkı Kelsen gibi dinamik bir yaklaşımı be-nimsemiştir. Zaman içinde uluslararası alanda ikincil kurallar oluşabilir ve ulus-lararası hukuk ile ülkelerin hukuk sistemleri arasında hiçbir fark kalmayabilir.¹¹⁶

Kiş-i-merkezli klasik egemenlik anlayışı uluslararası hukuk ile bağdaşmaz. Egemeni, doğası gereği hiçbir hukuk kuralına bağlı olmayan ve hukuku sadece kendisi üreten bir güç olarak algıladığımızda uluslararası hukuku reddetmemiz gerekir. Bu olanaklı değildir. Çünkü ikincil kurallara yer vermese de uluslara-rası hukuk devletler için yükümlülükler getirir.¹¹⁷ Hart'a göre egemenlik ancak bağımsızlık olarak algılanabilir. Günümüzde devletler birincil ve ikincil kurallar-dan oluşan bir hukuk sistemi içinde sınır ötesi otoritelerin ya da kişilerin hukuki ve siyasi kontrolünden görece bağımsız örgütlenmişlerdir.¹¹⁸ Ancak bağımsızlık, devletlerin mutlak bir niteliği değildir. Devletler mutlak bağımsızlığa sahip ol-madıkları gibi, bağımsızlıklarının kapsamı da değişebilir. Bununla birlikte bu değişim, uluslararası alanda yasama ve yargı organlarının oluşması ve merkezi yaptırım mekanizmalarının kurulması gibi sosyal gelişmeler ile olanaklıdır.¹¹⁹ Bu

112) Martin, a.g.e., s. 33.

113) Hart, a.g.e., s. 116.

114) Martin, a.g.e., s. 39.

115) Hart, a.g.e., s. 116.

116) Hart, a.g.e., s. 213-237.

117) Hart, a.g.e., s. 213 vd.

118) Hart, a.g.e., s. 222.

119) Hart, a.g.e., s. 224.

gelişmelerin ne tür bir ulus ötesi forma dönüşeceği ise önceden belirlenemez. Ancak, uluslararası hukuk antlaşmalarla kurulan bir hukuk dalı olduğu sürece, değişimin hukukçuların çalışmalarına, ulusal ve uluslararası mahkemelerin faaliyetlerine ve devletlerin deklârasyonlarına ve rızalarına bağlı olacağı söylenebilir.¹²⁰

2- Kıta Avrupası Yaklaşımı

a- Léon Duguit

Duguit, kuramında egemenlik kavramına yer vermeyen bir hukukçudur. Duguit'ye göre insan, egemenliği ya üstün bir güçle açıklamıştır ya da bizzat egemenliğin kendisini kutsallaştırmıştır. Birinci yaklaşım teokratik, ikinci yaklaşım demokratik öğretilerin dogmasıdır ve her dogma gibi kendi müritleri vardır. Oysa egemenlik kuramının hiçbir sosyal gerçekliği yoktur ve pozitif hiçbir yaklaşım böyle bir kuramı kabul edemez. Teokratik egemenlik anlayışının pozitif temeli olmadığı ortadadır. Egemenlik eğer bir ülkedeki siyasi iktidarı somut olarak elinde tutan irade için kullanılıyorsa bu durumda da beşeri bir iradenin diğer bir beşeri iradeye üstünlüğünden bahsediyoruz demektir ki; hiçbir sosyal olgu insanların iradeleri bakımından birbirlerinden üstün ya da aşağı olduklarına dair bir kanıt sunmamaktadır.¹²¹

Egemenlik kuramına karşı çıkan Duguit, yasayı da egemenin buyruğu olarak görmez. Yasa, parlamento tarafından vazedildiği için bağlayıcı olan bir emir değil "hukuk kuralı"nın (*règle de droit*) hayata geçirilmesi, ifade edilmesinden ibarettir. Yasa ancak hukuk kuralı niteliği kazandığında yurttaşlardan itaat bekleyebilir. Hukuk kuralı ise ekonomik ve ahlaki normlarla birlikte sosyal normların bir türüdür. Ahlak normları, belirli bir ülke ve dönemde yaşayan tüm insanlara yönelen ve onları belli bir davranış biçimine zorlayan kurallar, moda ve benzeri alışkanlıklar, dinsel pratiklerin toplamıdır. Bu kurallara uyulmaması durumunda kendiliğinden oluşan ve kesin bir reaksiyon gösterilir. Ekonomik normlar ise zenginliklerin üretim, tüketim ve dolaşımı ile beşeri ihtiyaçların karşılanmasına yönelik her türlü kuraldır; bireylerin iradi, bilinçli eylemlerinden ortaya çıkarlar ve bu kurallara uymayanlar çeşitli sosyal reaksiyonlarla karşı karşıya kalırlar. Hukuk kuralları özünde ya ahlaki ya da iktisadi bir normdur. Ancak onlardan farkı, bu kuralların ihlalinde sosyal bir cebrin müdahalesi ile karşılaşmamızdır. Duguit böyle bir sosyal cebrin kaynaklarını sosyal dayanışmanın sonucu olan sosyallik duygusu ile bireylerdeki adalet duygusunda bulur. Özetle, hukukun kaynağı egemenin iradesinde değil sosyal olgudur.¹²²

120) Hart, a.g.e., s. 226.

121) Léon Duguit (1927) **Traité de droit constitutionnel**, 3. baskı, Cilt 1, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris, s. 552.

122) Léon Duguit (1928) **Traité de droit constitutionnel**, 3. baskı, Cilt 2, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris, s. 226.

b- Carl Schmitt

Carl Schmitt, siyasi iradeyi hukukun üstüne yerleştiren iradeci yaklaşımı savunan bir yirminci yüzyıl hukukçusudur. Yazara göre modern devlet kuramının tüm önemli kavramları, sekülerleştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır.¹²³ Egemenin üstün iradesi, aslında Tanrı'nın üstün iradesinin dindışı yeniden kurgulanmasıdır. On dokuzuncu ve yirminci yüzyıllarda, monarşik meşruiyete duyulan tepki ile kişi temelli bu egemenlik algısı kırılmaya çalışılmış, siyasi iktidar parçalara bölünerek karşıt iradeler haline getirilmiştir. Demokratik meşruiyet, kuvvetler ayrılığı, güçler dengesi gibi anayasal liberalizmin temel fikirleri bu parçalanmaya önderlik etmiştir. Böylece hukukun egemenliği, egemenin iradesinin yerini almıştır. Kısacası, liberal anayasal devlet, lidersiz bir siyasi toplumu hedeflemiş ve bu yolda önemli adımlar atmıştır. Schmitt, bu tarihi dönüşümü ve çağdaş anayasal gelişmeleri tümüyle reddetmez ancak egemenliğin özünde vazgeçilmez bir unsur olarak gördüğü kişisel unsuru öne çıkaran ve çağdaş anayasa çerçevesine kişide somutlaşan üstün iktidarı yeniden sokmaya çalışan bir kamu hukuku yaklaşımını savunur. Ona göre çağdaş devlet, en azından devletin tehditle karşılaştığı durumlarda otoritesi tartışılmaz bir gücün iradesine tabi olmalıdır. Çünkü lidersizlik, devleti iç ve dış tehditlere açık hale getirir.

Schmitt kişiye ve onun iradesine dayalı üstün otoritenin modern anayasal devletin korunması için vazgeçilmez bir unsur olduğunu ileri sürer. Bu görüşün arkasında geçmişe duyulan özlemler değil, düzeni sağlama ihtiyacı yatar. Hikmet-i hükümet kavramına dayanan Schmitt, bir devletin düzeni ve istikrarı sağlayabilmesi için bütünlüğünü sürdürmesine, bunun için de devlete yönelik tehditleri ortadan kaldırma gücüne sahip kararlı bir devlet eylemine gereksinim olduğunu savunur. Böyle bir iktidar, iradenin parçalanması ile değil tek elde toplanması ile mümkündür. Schmitt düzen ve güvenliğe yaptığı vurgular nedeniyle Hobbescu yaklaşımın çağdaş bir temsilcisi olarak görülür. Kendisi de Hobbes'un iradeci yaklaşımlarına oldukça sıcak bakar. Ancak tamamen bir kolektivist olan Carl Schmitt, Katolik düşüncenin etkisi altındadır. Bu yönüyle de bireyi analizinin temeline yerleştiren Hobbes'tan farklılaşır.

Schmitt'e göre kişisel iradeye üstünlük veren ve modern anayasal devletin dışına taşındığı düşünülen egemenlik anlayışı, aslında anayasaların genel kurala istisna getiren hükümlerinde, özellikle de olağanüstü dönemlerde siyasi iktidara verilen yetkilerde varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle egemenliğin gerçekten kime ait olduğunu görebilmemiz için genel kurallara değil, istisna getiren hükümlere bakmamız gerekir. Yazar bu görüşlerini çarpıcı bir egemenlik tanımıyla

123) Carl Schmitt (1988) **Political Theology**, MIT Press, Cambridge, s. 36.

özetler: “Egemen, istisnaya karar verendir.”¹²⁴ Dolayısıyla Schmitt’in egemeni, normal zamanlarda uykuya dalan ancak devletin bütünlüğünü tehdit eden olağanüstü dönemlerde uykusundan uyanıp sınırsız iktidarı kullanmaya başlayan ikili bir karaktere sahiptir. Liberal devlet, lideri yok etmeye çalışmıştır ama o olağanüstü dönemlerde yeniden canlanarak varlığını gösterir ve ona asıl niteliğini bu olağanüstü dönemlerdeki karakteri kazandırır.¹²⁵

Schmitt, “Dünyanın Düzeni”nde (*Der Nomos der Erde*) pozitivist olmayan bir hukuk kavramlaştırması geliştirmeye çalışmıştır. Ona göre hukuk, siyaset ve ekonomi ile birlikte mekânsal düzenin inşasının bir parçasıdır. Hukuk, siyaset ve ekonomi düzenlerinden koparılamaz. Bu nedenle, yazar hukuk yerine “hukuk düzeni” (*nomos*) kavramını kullanır. Dolayısıyla hukuk düzeni, politik ve iktisadi olan dışlanarak açıklanamaz. Mekânsal düzenin inşası mülk edinme, mülke el koyma ve ülke edinmeyi de içeren geniş bir anlama sahiptir. İnsan uygarlığı, önce kara ve deniz üzerinde egemenlik kurmuş,¹²⁶ yirminci yüzyılda ise egemenliğin konusu hava ve uzayı da kapsar hale gelmiştir. Her ülke edinme biçimi, kendi hukuk düzenini yaratır. Kara egemenliği kontrol edilebilir bir ülke üzerindedir. Oysa deniz ve hava aynı kontrol olanağını vermez. Hugo Grotius, nasıl denizden hareketle Avrupa-merkezli uluslararası hukuku inşa ettiyse, farklı mekânsal kurguları olan her yeni düzen uluslararası hukukta değişim yaratacaktır. On beşinci yüzyıldan beri süregelen kara ve deniz uygarlıkları arasındaki karşıtlık ve onun ürünü olan ulus devlet egemenliği artık yeni bir boyutun eklenmesi ile ortadan kalkacak, dünya yeni “düzen”ini kuracaktır. Schmitt’e göre bu düzende tek bir dünya devletinin oluşması zayıf bir olasılıktır. Buna karşın çok sayıda toplumun çoğulcu bir bütünlük içinde yeniden örgütlenmesini düzenleyen bir uluslararası hukukun gelişmesi olasılığı güçlüdür.¹²⁷

c- Hans Kelsen

Normatif pozitivizmin kurucusu olan Kelsen devlet ile hukuk düzenini bütünləştiren bir kuram kurmuştur. Kelsen’e göre hukuk düzeni devletin kendisidir, aralarında bir fark yoktur. Siyasi bir organizasyon olan devlet görece merkezi-

124) Schmitt, a.g.e., 5-15. Eserin “Egemenliğin Tanımı” başlığını taşıyan bu bölümü, yazarın egemenlik konusundaki düşüncelerinin bir özeti niteliğindedir.

125) Yazar bu görüşlerinden hareketle 1929’dan sonra siyasi çalkantılara sahne olan Almanya’da Weimar Anayasası’nın 48. maddesinin işletilerek olağanüstü hal ilan edilmesini ve tüm siyasi gücün cumhurbaşkanının elinde toplanmasını savunmuştur.

126) Yazarın kara ve deniz uygarlıklarının farklılıkları üzerine eserleri için bkz. Carl Schmitt (1997) **Land and Sea**, Plutarch Press, Washington.

127) G. L. Ulmen (1993) “The Concept of ‘Nomos’: Introduction to Schmitt’s Appropriation/Distribution/ Production”, **Telos**, Bahar, Sayı: 95, s. 39-52.

leşmiş bir hukuk düzenidir.¹²⁸ Egemenliğin devletin asli unsurlarından biri olduğunu söylemek, devletin üstün “otorite” olduğunu söylemekle eş anlamlıdır. Otorite, uyulması zorunlu buyruk verme gücü ya da hakkı olarak tanımlanabilir. Otorite sahibi bir birey, buyruk verme hakkına da sahiptir. Bir bireye böyle bir hak ya da güç ancak normatif düzen tarafından aktarılabilir. Bu nedenle otoritenin temelinde normatif düzen vardır.¹²⁹

Sadece normatif düzen egemen olabilir. Yani sadece normatif düzen üstün otoriteye sahiptir. Bir bireye tanınan otoritenin sonucu olan buyruk verme hakkının ve diğer bireylerin bu buyruğa uyma yükümlülüğünün meşruluğunu belirlemenin nihai ölçüsü normatif düzendir. Salt doğal bir olgu olan fiziki güç ise hiçbir şekilde egemen olamaz. Fiziki gücün egemenliğini kabul edebilmemiz için onu hukuk düzeninin ilk nedeni olarak ele almamız gerekir. Ancak doğada nedensel ilişkiler zinciri içinde böyle bir ilk nedenin belirlenmesi olanaklı değildir. Çünkü her neden başka nedenin sonucudur. Eğer doğal gerçeklikte ilk nedenden bahsedemiyorsak, egemenlik de bir ilk neden olarak görülemez.¹³⁰

Kelsen, devletin hukuk otoritesi olma kapasitesi bakımından hukuk düzeni ile aynı anlama geldiğini ileri sürer. Dolayısıyla bir devletin egemenliği, ulusal hukuk düzeninin üstün olması ve onun üzerinde hiçbir otoritenin bulunmaması anlamına gelir. Ulusal hukuk düzeni üzerinde üstünlüğü ileri sürülebilecek tek düzen ise uluslararası hukuk düzenidir. Uluslararası hukuk düzeninin üstünlüğü, ulusal hukuk düzeninin meşruluğunu bu düzenden alması anlamına gelir. Bununla birlikte, bir hukuk düzeni ile bir diğeri arasındaki ilişki, doğal nesnelerin aralarındaki ilişki gibi algılanamaz. Diğer bir deyişle, her iki hukuk düzeninin içeriğine bakarak birinin diğerine üstün olup olmadığı tespit edilemez. Bu nedenle uluslararası hukukun üstün olup olmadığı sorununun çözümü, her iki düzen arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğuna bağlıdır. İkinci yaklaşım hukukun tekliği fikrini reddettiğinden iki ayrı hukuk düzeni arasında bir altlık üstlük ilişkisi kurulamayacağını savunur. Her iki hukuk kendi alanında geçerlilik taşır ve uluslararası hukuk ancak devletin hukuk sistemine aktarıldıktan sonra ulusal hukukta etki gösterir. Tekçi yaklaşım ise iki farklı hukuki hipotezden hareket eder. Bu hipotezlerden ilki benimseme kuramına (*recognition theory*) varlık kazandırır. Benimseme kuramına göre, uluslararası hukukun ulusal hukuk düzeninin meşruluğunu sağlayabilmesi, kendisinin meşru görülmesiyle olanaklıdır ve bu meşruiyet uluslararası hukukun devlet tarafından benimsenmesiyle sağlanır.

128) Hans Kelsen (1967) **The Pure Theory of Law**, (İngilizceye çev. Max Knight), University of California Press, s. 280-282.

129) Hans Kelsen (1999) **General Theory of Law and State**, The Lawbook Exchange, Union-New Jersey, s. 383.

130) Kelsen, General Theory..., s. 383-384.

Bu nedenle uluslararası hukukun ulusal hukuka meşruluk kazandırması ancak göreceli bir anlama sahiptir. Ulusal hukuk düzeninin temel normu, ister ulusal ister uluslararası olsun, hukukun meşruluğunun asıl kaynağıdır. Diğer bir deyişle ulusal hukuk uluslararası hukuka üstündür, dolayısıyla egemenlik devlete aittir. İkinci hipotez ise birincinin tam tersidir ve uluslararası hukukun üstünlüğü tezine dayanır. Ulusal hukuk düzeni meşruluğunu uluslararası hukuktan alır ve dolayısıyla devlet egemenliğinden bahsedilemez.¹³¹

Eğer hukuk, ulusal hukukun üstünlüğü tezinden hareketle yorumlanırsa, sadece bir ulusal hukuk düzeni ve dolayısıyla sadece tek bir devlet, tam anlamıyla egemen olarak kabul edilmelidir. Eğer uluslararası hukuk, egemen bir devletin ulusal hukuk düzeninin benimsemesiyle meşruluğunu kazanıyorsa, tek bir devlet dışında hiçbir ulusal yapı egemen olamaz. Diğer devletler, meşruluklarını egemen devletin benimsemesiyle meşruluğa kavuşan uluslararası hukuktan alırlar ve anayasal düzenleri bakımından sadece göreceli bir egemenliğe sahip olabilirler. Çünkü onlara bu göreceli egemenliği tanıyan uluslararası hukukun meşruluğu, egemen devletin ulusal hukuk sisteminden kaynaklanır.¹³²

Kelsen ikinci hipotezi benimsemekle birlikte her iki hipotezin de hukuk bilimi bakımından eşit meşruluğa sahip olduğu görüşündedir. Devlet egemenliği gözlemlenebilir bir dış dünya olgusu değildir. Devlet ne egemendir ne de egemen olmadığından söz edilebilir. Sadece egemen olduğu ya da olmadığı öngörülebilir. Bu öngörülerin temelinde hukuk kuramı değil, felsefi ve siyasi düşüncelerimiz vardır. Milliyetçi bakışlar, ulusal hukuka; uluslararası bütünleşmeden yana görüşler, uluslararası hukuka üstünlük tanır. Siyasi bakımdan her iki görüş de savunulabilir. Bu nedenle, pozitif hukukun içeriğini bu hipotezlerle temellendirmemiz olanaklı değildir. Hukuk bilimi için bu hipotezlerden birinin kabulü veya reddi bir önem taşımaz. Hukuk bilimi, sadece hukukçuların seçimlerinin nedenlerini ve benimsedikleri hipotezin doğasını fark etmelerine yardımcı olur ve onların bu hipotezlerden pozitif hukukun izin vermediği sonuçları çıkarmalarını engeller.¹³³

Kelsen'in egemenlik üzerine görüşleri hukuk kuramında önemli bir rol oynar. Hukukun tanımı ancak siyasi iktidarın da tabi olduğu normatif düzen esas alınarak yapılabilir. Bununla birlikte yazar, egemenlik kuramından hareketle bir pozitivist tutum geliştiren iradeci pozitivistlerin, özellikle de Austin'in "buyruk" yaklaşımını genel hatlarıyla benimser. Ancak Kelsen'e göre Austin'in yaklaşımı, hukukun normatif boyutunu ihmal eder. Austin devlet ile hukuk düzeni arasında

131) Kelsen, General Theory..., s. 384.

132) Kelsen, General Theory..., s. 385.

133) Kelsen, General Theory..., s. 385, 388.

bir ikilik yaratır. Bu ikici bakış, egemenin iradesine öncelik tanır ve onun iradesini hukukun kaynağı olarak görür. Dolayısıyla egemenden başka hiçbir üstün otorite yoktur. Ancak normatif düzen bu görüşü desteklemez, aksine, pozitif hukuka baktığımızda egemen iradenin hukukun sınırları içinde kalmak zorunda olduğunu görürüz. Hukuk normu buyruttur ama bu egemenin iradesinden değil, başka bir normdan kaynaklanan bir buyruttur.¹³⁴ Kelsen egemenlik ile hukuk arasındaki gerilimi, egemenlik kavramını reddederek, hukuk lehine ortadan kaldırır.

Hukuk, normların oluşturduğu bir sistemdir. Normatif sistem hiyerarşik bir sistemdir ve bu hiyerarşi içinde her norm meşruluğunu daha üst düzeydeki bir başka norma borçludur. Normu meşrulaştıran siyasi ya da sosyolojik gerçeklik değil, normatif düzenin kendisidir. Normlar hiyerarşisi sonsuza kadar uzamaz ve hiyerarşik zincir varsayıma dayalı bir norm ile sonlanır. Bu varsayıma dayalı norm, temel norm adını alır ve tüm diğer normların geçerliliğinin nedenidir. Kelsen, temel normu, devletin tarih içinde en eski anayasası olarak da nitelendirir. Temel normun işlevi bir dereceye kadar doğal hukukun işlevine yaklaşır. Doğal hukuku savunanlar, pozitif hukukun meşruluğunu doğal hukuktan aldığını ileri sürerler. Hukuki pozitivizm böyle bir yaklaşımı kabul edemez. Temel norm doğal hukukun işlevini üstlenir, ancak işlevleri birbirine benzese de temel norm ile doğal hukuk aynı şey değildir. Doğal hukuk, pozitif hukukun içeriğini belirlediği halde, temel norm, pozitif hukukun içeriğine karışmaz. Pozitif hukukun içeriği bütünüyle temel normdan bağımsızdır. Temel norm “meta-hukuki” bir kavramdır.¹³⁵

Kelsen’in hukuk öğretisine kazandırdığı boyut, hukuku, normun doğasına değil, normun içinde yer aldığı sistemin yapısına bakarak anlamaya çalışmasıdır. Pozitif hukuk kuramı tekil normdan değil, onun içinde yer aldığı sistemin yapısından hareketle kurulabilir.¹³⁶ Hukukun sistem olarak algılanması, hiçbir normun mutlak bir üstünlüğe sahip olmadığı, sadece diğer bir norma göre daha üstün nitelik taşıdığı için kendisine üstünlük atfedildiği mantığı sonucunu doğurur. Bu dinamik bakış açısı, Austinci İngiliz pozitivizminin, iradenin hukuk normunun nihai kaynağı olduğu yolundaki temel düşüncesini derinden sarsmıştır.

Kelsen’in değeri gün geçtikçe artan bir diğer önemli katkısı ise ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye bakışından kaynaklanır. Hukuk literatüründe hukuk kuramı ve anayasa hukuku üzerine çalışmalarıyla tanınan Kelsen,

134) Hans Kelsen (1965) “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, *Stanford Law Review*, Cilt 17, s. 1128, 1138-1139.

135) Kelsen, “Professor...”, s. 1141-1144.

136) Kelsen, hukuku tekil norm olarak değil bir sistem olarak algıladığını *Hukuk ve Devlet Genel Teorisi* adlı eserinin ilk satırlarında açıklar. Bkz. Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 3.

asında en çok uluslararası hukuk alanında eser vermiştir.¹³⁷ Tekçi ve uluslararası hukukun üstünlüğüne dayanan bir görüşten hareket eden Kelsen, ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliklerinin uluslararası hukuk olduğunu, bu durumda temel normun da uluslararası hukukta aranması gerektiğini ileri sürer.¹³⁸ Uluslararası hukukun temel normu, uluslararası antlaşmaların geçerliliğini sağlayan kuraldır ki; bu kuralı uluslararası gelenek hukukunda bulmak mümkündür. Çünkü uluslararası hukuku yaratan, devletlerin kendi aralarında oluşturduğu geleneklerdir. Dolayısıyla devletlerin geleneksel olarak nasıl davranıyorlarsa öyle davranmaya devam etmelerine yönelik kural, uluslararası gelenek hukukunun temel normudur. Uluslararası antlaşmaların geçerliliği ise geleneklerle yaratılan ve süreklilik kazanmış *pacta sunt servanda* kuralına dayanır. Uluslararası örgütler ve yargı organları da uluslararası andlaşmalarla kurulurlar.¹³⁹

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki ikiliği ortadan kaldıran Kelsen, uluslararası hukukun hukuk kuramında oynayacağı rolü, bu hukukun gelişim yönünü göstererek ortaya koymuştur. Ona göre uluslararası hukukun mevcut durumu ile potansiyelleri birbirinden ayrılmalıdır. Kelsen bu bağlamda, uluslararası hukukun dağınık yapısının bir merkezleşmeye doğru gideceği ve genel uluslararası hukukun yanında, özel nitelikler taşıyan uluslararası hukuk rejimlerinin ortaya çıkacağı görüşündedir.¹⁴⁰ Bu rejimlerde yargı organları, idari organlar ve hatta yasama işlevine sahip organlar uluslararası antlaşmalar ile kurulacak, klasik uluslararası hukuk ile oluşturulan uluslararası toplumun ötesine geçen çok daha merkezleşmiş yapılar ortaya çıkacaktır. Daha sonraki aşamalarda, görece merkezleşmiş uluslararası toplum konfederasyona ve federasyona dönüşebilecek; uluslararası antlaşmalarla kurulan hukuk düzenleri, ulusal hukuk sistemlerine atfedilen özelliklerin tümüne sahip olabilecektir.¹⁴¹ Kelsen, uluslararası yargı organlarının bu süreci başlatacak temel yapı elemanları olduğu görüşündedir. Tıpkı ulusal hukuk sistemlerinin gelişiminde olduğu gibi, uluslararası rejimlerde de yargı organı yasama organından önce ortaya çıkacaktır.¹⁴²

Kelsen, ulus üstü örgütlenme modelini ve uluslararası hukuk yoluyla ulusla-

137) Kelsen'in biyografisini yazan Rudolf A. Mètall'in araştırmasına göre yazar anayasa hukuku alanında 92, hukuk teorisi alanında 96, uluslararası hukuk alanında ise 106 adet makale ve kitap yazmıştır. Bu döküm yazarın İngilizceye çevrilen *Normlar Genel Teorisi* adlı kitabına ek olarak verilmiştir. Bkz. Hans Kelsen (1991) **General Theory of Norms**, (İngilizceye çev. Michael Hartney), Clarendon Press, Oxford, s. 440-454.

138) Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 366-369.

139) Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 369-370.

140) Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 326-327.

141) Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 327.

142) Hans Kelsen (1944) **Peace Through Law**, University of North Carolina Press, Chapel Hill, NC, s. 58.

rarası alanda özel nitelikli hukuk rejimlerinin oluşturulabileceğini öngören bir yazar olmanın ötesinde, bu öngörüğü pozitif hukuk kuramı ile temellendiren ilk hukukçudur. Kelsen yaşadığı döneme aykırı düşen ancak günümüzde pozitif düzenlemeye kavuşmuş birçok uluslararası hukuk kurumunun da fikir babasıdır.¹⁴³

3- Genel Bir Değerlendirme

Kendisine atfedilen anlamlarla birlikte düşün yaşamında dolaşıma girdiği ve modern devletin kurucu unsuru olarak kabul edildiği dönemden itibaren yaklaşık dört yüzyıllık bir geçmişe sahip olan egemenlik kavramı, geçen süre içinde içeriğini değiştirmiş, yeni anlam içerikleri kazanmış, öte yandan da eski anlam içeriklerinin bazılarını terk etmiş, bazılarını ise bir kalıntı olarak korumuştur. Bodin'den günümüze modern devletin üç aşamadan geçtiği ileri sürülebilir. Bunlardan ilki, modern devletin orta çağ devlet anlayışının etkisi altında kaldığı dönemdir. Kişi-merkezli egemenlik anlayışı ve egemenliğin Bodin tarafından belirlenen nitelikleri, özünde Hristiyan teolojisinden hareket eden orta çağ Avrupası'na hâkim olan siyaset ve hukuk kuramına dayanır. Modern devletin ikinci döneminde, sürekli, kişi dışı kurumlar ortaya çıkmıştır. Bu kurumların gelişmesine izin veren yapı ise ulus devlettir. Ulus devletin kurumlarının pekişmesi orta çağ ile olan bağların da kopmasına neden olmuştur. Bu dönemde iç hukuk sistemlerinde kişi dışı egemenlik anlayışı yerleşmeye başlamıştır. İlk yazılı anayasaların ortaya çıkmasından sonra özellikle iç ve dış egemenlik arasındaki ayrım dikkati çekmektedir. Anayasacılık hareketi ile iç hukuk sistemlerinde kişi-merkezli egemenlik öğretisinden uzaklaşılırken, dış egemenlik bakımından on dokuzuncu yüzyıla kadar önemli bir gelişme kaydedilmemiştir. Modern devletin son aşaması, devletlerin uluslararası alanda örgütlenmeye başladığı on dokuzuncu yüzyıl ile başlar, ancak bu alandaki asıl gelişmeler 1945 sonrasında görülmeye başlamıştır. Günümüzde, siyaset kuramı ve kamu hukuku alanında uluslararası düzeyde kozmopolit ve federalist yaklaşımlar ortaya çıkmaktadır. Bu gelişmeler, önümüzdeki dönemde iç hukuk sisteminde anayasal demokrasiyi inşa eden modern devletin en çok tartışılacak yönünün dış egemenlik ve uluslararası hukuk olacağına işaret etmektedir.

Modern devletin geçirdiği evrim, hukuk genel kuramını da etkilemiştir. Klasik egemenlik kuramına yönelik ilk tepkiler, liberal anayasa hukuku öğretisinin öncülerinden, doğal hukuka dayalı bireysel hak ve özgürlükler, sınırlı devlet ve modern kuvvetler ayrılığı kuramlarının kurucusu Locke ve kuvvetler ayrılığı kuramcısı Montesquieu'dan gelmiştir. Bu yazarların eserleri ulusal hukuk düzeni

143) Örneğin, Kelsen 1932 Hague Konferansı'nda bireylerin de uluslararası hukukun sujesi olabileceğini, 1944 yılında yazdığı bir kitapta uluslararası bir ceza mahkemesi ile devlet adına hareket edenlerin yargılabileceğini savunmuştur.

çerçevesinde, devlet iktidarını hukukla sınırlamaya yönelmiştir. On dokuzuncu yüzyılın sonu ve yirminci yüzyılın başında Duguit, Jellinek, Horroiu, Krabbe gibi hukuk düşünürleri klasik egemenlik kuramını reddeden, eleştiren ya da yeni-den anlamaya çalışan eserler vermişlerdir. Bu çalışmaların ağırlık noktasını da ulusal hukuk sistemleri oluşturur ve egemenliğin dış boyutuna ilişkin yeni bir kuramsal açılım getirmekten uzaktır. Norm yerine, hukuk sisteminden hareketle genel hukuk öğretisini kuran Hans Kelsen, uluslararası hukukun, devletlerin egemenliklerini sınırlayan bir hukuk dalı olduğunu kabul eder. Kelsen'in tekçi hukuk yaklaşımı, ulusüstü tüm hukuk rejimlerine uygulanabilecek bir pozitif hukuk öğretisidir. Hart ise Kelsen'den farklı olarak ampirik bir gerçekliğe kavuşmadan uluslararası hukukun alacağı biçimin *a priori* olarak öngörülemediğini savunmakla birlikte hangi koşullar sağlandığında uluslararası hukukun iç hukuk sistemlerine benzeyebileceğinin ipuçlarını vermektedir.

Yirminci yüzyılın egemenlik kuramcılarında Hinsley, egemenliği devletle birlikte algılar ve devlet var olduğu sürece egemenlik kavramına da ihtiyaç olduğunu ileri sürer. Merkezileşmiş siyasi otoritenin bulunduğu her yerde bir nihai karar alıcı olmak zorundadır. Egemenlik, siyasi toplumda nihai ve mutlak bir otorite olduğu ve başka hiçbir yerde mutlak ve siyasi bir otorite olamayacağı fikrine dayanır. Devlet egemenliği sınırlanabilir ama yok olmaz. Egemenliğin uluslararası hukukla sınırlanması da mümkündür. Bu sınırlanma egemen devletler egemenliklerini kaybetmeden gerçekleşebilir. Uluslararası hukuk içinde, hukukun uluslararası üstünlüğüne dayanan yargı organları kurulabilirse kendine özgü bir siyasi toplumun tohumları atılıyor demektir ancak ulus ötesi bir alanda yasama ve yürütme organlarının oluşması için henüz çok erkendir.¹⁴⁴

Hinsley'in bu görüşleri, egemenlik konusundaki tartışmalara ışık tutması bakımından ilginçtir. Yazar, devlet dediğimiz siyasi birliğin son tahlilde egemenlik fikrine dayandığı görüşündedir. Siyasi birlik olan her yerde iktidar sorunu ortaya çıkacaktır. Bu gerçekçi belirleme, Duguit örneğinde olduğu gibi, iktidarı ve siyasi toplumdaki iktidar ilişkilerini görmeksizin sosyal olguyu anlamaya çalışma idealizmine düşmemizi engeller. Duguit çağdaş devletin kişi dışı niteliğini belirlerken haklıdır. Ancak egemenliği sadece klasik anlamıyla ele alır ve kişi dışı devletin de kendine özgü bir egemenlik anlayışı olabileceği üzerinde durmaz. Schmitt'in yaklaşımı ise Duguit'in tam tersidir, egemenliğin farklı algılandığı bir çağda, klasik egemenlik anlayışını temel alır. Schmitt'in kurgusu bütünüyle modern devletin erken dönemine ait bir egemenlik bakışını yansıtır. Schmitt, Bodin ve Hobbes'un egemeni ile günümüzdeki anayasal egemenliği aynı düzlemde eşitlemeye çalışmaktadır. Bununla birlikte, Schmitt'in düşünceleri iki bakımdan

144) F. H. Hinsley (1966) **Sovereignty**, C. A. Watts, Londra, s. 26, 224-226.

uyarıcıdır. Egemenlik anlayışının geçirdiği evrim biyolojik bir evrim değildir; tersine bir gelişme mümkündür. Günümüz dünyasında zaman zaman ortaya çıkan iradeyi temel alan totaliter ve otoriter rejimler bunun en güzel kanıtıdır. Aynı şey ulus ötesi oluşumlar için de söylenebilir. Egemen devletlerin hukukun uluslararası üstünlüğüne dayalı bir uluslararası birliğe yönelmeleri, konfederasyon ve federasyon kurmaları mümkündür. Ama devlete benzediği ölçüde, bu yapıların da otoriter ve totaliter rejimlere dönüşme tehlikesi varlığını korur.

Hinsley'in bakışı, ulus ötesi yapılanmaların nihai formu konusundaki tartışma bakımından da anlamlıdır. Hinsley, Kelsen gibi uluslararası hukuk rejimlerinin ulusal hukuk düzenleri gibi gelişme göstereceği fikrini savunur. Kelsen, kararları bağlayıcı bir uluslararası yargının ilkel bir devlet formu için yeterli olabileceği görüşündedir. Hart, bu konuya doğrudan değinmemekle birlikte, öğretisi bir uluslararası hukuk rejiminin tam anlamıyla hukuk düzeni sayılabilmesi için yasama ve yürütme organları ile merkezi yaptırım mekanizmalarıyla donatılmasını zorunlu kılar. Bu görüşlerden, uluslararası hukuk düzeninin nihai aşamada devlet benzeri bir örgütlenmeye muhtaç olduğu sonucu çıkmaktadır. Kelsen ve Hart, Austinci potizif hukuk yaklaşımını terk etmişlerdir. Her iki yazar da öğretilerinde egemenlik kavramına yer vermemekte, hukuk sistemini egemenlik yerine kullanmakta ve öğretileri hukukla kayıtlanmış ve kurumsal bir yapı üzerinde şekillenen çağdaş kişi dışı devleti esas almaktadır. Bu devletin egemenlik kurgusu anayasal egemenliktir ve kuvvetler ayrılığı temelinde, yasama, yürütme ve yargı organları hukuk devleti ilkesine uygun olarak egemen yetkileri kullanırlar.

Küreselleşmenin kendisini giderek daha fazla hissettirdiği bir dünyada, kamu hukuku ve onun kavramları daha fazla tartışılacaktır. Bu tartışmaların odağını ulus ötesi alan oluşturacaktır. Doruk noktasına Hart ve Kelsen ile ulaşmış hukuki pozitivizm, tekil norma değil, normatif sisteme yönelmiştir. Onlara göre iktidar normatif sistemin ürünüdür. Sistem yaklaşımına sahip her iki yazar da, uluslararası hukukun, ulusal hukuk sistemleri kadar geliştiği bir ortamda ilkelikten kurtulacağı (Hart) ya da konfederasyon ya da federasyon türü ulus üstü yapıların oluşacağı (Kelsen) görüşündedir. Ancak normatif sistemi esas alan bu yazarlar hangi siyasi ve sosyal gelişmelerin bu süreci etkileyeceği konusunda bir düşünce ileri sürmezler. Buna karşın, egemenlik kuramını reddeden Duguit'nin bakış açısıyla, küreselleşmiş bir toplum düzeninin ancak küresel bir sosyalleşme ve adalet anlayışının gelişmesiyle mümkün olabileceğini söyleyebiliriz. Schmitt ise kamu hukukunun siyasi ve iktisadi gelişmelerden bağımsız düşünülmemeyeceği görüşündedir. Mekânsal kurguları değişen bir dünyanın hukuk sistemi ve kavramları farklılaşmak zorundadır. Mekânsal düzeni ulus devletin sınırlarını aşan her yeni oluşum, yeni bir hukukun ve egemenlik söyleminin de beşiği olacaktır.

KAYNAKLAR

- Ağaoğulları Mehmet Ali, Akal, Cemal Bali ve Köker, Levent (1992) Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara.
- Allot, Philip (2001) "The Emerging Universal Legal System", International Law Forum-Forum du droit international, Cilt 3, s. 12-17.
- Anderson, Perry (1974) Lineages of the Absolutist State, NLB, Londra.
- Archibugi, Daniele (1993) "The Reform of the UN and Cosmopolitan Democracy: A Critical Review", Journal of Peace Research, s. 301-315.
- Archibugi, Daniel (1998) "Principles of Cosmopolitan Democracy", Re-imagining Political Community –Studies in Cosmopolitan Democracy (der. Daniele Archibugi, David Held ve Martin Köhler), Polity Press, Cambridge, s. 198-228.
- Austin, John (1954) The Province of Jurisprudence Determined, The Noonday Press, New York.
- Bañkowski, Zenon ve Christodoulidis, Emiliós (1998) "The European Union as an Essentially Contested Project", European Law Journal, Cilt 4, Sayı: 4, s. 341-354.
- Baratta, J. Preston (1999) "The International Federalist Movement", Peace and Change, Cilt 24, Sayı: 3, s. 340-365.
- Bartelson, Jean (1995) A Genealogy of Sovereignty, Cambridge University Press, Cambridge.
- Bederman, David J. (2001) "Grotius and his Followers on Treaty Construction", Journal of the History of International Law, Cilt 3, s. 20-34.
- Bentham, Jeremy (1970) Of Laws in General, (der. Herbert Hart), Athlone Press, University of London.
- Bodin, Jean (1992), On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth (der. Julian H. Franklin), Cambridge University Press, Cambridge.
- Buergenthal, Thomas (2001) "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad", Leiden Journal of International Law, Cilt 14, s. 267-275.
- Bush, M. L. (1967) Renaissance, Reformation and the Other World 1450-1660, Harper Colophon Books, New York.
- Camilleri, Joseph A. ve Falk, Jim (1994) The End of Sovereignty? –The Politics of a Shrinking and Fragmenting World, Edward Elgar, Vermont.
- Castiglione, Dario (1996) "The Political Theory of the Constitution", Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives (der. Richard Bellamy ve Dario Castiglione), Blackwell Publishers, Oxford.
- Curtin, Dedrier (1993) "The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, Common Market Law Review, Cilt 30, s. 145-165.
- Duguit, Léon (1927) Traité de droit constitutionnel, 3. baskı, Cilt 1, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris.
- Duguit, Léon (1928) Traité de droit constitutionnel, 3. baskı, Cilt 2, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris.
- Duguit, Léon (2000) "Egemenlik ve Özgürlük" (Fransızcadan çev. Didem Köse, Sedef Koç), Devlet Kuramı (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara.
- Ford, Christopher A. (1996) "Preaching Propriety to Princes: Grotius, Lipsius, and

Neo-Stoic International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cilt 28, Sayı: 2 (Bahar), s. 313-367.

- Fossum, Erik John (2000) “Constitution Making in the European Union”, *Democracy in the European Union* (der. Erik O. Eriksen ve J. Erik Fossum), Routledge, Londra.
- Frankenberg, Günter (2000) “The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism”, *European Law Journal*, Cilt 6, Sayı: 3, s. 257-276.
- Franklin, Julian H. (1973) *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Franklin, Julian H. (1992), “Introduction”, *On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth* (der. Julian H. Franklin), Cambridge University Press, Cambridge.
- Freeman, M. D. A. (1994) *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, altıncı bası, ELBS with Sweet and Maxwell.
- Gibson, John S. (1991) *International Organizations, Constitutional Law, and Human Rights*, Praeger Publishers, New York.
- Gierke, Otto (2000) “Orta Çağ’da Siyasi Kuramlar” (İngilizceden çev. Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu), *Devlet Kuramı* (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara.
- Glossop, Ronald J. (1993) *World Federation? A Critical Analysis of Federal World Government*, McFarland and Company, Jefferson.
- Gross, Leo (1998) *The Peace of Westphalia, 1648-1948, International Law, Classic and Contemporary Readings* (der. Charlotte Ku ve Paul F. Diehl), Lynne Rienner Publishers, Londra.
- Hamilton, Alexander, Madison, James ve Jay, John (1982) *The Federalist Papers*, Bantam Books, Toronto.
- Harding, Christopher ve Lim, C. L. (1999) “The Significance of Westphalia: An Archaeology of the International Legal Order”, *Renegotiating Westphalia* (der. Christopher Harding ve C. L. Lim), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague.
- Hart, H. L. A. (1997) *The Concept of Law*, ikinci baskı, Oxford University Press, Clarendon Law Series, New York.
- Hauriou, Maurice (1912) *La souveraneté nationale*, Recueil Sirey, Paris.
- Held, David (1992), “Democracy: From City States to a Cosmopolitan Order”, *Political Studies*, Cilt 40, özel sayı, s. 10-39.
- Held, David (1995) *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge.
- Hinsley, F. H. (1966) *Sovereignty*, C. A. Watts, Londra.
- Hobbes, Thomas (1968) *Leviathan*, Collier Books, Londra.
- Jennings, Jeremy (1996) “From ‘Imperial State’ to ‘l’Etat de Droit’: Benjamin Constant, Blandine Kriegel and the Reform of the French Constitution”, *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives* (der. Richard Bellamy ve Dario Castiglione), Blackwell Publishers, Oxford.
- Kant, Immanuel (1965) *The Metaphysical Elements of Justice*, (İngilizceye çev. John Ladd), Macmillan Publishing Company, New York.
- Kantorowicz, H. (1957) *The King’s Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, Princeton.

- Kelsen, Hans (1920) *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts – Beitrag zu einer Reiner Rechtslehre*, Mohr, Tübingen.
- Kelsen, Hans (1944) *Peace Through Law*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, NC.
- Kelsen, Hans (1965) “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, *Stanford Law Review*, Cilt 17, s. 1128-1139.
- Kelsen, Hans (1967) *The Pure Theory of Law*, (İngilizceye çev. Max Knight), University of California Press.
- Kelsen, Hans (1991) *General Theory of Norms*, (İngilizceye çev. Michael Hartney), Clarendon Press, Oxford.
- Kelsen, Hans (1999) *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, Union-New Jersey.
- Keohane, Nannerl O. (1980) *Philosophy and the State in France: From the Renaissance to the Enlightenment*, Princeton University Press, Princeton.
- Krabbe, Hugo (1965) *Devlet Teorisinin Tenkitli İzahı*, (çev. Muammer-Vassaf Tolga), İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları sayı: 37, İstanbul.
- McCormick, Neil (1999) *Questioning Sovereignty – Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford.
- Machiavelli, Niccolò (1985), *The Prince* (İngilizceye çev. Harvey C. Mansfield), University of Chicago Press, Chicago.
- Mac Iwain, C.H. (1958) *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca, New York.
- Mancini, Federico G. (1991) “The Making of a Constitution for Europe”, *The New European Community* (der. R. Keohane ve S. Hoffmann), West View, Boulder.
- Martin, Michael (1987) *The Legal Philosophy of H. L. A. Hart*, Temple University Press, Philadelphia.
- Meinecke, Friedrich (1998) *The Doctrine of Raison de’État and Its Place in Modern History*, (İngilizceye çev. Douglas Scott), Transaction Publishers, New Brunswick.
- Meray, Seha L. (1977) *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara.
- Mogi, Sobei (1969) *The Problem of Federalism: A Study in the History of Political Theory*, II. Cilt, George Allen and Unwin Ltd., Londra.
- Oppenheim, Lassa (1905) *International Law*, Longmans, Green and Co., Londra.
- Passerin, Alessandro d’Entrèves (2000), “Devlet Kavramı”, (Fransızcadan çev. Başak Baysal), *Devlet Kuramı* (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara.
- Philpott, Daniel (1999) “Westphalia, Authority, and International Society”, *Political Studies*, Cilt XLVII, s. 566-589.
- Pogge, T. W. (1994) “Cosmopolitanism and Sovereignty”, *Political Restructuring in Europe: Ethical Perspectives* (der. C. Brown), Routledge, Londra.
- Rabkin, Jeremy (1997) “Grotius, Vattel, and Locke: An Older View of Liberalism and Nationality”, *Review of Politics*, Cilt 59, Sayı: 2 (Bahar), s. 293-323.
- Rousseau, Jean Jacques (1971) “The Social Contract or Principles of Political Right”, *Jean Jacques Rousseau: Authoritarian Libertarian?* (der. Guy H. Dodge), D.C. Heat and Company, Lexington.

- Ruggie, John G. (1986) "Continuity and Transformation in the World Polity: Towards a Neorealist Synthesis", *Neorealism and its Critics* (der. Robert O. Keohane), Columbus University Press, New York.
- Ruth Lapidot (1992) "Sovereignty in Transition", *Journal of International Affairs*, Cilt 45, Sayı: 2, s. 157-176.
- Sabine, George (1961), *A History of Political Theory*, Holt, Rinehart and Winston, New York.
- Schermers, Henry G. ve Blokker, Niels M. (1999) *International Institutional Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague.
- Schmitt, Carl (1988) *Political Theology*, MIT Press, Cambridge.
- Schmitt, Carl (1997) *Land and Sea*, Plutarch Press, Washington.
- Schmitter, P. C. (1996) "Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts", *Governance in the European Union* (der. G. Marks), Sage, Londra.
- Schuppert, G. Folke (1995) "The Evolution of a European State: Reflections on the Conditions of and the Prospects for a European Constitution", *Constitutional Policy and Change in Europe* (der. J. J. Hesse ve N. Johnson), Oxford University Press, Oxford.
- Shaw, Jo (1999) "Postnational Constitutionalism in the European Union", *Journal of European Public Policy*, Cilt 6, s. 579-597.
- Skillen, James (1996) "Natural Law Before and After Sovereignty", *Sovereignty at the Crossroads?* (der. Luis E. Lugo), Rowman and Littlefield Publishers, Lanham (Maryland).
- Ulmen, L. (1993) "The Concept of 'Nomos': Introduction to Schmitt's Appropriation/ Distribution/ Production", *Telos, Bahar*, Sayı: 95, s. 39-52.
- Walker, Neil (2000) "Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe", *Harvard Jean Monnet Working Paper* 12/99, Cambridge.
- Weber, Max (1954) *On Law in Economy and Society*, (der. Max Rheinstein, İngilizce-ye çev. Edward Shils), Simon and Schuster, New York.
- Weiler, Joseph (1991) "The Transformation of Europe", *Yale Law Journal*, Cilt 100, s. 2403-2483.
- Wilks, Michael (1963) *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Witte, Bruo de (1998) "Sovereignty and European Integration, the Weight of Legal Tradition", *The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence* (der. Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet ve J. H. H. Weiler), Hart Publishing, Oxford.
- Yasuaki, Onuma (2000) "When was the Law of International Society Born? –An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective", *Journal of the History of International Law*, Cilt 2,s. 1-66.

ÖZET

Egemenlik, ulus devlet anlayışının temel kavramlarından biridir. Ulus devlet daha önceki devlet yapılarından farklı bir egemenlik anlayışını on yedinci yüzyıldan itibaren inşa etmeye başlamıştır. Bu makalede, son dört yüz yılda önde gelen hukuk teorisyenlerinin egemenlik kavramına getirdiği farklı tanımlar ve yaklaşımlar özetlenmiş ve egemenlik kavramının içeriğinin göstermiş olduğu değişim analiz edilmiştir. Bu tarihi bakış mutlak nitelikli ve kişi merkezli klasik egemenlik öğretisinin zamanla kurum ve hukuk merkezli bir nitelik kazandığına işaret etmektedir. Bu gelişimin bir sonucu olarak pozitif hukuk öğretisi de devleti kişiye ve onun iradesine benzeterek algılayan, hukuku da bu kişi devletin ürünü olarak gören bir söylemden uzaklaşarak, devletin hukukla özdeşleştirildiği ve hukukun devlet organlarının yetki sınırlarını belirlediği yeni bir yaklaşım biçimine yönelmiştir. Makale ayrıca uluslararası ve ulusüstü yapıların egemenlik söyleminin kurgulanması üzerindeki etkilerini de ele almaktadır.

Anahtar kelimeler: Egemenlik, ulus devlet, hukuk teorisi, uluslararası hukuk, ulusüstü hukuk.