

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (MİLLETLERARASI HUKUK)  
ANABİLİM DALI

**BELİRSİZLİK KURAMI YÖNÜNDEN  
ULUSLARARASI ANDLAŞMALARDA ÇEKİNCELER**

Doktora Tezi

Erkan AKDOĞAN

Ankara – 2017

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (MİLLETLERARASI HUKUK)  
ANABİLİM DALI

**BELİRSİZLİK KURAMI YÖNÜNDEN  
ULUSLARARASI ANDLAŞMALARDA ÇEKİNCELER**

Doktora Tezi

Erkan AKDOĞAN

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

Ankara – 2017

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (MİLLETLERARASI HUKUK)  
ANABİLİM DALI

Erkan AKDOĞAN

**BELİRSİZLİK KURAMI YÖNÜNDEN  
ULUSLARARASI ANDLAŞMALARDA ÇEKİNCELER**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

PROF.DR. SERAP AKİPEK

PROF.DR. ERDAL ONAR

PROF.DR. SERTAÇ HAMİ BAŞEREN

PROF.DR. ENVER BOZKURT

DOÇ. DR. CAVİD ABDULLAHZADE

PROF.DR.FUNDA KESKİN ATA (Yedek)

YRD.DOÇ.DR.UĞUR BAYİLLİOĞLU (Yedek)

İmzası

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

Tez Smavı Tarihi : 24.11.2017

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER .....	3
KISALTMALAR CETVELİ.....	vii
NOT .....	xii
GİRİŞ .....	i

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARININ DÖNÜŞÜMÜNÜN TARİHSEL VE KAVRAMSAL BOYUTU

I. DOKTRİN VE TARİH.....	1
II. HUKUK DOGMATIĞI .....	21
A.GENEL OLARAK .....	21
B.EFLATUN'UN ECZANESİ .....	30
III. DOKTRİN VE FELSEFE .....	55

### İKİNCİ BÖLÜM

#### 19. YÜZYIL SONU ALMAN DOKTRİNİ ÖRNEĞİNDE ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARININ DÖNÜŞÜMÜ

I. DOGMATİK ÜZERİNE DOKTRİNDEKİ BAŞLICA TARTIŞMALAR.....	63
A. ANDLAŞMALARIN HUKUKİ BAĞLAYICILIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER...63	

1. Yüzyıl Sonu Eleştirileri: Kaufmann ve Kelsen .....	63
2. Eleştirilen Dogmatığın Öncüleri: Laband, Bergbohm .....	68
3. Doktrinin Birleşimi: Jellinek.....	72
4. Birleşimin Yüzyıl Sonuna Aktarımı: Triepel.....	85
B. ANDLAŞMALARLA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİN BAĞLAMI.....	92
II. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLERİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	104

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**DÖNÜŞEN ULUSLARARASI HUKUK DOKTRİNİNDE DOGMATİK,**  
**ANDLAŞMALAR VE ÇEKİNCELER**

I. DOKTRİNİN DÖNÜŞÜMÜ: MADDİ/ŞEKLİ KAYNAK AYRIMI .....	111
A. PASİFİST DOKTRİN .....	117
B. DOKTRİNİN-KENDİSİ .....	133
II. GENEL OLARAK ÇEKİNCE: ÇEKİNCE-OLMAYAN .....	148
A. 1969 VİYANA SÖZLEŞMESİ VE ÇEKİNCELER .....	153
B. DOKTRİNLER AÇIDAN ÇEKİNCE .....	164
C. ÇEKİNCELERE UYGULANAN REJİMLER.....	174
1. Doktrinin Dönüşümü: Viyana Sözleşmelerini Etkileyen Nedenler... 174	
a. Geleneksel Sistem ve Diğer Sistemler .....	176

b. BM Genel Sekreterliği'nin, Divan'ın Danışma Görüşü ve Andlaşmaları Etkileyen Çalışmaları .....	182
2. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Çekinceler Kılavuzu .....	198
DEĞERLENDİRME VE SONUÇ .....	205
KAYNAKÇA .....	219
I. Başvuru Kaynakları.....	219
II. Genel Eserler.....	221
III. Sistematik Eserler, Derlemeler, Armağanlar .....	229
IV. Monografiler, Notlar .....	235
V. Makaleler.....	250
VI. Tezler.....	268
VII. Yargı Kararları.....	268
1. Uluslararası .....	268
2. Ulusal .....	270
VIII. Belgeler/Raporlar .....	270
ÖZET/ABSTRACT .....	274

## KISALTMALAR CETVELİ

AB	Avrupa Birliği
ADR	Alternative Dispute Resolution(s)
AES	<i>Archives européennes de sociologie</i>
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
AİBÜSBED	<i>Abant İzzel Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi</i>
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AöR	<i>Archiv für öffentliches Recht; Archiv des öffentlichen Rechts</i>
ARIEL	<i>Austrian Review of International and European Law</i>
ARS	<i>Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie</i>
ARSS	<i>Actes de la recherche en sciences sociales</i>
art.; Art.	article(s); Artikel(n) – m.; mm.
ARW	<i>Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie</i>
ASIL PROC.	<i>Proceedings of the American Society of International Law</i>
AUST. YBIL	<i>Australian Yearbook of International Law</i>
AÜDTCF	Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi</i>
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	<i>Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi</i>
AV	<i>Archiv des Völkerrechts</i>
AYM	Türk Anayasa Mahkemesi
BVfG	Bundesverfassungsgericht (Alman Anayasa Mahkemesi)
BKK	Bakanlar Kurulu Kararı
bkz.	bakınız
BLzWR	Biographisches Lexikon zur Weimarer Republik
BM	Birleşmiş Milletler
BMDHS	Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
BULLETIN	<i>Bulletin de la SdLC</i>

BWI	Bretton Woods Institutions (Dünya Bankası ve IMF)
BYIL	<i>British Yearbook of International Law</i>
C.	Cilt
cf.	confer – bkz.; karşı.
CJIL	<i>Chinese Journal of International Law</i>
CRIT. INQ.	<i>Critical Inquiry</i>
CUP	Cambridge University Press
DJZ	<i>Deutsche Juristen-Zeitung</i> *
dn.	dipnot – n.; N.
DUP	Duke University Press
e.g.	exempli gratia
ECON. POL. W.	<i>Economic and Political Weekly</i>
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
esp.	especially – not.; öz.
et al.	et alii
et seq. (et séq.)	et sequens, et sequentia – f., ff., ved.
etc.	et cetera
EUP	Edinburgh University Press
f.	folgend, folio – et seq., ff., ved.
ff.	folgenden, folium – et seq., f., ved.
FYIL	<i>Finnish Yearbook of International Law</i>
GERMAN L.J.	<i>German Law Journal</i>
hak.	hakkında
HRC	İnsan Hakları Komitesi
HRQ	<i>Human Rights Quarterly</i>
Hrsg.	Herausgeber
HUP	Harvard University Press

---

\* Bazı sayılarda sayfa sayıları sütun sayılarına karşılık gelir.

i.e.	id est
ibid.	ibidem
ICAO	International Civil Aviation Organization (Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü)
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
id.	idem
IDI	Institut de Droit International (Uluslararası Hukuk Enstitüsü)
ILC	International Law Commission (Uluslararası Hukuk Komisyonu)
ILO	International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
ISO	International Organization for Standardization
ISSJ	<i>International Social Science Journal – RISS</i>
İÜ; İÜHF	İstanbul Üniversitesi; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası</i>
İÜSBFD	<i>İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi</i>
JHIL	<i>Journal of the History of International Law</i>
JöR	<i>Jahrbuch des öffentlichen Rechts</i>
JW	<i>Juristische Wochenschrift</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
k.t.	kabul tarihi; karar tarihi
karş.	karşılaştırınız – cf.
LGDJ	Librairie Générale de Droit & Jurisprudence
LNOJ	<i>League of Nations Official Journal</i>
LSE	London School of Economics (and Political Science)
m.	madde – art.; mm.
MHMÖHB	<i>Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni; Milletlerarası Hukuk Bülteni</i>
mm.	maddeler – art.; m.
MÖ; MS	Milattan Önce; Milattan Sonra
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law

MPUNYB	<i>Max Planck Yearbook of United Nations Law</i>
n.; N.	note; Note – dn.
NAIL	New Approaches to International Law
NDB	Neue Deutsche Biographie
no.	sayı; nombre, number
NORDIC J. INT'L. L.	<i>Nordic Journal of International Law</i>
not.	notamment – esp.; öz.
NY	New York
OJLS	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
OUP	Oxford University Press
ÖBL	Österreichisches Biographisches Lexikon
örn.	örneğın
öz.	özellikle – esp.; not.
p.	page – s.; S.
para.	paragraf(lar); paragraph(e)(s)
PCA	Permanent Court of Arbitration (Daimi Tahkim Divanı)
pp.	pages – ss.; S.
PUF	Presses Universitaires de France
PUP	Princeton University Press
RBDI	<i>Revue belge de droit international</i>
RdC	<i>Recueil des Cours de l'Académie de la Haye</i>
RDI	<i>Revue de droit international</i>
RdiD	<i>Répertoire de droit international de Dalloz</i>
RDILC	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i>
RFS	<i>Revue française de sociologie</i>
RFSP	<i>Revue française de science politique</i>
RG	<i>Resmi Gazete</i>
RGDIP	<i>Revue général de droit international public</i>
RIAA	<i>Reports of International Arbitral Awards</i>
RISS	<i>Revue internationale des sciences sociales – ISSJ</i>

s.; S.	sayfa; Seite(n) – p.; pp.
SdLC	Société de Législation Comparée
SFDI	Société Française pour le Droit International
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i>
ss.	sayfalar – pp.; S.
SUP	Stanford University Press
TBBD	<i>Türkiye Barolar Birliği Dergisi</i>
TDV	Türk Diyanet Vakfı
TGS	<i>Transactions of the Grotius Society</i>
TTK	Türk Tarih Kurumu
Türkiye	Türkiye Cumhuriyeti <sup>†</sup>
TWAIL	Third World Approaches to International Law
UAD; UDAD	Uluslararası Adalet Divanı; Uluslararası Daimi Adalet Divanı
UHP	<i>Uluslararası Hukuk ve Politika</i>
UNGA	BM Genel Kurulu
UNREP	<i>Repertory of Practice of the United Nations Organs</i>
UNSG	BM Genel Sekreterliği
UNTS	<i>United Nations Treaty Series</i>
vb.; vd.; vs.; ved.	ve benzeri; ve diğerleri; ve saire; ve devamı – et seq., f., ff.
YKY	Yapı Kredi Yayınları
ZakDR	<i>Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht</i>
ZaöRV	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht u. Völkerrecht</i>
ZgStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft</i>
ZiR	<i>Zeitschrift für internationales Recht</i>
ZP	<i>Zeitschrift für Politik</i>
ZV	<i>Zeitschrift für Völkerrecht; -u. Bundesstaatsrecht</i>

---

<sup>†</sup> Diğer devletlerin adı kısaltılarak verilmiştir, örn. "Suriye Arap Cumhuriyeti" yerine "Suriye" kullanılmıştır.

## NOT

Çalışmamızda atıf yöntemi için **genel olarak "The Bluebook: a Uniform System of Citations, Twentieth Edition"** esas alınmış; söz konusu eserde yer almayan kısaltmalar için güncel bilimsel eserlerden faydalanılmıştır\*. Bazı süreli yayınlar tam adı ile değil, doktrinde kabul gördüğü adıyla anılmıştır (örn. *GRÜNHUTS ZEITSCHRIFT, SCHMOLLERS JAHRBUCH*). Atıflarda, **atıfta bulunulan eserin kaleme alındığı dil** dikkate alınmış; o dildeki kullanım benimsenmiştir, örn. Türkçe ve Latince eserlerde "ved." kısaltmasına yer verilirken İngilizce ve Fransızca eserlerde "et seq."/"et séq.", Almanca eserlerde ise "f." veya "ff." kısaltmaları kullanılmıştır. Birden fazla yazar içeren eserlerde, özellikle referans kaynaklarında (*ansiklopedi, sözlük, bibliyografya*) ilk yazardan sonra "et al." kısaltması kullanılmış ve Kaynakça bölümünde kısaltmanın yer aldığı eserin künyesi gösterilmiştir. Dipnotlarda atıfta bulunulan eserler her sayfadaki ilk atıfta kısaltılarak verilmiş, hemen ardından takip edenler "*ibid.*"; metin içinde veya dipnotta adı geçen yazar, eserinden önce "*id.*" şeklinde kısaltılarak verilmiştir. Metinde yer verilen "-" işaretleri bilinçli olarak kullanılmıştır. Klasik Yunanca eserlere atıf verilirken birden fazla eseri barındıran yapıtlarda "§" ve "sayfa sayısı"; tek eser varsa "§" verilmiştir.

**Bölüm adları** "Bölüm [sayısı]" şeklinde kısaltılmıştır. Bölümlerde farklı olduğu düşünülen konular birbirinden paragraf işareti (§) ile ayrılmıştır. Bununla birlikte, bölümler, alt bölümler ve verilen işaretler, takip eden konuların birbirinin doğal sonucu olduğu anlamına gelmez. **Atıfta bulunulan ve herhangi bir süreli yayının içinde yer alan bir eserin (makale vb.) yeri**, (*yazar soyadı büyük harflerle yazılarak*) "yazar adı-soyadı", (*yazarın vurgularına yer verilmeden*) eserin "başlığı", yayının "cildi" (*cilt sayısı yer almıyorsa, yeneden yazılmamak üzere "yılı"*), "yayın adı", "sayfa sayısı" ve parantez içinde "yayın tarihi" veya "yılı" şeklinde gösterilmiştir\*\*. Yayın tarihi eserde yer almıyorsa tespit edilen, eğer eldeki eser tıpkı baskı veya ilk yayım yılı bize göre önemli ise parantez (örn. (1959)) içinde gösterilmiştir. **RdC'ye yapılan atıflarda** da süreli yayınlar için benimsenilen yöntem takip edilmiştir. **UDAD, UAD ve tahkim kararlarına atıfta bulunurken** ise ilgili karara, sadece geçerli olduğu dilde atıf verilmiş, taraf adları kısaltılmadan yazılmıştır. BM Örgütü'nün kararlarına erişim için, <[http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ ipac.jsp?profile=>](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?profile=>) [18.09.2017] adresinden yararlanılmıştır, kararlara erişim adresi ayrıca verilmemiştir.

Aksi açıkça belirtilmedikçe, **uluslararası andlaşmalara atıfta bulunurken**, söz konusu andlaşmaların orijinal dilindeki başlığı; andlaşmanın imza veya metnin kesinleştiği yeri ve tarihi verilmiştir. Kısaca "B M Ş a r t ı" veya "Ş a r t" olarak adlandıracağımız (Charter of the United Nations, San Fransisco, 26.06.1945), "Birleşmiş Milletler Andlaşması"nın orijinal metni için bkz. <<https://treaties.un.org/doc/Publication/>

\* "Bluebook" ile Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından kabul edilen "Tez Yazım Yönergesi" arasında *genel olarak* uyumsuzluk bulunmadığı gibi, *uyumsuzluk olduğunu düşündüğümüz yerlerde* Yönerge'ye uygun olarak yaptığımız değişiklikleri burada açıklama gereği hissettik.

\*\* Burada belirtilenler dışında, "Bluebook"tan farklı kullandığımız kısaltmalar için bkz. Kısaltmalar Cetveli.

[CTC/uncharter-all-lang.pdf](#)> [18.09.2017]; değişiklikleri içeren metni için bkz. <<http://www.un.org/en/documents/charter/>> [18.09.2017]), resmi adı ile "Birleşmiş Milletler Andlaşması"nın orijinal Türkçe eviri metni için bkz. 4801 sayılı Kanun, k.t. 15.08.1945, RG tarihi/sayısı: 24.08.1945/6092. Şart'la birlikte okunması gereken (*Şart, m.92/1*), "Uluslararası Adalet Divanı Statüsü"nün yabancı dilde metni için bkz. <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>> [18.09.2017], <<https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf>> [18.09.2017]; Türkçe metni için bkz. 4801 sayılı Kanun, k.t. 15.08.1945, RG tarihi/sayısı: 24.08.1945/6092 (U A D S t a t ü s ü). BM Repertuarı'na (UNREP), <<http://legal.un.org/repertory/>> [18.09.2017] adresinden erişilmiştir.

**Ulusal ve uluslararası yargı kararlarına** erişim amacıyla, olanaklar elverdiği ölçüde gerek basılı gerekse elektronik ortamdaki kaynaklar karşılaştırılarak incelenmiş; aralarında fark bulunması durumunda basılı olanlar tercih edilmiştir. AİHM ve öncesindeki Komisyon kararlarına atf amacıyla AİHM tarafından önerilen yöntem, 'Bluebook'a uyarlanarak kullanılmış, paragaf işareti ile sayısı verilmiştir. Uluslararası örgütler, özellikle BM organları ve organlara bağlı komisyonlara yapılan atıflarda, organ adı, rapor veya karar adı, örgüt tarafından verilen sayı verilmiştir. Dipnotta yer verilen eserler, aksi bağlamından anlaşılmadıkça, kural olarak **yazar soyadına; türüne ve yayım yılına göre** sıralanmıştır. **Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda**, internet adresi "<[http://...](#)>" şeklinde ve erişim tarihi köşeli parantez içinde gösterilmiştir. **MPEPIL** için, aksi açıkça belirtilmedikçe, <<http://opil.oupilaw.com/home/EPIL>> [18.09.2017]; **RdİD** için, <<http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=INTR>> [18.09.2017] (*parantez içinde, eğer varsa, son güncellendiği yıl gösterilerek*); **NDB** için <<http://www.deutsche-biographie.de/>> ve <<http://www.digitale-sammlungen.de/>> [01.04. 2017]; **ÖBL** için <[www.biographien.ac.at/](http://www.biographien.ac.at/)> [01.04. 2017] (*ÖBL'de önerilen atf, belirtildiyse yazarı ile birlikte verilerek*) adreslerinden yararlanılmıştır. Tez'de atıfta bulunulan veya ele alınan görüş, yaklaşım veya akımlara ait olduğu ifade edilen **yazar ve eserler**, tamamen bu satırların yazarı tarafından bir araya getirilmiş; **görüş, yaklaşım ve akımlar**, yalnızca kolaylık sağlama amacıyla ve seçici biçimde, **kısaltma** ile adlandırılmıştır (*TWAIL gibi*). Aksi açıkça belirtilmedikçe, **ülkelere özgü doktriner yaklaşımların** tasnifinde **yazar, dil** ve yazılanın en yakından ilgili olduğu, hedeflediği **kitle** esas alınmıştır. Örneğin İsviçre, Avusturya, Orta Avrupa ve Baltık ülkelerinin belli bir kesiminin doktrini de kültür ve dil yönünden yakın ilişkide olması itibarıyla, ilgili görülen yerlerde farkları belirtilerek, Alman hukuk çevresi içinde değerlendirilmiştir. "alışmamız" boyu birinci çoğul şahıs kullanımımızın nedeni, görüşümüzü veya fikrimizi okuyucuya dikte etmek, anonimleştirmek yerine, burada olduğu gibi, sadece, kendisine duyulan nezaket icabıdır.

Yabancı dilden Türkçe'ye yapılan **eviriler** ve alıntılanan metinlerde yer alan vurgular, aksi açıkça belirtilmedikçe tarafımıza aittir. Önemli görülen alıntılar orijinal dilinde korunmuş, Klasik Yunanca olanlar dipnotlarda verilmiş; metinde, translitere edilip gösterilmiş, "ks" yerine "x" kullanılmıştır (*e.g. doxosofia*). Bize göre, Türkçe'ye tam çevirisi mümkün olmadığından, anılanlar ile *Habilitation* gibi terimler orijinal dilinde yazılmıştır. Çeviride başvurduğumuz sözlük, ansiklopedi vd. eserler Kaynakça'da verilmiştir. **Metinde yer alan kavramlar** Türkçe'de en yakın anlamlısı veya yabancı dildeki karşılığı ile parantez içinde; kavrama işaret ediyorsa parantez içinde "(=)" ile gösterilmiştir. Bir eserin orijinali, yabancı dillerdeki kritik çevirileri, özellikle orijinal metni içerenleri üstün tutulmuş; *okuyucuya getirdiği zahmeti öngörmemize rağmen*, anılan yöntemden uzak durulması nedeniyle Türkçe evirilerden imtina edilmiştir. Örneğin, (Hans) KELSEN'in

Türkçe çevirmenleri, "*Saf Hukuk Kuramı*" –ki çevirmenlerin de itiraf ettiği gibi eserin başlığı dahi tartışılır– içinde, "*pacta sunt servanda*"yla ilgili bahiste şöyle yazıyor: "*Uluslararası hukuk topluluğunun sükelerine [yani tekil devletlere]...*"<sup>\*\*</sup>. Halbuki Alman doktrininde; "*Völkerrechtsgemeinschaft*", yazara göre değişmekle birlikte, Orta Çağ'dan sonra yarattığı uluslararası hukuk düzenine tabi ve onun muhatabı olan medeni devletlerin toplumunu, onların meydana getirdiği birliği, cemiyeti kasteder, "topluluk"u değil. O nedenle, Türkçe'de karşılığını belirlemekte zorlandığımız "*uluslararası hukuk topluluğu*" ifadesi, neden tercih edildiği açıklanmadıkça ne ölçüde isabetlidir, bilemeyiz.



---

<sup>\*\*</sup> Karş. Hans KELSEN, **Saf Hukuk Kuramı**, çeviren Ertuğrul UZUN, İstanbul, Nora, 2016, §49, s. 135 ve *id.*, **Reine Rechtslehre**, Leipzig u. Wien, F.Deuticke, 1934, §49, S. 129. Kaldı ki KELSEN, çevirmenlerin tercih ettiği anlayışı farklı bağlamlarda eleştirir, karş. *id.*, **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1920, §40, S. 170-171, N. 3 ve *id.*, *Was ist juristischer Positivismus?*, 20 JZ 465, 468 (1965). *Bize göre*, doktrinde sıkça yer verilen "*Staatengemeinschaft*" (devletler-in toplumu) akılda tutularak, Türkçe'de her ikisine karşılık olarak "uluslararası toplum" daha uygun olur.

## GİRİŞ

§1.-Özellikle Soğuk Savaş'ın sona erişini simgeleyen 1989 sonrasında, uluslararası hukuk ve uluslararası toplum üzerine pek çok görüş ve akımın ortaya çıktığı görülmektedir. Ancak örneğin, uluslararası hukuk doktrininin; uluslararası hukukun maddi kaynağı sorunu (*teorik*) ile şekli kaynağı (*pratik*) sorununun yerini tedricen değiştirmesi ile birlikte düşünöldüğünde düşünce, görüş ve akımların çeşitlenmesi bir zıtlık oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, engelli haklarından ozon tabakasına kadar hemen her konu uluslararası hukuk yönünden tartışmaya açılırken (*genişleme*), söz konusu tartışma daha dar ve teknokratik bir yaklaşımla (*daralma*) ele alınmaya çalışılmaktadır. Hukuk doktrini yönünden Avrupa Birliği hukuku, global idare hukuku, uluslararası anayasa hukuku gibi yeni yaklaşımlar, doktriner alanlar ortaya çıkmakta ve sayıca artmakta, düşünce dünyası *görünürde* zenginleşmekte ve dönüşmektedir. Halbuki, çalışmamızın farklı yerlerinde gösterileceği üzere, söz konusu yaklaşımlar ve onlara eşlik eden görüş, düşünce ve akımların esaslı noktalar üzerinde uyuştüğunun, belli bir anlayışı üstün tuttuğunun ve belli bir dil ve yöntemi dikte ettiğinin fark edilmesi sonrasında *zenginlik ve dönüşüm hissimiz* kaybolmaktadır. Teorinin pratiğe, felsefenin olguya yerini bırakması, doktriner açıdan, maddi kaynak sorununun şekli kaynak sorununa dönüşmesi ile, en başta, uluslararası yargı veya somut uluslararası

hukuki rejimler, örneğin insan hakları, uluslararası ekonomi hukuku, uluslararası çevre hukuku ile ilgili çalışmaları merkezi bir konuma getirmektedir. Bununla birlikte anılan dönüşümün kendisinin de teorik yönü olduğu ve doktrinde, her ne kadar farklar içerse de, egemen görüş, bilinçli veya bilinçsiz biçimde gizlenmekte; anılanlar, doktriner tartışmanın, paradigmanın dışına itilmektedir. Diğer bir anlatımla, doktrindeki değişim veya dönüşüm, mevcut durumu eleştiri adına bize sunulanları, önerilenleri de benzeştirmektedir<sup>1</sup>.

Diğer bir yönden, 1989 sonrası literatürde sıkça karşılaşıldığı üzere modern hukuk, kamu hukuku ve uluslararası hukukla ilgilendirilebilecek sorunlarda, her bir güncel sorunu ele alan ve sadece o olaya özgü bir çözüm önerisi getirenler (*minimalist*) ile karşılaşılan sorunları temelli çözeceği iddiası ile tümünden bir çözümü veya çözümsüzlüğü öneren (*maksimalist*) yaklaşımlar arasında tercihte bulunmak mümkün görünmemektedir. Farklı bir

---

<sup>1</sup> Nitekim günümüz doktrininde bir görüş, uluslararası hukuk ile ilgili bir temel sorun ortaya koyduktan sonra sorunun, meselenin, uluslararası hukukun "*yeniden inşası*", "*yeniden kurgulanması*" veya "*uluslararası toplumun temel değerleri ve evrensel etik kurallarının uluslararası mevzuata yansıtılması*"yla –ki uluslararası hukukta "*mevzuat*" ile kastedilen nedir, onu bilemiyoruz– "en iyi" olacağını savunurken (DENK) karşıt görüş de "*değişen dünyaya, onunla birlikte değişmesi kaçınılmaz olan hukuksal normlara, eski dünyanın normlarıyla cevap verme*"nin "*ne hukuken ne de siyasi olarak anlamlı*" olduğunu veya hukukun "*her zaman birilerinin aleyhine diğerlerinin hak ve çıkarlarını garanti altına*" aldığını, "*toplumsal çatışmalar, bu çatışmaların tarafları ve çatışan taraflar arasındaki güç dengesi değiştiğinde, hak ve çıkarları korunanlar*"ın da "*değiş*"tiğini (ALPKAYA) düşünür, karşı. Erdem DENK, **Güle güle uluslararası hukuk, cehenneme kadar yolun var**, Ankara, AÜSBF Tartışma Metinleri Serisi No. 74, 2004, s. 26 ve Gökçen ALPKAYA, **Olduğun Yerde Kal Uluslararası Hukuk Cehennem Biziz**, Ankara, AÜSBF Tartışma Metinleri Serisi No. 78, 2004, s. 19. *Kanaatimizce* her iki görüş tartıştığınan fazlasını paylaşır. İkisi de (*uluslararası*) hukuku, onun dışında bir alana atfen değerlendirir ve yererken haksızdır. Örn. uluslararası hukuk, "*uluslararası toplumun temel değerleri ve evrensel etik kurallar*"a veya "*çatışmalar, ...çatışmaların tarafları ve çatışan taraflar arasındaki güç dengesi*"nin değişimine doğrudan bağlıysa hukuk "doktrin"ine ihtiyaç yoktur. Öte yandan, uluslararası hukuku, onun dışındaki bir alana atfen değerlendirme yönünden, anılanlar yalnız değildir, örnekler arttırılabilir, bkz. e.g. Şemsettin ULUSAL, **İslam Hukukunda Uluslararası Andlaşmalar**, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam Hukuku Anabilim Dalı, 2006, öz. ss. 2-10.

bakış açısı ile, örneğin, güncel olduğu iddia edilen, popüler sorunlar; modern hayatın, toplumun, devletin, hukukun veya uluslararası hukukun 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyılın başında (1880-1939) yaşadığı sorunlar, geçirdiği dönüşüm ve uğradığı eleştiriler eşliğinde okunduğunda manzara değişmektedir<sup>2</sup>. (J. Wolfgang von) GOETHE'nin bir zamanlar Roma hukuku için söylediği; bugün, modern hukuk, devlet ve uluslararası hukuk yönünden 19. yüzyıl sonu (*fin-de-siècle*), özellikle iki dünya savaşı arası döneme de uyarlanabilir. Anılan dönemler, "*suya batıp çıkan bir ördeğe benzer; bazen görünmez ama kaybolmaz, hep orada bir yerde, canlıdır*"<sup>3</sup>.

**§2.-**Eğer yukarıdaki anlayış kabul edilirse, farklı dönemlerde ve bağlamlarda uluslararası hukukun, uluslararası anlaşmalar ve uluslararası anlaşmalarda çekincelerin ve benzeri kavram ve kurumların, uygulamaların, diplomaside, yargıda ve akademide (=doktrin) zaman içinde nasıl anlaşıldığının ve nasıl dönüştüğünün araştırılmasına gereksinim

---

<sup>2</sup> Daha genel eleştiri için bkz. e.g. Z.BAUMAN, **Modernity and Ambivalence**, Cambridge, Polity, 1998, esp. p. 231 et seq.; P. SLOTERDIJK, **Critique of Cynical Reason**, Fifth printing, translated by M. ELDRED, Minneapolis, University of Minnesota, 2001, esp. pp.521-547 ve karşı. T.W. ADORNO, M. HORKHEIMER, **Dialectic of Enlightenment**, translated by E. JEPHCOTT, Stanford, SUP, 2002, esp. pp. 1-34. Frankfurt Okulu'nun (*ADORNO, HORKHEIMER, Herbert MARCUSE veya öz. Jürgen HABERMAS gibi temsilcileri olan "Institut für Sozialforschung"*) Aydınlanma ve moderniteye ilişkin yorum ve görüşlerini, *soyutluğu, metin analizine yer vermemesi ve her iki kavramın Almanya'daki, öz. Avrupa'daki yazgısını onların kaderi olarak yorumlaması nedenleriyle*, tamamen reddetmemekle birlikte şüpheyle karşılıyoruz, (*öz. Frankfurt Okulu ve doktrin ilişkisi yönünden*) karşı. e.g. David KENNEDY, *Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship*, 21 NEW ENG.L.REV. 209, esp. 244-247 (1985-1986); *infra* dn. 13.

<sup>3</sup> Johann P. ECKERMAN, **Gespräche mit Goethe, Theil II**, Leipzig, F.A. Brockhaus, 1836, S. 109 ("*...das römische Recht, als ein fortlebendes, das, gleich einer untertauchenden Ente, sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht, und immer einmal wieder lebendig hervortritt...*").

bulunmaktadır. Zira örneğin 17. yüzyılda Münster ve Osnabrük'te Vestfalya Barış'ını görüşen temsilciler; 19. yüzyılda Napolyon Savaşlarının sonuçlarını Viyana'da görüşen diplomat-devlet adamları ile 1960'lı yıllarda Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda (ILC) uluslararası hukukun kodifikasyonu ile meşgul olan, uzman uluslararası hukukçuların durumu, ölçüsü bakış açımıza göre değişmekle birlikte, birbirinden farklıdır. O halde söz konusu farkları nasıl kavramalıdır? Biz "doktrin" in de parçası olduğu sosyal-tarihi bağlamın, dil ve kültürün "doktrin" de benimsenen tercihler yönünden belirleyici olduğunu düşünüyoruz<sup>4</sup>. Anılan bağlamda, verili bir bilim dalında esaslı değişiklikleri incelemeye yönelik yaklaşımların aydınlatıcı olduğuna inanıyoruz<sup>5</sup>. Örneğin, tabii ve

---

<sup>4</sup> Anılan yönden, "bilgi sosyolojisi" ni kastediyoruz. "Bilgi sosyolojisi" (*Wissenssoziologie*); kökeni (Wilhelm) DILTHEY, (Heinrich) RICKERT, (Edmund) HUSSERL, (Georg) SIMMEL, (Max veya Alfred) WEBER'e dayandırılabilirse de Fransa'da (Emile) DURKHEIM ve (Marcel) MAUSS, Almanya'da (Max) SCHELER ve (Karl) MANNHEIM'in görüşleri etrafında 1920'li yıllarda şekillenmiş bir disiplindir. Akademiyi toplum ve kültürünün elitlerinin, aydınların oluşturduğu sosyal birimin parçası olarak ele alır; onun ürettiği bilimsel "bilgi" nin toplumsal ilişkiler içerisindeki yerini, sosyal-tarihi-kültürel-ekonomik bağlamını inceleyerek (*kültür sosyolojisi=Kultursoziologie*) aralarındaki ilişkiyi araştırır: Bağlamla üretilen bilgiyi doğrudan ilgili bulanlar ve eşzamanlı, neden-sonuç ilişkisiyle açıklayanlar gibi üretilen bilginin bağlamla dinamik bir ilişki içinde olduğunu ileri sürenler de vardır. Kendisine uygulandığında (=refleksivite), anılanlar; öz. "sosyoloji"nin, "psikoloji"nin etkisiyle, 19. yüzyıl sonuna değin "tarih"e, "ekonomi"ye, "bilgi felsefesi"ne (=epistemoloji) ait olanları, "sosyal bilimler"e ait veya "sosyolojik" birer soruna dönüştürür, bkz. e.g. Emile DURKHEIM, **Education et sociologie**, édité par P. FAUCONNET, Paris, F. Alcan, 1922, p. 35 et séq. ve karşı. Karl MANNHEIM, *Die Strukturanalyse der Erkenntnistheorie*, 57 KANT-STUDIEN (Ergänzungshefte) 1 (1922).

<sup>5</sup> "Disiplin", "dogma", "çevre", "doktrin", "literatür" kavramlarını eşdeğer kabul edip, aksi anlaşılmadıkça, birbirinin yerine geçecek ve hepsini birden, *verili bir yer ve zamanda, üyelerine sunduğu, üyelerinin aldığı, üyelerinin birbirlerine karşı pozisyonları ve ağırlıkları ile ama üyelerinin birbirleriyle ve kendisi dışındakilerle her halde sembolik ilişkileri ile şekillenen, hemen her zaman bilinçsiz biçimde, kurallarına uygun biçimde uğruna faaliyet gösterilmesi gerektiğine inanan (illusio) üyelerinin paylaştığı kabuller ve önermeler; tespit ettiği sorunlar ve düşünüş tarzını (doxa), büyük ölçüde bilinçsiz bir biçimde ve kalıcı olmaya meylederek (conatus), korunmasına (ortodoxia) veya dönüşmesine, hatta reddine (heterodoxia) yönelik, anılan şekillendirmelerden hangisi ile şekilleneceğini belirleyenleri (habitus) içeren, kendine özgü tarihi içinde veya neticesinde, nesiller, kültürler, diğer bir anlatımla, başka yer ve zamanlardaki karşılıkları ve diğer türleri ara-*

formel bilimlerin aksine sosyal bilimler yönünden, belli bir zaman ve yerde doktrinde yerleşik dil ve kültür, zaman ve coğrafya değiştiğinde doktriner görüşler ve genel anlayış farklılaşmakta; bağlamı değiştiğinde kullanılan dilin anlamı da değişmektedir<sup>6</sup>. Hukuk yönünden de bu durumun geçerli olduğuna; hukukun, özellikle uluslararası hukukun her yerde, her zaman ve herkes tarafından aynı şekilde anlaşılmadığına, aktarılmadığına ve eleştirilmediğine inanıyoruz<sup>7</sup>. Ancak sadece böyle bir tespitin yeterli olmadığını düşünüyoruz. Örneğin, 1960'lı yıllarda (Ömer İlhan) AKİPEK şöyle yazıyor:

---

*sında aktarım vd. ile üretilen (la production) veya dönüşen (la reproduction) ve anılanların, öz. üyelerinin ve onların ürünlerinin ve pratiklerinin tümünü, kültürel, dini, ekonomik, siyasi veya bürokratik, sosyal vb. türdeşlerinden ve genel olarak içinde bulunduğu toplumdaki ayırımı (la distinction) ifade edecek biçimde, "alan" (le champ) ve ona bağlanan, onun altındakileri alanları "alt-alan" (le sous-champ) olarak adlandırıyoruz, öz. infra dn. 16, 26 (BOURDIEU), 41. Örn., okuyucunun ne hissettiğini bilememekle beraber, böyle bir tanıma tez yazdığımız için getiriyoruz; takdir edersiniz, herhangi bir dava dilekçesine böyle başlan(a)maz.*

<sup>6</sup> Örn., çalışmamızda "sosyal bilimler" kavramını tercih ediyoruz. Almanca'da bunun yerine, tarifi, içlemi değişmekle birlikte "manevi bilimler" (*Geisteswissenschaften*) veya "kültür bilimleri" (*Kulturwissenschaften*) kullanılabilir. Yazara ve alana göre, tercih edilen sözcüğün anlamı farklılaşır, bkz. e.g. Hamide TOPÇUOĞLU, **Hukuk Sosyolojisi, C.I**, Ankara, AÜHF Yayınları No.147, 1960, ss. 98-107. Nitekim 19. yüzyıl sonunda, DILTHEY'e göre ilki, RICKERT'e göre ikincisi yeğdir. Aynı dönemde, Fransa'da ("*les sciences humaines*", "*les sciences sociales*", "*les sciences de l'homme*") veya Anglo-Amerikan ("*humanities*", "*social sciences*") çevresinde de bağlam ve sözcüğün simgelediği anlam, birbirlerinden ve Almanya'dakinden farklıdır. "Bilim" (*science/Wissenschaft*) için de böyleyken "ruh" (*Geist*), "kültür" (*Kultur*) için fark daha belirgindir. Sonuncuların Fransız, Anglo-Amerikan çevrelerinde tam karşılığı yoktur, hatta olamaz, karşı. Norbert ELIAS, **The Civilizing Process, Vol. I**, translated by E. JEPHCOTT, Malden, Blackwell, 2000 (1939), pp. 5-43.

<sup>7</sup> Bildiğimiz kadarıyla, anılan yaklaşıma bizde en yakın olanı, "fenomenoloji" ve "hukuk"u bir arada ele alan görüştür, bkz. Niyazi ÖKTEM, **Fenomenoloji ve Hukuk**, Ankara, Yetkin, 2012, ss. 31-72. Görüşün kaynağı, ayrıntıları ve programı için bkz. Tanık ÖZBİLGİN, **Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, C.I**, İstanbul, İÜ Yayınları No.1655, İÜHF Yayınları No.357, 1971, ss. III-XV. *Kanaatimizce* "fenomenoloji" ve "hukuk" ilişkisinin araştırılması; 19. yüzyılın sonunda, öz. Büyük Savaş ve sonrasında "modern" hukukun kavranmasına ilişkin modernist görüşlerin ileri sürülmesi, hukuk ve "sosyal bilimler" ile "felsefe" arasındaki ilişkinin yeniden yorumu, öz. Almanca konuşulan ülkelerde sosyal bilimlerin vaziyeti, yani bağlamı ile ilgilidir, bkz. Felix KAUFMANN, **Logik und Rechtswissenschaft**, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1922, S. 1-3. *Fransa'da ve öz.*

"...(H)ukuk konusunda mevcut bilgilerimizi mantiki bir sıra içerisinde bir sistem haline getirecek olursak, bu takdirde hukuk hakkındaki bilgilerimiz, amiyane bilgi olmaktan çıkar, bilimsel mahiyet kazanır. Şu halde, hukuk bilimi, hukuk hakkında mevcut bilgilerimizin bir sistem halinde sıraya konmuş ve birleştirilmiş şeklidir. Hukuku sistemleştirmeye çalışmak, bu anlamda bilimsel faaliyettir... Ancak, her sistemin az çok subjektif olduğu, yani kendisini meydana getirenin özelliğini taşıdığı da unutulmamalıdır"<sup>8</sup>.

AKİPEK'in son cümlesi, bizim yaklaşımımızın başlangıç noktasıdır. *Kanaatimizce* AKİPEK, "obje" ile "suje" arasındaki belirsizliği; hukuk, özellikle uluslararası hukuk doktrini yönünden "fail" (=suje), ele aldığı "konu"yu (=obje) kendi fikri faaliyeti ile oluş-

---

*Türkçe literatürde* de zaman içinde örn. ÖZBİLGİN ve ÖKTEM ile diğerlerinin hareket noktası ve yaklaşımı benzeşse de stratejileri ve ifade tarzı farklıdır. Buna karşın örn. (Cahit) CAN, Fransız sosyoloji-etnoloji-antropolojisinin, öz. yapısalcı (*structuraliste*) yorumunun etkisindedir. (Eugen) EHRLICH'i "*hukuk sosyolojisine çağdaş bir yaklaşım örneği*" olarak ele alırken, TOPÇUOĞLU'ndan farklı olarak EHRLICH'in yazdığı hiçbir metni incelemez, bkz. Cahit CAN, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, 3.baskı, Ankara, Siyasal, 2011, öz. §1, 5, ss. 11-30, 169 ved. Böyle ise, "*varoluşçu fenomenolojistler*" ve "*yapısalcılar*"ın Türk doktrinindeki temsilcileri arasında, "aktarım" yönünden fark kalmaz, *kanaatimizce ikisinin sentezi arayışı için* bkz. Saim ÜYE et al., **Adnan Güriz'e Armağan**, Ankara, AÜHF Yayınları No: 497, 2016 içinde Yasemin IŞIKTAÇ, **Homo academicus**, s. 407 ved.

<sup>8</sup> Ö.İlhan AKİPEK, **Devletler Hukuku, Birinci Kitap: Başlangıç**, İkinci Bası, Ankara, Başnur, 1965 (AKİPEK I), s. 18. "*Bilgi*", "*mantık*", "*sıra*", "*sistem-leştirme*", "*birleştirme*" kavramlarının ifade tarzına dikkat ediniz. AKİPEK'in değindiği, irdelemeden reddettiği diğer yaklaşıma göre bilim, "*belirli bir konuda tecrübeye (deneye) ve gerçekliğe dayanarak kanunlara (genellemelere) varmağa çalışan bilgi nevidir*", bkz. *ibid.* AKİPEK'in bu önermeden hareket etmeyişi kendi tercihi kadar doktrinindeki genel kabulün (*doxa*) de sonucudur, *infra* dn. 14 ve karşı. TOPÇUOĞLU, ss. 98-102. Metindeki akıl yürütmeyle karşı. *e.g.* Emile DURKHEIM, Marcel MAUSS, *De quelque formes primitives de classification: Contribution à l'étude des représentations collectives*, 6 L'ANNEE SOCIOLOGIQUE 1, 3-4, 52-55, 62 et séq. (1901-1902). Örn. DURKHEIM/MAUSS, ilkel, yarı-medeni, medeni "insan"ın oluşturduğu sınıflandırmaları araştırırken yeryüzündeki insan topluluklarının yarattığı sınıflandırmaları sınıflandırır; buradan genel kanunlara varmaya çalışır: Örn. sınıflandırmanın kendisi sosyal bir ürün olduğu kadar toplumların oluşumunda sınıflandırmaların da payı vardır.

turduğunu, eylediğini (=fiil) kabul eder. Diğer bir yönden, hukuki bilgiye sistemleştirme öncesinde erişebilmişsek, mantıken, sistemleştirme ve birleştirme, hukuki bilgiye yegane erişim yöntemi olmasa gerektir. Anılan nedenle "amiyane" ile "bilimsel" olanı ayıran, sadece "fiil" in veya "obje" nin niteliği olmamalıdır<sup>9</sup>. Benzeri biçimde; AKİPEK' in ele aldığından farklı bir bağlamda ama "hukuk bilimi" nin konusu olan "hukuk sistemi" nin "*kendisini meydana getirenin özelliğini taşıdığı*" nın farkında olan (Sertaç Hami) BAŞEREN'e göre, kendi ifadesi ile "klasikler" –ki "*klasik*" ten neyin kastedildiği de yazara, hitap edilen kitleye, okuyana ve bağlamına göre değişir– ile "neorealistler" arasındaki fark,

*"uluslararası toplumun problemleriyle ilgili teşhislerinin... (u)luslararası (h)ukuka ilişkin bilgi kuramlarının farklılığına dayan" sa da "(u)luslararası (h)ukuk kurallarıyla sınırlı kalacak normatif bir araştırmada anlamlı şekilde incelemesiz... Klasiklerin ya da neorealistlerin kendi bilgi kuramları içinde kalarak birbirlerini eleştirmeleri, ancak kendi kendilerini tatmin etmeleri anlamına gelir. Ekollerden her biri, diğerinin eleştiri kriterini kabul etmediği için, asıl mesele hangi kriterin... doğru olup olmadığını belirlemektir. Bu işin yapılmasıysa, (u)luslararası (h)ukuk bilgisi üzerine epistemolojik bir araştırmayı gerektirir. Bu çalışma... (u)luslararası (h)ukuk kurallarıyla sınırlı olduğu için, epistemolojik olarak kimin... az ya da çok haklı olduğu araştırılmayacaktır..."<sup>10</sup>.*

---

<sup>9</sup> 1966 yılında "devletler hukuku" kaynak ve belgelerinden örnekleri, "*...ne de olsa subjektif bir biçimle, fakat bilimsel açıdan sistematik bir dizi içinde*" derleyen AKİPEK; bizim ifademizle "maddi kaynak" ("*menşe*") sorununu "hukuk sosyolojisi" alanına yönlendirirken "*şekli kaynak*" ("*tezahür*") sorununu "hukuk bilimi" ne dahil eder ve örneklerini bir arada sunar, bkz. *id.*, **Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler (Devletler Hukuku Metinleri)**, Ankara, AÜHF Yayınlarından: 213, 1966, ss. v-vi.

<sup>10</sup> Sertaç Hami BAŞEREN, **Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları**, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2003, ss. 19-20.

*Kanaatimizce*, BAŞEREN'in "ekollerin farklılığı" ile ilgili olarak ifade ettiği husus da isabetli ancak eksiktir. Ana araştırma konusu uluslararası hukuk kurallarının "ne" olduğuna ilişkin, "uluslararası hukuk kurallarıyla sınırlı kalacak normatif bir araştırma"nın "neorealist" yaklaşımı reddettiği açıktır, zira araştırma sorunu, içinde yanıtını barındırmaktadır. İkinci olarak, yukarıda alıntılanmayan satırlarda, BAŞEREN'in "sosyoloji" ile "epistemoloji"yi birbirinden ayırması yerine her ikisini birleştirerek incelemek, bize göre, karşılaşılan "normatif" sorunları kavramaya ve irdelemeye daha elverişlidir ve hangi bağlamda kimin neden haklı, diğerlerinin neden haksız görüldüğünü, içinde buldukları sosyal ilişkiler ağını vd. hususları inceleme alanımıza dahil eder. Diğer bir anlamıyla, sosyal bilimler, özellikle hukuk bir "kitap"a benzetilirse, "parşömen ile mürekkep" in birleşiminden ibaret değildir<sup>11</sup>. Burada söz konusu olan, AKİPEK'in veya BAŞEREN'in yaklaşımının doğruluğu veya yanlışlığı değildir. Aksine: Farklı bağlamlarda, farklı yazarlarca, farklı dönemlerde, farklı kitlelere hitaben ileri sürülmekle birlikte her iki görüşün ortak yanı, "doktrini etkilediğine inanılan ancak doktrinde ifadesini bulmayan"a, hukuki bilginin, dogmanın veya alanın (*le champ juridique*) kendisine, yazınına işaret etmektedir.

En yukarıda değindiğimiz gibi, yakından incelendiğinde, hukuk ve uluslararası hukuk, her yerde, her zaman ve herkes tarafından aynı şekilde anlaşılmamakla, aktarıl-

---

<sup>11</sup> Buradaki metafor (*eğretileme*); (Georg) JELLINEK tarafından 1887 yılında "devletin tüzel (*hukuki*) kişiliği" açıklanırken yapılmıştır: "*Hukuki (tüzel) kişilik hukuki insanın ürünü değildir, sadece gai-bilinçli (zweckbewussten) beşeri düşünüş ve eylemlerin ürünüdür... Hukuki kişi, sadece, mekanik açıdan görüldüğünde parşömen ve mürekkepten ibaret, basılı bir kitaptaki büyük bir bilmece değildir...*", bkz. *id.*, **Gesetz und Verordnung**, Freiburg, J.C.B. Mohr, 1887, S. 194. *Alman mandarin geleneğinin idealist yönünü böyle de tarif edebiliriz*: Örn. "toplum"- "topluluk", gerçek-organik ve fikri-mekanik ayrımına dayandırılır, bkz. *e.g.* Ferdinand TÖNNIES, **Gemeinschaft und Gesellschaft**, Leipzig, Fues, 1887, S. 3 ("*Das Verhältniss selber, und also die Verbindung wird entweder als reales und organisches Leben begriffen – dies ist das Wesen der Gemeinschaft, oder als ideelle und mechanische Bildung – dies ist der Begriff der Gesellschaft...*").

mamakla ve eleştirilmemekle birlikte "anlayış", "aktarım" ve "eleştiri" kavramlarının, hukuk ve uluslararası hukukun tarihi içinde süregeldiğine inanıyoruz<sup>12</sup>. Dolayısıyla, doktrinin dil ve kültürünün, diğer "disiplinler" ile, toplumun dili ve kültürü ile ilişkisini kavramak yönünden paradigmatik yaklaşımın tek başına yeterli olacağını düşünmüyoruz. Diğer bir ifadeyle, doktrini, (i) yalnızca uluslararası hukuk üzerine sistematik eser, monografi veya makaleler veya (ii) uluslararası hukukun şekli kaynaklarına başvurarak kavramayı yeterli bulmuyoruz. Anılanları sosyal-siyasi-tarihi-dini-ekonomik vb. kültürel bağlamıyla ele almanın, başka bir ifadeyle, uluslararası hukukun dil ve kültürünü, kavramları

---

<sup>12</sup> Anılan yönden, "düşünce tarihi"ni kastediyoruz. *Kanaatimizce*, literatürde; "felsefe tarihi", "uygarlık tarihi", "kültür tarihi", "bilim tarihi", "siyasal düşünceler tarihi" gibi adlarla anılan eserler yönünden ortak temel sorun, "düşünce" ve "tarih" ile aynı anda, "ne"yin, "nasıl" ele alınacağı ile ilgilidir. Somut olarak, tarih, "geçmişteki olay ve olgular"ı araştırma konusu edinirse "düşünce"nin, *bugün* "olay" veya "olgu" olarak ortaya konması gerekir. *Akademiyi, daha geniş olarak, düşünenleri ve onların düşüncelerini, içinde doğdukları kültürel, fikri alanları incelemeksizin "düşünce tarihi" yaklaşımının Türk doktrinindeki karakteristik ifadesi için öz. bkz. Orhan HANÇERLİOĞLU, Düşünce Tarihi, İstanbul, Varlık, 1963, öz. ss. 226-229. Kanaatimizce, bu yönde örnek çöktür: Türk doktrinine, yabancı doktrinlerin, çoğu zaman nedenini dahi ortaya koymadan, öz. Fransız veya Anglo-Amerikan literatürün etkisinde "aktarım"ı ile ve "tarih"e bakış açısı ile doğrudan bağı vardır. Ele aldığımız konu itibarıyla öz. bkz. ve karşı. Yavuz ABADAN, *Tarihçi Mektep ve Devlet Nazariyesi*, 6 AÜSBFD 160 (1951) (*Hiçbir atfa; tarih, hukuk veya düşünce üzerine hiçbir tartışma veya karşı-görüşe yer vermeden (Georg W.F.) HEGEL'den nasyonal sosyalizme kadar Alman düşüncesi, doğal bir neden-sonuç ilişkisi içindeymiş gibi açıklanır*). Tarih, bugün inceleme alanımıza girdiği ve yazıya dayandığı için, tarihin yazımı, tarih içinde farklılaşıyor ise hangi tarihin okunacağına ilişkin bir kanaatimizin olması gerekir. Halbuki, kanaatimizin oluşması, anılan tarihin farklı yazımlarını bilmemize dayalıdır, karşı. e.g. Georg SIMMEL, **Das Problem der historischen Zeit**, Berlin, Reuter&Reichard, 1916, S.3ff. (*Tarihi, verili gerçekliğin "verili" oluşu, bir gerçekliği (Wirklichkeitsinhalt) "tarihi" yapanın ne olduğu yerilir*); Karl MANNHEIM, *Historismus*, 52 ASS 1 (1924) (*Statik ve dinamik yaklaşımdan ikincisi, bilgi-öncesi (vortheoretisch) olanı kavramaya yakınlığından ötürü yeğlenir*). Bize göre, aksine görüşler olmakla birlikte, "tarih"te değişimden ziyade dönüşüm (*transformation/Wandlung*) veya düzenlilik (*régularité/Regelmässigkeit*) vardır, karşı. Pierre BOURDIEU, **Le sociologue et l'historien**, édité par Roger CHARTIER, Paris, Agone, 2010 (1988). Yukarıda anılan tarz, yazarın kanaatini, eğilimini gizlediği gibi en uçta, ele aldığı düşünceyi nesneleştirir, kendine uygulamaz. *Ne de olsa ötekini eleştirmek kendimizi eleştirmekten kolaydır*. Aynı yönde, nesnellik ile nesneleştirmeyi karıştıranı eleştirirken eleştiriyi nesneleştiren, *sosyoloji için sosyolojinin örneği için bkz. IŞIKTAÇ, s. 430.**

meydana getiren suyeji, "*kendisini meydana getirenin özelliği*"ni de irdelemenin gerektiğini düşünüyöruz. Anılan nedenlerle, sınırlı bir ölçüde de olsa, konumuzla irtibatlı olduğunu düşündüğümüz, belli pratik, fikir ve akımların bağlamını, değişim ve dönüşümlerini, onlara içkin anlayışı, görünümelerini (*habitus*) değerlendirebileceğimize inanıyoruz. Örneğin, modernleşmeyle gelen ekonomik, teknolojik değerişimin ve ülkelerindeki hızlı sanayileşmenin etkileri konusunda şüpheci veya reaksiyoner olan, konularındaki değerişimin karamsarlığa sürüklediği Alman aydınlarını, sosyal bilimler disiplinlerini ve akademisini, *ortodoks* veya *modernist* "mandarin"leri inceleyen (Fritz K.) RINGER'e göre; "...(*19. yüzyıldan beri*) kaç entelektüel Kant veya Hegel okursa okusun, onların düşünce tarzı kendilerine miras kalan mantığın ürünü değildir. Onları birleştiren, kullandıkları dili ve argüman metotlarını bile etkileyen, belli birtakım tutumları ve duyguları" ve "ortak tecrübeleri" vardır<sup>13</sup>. Böyle bir bakış açısı ile hukuk doktrininin de incelenmesinin mümkün

---

<sup>13</sup> Fritz K. RINGER, **The Decline of the German Mandarins**, Cambridge, HUP, 1969, pp. 3-5, 81-83; (*Almanya'da bürokrasinin zaferini hazırlayan 17.-18. yüzyıllar için*) Hans ROSENBERG, **Bureaucracy, Aristocracy, and Autocracy**, Second Printing, Cambridge, HUP, 1966, pp. 27-45; (*Fransa ve Almanya karşılaştırması için*) F.K.RINGER, **Fields of Knowledge**, Cambridge, CUP, 1992, pp. 1-25; (*Almanya'da 'serbest' meslekler, öz. avukatlar için*) Konrad H. JARAUSCH, **The Unfree Professions**, NY, Oxford, OUP, 1990, pp. 3-24 ve (*Almanya'da hukuk pratiği için*) Kenneth F. LEDFORD, **From General Estate to Special Interest**, Cambridge, CUP, 1996, pp. i-xxxv; (*Avusturya ve Macaristan için*) Gary B. COHEN, **Education and Middle-Class Society in Imperial Austria**, West Lafayette, Purdue University Press, 1996, pp. 1-10. Anılanlarla karşı. J. HABERMAS, *The Intellectual and Social Background of the German University Crisis*, 9 MINERVA 422 (1971) (*HABERMAS'a göre akademinin yaşadığı düşüş, 1960'larda görülür ve Almanya'ya özgü bir durum değerildir*) ve David KETTLER et al., *Rationalizing the Irrational*, 95 AM. J. SOCIOL. 1441 (1990) (*Yazarlar MANNHEIM örneğinde, Alman çevresini, irrasyonel düşünceyi felsefe ve bilim dünyasına katması itibariyle yerer*). Bize göre, hukuk uygulaması (*geniş anlamda doktrin*) ile hukuk fakültesindeki uygulama (*dar anlamda doktrin*) ilişkisi ikincinin uygulayıcı yetiştirmesine indirgenmemelidir. Öğrenim sonucu edinilebilecek yeti ve meslekler, kültürel sermayenin parçası olan öğrenimin şekillenmesinde etkilidir, karşı. e.g. Pierre BOURDIEU, *Systèmes d'enseignement et systèmes de pensée*, 19 RISS 353, 377-381 (1967). Sorun

olduğunu düşünürüz. Dolayısıyla, *günümüzde karşılaştığımız sorunlara ve sorunların çözümü önerilerine benzerliklerin belirgin ve trajik biçimde yaşandığı, "modern" hukuk, devlet, egemenlik, insan hakları, siyaset teorisi vb. kavramların en sert biçimde eleştirildiği Kıta Avrupası ve özellikle Alman hukuk çevresini, özellikle 1880-1914 yılları arası dönemi örnek olarak incelemeyi uygun buluyoruz.* Böylece, yer yer birbirine taban tabana zıt görüşleri ileri süren, bir diğerini farklı anlayan veya açıkça en sert biçimde eleştirenlerin; birlikte, bir fikri alan olarak doktrini, belli birtakım tutumları ve duyguları ve tecrübeleri paylaşanların hangi yönden benzeşip hangi yönlerden ayrıldığını incelemeyi amaçlıyoruz. Örneğin, anılan fark ve benzerliklerin doktrinde kullanılan dile, söyleme (=diskur; dogma, discursus) içkin olduğunu görüyoruz. Çalışmamızın farklı yerlerinde gösterileceği üzere, görüş ve yaklaşımları ne kadar farklı olursa olsun, Alman doktrinde, belli bir meselede, hitap edilen kitleye görüşünü kabul ettirmek amacıyla söylemde kendilerine sıkça başvurulan ifadeler vardır, "*kendiliğinden*" (*an sich/schlechthin*) veya "*eşyanın tabiatı*" (*Natur der Sache/Dinge*) gibi<sup>14</sup>. Anılan husus, ait olduğu, hitap ettiği kitlenin özellikleri de göz önünde bulundurulduğunda; yazılı ifadeyi ileri süren, görüş, düşünce veya yaklaşımı kaleme alan (=yazar) tarafından varsayılanların, çıkarsamaların anılan kitle

---

tersine çevrilebilir: Akademi uygulayıcı yetiştirmek (*imitatio*) için mi yoksa ilmi araştırma (*excolo*) için mi veya öğrenmek (*discere-disciplina*) için mi yoksa öğretmek (*docere-doctrina*) için mi vardır?

<sup>14</sup> Pierre BOURDIEU, *Habitus, code et codification*, 64 ARSS 40, 41 (1986) (BOURDIEU (1986a)) ve karşı. (*Alman doktrini yönünden*) M. REIMANN, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 B.C.L.REV. 837 (1989-1990); J.E. HERGET, *Unearthing the Origins of a Radical Idea*, 39 AM.J. LEGAL HIST. 59 (1995) ve (*uluslararası hukuk yönünden*) Anthony CARTY, *The Decay of International Law?*, Glasgow, Manchester University Press, 1986, pp. 13-24; Martti KOSKENNIEMI, *The normative force of habit* (1990) in *id.* (editor), *International Law*, NY, NY University Press, 1992, pp. 213-214. İlginçtir, günümüzde de kullanıldığı üzere, Roma hukuku geleneğinde "*de jure*" ve "*de facto*"; "*ipso jure*" ve "*ipso facto*" farklıdır, karşı. e.g. Franz ADICKES, *Zur Lehre von Rechtsquellen*, Cassel&Göttingen, G.H.Wigand, 1872, S. 1f., 80f.

tarafından kabul edilmesini istediğine, beklediğine, daha doğru bir ifadeyle, yazar tarafından yazılanın, yazılı olmayana dayandırıldığına işaret eder. *Kanaatimizce*, bunun farkında olan (Ernest) HİRŞ (HIRSCH), belki anlatısının biraz dışına da taşarak şöyle yazıyor:

"...«Tabii», «şüphesiz», «bila tereddüt» gibi kelimelerin hukuki bir mütalaada yeri yoktur. Çünkü bir şey «tabii» veya «şüphesiz» ise, münakaşaya lüzum yoktur. Münakaşaya lüzum görülüyorsa, bunların «tabii» olmadıkları açıktır. Tecrübe göstermiştir ki «tabii», «şüphesiz» gibi tabirlerin kullanıldığı yerlerde ya hatalı bir fikir müdafaa edilmek istenmiş veyahutta müdafaa edilmek istenen fikir ispat edilememiştir..."<sup>15</sup>.

Aynı doğrultuda, yukarıda geçen "Alman mandarini" tabirini, anılan grubun üyesi olarak, diğer bir anlatımla 19. yüzyıl sonu Alman doktrini bağlamında ele alacağımız yazarları nitelemek için kullanıyoruz\*. Bu bağlamda, akademi, diplomasi ve yargı gibi alanlarda değineceğimiz görüş ve yaklaşımların yalnızca sahnedeki, felsefi veya bilimsel yö-

---

<sup>15</sup> E. HİRŞ (HIRSCH), *Pratik Hukukta İlimi İspat ve Tefsir*, 1 AÜHFD 192, öz. 198 (1943) ve karşı. e.g. CAN, öz. §3, ss. 74-80. CAN, "klasik doğal hukukçular açısından eşyanın doğası anlayışının konumu" bahsinin sonunda şöyle yazar: "(T)üm modern dönem boyunca hukukçular, eşyanın doğasına kimi zaman... tamamlayıcılık görevi vermiş kimi zaman da doğayı tümüyle yok saymışlardır (Kelsen normativizmi gibi) ...(Ç)ağımızdaki hukuk anlayışı, Aristo'nun... yaklaşımın(m) çok uzağında bulunmaktadır: Hegel'in ve özellikle de Marks'ın, Aristo yaklaşımını çok iyi değerlendirmiş olduklarından kuşku duyulamaz", bkz. *ibid.*, s. 80.

\* Mandarin (*gentry, literati*); Çin'de M.Ö. 2. yüzyıldan sonra, Han devri ile güçlenen, İmparatorluk'un eğitim sistemi ve merkezi sınavlarında gösterdiği başarı neticesinde memuriyete hak kazanan; zamanla, öz. Sung devri sonrası en gelişkin haline ulaşan, 16. yüzyılda Ming devrinden 20. yüzyıla ekonomik ve kültürel açıdan giderek zayıflayan, sosyal statüsünü kaybeden ama Çin İmparatorluğu'nun orta ve yeni zamanlarına karakteristiğini veren okur-yazar sınıftır, bkz. W. EBERHARD, *Çin Tarihi*, Üçüncü baskı, Ankara, TTK, 1995, ss. 86-101, 257 ved. ve Etienne BALAZS, *La bureaucratie céleste*, Paris, Gallimard, 1968, pp. 33-46; J.F. BILLETTER, *Contribution à une sociologie historique du mandarinat*, 15 ARSS 3 (1977).

nüne değinmeyeceğiz. Ancak arka plana yaptığımız vurgu ile amacımız, ele alacağımız görüşleri ileri sürenlerin biyografisini yeniden yazmak veya büyük sosyal teorileri yeniden yorumlamak değil. Aksine: Verili bir coğrafyada, bir sosyal grup olarak hukuk ve uluslararası hukuk üzerine düşünen ve çalışanları temsil ettiğini düşündüğümüz kişilerin, ilgili olduğu ölçüde, (i) içinde yaşadıkları dönemi ve kültürü etkisinde ve en geniş anlamda (ia) düşünce dünyasını, (ib) dünya görüşünü ve (ic) düşünce tarzını (=ideoloji); (ii) oluşturdukları dili; (iii) pratiklerini ve doktrin, bir fikri alan (*un champ intellectuel*) ise, aralarındaki ve diğer alanlarla kurduğu ilişkileri ve onların konumlarını incelemek, belirlemektir<sup>16</sup>.

**§3.-**Yukarıdaki bağlamda değindiğimiz ve ileride değineceğimiz konular, akademide geleneksel olarak (*habitus juridico-scientifique*) hukuk tarihi, sosyolojisi veya hukuk felsefe-

---

<sup>16</sup> Literatürdeki tercihler değışse de (e.g.*l'esprit de corps, logique juridique*), "ideoloji", *bize göre*, doktrinerlerin (*sofistes-logografoi*) yazdığı (*logos-logografia*) ve bağlamıyla betimlediğimiz düşünce dünyası, tarzı ve dünya görüşüdür (*doxa*); "belli bir şeyin doğası gereği öyle olduğunu görmeyi sağlayan, görüşü doğru ve hakim kılan fikri yapı"dır, *supra* dn. 5, 14 ve eşlik ettiği metin; *infra* dn. 26, 59; öz. karş. Pierre BOURDIEU, **Homo academicus**, Paris, Minuit, 1984, pp. 34-52; *id.*, **La noblesse d'état**, Paris, Minuit, 1989, pp. 7-15; *id.*, *La force du droit*, 64 ARSS 3 (1986) (BOURDIEU (1986b)). Bunun, benimsediğimiz tarz üzerine doğrudan etkileri vardır. Örn., doktrinin göz ardı ettiği ve nesnel niteliği tartışılır biyografi, oto-biyografi, anı vb. eserler, doktrinerlerin alandaki konumunu belirlemek amacıyla incelenebilir hale gelmektedir. Doktrin, sosyal rolü, eleştirisi ve savunması amacıyla benzeri yaklaşımlar için karş. Dan DANIELSEN, Karen ENGLE (editors), **After Identity**, NY, Routledge, 1995, pp. xiii-xix; Duncan KENNEDY, **A Critique of Adjudication (fin de siècle)**, Cambridge, London, HUP, 1998, pp. 1-22 ve Nathaniel BERMAN, "*But the Alternative is Despair*", 106 HARV.L.REV. 1792, esp. 1794-1800 (1992-1993); David KENNEDY, *When Renewal Repeats*, 32 N.Y.U.J.INT'L L.&POL. 335, esp. 340 et seq. (2000); Martti KOSKENNIEMI, **From Apology to Utopia**, Reissue, Cambridge, CUP, 2005 (KOSKENNIEMI (2005a)), pp. 6-67; *id.*, **The Gentle Civilizer of Nations**, Fourth printing, Cambridge, CUP, 2007, pp. 6-10 ve Reut Yael PAZ, **A Gateway Between a Distant God and a Cruel World: The Contribution of 20<sup>th</sup> Century Jewish German Speaking Scholars to International Law**, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, p. 18 et seq.

siyle ilişkilendirilir. Benimsediğimiz bakış açısı ise, "gelenek" ve "ilişkilendirme"nin kendisini kavramaya ve irdelemeye yöneliktir. Örneğin, (Hüseyin) PAZARCI'ya göre, Türkiye'de Cumhurbaşkanının uluslararası andlaşmaları onay yetkisinin nasıl değerlendirileceğinin, diğer bir anlatımla, onay konusunda devlet adına hukuken bağlayıcı irade açıklamak yetkisinin hukuki niteliğinin, "özellikle anayasa ve yönetim (idare) hukuku uzmanlarınca açıklığa kavuşturulması gerekmektedir"<sup>17</sup>. Halbuki, anayasa veya idare hukuku "uzmanları", hukuki alandaki işbölümü ve tanımları gereği *kendi (alt-)alanlarında* uzman olduğundan, doktrini doğrudan ilgilendiren ve PAZARCI'nın anlatısı yönünden önemli olan bu hususun "*açıklığa kavuşturulması*", bizzat PAZARCI'nın kendi kaydı nedeniyle, olanaksızdır. Diğer bir anlatımla, PAZARCI'nın ortaya koyduğu sorun, anayasa veya idare hukuku disiplinlerine aktarıldığında, sorunun uluslararası hukuk yönünden ele alınmıyacağı ortadadır; en iyi ihtimalle, sorunun anılan bağlamda anlaşılması durumunda da bu defa sorunun çözümünü uluslararası hukuk doktrinine "*aktarmak*" gerekir. Örneğin belirtilen mesele, anayasa ve idare hukuku yönünden ele alındığında, yasama ve yürütme işlevinin, parlamento ve hükümet ile devlet başkanlığının yetkilerinin çakıştığı bir hal alır; her iki doktrinde, *ex officio*, "sorun"un ne olarak algılandığı ve önerilen "çözüm" farklıdır<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> *id.*, **Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap**, 10. Bası, Ankara, Turhan, 2004, s. 13 (PAZARCI I), ss. 162, (*sorunun yinelenmesi için*) 164.

<sup>18</sup> PAZARCI'nın ortaya koyduğu şekli ile sorunun çözümünü bildiren (Metin) GÜNDAY'a göre: "1924 Anayasası, milletlerarası andlaşmaların yapılması ve onaylanması yetkisini TBMM'ne vermişti. 1961 ve 1982 Anayasaları, milletlerarası andlaşmaların yapılması yetkisini (yürütme (o)rganına ve... onaylanması yetkisini ise Cumhurbaşkanına vermiştir. Ancak Cumhurbaşkanının... onaylaması, TBMM'nin... bir kanunla uygun bulması koşuluna bağlanmıştır... Cumhurbaşkanının, TBMM'nce uygun bulunmuş bir milletlerarası andlaşmayı onaylama ya da onaylamama yetkisi bulunmaktadır", bkz. *id.*, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. baskı, Ankara, İmge, 2003, s. 89. *Kanaatimizce*, GÜNDAY, PAZARCI'nın yönelttiği sorunu, alandaki iş-

*Kanaatimizce* özellikle hukuk doktrini yönünden sorun, diğer bilimlerin durumuna nazaran "sosyal bilim(ci)ler" veya "hukuk(çun)"un konumu ile ilgilidir. Böyle ise, *hukukun veya sosyal bilimlerin tümünü birleştiren, herkesin üzerinde oydaşacağı bir teori veya dil olmadığına göre, sosyal hayatta karşılaşılan bir olay veya olgunun hangi bilim veya o bilimin hangi dalında nasıl anlaşılacağı ve yorumlanacağı önem kazanır*. Bütünü bilmeden parçanın bilgisine ulaşamaz; bütünün bilgisine ise ancak parçaların ayrı ayrı bilinmesiyle ulaşılabilir<sup>19</sup>. *Bize göre, sanat, felsefe, sosyal bilimler veya hukuku ayırdedici kılan, ilahiyat veya doğa bilimlerinden daha belirgin biçimde, bu belirsizliği ve eleştirilebilirliğidir*.

---

bölümü yönünden, onunla aynı bağlamda anlayıp çözdüğünden (*doxa*) *doktrinde hakim görüşü (ortodoxia) oluşturur; böylece bir hukuki-bilimsel sermaye oluşur*.

<sup>19</sup> Öz. SLOTERDIJK, pp. 3-21. Örn., modern ama kendinin farkında olan MANNHEIM'a göre; "olan"ı açıklamaya (*Erklären*) dayanan doğa bilimlerinin (*Naturwissenschaften*) analizinden farklı olarak, yoruma (*Verstehen*) dayalı kültür bilimlerinde (*Kulturwissenschaften*), farklı dallardaki analizlerden senteze ulaşmayı hedefleyen "yorum", olayın yer aldığı bağlam, *yani* genel olarak verili bir dönemin karakterini belirten dünya-görüşü (*Weltanschauung*) dikkate alınmadan gerçekleştirilmemelidir. O halde sorun; bilim-dışı (*atheoretisch*) veya bilim-öncesi (*vortheoretisch*), belli bir dönemin karakterini belirten "ruh"un (*Geist einer Epoche*) veya bütünlüğün, dünya-görüşünün (*Totalität; Weltanschauungstotalität/-einheit*) bilimsel olarak nasıl ifade edilebileceği, "irrasyonel" görünenin "rasyonel" olarak nasıl kavranabileceğidir. Zira "kültür bilimleri"nde "kültürel obje" (*Kulturgebilde/Kulturobjektivierung*), parça (*Sinnfragment*) halinde de olsa *ya* verilir (*unmittelbar/unvermittelt*) *ya da* bir aracı ile (*mittelbar/vermittelt*) anlaşılır. Aracı (*Sinngebilde*) varsa "yorum", semantik (*anlambilimsel*) açıdan aşamalara (*Sinnschichten*) ayrılır: *Önce* doğa bilimlerindeki gibi objektif "olay" görülür (*objektiven Sinn*) –kültür bilimlerinde, örn. sosyolojide de burada durulur–, *ardından* "fail" in kendi iradesi ile anlaşılmalıdır (*Ausdrucksinn*), son olarak "fail" in karakteri (*Charakter/Cachet*) ışığında (*Dokumentsinn*) yorumlanmalıdır. Aracı yoksa bile anılan aşamalar genelde *aynı anda* icra edilir. Böylece her iki şekilde de (i) obje ve olayın arkasındaki "kişi"ye ve (ii) farklı alanlardaki karakteristik yorumların ortak noktalarını içeren "genel kavramlar"a ulaşılır. MANNHEIM'ın önerisi şudur: (1) Kültürel bilim alanlarının her birini (*sämtliche Gebiete der Kultur*) incelemek; (2) kültürel objeleri, önceden belirlenen aynı karakteristik ölçütler (*unter einem durchgehaltenen dokumentativen Gesichtspunkt*) üzerinden ve zaman içindeki dönüşümüne (*Veränderung*) bağlı olarak (*geschichtlich entwickelt*) karşılaştırmak. MANNHEIM'a göre, faaliyet doğa bilimleri için de paradoksaldır: (2) olmadan (1) yapılamaz, (2)'nin yapılabilmesi ise (1)'e bağlıdır, bkz. Karl MANNHEIM, **Beiträge zur Theorie der Weltanschauungs-Interpretation** (1921-1922)

Örneğin, "*Felsefe Sözlüğü*"nü kaleme alan yazar, "Yenikantçılık"ı şöyle tarif eder:

*"...Yenikantçıların ileri (s)ürdüklerine göre, XIX. yüzyılda felsefe çöküyormuş, bu yüzden de felsefeyi kurtarmak için Kant'a dönülmüş. Oysa XIX. yüzyılda çökmeye başlayan felsefe değil, burjuva gevezeliklerinden ibaret olan burjuva felsefesiydi ve burjuvazinin kendini destekleyebilecek güçlü bir idealizme gereksinimi vardı. Yenikantçılığın ya da Kant'a dönüşün özdeksel (=materyal) varlık nedeni budur... Yenikantçılığın olağanüstü yaygınlaşmasının nedenleri, özellikle Almanya'daki sınıf ilişkilerinin değişmesinde ve genellikle dünya burjuvazisinin ideolojik gereksinimlerinde yatar. Paris komününden dehşete kapılan burjuvazi, toplumsal gelişmenin doğadaki gelişme gibi yasalı olamayacağı ve toplumsal olayları bilimsel olarak bilmenin olanaksız bulunduğunu ancak Kant'ın idealizmi gösterebilirdi. Özellikle Kant'ın kuramsal ve kalgısal (=pratik) us ayrımları, o her derde deva bilinemezliği burjuvazinin başlıca güç kaynağı olmuştur... Toplumsal olayları bireysel olaylara ve toplumsal gelişmeyi kültürel gelişmeye indirgeyen bu görüş, yenikantçılığın özüdür... Bu yenikantçı burjuva toplumbilimlerinin ortak yanları;... tarihsel süreçte, nesnel etmenlerin rolünü görmezden gelerek, öznel etmenlerin rolünü abartıp saltıklaştıran (=mutlak hale getiren) idealist savlarıdır"<sup>20</sup>.*

---

ins K.H. WOLFF (Hrsg.), **Karl Mannheim: Wissenssoziologie**, Berlin u. Neuwied, H.Luchterhand, 1964, S. 91-154. MANNHEIM'in önerisi "kültür" ve "uygarlık"ın uzlaşmasına, kültürel-tarihi sentezin araştırılmasına (*Versuche kulturgesichtliche Synthese*), dolayısıyla, "kültür sosyolojisi"ne matuftur, karşı. *supra* dn. 4-6.

<sup>20</sup> Orhan HANÇERLİOĞLU, **Felsefe Sözlüğü**, Ondördüncü Basım, İstanbul, Remzi, 2004, ss. 461-462. Parantez içindekiler, alıntıya karşılık, benimsediğimiz sözcüklerdir.

Çalışmamızda benimsediğimiz yaklaşım; bağlam ile özne ilişkisi yönünden yukarıdaki anlayışa benzemekle birlikte aralarındaki ilişkinin sadece ekonomik yönden, determinist biçimde belirlendiği (örn. *tarihsel materyalizm*) tezini reddeder. Bize göre, *homo economicus* ile *homo academicus* –*aristoi* ve *xenoi* kadar olmasa da– farklı tiplerdir. Örneğin, HANÇERLİOĞLU'nun alıntılanan görüşleri; 19. yüzyıl sonunda, "Yenikantçılık"ın (*Neukantianismus*) merkezleri Baden, Marburg veya Heidelberg'de ileri sürebileceği şüpheli olduğu gibi yazıdan önce benimsediği ama tartışmadığı veya tartışılmaz bulunduğu kanaatini okuyucudan gizler. Anılan nedenledir ki, HANÇERLİOĞLU'ya göre; gerekircilik (=determinizm), "nesnel gerçekliğin nedensellik ve nesnel yasalarla belirlendiğini ileri süren görüş"ken yadgerekircilik (=endeterminizm), "(i)nsan iradesinin özgürlüğünü ya da elindeliğini savunan... bilim dışı öğretiler"dir<sup>21</sup>. Kanaatimizce determinist ve endeterminist arasındaki karşıtlığın kendisi dahi, yazarın, varlığını "özdeksel" nedenlere dayandırarak açıkladığı "bilimsel" anlatısı içinde kendisinin "tinsel" (=subjektif) nedenlerle "bircilik"i (=monizm) tercih ettiğini, "ikicilik" (=düalizm) veya "çokçuluk"u (=plüralizm) reddettiğini gizlemekte; endeterminizmin bulgusu haline dönüşmektedir. Örneğin, yazarın dilinde "aşma" (*Aufhebung*) ile ifade edilen husus<sup>22</sup>, kendi görüşü ve bizim görüşümüz

---

<sup>21</sup> HANÇERLİOĞLU., ss. 136-137, 447. Dilbilim (*lingüistik*) yönünden, işaret ettiğimiz belirsizlik, öz. "sözdzimsel düzlemde belirsizlik"tir (*l'ambigüité syntaxique*) ve "yüzeysel yapının iki ya da daha çok sayıda derin yapıya bağlanabilmesi" sonucu belirginleşir, bkz. Berke VARDAR, *Açıklamalı Dilbilim Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, Multilingual, 2002, s. 35. Kısaca, işaret eden (*gösteren*), birden fazla anlama (*gösterilen*) işaret eder. Söylemde "dışlama" ile ilgisi olan bu hususta AKİPEK'in "amiyane" olan ile arasına koyduğu mesafe veya HANÇERLİOĞLU'nun endeterminizmi "bilim dışı" ilanının benzerliğine dikkat ediniz. *Keza, başlangıç noktası görüşümüze benzemekle birlikte soyut analizi ve sorunu politizasyonu, çözümünü değil de sorunu ifadesi yönünden amiyane olanı tartışmasız reddeden görüş için bkz. IŞIKTAÇ, ss. 428-430.*

<sup>22</sup> Yazara göre: "Hegel mantığında savla (=tez) çatışan karşısav (=anti-tez) biresimle (=sentez) aşılr... Aşılmış olan, aştığının olumsuz yanını elemiş ve olumlu yanını koruyup geliştirerek daha üstün bir düzeyde gerçekleş-

yönünden geçerli olabilir ve anlatımızda olduğu gibi, yazarın "yenikantçılık"a yönelttiği eleştirisi kendi kendini doğrular. *Bize göre, sorun; hele beşeri bir yön içeriyor ise bağlamını oluşturan ile anlaşılabilir ve onun yanıtını, kesin bir şekilde belirlemek gerekmeyecek biçimde, bağlamın içinde doğan ve doğduğu dil ve kültür ile anlamalıdır.* Böylece, "ilerleme" (*Fortschritt*) veya "gerileme" (*Rückschritt*); "iyimserlik" (*Optimismus*) veya "karamsarlık"ın (*Pessimismus*) kendisi farklı bir yönden kavranabilir<sup>23</sup>.

§4.-Böyle bir bakış açısı ile, aynı anda, örneğin "pozitivizm" ve "anti-pozitivizm", "hukuk" ve "siyaset", "kanun" ve "kararname", "olağan" ve "olağanüstü" hal, "kural" ve "istisna", "hukuk kuralı" ve "hukuk düzeni", "maddi" ve "şekli" anlamda kanun, "oybirliği" ve "oyçokluğu" vb. ayrımların doktrinde ortaya çıkışını, dönüşümünü ve sonuçlarını değer-

---

*tirmiştir... çünkü yadsınmasıyla ya da karşıtıyla zenginleşmiştir... (E)ytişimsel özdekçilik (=diyalektik materyalizm), düşüncelikle (=idealizm) çatışan özdekçiliğin aşılımış bir biçimidir. Aşılımış bir biçim olması, aştığı özdekçilikle bağlantısını gösterdiği gibi onun karşıtı olan düşünceliliğin de olumlu yanlarını içerdiğini... gösterir",* bkz. HANÇERLİOĞLU, s. 21 ve karşı. *infra* dn. 23.

<sup>23</sup> HANÇERLİOĞLU'ya göre "ilerleme"; "doğal ve zorunlu", "nesnel bir süreçtir ve üretim güçlerindeki ilerleme tüm tarihsel-toplumsal ilerlemenin ölçütüdür", "gelişme sürecinde temel ilerleme ve ilineksel (=arzi) gerileme eytişimsel ve sıkıca bağımlı bir birlikler; yadsıma ergeç yadsınır ve ilerlenir" ve "ilerleme her zaman doğal ve gerileme... gariplik sayılmıştır. Toplumsal gerileme de, bir çeşit bilinç garipliği ve acaipliğidir ki bilgisizlerce gerçekleştirilmeye çalışılır", bkz. *ibid.*, ss. 139, 178. Mevcut durumdan hoşnut değil ise, neden her şey "doğal ve zorunlu" olarak "ilerl"er? *Kendine özgü tarihi olduğu unutulduğunda*, "ilerleme" fikri, tanım gereği, "gerileme" olmadan anlaşılabilir. Başka bir anlatımla, HANÇERLİOĞLU'nun kurduğu bağlamda anlaşılırsa "gerileme", ilerlemenin içleminde (*intensio*); o halde, tanım gereği, "gerileme" olmadan "ilerleme" tarif edilemez. *Bize göre*, ilk bakışta, buradaki belirsizlik dilbilimde "sözlüksel" (*l'ambiguïté lexicuale*) nitelik taşır: "Sözlüksel düzlemde eşadlılık ya da çokanlamlılık"a işaret eder, bkz. VARDAR, s. 35. *Kanaatimiz için*, *supra* dn. 12. Buradaki yorumla karşı. Slavoj ZIZEK, **For They Know Not What They Do**, 2nd edition, London, NY, Verso, 2008, esp. pp. 179-182.

lendirmeyi hedefliyoruz. Bununla birlikte Almanya, Avusturya-Macaristan, İsviçre, Orta ve Doğu Avrupa'nın önemli bir bölümünü kapsayan literatür bir hayli geniştir. Ele aldığımız zaman dilimi; özellikle anılan dönemde, doktriner düzeyde ciddi ve keskin görüş ayrılıkları, metot tartışmaları (=Methodenstreit) yaşamış ve anılan tartışmaların birer göstergesi olarak hukukun, uluslararası hukukun yenilendiği, modernize edildiği bir döneme aittir ve o ana değin yerleşik dili tamamen farklı biçimde anlayan ve değiştirmeye çalışan yazar ve akımlar ortaya çıkmıştır, serbest hukuk akımı (*Freirechtsbewegung*) gibi. Özellikle sosyal bilimlerde kültür, sosyoloji ve tarih arasında yer verdiğimiz bağlamı doğrudan ele alan çok sayıda eser vardır<sup>24</sup> ve hukuk, özellikle uluslararası hukuk ve tarih arasındaki ilişkileri gözden geçiren, yenileyen veya eleştiren yetkin örneklerin sayısı giderek artmaktadır<sup>25</sup>. *Kanaatimizce*, örnekleri yinelemek yersizdir ve çalışmamızın boyut-

---

<sup>24</sup> Sosyal-tarihi-kültürel yönden buradaki yaklaşım ile karşı e.g. Sally LEDGER, Scott MCCRACKEN (editors), **Cultural Politics at the Fin de siècle**, Cambridge, CUP, 1995, p. 4 (*Yazarlara göre, 1890'lı yıllar ile 1990'lı yıllar arasında sağlıklı bir değerlendirme ve karşılaştırma ve yüzyıl sonunu anlamlandırabilmek için ihtiyaç duyulan, tarihi bakış açısıyla eleştiridir; sadece 1890'lara değil, 1990'lara da mesafeli yaklaşmak ve her ikisi arasındaki diyalektik ilişkiyi incelemek gerekir*) ve karşı. Andreas HUYSSSEN, **After the Great Divide**, NY, London, Palgrave MacMillan, 1986, p. vii-x (*Yazara göre; popüler kültür ve yüksek sanat, siyaset ve günlük hayat arasındaki ayrımların gerekliliği ve 19. yüzyıl sonundan sonraki dönüşümü sorgulanmaya muhtaçtır*). Böyle bir gayeyi ilişkilendirdiğimiz, Anglo-Amerikan hukuk çevresine yönelik en özgün yorum ve eleştiri için bkz. KENNEDY (1998), esp. pp. 1-3.

<sup>25</sup> Uluslararası hukukun dilinin ve kültürünün yükselişi ve çöküşünü farklı hukuk çevreleri, farklı bilimsel disiplinler ve eşlik eden görüşler yönünden değerlendiren örnekler için bkz. Nathaniel BERMAN, *Modernism, Nationalism and the Rhetoric of Reconstruction*, 4 YALE J.L. & HUMAN. 351 (1992) (BERMAN (1992a)); David KENNEDY, **Dark Sides of Virtue**, Princeton, PUP, 2004 ve *supra* dn. 16.

"Hukuk" ve "dil" arasındaki ilişki için bkz. ve karşı. e.g. Guyora BINDER, Robert WEISBERG, **Literary Criticisms of Law**, Princeton, New Jersey, PUP, 2000, p. 20 et seq.; James BOYLE, *Ideals and Things*, 26 HARV. J. INT'L L. 327 (1985); Ed MORGAN, **The Aesthetics of International Law**, Toronto, Buffalo, London, University of Toronto Press, 2007, p. 28 et seq. ve Susan TIEFENBRUN, **Decoding International Law: Semiotics and the Humanities**, Oxford, OUP, 2010, pp. 3-5.

larını ve konusunu aşmaktadır. Dolayısıyla, konuyla sınırlı olmak kaydıyla, ana akımları temsil eden belli başlı yazarları, diğer bir deyişle, doktrinde merkezi ağırlığı olanların bir bölümünü, ikincil literatüre de yer vererek ele alacağız. Anılan kayıtlarla, Alman doktrininin uzun 19. yüzyıl sonunda Orta ve Kuzeybatı Avrupa ile ABD'deki önemli temsilcilerinin (*JELLINEK, OPPENHEIM, TRIEPEL, ZORN, STRUPP, SCHÜCKING, KAUFMANN, KELSEN, SCHMITT, SCHWARZENBERGER, LAUTERPACHT, FRIEDMANN vd.*) görüşlerinin anlaşılabilmesi amacıyla, anılanların, 19. yüzyıl Alman devlet (*kamu*) hukuku doktrinine getirdiği yorum ve eleştiriyi, devlet (*kamu*) hukuku doktrininin, özellikle dünyayı nasıl kavradığını, "uluslararası hukuk"la ilgili görüşleri üzerinden açıklamaya çalışacağız. Üçüncü ve yukarıdakilerle bağlantılı olarak, (i) anılanların birer "yazar" olarak "yazmak zorunda olduğu" ile kurduğu ilişkileri, fark ve benzerliklerini hatırd tutarak, (ii) bilinçli veya bilinçsizce edindikleri sermayeye (*le capital culturel*) dayanarak ürettikleri hukuki-bilimsel bilgi (*le capital juridico-scientifique*) ve üretimin hitap ettiği toplum, okur-yazar, aydın kitle ve sosyal, siyasi, ekonomik, dini yapılar ile, verili bir yer ve zamanda girdikleri ilişkileri incelemeyi planlıyoruz<sup>26</sup>. *Yazının, yazmanın, kendiliğinden getirdiği dışlama haricinde, tek*

---

"Uygar" olan ile olmayan farkının eleştirisi yönünden bkz. e.g. Karin MICKELSON, *Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse*, 16 WIS.INTL L.J. 353 (1997-1998); Anthony ANGHIE, **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**, Cambridge, NY, CUP, 2004; B.S. CHIMNI, *Asian Civilizations and International Law*, 1 AS.J. INT'L L. 39 (2011); *id.*, *Third World Approaches to International Law*, 8 INT'L COMM.L.REV. 3 (2006); Liliana OBREGON, *Between Civilisation and Barbarism*, 27 TWQ 815 (2006); *id.*, *The Colluding Worlds of the Lawyer, the Scholar and the Policymaker: a View of International Law from Latin America*, 23 WIS. INT'L L.J. (2005) veya Jorge ESQUIROL, *Where is Latin America Headed? A Critique of the Sociolegal Approach to Latin America*, 26 BEYOND LAW 115 (2003); *id.*, *The Failed Law of Latin America*, 56 AM.J. COMPL. 75 (2008).

<sup>26</sup> " HIRSCH"/"HİRŞ" in yazdıklarından anlaşıldığı üzere, Almanya'da Alman doktrinine, Türkiye'de Türk doktrinine hitaben yazması farklıdır. *Kanaatimizce*, yazar kadar, hitap edilen kitle ve yazarın dışındakiler (*eleştirmen, yayıncı, akademi, siyaset ve bürokrasi, yargı, okur-yazar kesim, öğrenciler vd.*) de yazının içerdiği gö-

ve mutlak bir yöntem önermemekle birlikte, böyle bir faaliyetin sonucunda anılanların, görüş ve yaklaşımlarının doktriner düzeyde de daha iyi anlaşılabilmesine inanıyoruz. Örneğin, JELLINEK'in "kendi kendini sınırlama" (*Selbstverpflichtung/Selbstbeschränkung*) görüşü böyle bir bağlam dışında ele alınırsa, kendi başına pek az şey anlatır. Nitekim (Hüseyin) PAZARCI'ya göre:

*"Filozofik düzeyde Hegel'in devlet anlayışının hukuk açısından bir uzantısını oluşturan bu görüş, devletin uluslararası toplumun tek ve üstün birimi olduğu varsayımına dayanmaktadır. Devlet, kendi dışında hiçbir otoriteye bağlı olmadığından... devletler arası ilişkilerin düzenlenmesi de ancak devletlerin rızaları ile olanaklı olmaktadır... Böylece, bir devletin iradesi ile kendi sınırsız yetkilerini kendisinin sınırlaması sonucu uluslararası hukuk kuralları doğmakta ve bağlayıcı güce sahip olmaktadır... (JELLINEK'e) yöneltilen en temel eleştirisi... bu mantıkla bir devletin istediği an birtakım kurallarla kendini bağlı saymama yet-*

---

rüşü, üretilen bilimsel bilgiyi ve onun büründüğü formu etkiler: Yazar, yazmak zorunda olduğu hususlar ve yazının hitap ettiği kitlenin görüşü, yazarın içinde bulunduğu sosyal ortam (*milieu*), yazarın iletişim aracı vd. etmenler, yani fikri ile kültürel, bilimsel ile sosyal, hukuki ile bürokratik alanlar birbirine bağlıdır: (*Hugo*) GROTIUS'un ders kitabı yazmamış olması gibi. O halde, örn. sadece HİRŞ'in Türk doktrinine katkıları değil Türk doktrininin HİRŞ'e etkileri de bilimsel açıdan incelenebilir hale gelir. Buradaki yaklaşımın "Batı"da, öz. Fransa'daki özü; modernite, bilgi veya bilimin eleştirisiyle yakından ilgilidir, karşı. e.g. Pierre BOURDIEU, *Le champ intellectuel et projet créateur*, 22 LES TEMPS MODERNES 865 (1966); *id.*, *Champ du pouvoir; champ intellectuel et habitus de classe*, 1971 SCOLIES 7; *id.*, *Le champ scientifique*, 2 ARSS 88 (1976); *id.*, **Esquisse d'une théorie de la pratique**, Paris, Seuil, 2000 (1972), pp. 221-320; Pierre BOURDIEU, Jean-Claude PASSERON, **La reproduction**, Paris, Minuit, 1970, p.13 et seq. ve Roland BARTHES, **Mythologies**, Paris, Seuil, 1970 (1957), pp. 179-233; Michel FOUCAULT, **Les mots et les choses**, Paris, Gallimard, 1966, p.355 et seq.; *id.*, **L'archéologie du savoir**, Paris, Gallimard, 1969, p.29 et seq. Örn. Kuzeybatı Avrupa'da, farklı alanlardaki tartışmaların çalışma konumuzla, anılan coğrafya dışında, öz. Türk doktrini ile nasıl bir ilişkisi olabileceğine ilişkin, *okuyucunun zihninde de oluşabilecek* belirsizliği burada gidermemiz imkansızdır.

*kisine sahip olması aslında devletleri bağlayan bir kurallaşmanın gerçekleşmediği anlamına gel"mesidir<sup>27</sup>.*

Böyle "aktarılır" ise JELLINEK'in doktrindeki konumu ve görüşünün kavranamayacağını düşünüyoruz. Zira PAZARCI'nın anlatısı, JELLINEK'in yazdıklarına dayanmadığı gibi içinde bulunduğu ve onun hitap ettiği kitleyi tamamen görüş alanı dışında bırakmaktadır. Halbuki Alman hukuk çevresi, özellikle, aşağıda açıklayacağımız Alman mandarin ideolojisi yönünden düşünüldüğünde JELLINEK, liberal ve modernist kanada yakın olduğu gibi doktriner açıdan uluslararası hukuku, varlığını eğer reddetmiyorsa en iyi ihtimalle Alman kamu hukukunun bir parçası olarak ele alan, koyu muhafazakar ve ortodoks kanadı eleştirmektedir. Daha da düşündürücü olan, uluslararası hukukun maddi kaynağı bahsinde, PAZARCI'nın, "*uluslararası hukukun bağlayıcılık gücü*"nü, yani "*uluslararası hukuk kurallarının dayanağı*"nı "*uygulanan uluslararası hukuk*"ta araştırırken, metodu ve düşünce tarzı itibariyle JELLINEK'e benzerliğidir. Zira, 1880 yılında JELLINEK'e göre, şekli açıdan hukuk kuralının konulması pozitif hukuka dönüşmesi için yetmez; hukukilik vasfı "*pratikte uygulanan*"a (*praktische Geltung*) tanınır<sup>28</sup>. Ancak anılan hususlar PAZARCI'ya özgü değildir. PAZARCI'nın yorumu, örneğin, "umumi amme hukuku" veya "genel kamu hukuku" alanındaki yorumdan ayrılır. Kimilerine göre, JELLINEK,

---

<sup>27</sup> PAZARCI I, s. 13.

<sup>28</sup> Georg JELLINEK, **Die rechtliche Natur der Staatenverträge**, Wien, A.Hölder, 1880, S. 2. *Kanaatimizce* PAZARCI'nın yukarıdaki "yorum"u; *bilinçli veya bilinçsiz bir biçimde ve kendisi açıkça ifade etmese de*, göç ettiği Birleşik Krallık'ta, JELLINEK'in "*teorisi*"ni "*Hegelyen*" olarak niteleyen, uluslararası hukuku yok sayar biçimde hukuku "*devlet iradesi*"ne dayandığını belirten (Hersch) LAUTERPACHT'ı yineler, bkz. *id.*, **Private Law Analogies in International Law**, London, LSE, 1926, esp. pp. 45-46 [*elektronik kopyası yazardadır*]. İronik biçimde, PAZARCI; LAUTERPACHT'a yer vermeden HEGEL'in uluslararası toplulukta bireyin ancak bir ulusa aidiyeti ile yer alabileceği görüşünü kabul etmiş görünür.

"çalıştığı hukuk fakültesini" (Heidelberg kastediliyor) "demokrat ve liberal bir anayasanın, Weimar Anayasası'nın umut vadeden atmosferinin merkezi haline getirecektir... (A)rdından, 1908'lerin başında, Kelsen'in de ders verdiği bu kurumun hukuk eğitiminin kalitesi, Avrupa'nın diğer hukuk fakültelerinde hiç olmadığı kadar ileri düzeyde görülmekteydi ve övülmekteydi"<sup>29</sup>.

Kanaatimizce anılan hususlar, yazarın, tarihi olguların açıklanması (*Erklären/Erleben*) ile yorumunu (*Verstehen/Deutung*) birbirine karıştırdığını gösterir. (Hans) KELSEN Heidelberg'de ders vermemiş, ders almamış, sadece JELLINEK'in seminerlerini, pek de memnun kalmayarak takip etmiştir<sup>30</sup>. Yazarın, bilmemesi, bizim gibi düşünmemesi veya yorumlamaması sorun değildir. Esas sorun, HANÇERLİOĞLU'da veya PAZARCI'da olduğu gibi, yazarın subjektif yorumunu (*Deutung*) objektif biçimde (*Erklären*) ifadesi, diğer

---

<sup>29</sup> Rukiye AKKAYA KİA, **Bir Ders Konusu Olarak "Devlet" ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri**, İstanbul, Beta, 2013, ss. 85, 89 ve karşı. *infra* dn. 39. Bir kere, *Weimar ve Anayasası'nın ne kadar demokrat olduğu tartışılır*. Ayrıca, *JELLINEK'in Fransızca literatür etkisinde yorumu* AKKAYA KİA'ya özgü değildir, farklı bir "aktarım" için bkz. (Recai G.) OKANDAN, **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul, İÜ Yayınları No:1173, İÜHF No:250, 1966, ss. 802-809. OKANDAN'ın; KELSEN'in, "*devlet gücünün sınırlanması*" yönünden Alman doktrinini onayladığı ifadesi (*ibid.*, s. 807), *OKANDAN veya aktardığı Fransızca literatürün* KELSEN'i ve anılan doktrini farklı farklı anladığını gösterir: (Nihat) ERİM, KELSEN ile JELLINEK'in karşı görüşlerde olduğunu belirtir, JELLINEK'i yererken (Léon) DUGUIT ve (Louis) le FUR'e dayanır, bkz. *id.*, **Amme Hukuku Dersleri, C. I**, Ankara, 1942, ss. 8-10. Siyaset bilimi ve kamu hukuku doktrinini eşzamanlı inceleyen ve Fransızca literatürü izleyen (Yahya) ZABUNOĞLU içinse JELLINEK'in devletin hukuki ve sosyal yönünü ayıran "*anlayışı doğrudur ve bu ayrıma bakarak gelişme olanaklarına kavuşan siyasal bilimin temelinde veya kökeninde de bir bakıma Jellinek'in bu çok önemli katkısı yat*"ar, bkz. Yahya ZABUNOĞLU, **Kamu Hukukuna Giriş**, Ankara, AÜHF Yayınları No.328, 1973, s. 34.

<sup>30</sup> R. Alatar METALL, **Hans Kelsen: Leben und Werk**, Wien, F. Deuticke, 1969, S.10-12, 14. Kaldı ki anılan dönemde, Almanya'da veya Avusturya'da *Habilitation* öncesinde ders vermek olanaksızdır: KELSEN'in *Habilitation*'u 1911 yılında, Viyana Üniversitesi'ndedir. Keza eğer Heidelberg, hukuk öğretiminin "*kalitesi*" ile ünlü ise JELLINEK'ten ibaret olmadığına göre onun tek başına Heidelberg'e "*merkezi*" konumu kazandırması mümkün olmamak gerekir ki KELSEN yönünden JELLINEK'in merkezi görüldüğü şüphelidir.

bir deyişle, yorumunu nesnel biçimde sunarak okuyucuya dikte etmesidir. Halbuki, *karmaşık anlamları olan sosyal olay ve olgular basit ve yalın kavramlar ile anlaşılmalı ve yorumlanmamalıdır*<sup>31</sup>. Belirtilen yönlere daha duyarlı olduğunu düşündüğümüz (İlber) ORTAYLI'ya göre,

*"Hukuk, belirli, ebedi normlara dayanan bir bilimdir. Durgunluğu içinde zenginliği vardır. Kanunları değiştirebilirsiniz; fakat esasında bütün ilkeler (principia), kurumlar (institutiones) aynı kalmaktadır. Dolayısıyla, üçüncü asırdaki Romalı hukukçu Ulpianus'u veya haleflerinden Tribonianus'u getirseniz ve Viyana'nın..., bu asrın ünlü hukukçusu Kelsen'le birlikte kendisine bir anonim şirket problemi tevdi etseniz... şayet Ulpianus ve Tribonianus ustadlar, bunu daha iyi çözerlerse, şaşmayın. Dolayısıyla, hukukta o anlamda bir ilerleme yoktur. Hukuk, kendi durağanlığı içinde zenginliği olan, prensiplerinin ve kurumlarının yeni yorumuyla ve i(ç)tihadlarla gelişen bir ilimdir. Elbette... hayata uyma vardır; fakat hukukçuluk kendi mantığını önde tutan bir disiplindir"*<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Bkz. e.g. Georg SIMMEL, **Über sociale Differenzierung**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1890, S. 1-9; MANNHEIM (1921-1922), S. 147-149 ("...Aus dem Einfachen kann man das Kompliziertere weder adäquat erfassen, noch deuten..."). MANNHEIM'a göre, tarihin belli bir döneminde, belli bir yerde gerçekleşen kültürel olay veya objeye objektif anlam (*objektiver Sinn*) verilirken *aynı anda* yer ve dönemin karakteristik anlamı (*Dokumentsinn*), yani dünya-görüşü (*Weltanschauung*) de bilimsel açıdan belirlenebilir: Kültür bilimlerinin farklı alanlarındaki kavramların, bir alandan diğerine metaforik (=eğretilemeli) veya belirsiz (=belgisiz) sözcüklerin kullanımı ile "aktarım"ı (*Begriffübertragung*) yetmez; "maddenin hal değişimi" gibi, bir alandaki objektif anlamın, o alanla birlikte diğer alanlardaki karakteristik anlamla arasındaki bağın (*Sublimierung des Begriffsgehaltes*) açığa çıkarılması (*herausarbeiten*) gerekir. *Böyle bir yorum ve açığa çıkarma olmaksızın, sadece yalın, objektif anlamdan yola çıkılarak karmaşık anlamlar yeterince kavranamaz veya yorumlanamaz.*

<sup>32</sup> İlber ORTAYLI, **Avrupa ve Biz**, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2004 içinde *id.*, **Garbçılar, İslamcılar ve Hukuk Reformları**, s. 86; karş. *infra* dn. 35, 44.

Özel hukuk yönünden bakıldığında, ULPIANUS, TRIBONIANUS ile KELSEN arasındaki karşılaştırma ve "üstad"ların sonuncuya nazaran problem çözmedeki hüneri, hukukun "kendi mantığı" yönünden anlaşılır görünür. Fakat *karşılaştırmanın bağlamı değiştirilir de "özel hukuk" yerine "kamu hukuku", "uluslararası hukuk" esas alınır*sa KELSEN'in, Avusturya Savaş Bakanlığı'na (*Kriegsministerium*) verdiği hukuki mütalaa-ların "üstadlar" tarafından da verilebileceği iddia edilemez<sup>33</sup>. Zira ULPIANUS'un içinde bulunduğu dünya ile KELSEN'inki, ölçüsü bakış açımıza göre değişse de, farklıdır<sup>34</sup>. Benzerlik şöyle özetlenebilir: İşi gereği; çoğu zaman bilinçsiz, farketmediği anlarda ise aldır-madan, örneğin maddi kaynağını "araştırırken" hukuki "veri"lerden (*dedomena*) seçtikle-rini, yine hukukun "varlığı"nı teyit için gösteren, yani sadece aktarımla, taklitle (*trofi*) onu "öğret"en (*didaxi*), görünürde araştıran, araştırmayı görünen (*sofisma*) –en uç halinde doktrin (*dogma*) için doktriner (*dogmatikos*) olan; araştırmaksızın öğrenen, öğrenmeksizin araş-tıran; her şeyi öğreten, hiçbir şey öğrenmeyen; öğrenmeksizin uygulayan, yaptığından öğ-renmeyen, görünürde bilen, bilir görünen (*doxosofia*)– hakim-doğru (*ortodoxia*) ve azın-lık-yanlış görüşün (*eterodoxia*) varlığı yer ve zamana özgü görünmemektedir<sup>35</sup>. Benzer-

---

<sup>33</sup> KELSEN'in, 1915-1918 yılları arasında bürokratik görevleri ve mütalaaları hak. bkz. METALL, S. 18ff.

<sup>34</sup> İlerleyen yıllarda, öz. *Weimar döneminde*, KELSEN'i en sert eleştirenlerden (Carl) SCHMITT, 1915-1919 arasında Münih'te Alman Ordusu'na (*Reichswehr*) bağlı bir birimde çalışmıştır, bkz. M. HOELZL, G. WARD, **Introduction in Carl SCHMITT, Dictatorship**, translated by M. HOELZL, G. WARD, Cambridge, Polity, 2013, p. x; P. NOACK, **Carl Schmitt: Eine Biographie**, Berlin, Frankfurt a.M., Propyläen, 1993, S. 37f. Amacımız ORTAYLI'yı yanlışlamak değildir. *Bize göre; anılan husus mandarinlerin doktriner farkları kadar üstlendikleri sosyal roller yönünden benzeştiklerini gösterir.*

<sup>35</sup> PAZARCI'yla hemen hemen aynı dönemde, sade bir dil kullanan ve doktrine sadık kalsa da "sosyalist uy-gulama ve öğretinin" katkısı ile çağın "koşullarına uygun, gerçekçi temeller üzerinde yeniden inşa olun"acak uluslararası hukuk tasarlayan görüş için bkz. Edip ÇELİK, **Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap**, İkinci Baskı, İstanbul, Filiz, 1987 (ÇELİK I), ss. 13-14, 36, 40. Öm. PAZARCI'dan bir önceki nesilde; (Seha L.)

liğin kilit taşı, hukukun "bilim"selliği, yargı ve bürokrasinin "tarafsız"lığı tartışılmadan varsayılırken (*doxa*), doktrinin (*dogma*) kurumsallaşması, evrenselleşmesi, nesneleşmesidir (*trivi/sinithea/fimi=habitus*). Halbuki, *nesneleşme* ve *nesnellik* farklıdır.

**§5.-**Alman doktrininin dönüşümüne benzer, hatta koşut biçimde 19. yüzyıl sonundaki modern eleştiri ile birlikte; uluslararası hukukun ve örgütlenmenin "ilerleyişi" ve "geçilişimi" ile uluslararası hukukun "şekli" kaynaklarının doktrinde algılanışı paraleldir<sup>36</sup>.

---

MERAY, tarz ve sunuşu, kayda değer ve titiz olsa da görüşünü açıkça ortaya koymaktan çekinir, bkz. *id.*, **Devletler Hukukuna Giriş, C. I**, Yeniden gözden geçirilmiş üçüncü bası, Ankara, AÜSBF Yayınları: 237, 1968 (MERAY I), ss. 69 ved., öz. 83-84, 89-91. (İlhan) LÜTEM Almanca literatüre yer verir ama Fransız doktrininin eleştirisini yineler, bkz. *id.*, **Devletler Hukuku Dersleri, Birinci Kitap**, Gözden geçirilmiş ilaveli ikinci baskı, Ankara, Balkanoğlu, 1959 (LÜTEM I), ss. 12-13. Alman doktrininin farkında ancak Fransızca veya Anglo-Amerikan literatürü üstün tutan görüş içinse bkz. AKİPEK I, ss. 45-46. Halbuki daha da önceki nesilde, (Cemil) BİLSEL'e göre: "*Hukukun cemiyet hayatı için lüzumunu pek esaslı surette isbat eden Jellinek'in, Devletin iradesile teessüs eden hukuka riayet mükellefiyetini hukuk devletine irca edişi, iyi bir buluştur*", bkz. *id.*, **Devletler Hukuku, Giriş**, İkinci Bası, İstanbul, İÜ Yayınları No.137, İÜHF No.29, 1940 (BİLSEL GİRİŞ), s.15 ve karşı. Nihat ERİM, **Le positivisme juridique et le droit international**, Paris, Sirey, 1939, pp. 181-182 ("*...On ne comprend vraiment pas où veut arriver Jellinek*"). Dikkate şayan olan, doktrini kuran öğeler oluşunca –örn. BİLSEL, ERİM–, sonraki dönemde ortodoksların (*orthodoxoi*) –örn. MERAY, sonra PAZARCI–, diskurda (*logos-logografia*); (i) anlık, "büyük devrim"lerden çok (ii) kalıcılığa meyilli sürekli, "küçük devrim"leri tercihidir, karşı. *supra* dn. 32 ve BOURDIEU (1976), pp. 95, 97-99; *infra* dn. 44.

<sup>36</sup> Yer verdiğimiz görüş ve takip eden değerlendirme için genel olarak bkz. *e.g.* Jose E. ALVAREZ, *The New Treaty Makers*, 25 B.C. INT'L COMPL. REV. 213 (2002); *id.*, *Contemporary International Law*, 24 AM.U.INT'L L.REV. 811 (2008-2009); *id.*, **International Organizations as Lawmakers**, Oxford, OUP, 2005, pp. 1-57; Nathaniel BERMAN, *War, Trade, and the Construction of the International*, 31 BROOK.J. INT'L L. 685 (2005-2006); Alan BOYLE, Christine CHINKIN, **The Making of International Law**, Oxford, OUP, 2007 (BOYLE/CHINKIN), pp. 1-40; David KENNEDY, *The Move to Institutions*, 8 CARDOZO L.REV. 841 (1986-1987); *id.*, *The Mystery of Global Governance*, 34 OHIO N.U.L.REV. 827 (2008); *id.*, **A World of Struggle**, Princeton, PUP, 2016, pp. 10-13 ve Martti KOSKENNIEMI, *International Legislation Today*, 23 WIS. INT'L L.J. 61 (2005); karşı. *infra* dn. 60.

Temel sorun (*doxa*) şudur: *Kendi iradeleri hilafına, devletler, hukuken bağlanabilir mi?* Sorunu çözmek üzere özellikle 19. yüzyıldan bu yana doktrinin getirdiği anlayış ve dönüşümünü özetlemek mümkündür. Hukuk beşeri iradenin ürünü olduğuna göre uluslararası hukuk, tabii hukuk veya ilahi irade esas alınırsa bilimsel açıdan açıklanamaz. Egemenlik, ne devleti yönetenlere ne de yönetilenlere, sadece bir tüzel kişi olarak devlete aittir. Kamu hukuku; iktisat, siyaset bilimi veya kamu yönetimi gibi alanlardan farklı olarak egemenliğin hukuken nasıl sınırlandırılacağı ile ilgilenir. Uluslararası hukuk, devlet hukukuna, ikisi birden özel hukuka kıyasla ilkel durumda olduğuna ve devletlerin üzerinde bir otorite olmadığına göre; uluslararası toplumu oluşturan, bir diğerine eşit ve egemen devletleri özel hukuka kıyasen, ilişkilerinde serbest kabul etmemeli, örneğin savaş engellemek veya insani vb. nedenlerle uluslararası hukukun gelişimini sağlamalıdır. Buna göre, egemenliği sınırlandırmanın ve uluslararası hukukun gelişiminin birincil yolu devletlerin iradeleri (=uluslararası andlaşma) ile uluslararası hukuk kurallarının birleştirilmesi veya yeni kurallar konulmasıdır (=uluslararası kodifikasyon). Kodifiye edilmeyen konularda, çıkarı olan devletlerin hemen tamamını temsil edecek sayıda devletin, hukuki olduğu inancıyla (*opinio juris*), belli bir sürede ve istikrarlı biçimde gerçekleştirdiği uygulamalar (*consuetudo*) hukuk yaratmaya devam eder (=uluslararası örf ve adet hukuku). Uluslararası andlaşmalar ve örf ve adet hukukunun (=uluslararası yasama) uygulanması (=uluslararası yürütme) sadece her bir devlete ve kuralın muhatabı olan diğer devletlerin gözetimine bırakılmamalı, yine devletlerin bir araya gelerek oluşturduğu uluslararası örgütler ve yargı eliyle tamamlanmalıdır. Egemenlik sınırlandırılmak istendiğine, diğer bir ifadeyle, devletlerin egemenliği ile devletlerin oluşturduğu ama onların madden bir araya gelişinden farklı bir anlamı olan uluslararası toplum uzlaştırılmaya çalışıldığına göre; devletlerin veya uluslararası örgütlenmenin devletler arasındaki uyuş-

mazlıkları çözmeye yetmediği hallerde devletler tarafından savaşa son çare olarak başvurulmalı veya hiç başvurulmamalı; uyuşmazlıkların çözüm yeri, uluslararası hukukun yorumu ve uygulanması ile görevlendirilen merci (=uluslararası yargı), özellikle tahkim olmalıdır. Bu anlayışın birtakım sonuçları vardır: Örneğin devletin ne olduğu hukuken tanımlanabilirse de nasıl ortaya çıkacağı hukuken kavranamaz. Keza savaşın nasıl yürütüleceği (*jus in bello*) kadar savaşa başvurulabilecek haller (*jus ad bellum*) de belirlenmelidir. Kural ve olağan durum düzeni, düzen de barışı ifade eder. Benzeri şekilde, kolonyal siyaset veya güç mücadelesi yerine barışçıl siyaset ve güç dengesi, örneğin devletlerin veya uluslararası örgütlerin gözetiminde himaye, manda veya vesayet gibi uluslararası rejimlere itibar edilmelidir. Devletler egemen ve eşit olduğuna göre, birinin iradesi diğerine üstün kabul edilemez; dolayısıyla alınacak kararlarda oybirliği, nitelikli veya basit oyçokluğu yeğlenmelidir. Uluslararası örf ve adet hukukunun ne olduğunu, son tahlilde, muhatabı olan devlet veya devletler değil uluslararası yargı belirlemelidir. Örnekler arttırılabilir ama özü şudur: Kamu hukukunda devletin işlevlerine benzer biçimde, uluslararası toplumun, hukukun ilerlemesi, gelişmesi (=reform) için hukuk kuralı konulmalı (=yasama), uygulanmasını sağlayacak örgüt (=yürütme) ve çıkan hukuki uyuşmazlıkları çözecek merci (=yargı) oluşturulmalı, oluşturulanlar tedricen pekiştirilmelidir.

Yukarıda anılan özün Alman doktrinindeki algılanışı (*habitus*) ilgi çekicidir. Zira, ele aldığımız dönemin sonuna değin Alman çevresinde bir "uluslararası hukuk doktrini"nden bahsetmek zor olduğu gibi Alman kamu (*devlet*) hukuku doktrini içinde "uluslararası hukuk" ile kastedilenin ne olduğunu kavramak hayli güçtür. Bir diğer açıdan, (i) akademi içinden veya dışından doktrin üzerine yazanlar olduğu gibi (ii) akademinin içinde de (ii.a) bürokrasi (*diplomasi dahil*), yargı veya uluslararası camia ile yakın ilişki kuranlar ve (ii.b) sadece akademi içinde kalanları, bir diğerinden ayırmak mümkündür. *Bu ve ben-*

zeri ayrımların, en az aşağıda önerilenler kadar yetersiz ve görünürde olduğu kaydıyla, yukarıdaki tasarımın anlamı *kanaatimizce* şudur: 19. yüzyılın sonuna doğru ortaya çıkan, birleşik ama en iyi ihtimalle federal nitelik taşıyan Almanya'nın kamu hukuku uluslararası hukuka aktarılmakta, uluslararası hukuk Alman kamu hukuku bağlamında anlaşıl- maktadır. Uluslararası hukuk ile meşgul olan ve *hem* akademi *hem de* Alman toplumu içindeki –DURKHEIM ve takipçilerinin verdiği anlamda– bu "azınlık" yönünden<sup>37</sup>; *orto- doks kanat* (i) uluslararası hukuku Almanya'nın parçalı haline benzetmekte, Batı'nın icat- larından, özellikle Anglo-Amerikan veya Fransız hukuk çevresinin bir dayatması, "büyük" Almanya'nın self-determinasyonunun önünde bir engel olarak algılamakta (=or- todoks ve muhafazakar görüş) veya (ii) yeni ortaya çıkan Alman milli birliğinin ulusla- rarası hukuka dayandığını ve "federal" birliği oluşturan devletlerin meydana gelen birlik içinde egemenliklerini koruduğunu düşünmekte, örneğin Prusya'nın egemenliğini onay- lamaktadır (=ortodoks ve liberal görüş). *Modernist kanat* ise (i) yeni ortaya çıkan Al- manya'nın, belki özellikle kendisine uygulanacak uluslararası hukuku belirleme kudre-

---

<sup>37</sup> Eşlik eden metinden anlaşılacağı üzere, "milliyetçi", "muhafazakar", "liberal", "sosyalist", "feminist", "marksist", "romantik", "ortodoks", "radikal", "pasifist" gibi nitelermeleri, siyaset biliminden, teorisinden veya gündelik tartışmalardakinden görece farklı anlamda ve eğretilererek kullanıyoruz. Şimdilik şununla yetinelim: JARAUSCH'a göre; Alman eğitim sisteminde *Gymnasium* aleyhine değişiklikler, sosyal tabakalaşma, bürokratizasyon, nesil farkı vb. başka bazı etmenler birleştiğinde, *devletin eğitim politikasının da etkisiyle* Prusya'da hukuk fakülteleri, oldukça sınırlı bir düzeyde de olsa, farklı sosyal gruplara kapılarını açtıkça bazılarına kapalı olmaya devam eder ve sayıca artan öğrencilerde ortaya çıkan görece çeşitlilik, (i) sayıca azalan akademisyenlerle öğrenciler arasında artan oranda farklılaşmaya, (ii) artan mezun sayısı da kriz dönem- lerinde çifte anlamıyla nitelikli işsizliğe yol açar, bkz. Konrad H. JARAUSCH, *The Social Transformation of the University: The Case of Prussia 1865-1914*, 12 J.SOC.HIST. 609, 625-630 (1979). 1830'lar veya 1840'lardaki gibi, (Otto von) BISMARCK, 1880'lerde bütçe ve düzen için "*akademik proleterya*" olsun iste- mediğini veya 1920'lerin sonunda avukatlar konuşmalarında "*avukatların proleteryası*"nı gereksiz yere dillendirmez: Prusya'da, bilim dalları, ilerlemeyi engeller derecede katı biçimde ayırır, nitelikli işsizlik, ordinarius ile asistanları veya öğrencileri arasındaki hiyerarşik, otoriter ilişki oluşur, bkz. *ibid.* pp. 629-630.

tine sahip olacağını düşünerek uluslararası hukuku kategorik olarak reddetmese de uluslararası ilişkilerinde ve iç işlerinde Prusya'nın veya Avusturya'nın konumunu üstün tutar (=modernist ve milliyetçi görüş) veya (ii) varlığı Almanya'dan bağımsız olarak algılanmak gereken uluslararası hukukun özünde Batılı veya evrensel olduğunu fakat Batı'nın veya evrenin de Almanya'dan bağımsız algılanamayacağını, Avrupa uygarlığı ile Alman kültürünün birleşik olduğunu düşünür (=modernist ve liberal görüş).

Böyle bir tipleştirmeye uymayan çok örneğin bulunduğunu kabul etmekle birlikte, anılan görüşlerin (*ortodoks/heterodoks*) dağılımı, bize göre, belirlenebilir niteliktedir. *Ortodoks kanat*, Almanya'nın kuzeyinde özellikle Prusya'da ve güneyde Viyana'da veya anılanlar etkisindeki Orta ve Doğu Avrupa'da; *modernist kanat*sa Hamburg, Bremen veya Kiel gibi kendine özgü şartları olan kuzey Almanya kentlerinde, Viyana'daki azınlıkta ve Avusturya-Macaristan'ın geri kalanı ile İsviçre'nin Almanca konuşulan kesimi dahil Almanya'nın güneyinde hakim görüşü oluşturur. *Feminist, sosyalist veya pasifistler* reddetmeyip kabul gördükleri ölçüde (*heterodoks*) doktriner olarak nitelenebilir. Bununla birlikte bazı hususlar daha az belirgindir. Örneğin, yakından incelendiğinde özellikle hukuk doktrini içinde, doktrinerlerin hemen hiçbirinin bayan olmadığı görülür<sup>38</sup>. Ölçüsü değişse de anılanların her biri milliyetçidir, muhafazakardır veya libe-

---

<sup>38</sup> Örn. (i) *Bonn'da*, bayan öğrenci sayısının toplam öğrencilere oranı, bayanların -*ilahiyat hariç*- üniversiteye resmen kabul edildiği 1897 sonrası 1900'de %1 civarındayken 1905'te %1.3, 1910'da %6.7'dir ve *Avusturya'da, monarşi döneminde hukuk fakültesine kayıtlı hiçbir bayan öğrenci yoktur*; (ii) *hukuk fakültesinde bayan akademisyen olamaz*; (iii) *Almanya'da 1922, Avusturya'da 1928'e kadar bayan avukat yoktur, baroda levhaya yazılamaz*, bkz. JARAUSCH (1979), p. 618; James C. ALBISETTI, *Portia ante Portas*, 33 J.SOC.HIST. 825, 836-837 (2000) ve karşı. COHEN, esp pp. 74, 189, 286. Almanya'da ve Avusturya'da 18. yüzyıldan itibaren hukuk öğrenimi, merkezi sınavlar ile birlikte, çalışma hayatına öz. kamu hizmetine girmek için önem taşır, dolayısıyla "ayırdedici"dir, bkz. ROSENBERG, p. 58 et seq.; COHEN, esp. pp. 76, 114. Avusturya'da, 1910'da, üniversiteye kayıtlı 23068 öğrencinin 11668 tanesi; 19-22 yaş arası 1000 kişiden 6'sı 8 (*sekiz*) hukuk

raldır; sosyal yapı seküler olsa da dini inanç (öz. *Protestanlık, Katolisizm, Yahudilik*) önemlidir<sup>39</sup>. *Ortodoks kanat* genelde, Almanya'nın istisnailiği (=Sonderweg) veya dünyayı, yaşadığı yerden tarife; *modernist kanat* ise Almanya'yı evrenin, insanlığın, uygarlığın temsilcisi saymaya meyillidir: En uçta, ilki "(romantik) milliyetçi" (*völkisch*), ikincisi "kozmpolit" (*weltstädtisch/weltbürgerlich*) olarak nitelenebilir. Doktriner görüşleri değişse de her biri, *eleştirel, idealist ve tarihsel düşünce tarzının* etkisindedir<sup>40</sup>. Coğrafi,

---

fakültesindedir; ilk sırada 3418 öğrenci ile Viyana gelir, bkz. COHEN, pp.84-85, 273. Bu çifte dışlama; "devletin sağ eli"ne (*la main droite*), öz. hukuki, bürokratik veya bilimsel alana verdiği önem kadar o alanın erkek egemen oluşu veya onları konu edinen akademinin çelişik durumuyla ilgilidir, karşı. BOURDIEU (1984), pp. 93-96; Pierre BOURDIEU et al., **La misère du monde**, Paris, Seuil, 1993, pp. 340-343 ve Pierre BOURDIEU, **La domination masculine**, édition augmentée, Paris, Seuil, 2014 (1998), not. pp. 53-78.

<sup>39</sup> 1386-1907 arasında, Heidelberg Üniversitesi'nin Yahudi kökenli ilk rektörü (*Prorektor*), Viyana'da kökeni nedeniyle *ordinarius* olması engellenen JELLINEK'tir, bkz. P. SCHAFFRODT, J. HÜFNER, **Juden an der Universität Heidelberg**, Heidelberg, RKU Bibliothek, 2012, S. 65; Alexander HOLLERBACH, **Jellinek, Georg** ins NDB, Band 10, S. 391 (1974). Öğrenciler yönünden de benzeri bir durum vardır. Örn. 1886-1911 arasında Prusya'da, üniversite öğrencilerinin büyük bölümü Protestan (%64.24-66.43), sayıca artan biçimde Katolik (%20.12-27.52) ve toplam öğrenci sayısına oranla azalan, kendi topluluğunun nüfusuna göre artan (her 10000 kişide 61.20-66.22) oranda Yahudi kökenlidir (%9.58-5.60), bkz. JARAUSCH (1979), p. 620 ve karşı. COHEN, pp. 135-136 (*Avusturya'da, öz. Viyana'da daha ağır bir durum vardır*). Halbuki AKKAYA KİA, Heidelberg'in "*demokrasinin umut vaat eden merkezi*" olacağını belirtiyordu, *supra* dn. 29.

<sup>40</sup> Miras aldıkları, katkı verdikleri *-ki sınırını belirleyemeyiz-* kültürel sermayenin parçası, mandarinlerin ortak ideolojisini "mandarin ideolojisi" olarak adlandırıyoruz. Dolayısıyla, onları yalnızca rasyonel, ekonomik, siyasal veya aristokratik yönden değil, anılanları hatırd tutarak doktriner, kültürel ve sosyal alanda hem birbirlerine hem de toplumun diğer katmanlarına karşı, ideolojilerinin etkilediği konumları ile tarif ediyoruz, karşı. *e.g.* DURKHEIM/MAUSS, pp. 69-72; Georg SIMMEL, **Soziologie**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1908, S.134-246; Max WEBER, **Wirtschaft und Gesellschaft**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922 (WEBER (1922a)), S. 631ff.; Karl MANNHEIM, **Das Problem eine Soziologie der Wissens** (1925) ins WOLFF (1964), S. 310ff.; RINGER (1969), pp. vii-viii ve öz. bkz. Pierre BOURDIEU, Jean-Claude PASSERON, **Les héritiers**, Paris, Minuit, 1964, not. p. 30 et seq.; Pierre BOURDIEU, *Les trois état du capital culturel*, 30 ARSS 3 (1970). Zira, örn. isteyen herkes hukuk fakültesinde öğrenim görse, öğrenim gören herkes mezun olsa, mezun olan herkes avukat olsa avukatlığın o toplumda ayırdedici işlevi ve avukatlar arasındaki rekabet azalır.

sosyal, maddi ve diğer açılardan, kültürel ve onun bileşenlerinden hukuki-bilimsel sermayenin (*le capital juridico-scientifique*), sahipleri ve sahip olmayanları arasında çifte anlamda eşitsiz dağıldığı görülür. Örnekler arttırılabilir. Yukarıda anılan nedenlerle, – *doktrinde hemen hiçbir zaman gözetilmemek veya görmezden gelinmekle birlikte*– farklı anlarda, farklı doktriner görüşleri birbirlerine karşı ve hitap ettikleri kitleyi ikna etmek üzere yazarlar arasında, *belli bir yönden okunduğunda*, fark olmadığı hissedilir<sup>41</sup>.

*O halde hukuk kuralını koyacak, uygulanmasını sağlayacak ve çıkan uyumsuzlukları çözecek merci kimlerden oluşacaktır? Ortodoks kanat yönünden sorun, yöneten kesimin lehine ve halkın temsil edildiği parlamento aleyhine, mevcut siyasetin teyidiyle çözülsede modernist kanat yönünden hukukun formalist veya realist yönden ortaya konması; doktrinin günlük siyasetten, siyasetin de doktrinden kopması, eleştirenlerinse marjinalleşmesi anlamına gelir. Böylece hukuka siyasetin karışması engellenmekte ama hu-*

---

<sup>41</sup> Örn. Alman doktrininin özelliklerinden biri "hukuk"- "siyaset" ayrımı ve ilkinin ikincisine yeğlenmesidir (*doxa*). Böyle anlaşılırsa iki pozitivist arasındaki tartışmada Alman mandarin ideolojisi yönünden işin esasında uzlaşıldığı görülür (*illusio*), bkz. Paul LABAND, **Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes**, Berlin, I.Guttentag, 1871, S. 2 (*Siyasal görüş ile hukuki gerçeklik arasında uyum yok ise bizi rahatsız ediyor diye uyumsuzluk görmezden gelinemez*) ve karşı. Georg MEYER, *Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats*, 6 GRÜNHUTS ZEITSCHRIFT 2 (1881) (*Kamu (devlet) hukuku siyasal hayattaki gelişmeleri görmezden gelmemelidir. Ancak (onları) eleştirmeden de kabul etmemelidir*). "Devlet" ve "uluslararası hukuk" veya "hukuk" ve "siyaset" ayrımının en sert biçimde eleştirilmesine rağmen neden yok olmadığı merak edilirse yanıtını aramaya şöyle başlayabiliriz. Ayrımın her bir verili anda yinelenmesi kolaydır, zira, dönüştüğü hatırd tutularak eğitim sistemi, hukuk öğrenimi, sosyal düzen bu ayrımlar üzerine kuruludur, bkz. e.g. Robert PILOTY, **Staatswissenschaften** ins Karl F. von STENGEL, **Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrecht, Band III**, Hrsg. Max FLEISCHMANN, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1914 (STENGEL/FLEISCHMANN III), S. 464ff. ve karşı. J. ULBRICH, **Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien** ins Ernst MISCHLER, Josef ULBRICH, **Österreichisches Staatswörterbuch, Band IV**, 2.Auflage, A.Hölder, 1909 (MISCHLER/ULBRICH IV), S. 667ff.

kukun olanı belirlemesi, eleştirmesi olanağı azalmakta; yöneten ile yönetilen kesimlerin ayrılığı gibi akademi ve halkın da ayrılması, doktrin ile doktrinin uğraştığı sosyal meselelerde, meselenin veya çözümün bir diğeri tarafından kavranamamasına yol açmaktadır. Dolayısıyla, yukarıda sorulan sorunun kaynağı ve yanıtı *ortodoks veya modernist kanat yönünden* aynıdır ve ikisini birlikte değerlendirmeyi gerektiren budur: *En geniş anlamda, siyaset-dışı ve rutin olarak, kültürel sermayelerine, temsilcisi oldukları geleneğe uygun biçimde, ex officio yukarıdaki ayrımları tekrar eden, uygulayan, geliştiren, eleştiren Alman mandarinleri, özel olarak onların içindeki hukuk doktrini*<sup>42</sup>. Kanaatimizce (i) yüzyıl içinde dönüşmekle birlikte 19. yüzyıl sonu (*fin-de-siècle*) ile anılan tasarım sarsılmakta, Birinci Dünya Savaşı ile sarsıntı artmakta, 1920'lerin sonundan başlayarak İkinci Dünya Savaşı ile yıkılmakta<sup>43</sup>; (ii) Fransız çevresi, anılan yönden Alman doktri-

---

<sup>42</sup> Bize göre, Alman doktrinini özgün kılan, doktrinin, konu edindiği (=nesneleştirme) siyasal ve ekonomik düzenden önce kurumsallaşmasıdır, karş. e.g. ROSENBERG, pp. 46-74. "Genel kamu hukuku" (*Allgemeine Staatsrecht*), "genel devlet teorisi" (*Allgemeine Staatslehre*) anılan süreç içinde birer "doktrin" olmuştur. Nitekim (Otto) MAYER'e göre, "Alman profesörler; hem de hiçbir yerden yardım almadan devleti bir tüzel kişi haline getirmiştir", bkz. Otto MAYER, **Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht**, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1908, S.59 ("Die deutschen Professoren haben, ohne alle Beihilfe, den Staat zur juristischen Person ernannt").

<sup>43</sup> Ele aldığımız doktrinin öz. 1880-1930 arasında Alman çevresindeki dönüşümünü inceleyeceğimizi belirtmemizin önemli bir nedeni bulunuyor: Dönüşümün doğal bir neden-sonuç ilişkisi içinde gerçekleştirildiğini düşünmüyoruz, karş. *supra* dn. 1, 12. 1932-1933 ve sonrasını yok edici kılan, öz. *nasyonal-sosyalist rejimin* akademiye doğrudan müdahalesi ve doktrinerlerin büyük bölümünü etnik köken, siyasal görüş vb. nedenlerle toplumun dışına itmesidir, bkz. e.g. Michael STOLLEIS, **A History of Public Law in Germany: 1914-1945**, Reprint, translated by T. DUNLAP, Oxford, NY, OUP, 2008, p. 249 et seq.; KOSKENNIEMI (2007), p. 216 et seq. Akademinin belli bir kesimi yönünden de bunun hayırhah görüldüğü anlaşılıyor, bkz. e.g. Carl SCHMITT, **Schlusswort** ins Hans FRANK et al., **Das Judentum in der Rechtswissenschaft, Band I:Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist**, Berlin, Deutscher Rechts, 1936, S. 28-34. Buna karşın, diğeri bir kesim yönünden hukuk doktrini büyük yara almıştır. Örn. muhafazakar devrimi doğrudan tecrübe eden Avusturya'da; 1926 yılında, öz. öğrencilerin şikayeti, akademideki Yahudi karşıtlığı

nine benzemekle birlikte Anglo-Amerikan veya anılanların etkisinde olan diğer çevrelerde, doktriner görüşler değişse de tek-tipleşmekte ve (iii) felsefe, sosyal bilimler, özellikle edebiyat, sosyoloji ve hukuk arasında zaten gerçekleşmesi sosyal-kültürel-tarihsel açıdan belli koşulların varlığına bağlı olan ilişki tümünden ortadan kaldırılmaktadır. Diğer bir anlatımla, "modern doktrin" in en belirleyici yönü "modern"liğidir: *Devlet ve uluslararası hukuk arasındaki benzetmenin analitik biçimde tasarlanması, analizin kültürel-sosyal-ekonomik-tarihi vb. alanlarda ve anlarda bazı kavram, olay ve olgulara uygulanamaması, diğer bir deyişle, büyük ölçüde bilinçsiz, rutin biçimde doktrinin, doktrin olmayana bağlanması neticesi, analitik yöntemle hedeflenen sentezi engeller.*

**Ş6.-**Yukarıdaki anlatı, büyük ölçüde, soyutlamaya dayansa da doktrinin yaşadığı ve tekrarladığı bazı hususları farklı yönden okumamıza yardımcı olabilir. Örneğin, uluslararası hukukun şekli kaynaklarının *kendisi de şekli kaynaklardan olan*, Uluslararası Daimi

---

nedeniyle akademiden uzaklaştırılan hukuk tarihçisi (Stephan) BRASSLOFF, Roma hukuku ile ilgili bir kitap incelemesinde, 1935 yılında hukuk öğretiminin Almanya ile birlikte radikal ölçüde şekil değiştirdiğini (*umgestalt*) belirtir, *id.*, *Buchbesprechung*, 67 JURISTISCHE BLÄTTER 85 (1938). *Kanaatimizce*, farklı yönlerden eleştirilmesi ve kınanması icap eden *muhafazakar devrimin*, nasyonal-sosyalist rejimin ortaya çıkışına ve gelinen sonuca ilişkin söylenecek çok söz vardır. Örn., muhafazakar devrim ve öz. onun nasyonal-sosyalist yorumu, Alman çevresinde, savaşların, ekonomik, sosyal, kültürel vb. buhranların ortaya çıkarmadığı bir sonucu doğurmuştur. Herkes HİRŞ kadar şanslı değildir; BRASSLOFF, zorla götürüldüğü *Theresienstadt Gettosu*'nda (*bugünkü Çekya*) eşiyile (1942) birlikte yaşamını (1943) yitirir, bkz. Th. OLECHOWSKI, **Brassloff, Stephan** *ins* ÖBL Online-Edition, Lfg. 1 (2011). Dışlanan veya göçe zorlananlardan arda kalanlar hak. bkz. Natalia TSVETKOVA, **Failure of American and Soviet Cultural Imperialism in German Universities, 1945-1960**, Leiden, Boston, Brill, 2013, pp. 98-131. Ancak, ihtiyatlı davranmalıdır: "Arda kalanlar", "gidenler" in bilfiil sorumluları da olabilir. Dolayısıyla, doktrini görünürde kılını (*illusio*) ortadan kaldıran bir diğer husus, diğer alanlardan bağımsızlığı üzerine kurulu olan hukuki alanın –*ölçüsü görüşümüze göre değişse de*– dışarıya bağımlılığının –*tersi de geçerlidir*– belirmesidir.

Adalet Divanı (UDAD) Statüsü'nün (1920) ve Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün (1945) 38. maddesinde sayıldığı, dolayısıyla, *hukuki bağlayıcılığın nedeni ile hukukun bağlayıcı olanın* tedricen yer değiştirdiği görülmektedir<sup>44</sup>.

Bu bağlamda, doktrinde hakim görüş; *uluslararası yasama'nın*; özellikle uluslararası hukuki etkisi ve bağlayıcılığı tartışılan (1) *doktriner görüşler* (örn. *rebus sic stantibus*) veya (2.a) *yargı kararları* ve (2.b) dayanağını uyumsuzluğun taraflarının iradesinde bulan ve *UAD Statüsü'nün 38. maddesinde* değinilen, *hakkaniyete uygun*

---

<sup>44</sup> *Kanaatimizce* anılan husus; "çekinceler" dahil olmak üzere "modern" uluslararası hukukun hemen tüm konularında karşımıza çıkan bir durumdur ve farklı yönlerden değerlendirilmesi mümkündür. Örn. (David) KENNEDY; kaynaklara (*sources*), süreçlere (*process*) ve içeriğe (*substance*) ilişkin doktriner görüş ve yaklaşımların birbirleri arasında ve kendi içinde nasıl ve hangi gerekçe ve argümanlarla bir araya getirildiğini, getirilebileceğini irdelerken (*şekli*) "*kaynak*"lara ilişkin sorunların "süreç" ve "içerik" tarafından çözülmek üzere *bir kenara itildiğini* ancak "*süreç*" ve "*içerik*"e ilişkin sorunların çözümünün de "kaynak"lar tarafından çözülmek üzere *göz ardı edildiğini* ifade eder, bkz. David KENNEDY, **International Legal Structures**, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 11-107, 287 et seq. ve karşı. Anthony CARTY, *Critical International Law*, 2 EJIL 66 (1991) (CARTY, KENNEDY'nin doktrindeki sorunları yinelemekten öteye geçmediğini, anılan sorunların kendisine dönüştüğünü belirtir); Martti KOSKENNIEMI (editor), **Sources of International Law**, Gateshead, Ashgate, Dartmouth, 2000, esp. **Introduction**, pp. xi, xiii-xiv, esp. xviii-xx (*Uluslararası hukukun maddi kaynağı ve şekli kaynakları arasındaki ilişki öz. de formalizasyon yönünden incelenmekte ve örn., uluslararası hukuk teorisinde formalizme geri dönüşün kapıları kapalı olmakla birlikte uluslararası hukuk pratiğinde halen formalizmin hakim olduğu ifade edilmektedir*). *Kanaatimizce*, metindeki sorun, doktrinde "şekl" in, "form" un çifte anlamı (*biçim ve resmîyet*) üzerine zahiri tartışmayı (*illusio*) izler. *Bir yandan* daha az etkili ama daha uzun süreye yayılı olarak yeni tipler belirlemekte, *öte yandan* ilkiyle bağlantılı olarak, bu tipler gayriresmi veya hukuk-dışı nitelik taşımaktadır, karşı. *supra* dn. 35 ve çok sayıda örnek içinde N.BERMAN, *Legitimacy Through Defiance*, 23 WIS.INT'L L.J. 93 (2005); *id.*, *Intervention in a 'Divided World': Axes of Legitimacy*, 17 EJIL 743 (2006); David KENNEDY, *Putting the Politics Back in International Politics*, 9 FYIL 17, esp. 21 et seq. (1998); M.KOSKENNIEMI, *The Place of Law in Collective Security*, 17 MICH.J. INT'L L. 455 (1996); *id.*, *The Police in the Temple*, 6 EJIL 325 (1995); Inger ÖSTERDAHL, *The Exception as the Rule*, 10 J. CONF. & SEC.L. 1 (2005) veya Thomas SKOUTERIS, **The Notion of Progress in International Law Discourse**, Leiden, Universiteit Leiden, 2008, esp. pp. 79 et seq., 111 et seq., 116-117 (*quest for determinacy-elevance*).

(*ex aequo et bono*) karar alabilme yöntemi ile uluslararası andlaşmalar ve örf ve adet hukuku (m.38) dışında, *en geniş anlamda* aşağıdakilerden oluştuğunu ileri sürer:

(i) emredici ve herkes için bağlayıcı (*erga omnes*) kurallar, yani "*jus cogens*";

(ii) doktrinin bir bölümü tarafından "katı" "*uluslararası andlaşmalar*" a nazaran daha "esnek" görülen "*uluslararası örf ve adet hukuku kuralları*"; (m.38)

(iii) medeni milletlerce (*uluslarca*) kabul edilen "*hukukun genel ilkeleri*"; (m.38)

(iv) "*devletlerin tek taraflı işlemleri*", "*uluslararası örgütlerin kararları*";

(v) "*esnek hukuk*", "*centilmenler andlaşması*", "*çerçeve andlaşmalar*", "*siyasal andlaşmalar*", bazı uluslararası konferanslar sonucunda kabul edilen "*bildiriler*";

(vi) resmi unsurlar içermekle birlikte gayriresmi nitelik taşıyan *transnasyonal kuruluşların* veya *çok uluslu şirketler gibi özel kuruluşların* birlikte veya tek başlarına getirdiği "*düzenlemeler*", "*standartlar*" vb.

Doktrin yakından incelendiğinde, yukarıda anılanlardan her birinin önemli bir dönüşüme uğradığı ve uğramaya devam ettiği; literatürde, yakın zamanda, özellikle sonuncular üzerine hayli mürekkep akıtıldığı anlaşılmaktadır<sup>45</sup>. Örneğin, "*jus cogens*" kav-

---

<sup>45</sup> Dönüşümün tasvip edildiği ve olumlu bulunduğu örnekler için öz. bkz. Ayelet BERMAN et al. (editors), **Informal International Lawmaking**, The Hague, TOAEP, 2012, pp. 3-6, 13-15; R.B. HALL, T. J. BIERSTEKER (editors), **The Emergence of Private Authority in Global Governance**, Cambridge, NY, CUP, 2002, pp. 3-22; Joost PAUWELYN et al. (editors), **Informal International Lawmaking**, Oxford, OUP, 2012, pp.1-10. *Türkiye'de giderek genişleyen literatür içinde* bkz. e.g. Kemal BAŞLAR, *Kırkıncı Yılında Dünya Mirası Sözleşmesi (1972-2012)*, 7 UHP 25, 49 (2011) ve Gökhan GÜNEYSU, *Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku*, 6 İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ 287 (2015). BAŞLAR'a göre, "*kültürel ve doğal mirasın korunmasına ilişkin bugüne kadar 40(t)an fazla uluslararası düzeyde antlaşma ve esnek hukuk belgesinin amiral gemisi Dünya Mirası Sözleşmesi'dir... Sözleşmenin önemli özelliklerinden birisi geliştirilmeye açık yapısıdır... Sözleşme'nin en önemli eksikliği geleneksel ulusla-*

ramı konusunda görece bir oйдаşma bulunmakla birlikte içeriği ve kapsamı itibariyle nelerin "jus cogens" oluşturduğu belirsizdir. *Kanaatimizce*, dikkat çekici olan iki husus şudur: İlk olarak, yukarıda (1) ve (2) olarak belirtilenler "doktrin" in; inceleme konusu olarak belirlediği "hukuk" un, diğer sosyal alanlar, özellikle "siyaset" veya "ahlak" ile sınırı veya aralarındaki belirsizliği doktriner açıdan nasıl kavradığını gösterir. İkinci olarak, uluslararası andlaşmalar ile birlikte, yukarıda (i) ila (vi) arasında sayılanlar içinde; (i) ila (iii) arasındakilerin, etkisi ve kapsamı hayli tartışmalı olmakla beraber, hukuki niteliği ve bağlayıcılığı yönünden doktrinde görece bir oйдаşma bulunmakla birlikte uygulamadaki etkinliği giderek azalmakta; (iv) ila (vi) arasındakilerin hukuki bağlayıcı-

---

rarası hukukun kurallarına bağlı olmasıdır. Diğer bir deyişle, devletlerin rızasına dayalı bir düzende, bir devletin antlaşmaya taraf olması, gereklerini yerine getirmesi noktasında uluslararası bir yaptırım söz konusu değildir..", bkz. *ibid.*, ss. 48-49. GÜNEYSU'ya göre, "şu an küresel çapta... arı kovanını andıran faaliyet ağı mevcuttur. Her gün yeni değerler, yeni normatif amaçlar şekillenmektedir... Global (i)dare (h)ukuku... küresel idari yapıların hesap verilebilirliğini arttıran veya etkileyen mekanizmalar; ilkeler ve uygulamalardır" ve onun "ortaya çıkışındaki en önemli sebep, hükümetleri aşan ve küreselleşen karşılıklı bağımlılık... ve bunun sonuçlarıyla ilgilenmeye çalışın;... çıkardığı problemleri çözmeyi hedefleyen bir düzenleme... (regulation) ve idare alanının varlık kazanmış olmasıdır... Vestfalya kökenli devlet-merkezli yapıların yetersizliğinden hareket" ve "ulus-aşan sorunların... küresel çapta hissedilen hukukun üstünlüğü ihtiyacının da eşzamanlı sonucu ve çözümdür", bkz. *ibid.*, ss. 295, 297, 302-303. Anılanların bir bölümü, aslında doktrinde sıkça tekrar edilir, "uluslararası yaptırım yoktur" gibi. Ancak BAŞLAR ve GÜNEYSU'nun vardığı sonuç başkadır. *Kanaatimizce*, Aydınlanma'nın ürünü olan hukuk ve öz. uluslararası hukuk, zaten uluslararası toplumda, siyasette veya "küresel, ulus-aşan sorunlar" da "hukukun üstünlüğü" yönünden bir eleştiri getirmek için vardır; eğer hukuk anılanları sadece teyit veya kabul edip "regüle" etmek için var ise, ki BAŞLAR ve GÜNEYSU'nun aksiyomları buna indirgenebilir, o halde Aydınlanma'ya ve modern hukuka veya devlete ihtiyaç yoktur. *Aydınlanma, modern devlet ve hukuk; evrensel, kendiliğinden, her yerde ve her zaman geçerli, normatif olduğu tartışılmadan ve baştan kabul edilen, tabii veya ilahi düzenin eleştirisine dayanır: Onu ilahiyattan veya doğa bilimlerinden değerli kılan, "ihlal" i halinde kendiliğinden "yaptırım olmaması" dır. Zira neyin ihlal, neyin yaptırım olduğu beşeri bir faaliyetle anlaşılır, olanı açıklamaya değil olanın yorum ve eleştirisine matuftur. Örn. Dünya Mirası Sözleşmesi, kültürel ve doğal miras korunmadığı için, anılanlar korunsun amacıyla getirilmedi mi? Sözleşmede yaptırım öngörülmeysi eksiklik değil, hukuku hukuk yapan yönüdür: Bugün bir dünya devleti yoktur. Yaptırım uygulanamıyorsa sorumlusu uluslararası ilişkiler ve siyasettir, sadece hukuk değil.*

*cılığı* doktrinde tartışmalı olmakla ve genellikle reddedilmekle birlikte *uygulamadaki etkinliği giderek artmaktadır*. Diğer bir anlatımla, pratikte; (i) "uluslararası hukuk"tan, özel olarak ise uluslararası yasamadan, "küresel yönetim" in belli bir türüne (örn. *demokratik yönetim, ulus-üstü örgütlenme, teröre karşı savaş*); (ii) uluslararası yasama veya yargı aleyhine uluslararası yürütmeye (örn. *Avrupa Birliği (AB) veya BM Güvenlik Konseyi*), onun içinde de deformalize birimlere (örn. *G-7/8, G-20*) kayma eğilimi vardır. Bu eğilim; *maddi açıdan ve seçici bir biçimde* "insan haklarının uluslararası alanda korunması", "savaşın önlenmesi", "kamuda reform" vb. yönlerden fayda getirirse de uluslararası hukuku doğrudan zedelemektedir<sup>46</sup>. Böyle görülürse, "uluslararası anlaşmalarda

---

<sup>46</sup> Bkz. *e.g.* Duygu Kırgın TOPRAK, Bayram ŞAHİN, *ISO 9000 Kalite Yönetim Sistemlerinin Kamu Hastanelerinin Performansı Üzerine Etkisi*, 46 AMME İDARESİ 113 (2013). TOPRAK/ŞAHİN, hasta hakları ve sağlık hizmetini doğrudan etkileyen bu konuda "hasta hakları" ile ilgili olarak sadece şöyle yazıyor: "*Şikayet sayısı:0'a yakın olması beklenir...Hasta ve hasta yakınları... yaşadıkları memnuniyetsizlikleri... hastanede bulunması mecburi... hasta şikayetleri birimine şikayet edebilirler*", bkz. *ibid.* s. 123. Adalet ve yargı konusunda bkz. Seda GÜLENER, Dilşad TÜRK MENOĞLU KÖSE, *Avukatların Adalet Hizmetlerinde Etkinlik ve Verimliliğe İlişkin Görüşleri*, 48 AMME İDARESİ 111 (2015), ss. 112. GÜLENER/KÖSE'ye göre, "*(k)lasik anlayışta adalet hizmetlerinde kalite denilince akla gelen 'hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı' anlayışı bugün yerini yargının hizmet verdiği sosyal çevreye karşı sorumlu olması ve hesap vermesi zounluluğuna bırakmaya başlamıştır*". Yukarıdaki örnekle karşılaştırılırsa, *bürokrasi yargıya yargı bürokrasiye dönüşmektedir*. Ancak etkiler bunlarla sınırlı değildir. Teorik veya doktriner, yaklaşım veya tarz farklarına, bağlama fazla değinmeden, bilebildiğimiz bir tartışmayı örnek verelim: *Kamu yönetimi alanında*, "yönetişim" yerine "yönetim"i savunan proje için bkz. *e.g.* Birgül AYMAN GÜLER, *Nesnesini Arayan Disiplin*, 27 AMME İDARESİ 3 (1994) ve karşı. *e.g.* Turgay ERGUN, *Postmodernizm ve Kamu Yönetimi*, 30 AMME İDARESİ 3 (1997) veya Yılmaz ÜSTÜNER, *Kamu Yönetimi Kuramı ve İşletmeciliği Okulu*, 33 AMME İDARESİ 15 (2000). ERGUN'a göre: "*Artık kamu örgütlerinin moral ve politik temellerini, bu örgütlerin siyasal iktidarla olan hiyerarşik ilişkileri içine kapatmak olanaksızdır... (Ö)zel kesim değerlerinin tümüyle kamu örgütlerine aktarılması da olanaksızdır... toplumsal bilimlerin pek çok dalında ve bu arada kamu yönetiminde geçerli olan paradigmaların belki biraz da radikal biçimde yeniden gözden geçirilmesi gerekecektir. Ama bu gözden geçirmenin sonuçları postmodernizmin önerdiği sonuçlar olmamalıdır*". *Kanaatimizce* AYMAN GÜLER'in en önemli itirazı şudur: Kamu yönetiminin ele aldığı bağlamda "devlet" ve "idare" tedricen ortadan kaldırılmakla, "kamu yönetimi" temel inceleme birimini, varlık nedenini kaybeder.

çekinceler" yukarıda anılan hususlarla doğrudan ilişkilidir<sup>47</sup>. Örneğin insan hakları ile ilgili herhangi bir andlaşmaya çekince konulması, andlaşmaların "onayı" ile "yok edilmesi" yönünden eleştirilir, uluslararası yargının veya yürütmenin andlaşmanın konu ve gayesini korumak amacıyla müdahalesi önerilirken<sup>48</sup> ISO'nun bir standardına –stan-

---

Örnekler artırılabılır, kendi açımızdan şunu tespit edelim: *Muhafazakar devrim ve küreselleşmenin etki ve sonuçları birbirine benzer ve benzerlik, ortaya çıktıktan sonra tarih içinde olagelmektedir*, karşı. *infra* dn. 50.

<sup>47</sup> Örn., ILC'nin "uluslararası andlaşmalarda çekinceler" hak. Özel Raportörü PELLET, çekinceler ve genel uluslararası hukuk arasındaki bağlantıyı ifade eder, bkz. Alain Pellet *in* UNGA, **Sixth Committee: Summary record of the 20th meeting**, UN Doc. A/C.6/68/SR.20, 30.10.2013, p. 2; *id. in* UNGA, **Sixth Committee: Summary record of the 22nd meeting**, UN Doc. A/C.6/68/SR.22, 01.11.2013, pp. 11 et seq., esp. 12. Görüş, bize, PELLET'ye özgü değildir, karşı. *e.g.* J.M. RUDA, *Reservations to Treaties*, 146 RdC 95, 101-102 (1975) ve J.K. KOH, *Reservations to Multilateral Treaties*, 23 HARV. J. INT'L L. 71 (1982-1983); J.K. GAMBLE, Jr., *Reservations to Multilateral Treaties*, 74 AM.J. INT'L L. 372 (1980).

<sup>48</sup> GIEGERICH, çok taraflı bir uluslararası andlaşmaya taraf devletlerin tutarlı, bütüncül bir rejim oluşturmamasını önerirken çekincelere oldukça iyimser bir biçimde yaklaşır, bkz. Thomas GIEGERICH, **Reservations to Multilateral Treaties in MPEPIL** (2010), ¶ 6 (*Çekincelere benzer diğer yöntemleri kastederek: "Of all these devices the reservation is the simplest and least disruptive..."*) ve karşı. *e.g.* Robert KOLB, **Théorie du droit international**, 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 199 (*"L'application des traités est diversement tributaire de difficultés qui reflètent les problèmes inhérents à toute gestion uniforme du fait juridique international... (T)ension permanente entre l'universalisme normatif et le particularisme réel créé et nourrit nombre d'incertitudes dans l'application des traités. Ainsi, l'unité apparente du traité peut être fragmentée virtuellement à l'infini par les réserves. Ce fait fâcheux a abouti à postuler certains garde-fous au fond bien insuffisants, en l'absence d'un régime de contrôle objectif de validité de ces réserves"*); Rolf KÜHNER, **Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen**, Berlin, Springer, 1986, S. 1 (*"Die Problematik der Vorbehalte... gehört zu den meistdiskutierten und komplexesten Fragen des Völkervertragsrechts"*); Liesbeth LIJNZAAD, **Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?**, Leiden, Martinus Nijhoff, 1995, p. 3 (*"When embarking on a study of reservations to human rights treaties, one could be tempted to consider it a hopeless puzzle"*). "Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Kararı"nda Divan; bir andlaşmada düzenlense bile, "doğası gereği", uluslararası hukukun bazı genel veya örf ve adet hukuku kurallarından ayrılmanın mümkün olmadığını belirtir, bkz. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, 1969 ICJ Rep. 3 ¶ 63 (February 20). Sorun, hangi kuralların "doğası gereği" (*an sich*) anılan bağlamda değerlendirileceğine ilişkin Divan, "kural"dan "ilke"ye, "ölçüt"e yönelerek çözümü değil sorunu gösterir. Problem şudur: Divan'dan,

dardın öngördüğünün dışında veya altında– veya BM Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı (örn. 7. Bölüm) uyarınca aldığı bağlayıcı kararlara herhangi bir *istisna* getirilememesine veya anılan standartların veya kararların hukuki açıdan, özellikle *yargısal* denetiminin mümkün olmayışına değinilmemektedir<sup>49</sup>. Dikkat edilirse en yukarıda, doktriner tasarımda, uluslararası hukukta birtakım sistemik değerlerin yerleşmesi ve "ilerleme" arasında bağlantı kurulduğuna değinmiştik. Geline nokta itibariyle doktrinin kendi koyduğu "ilerleyerek gelişme" hedefine ne derece yaklaştığı tartışmaya açıktır. Böyle görürse, ele aldığımız bağlamda, yukarıda anılan sorunlar ve sorunların doktrinde ele alınış tarzından, özellikle çalışmamız için çıkarılacak önemli dersler vardır. Örneğin, özetlenen fikri dönüşüm; kamu hukukunun kapsadığı alanın özel hukuk aleyhine arttığını belirtilirken kamu hukukunun özel hukuka benzeştiğini göz ardı etmekte, konumuz özelinde, kendisine çekince konulabilecek ve uluslararası hukuki yönden kavranan "uluslararası

---

böylesi çok boyutlu bir meselenin kesin ve hitap ettiği herkesin üzerinde oydaşacağı bir çözümü ortaya koymasını beklemek de büyük ölçüde haksızlıktır.

<sup>49</sup> Gerek (*neo-liberal*) "rasyonel adalet" gerekse (*neo-marksist*) "ekonomik determinizm" yönünden anılan durum ("*yaptırım yokluğu*", "*ilkellik*" vb.) ve genel olarak uluslararası hukuk *farklı gerekçelerle* sert biçimde eleştirilir, karşı. e.g. John RAWLS, *The Law of Peoples*, 20 CRIT. INQ. 36 (1993); *id.*, **A Theory of Justice**, Revised edition, Cambridge, HUP, 1999, p.331 et seq.; *id.*, **The Law of Peoples**, Cambridge, HUP, 1999, esp. p. 11 et seq. ve I.WALLERSTEIN, **The Global Picture** and *id.*, **The Global Possibilities** in T.K. HOPKINS, I.WALLERSTEIN (editors), **The Age of Transition**, London, New Jersey, Zed, 1996, pp. 209-243. Anılanların doktrindeki görünümü için bkz. e.g. Thomas M. FRANCK, **The Power of Legitimacy Among Nations**, Oxford, NY, OUP, 1990, p. 3 et seq.; *id.*, *Fairness in the International Legal and Institutional System*, 240 RdC 9, 23 et seq. (1993); Anne-Marie SLAUGHTER, **A New World Order**, Princeton, PUP, 2004, p. 8 et seq.; *id.*, *International law and international relations*, 285 RdC 9, 21 et seq. (2000) ve karşı. Bill BOWRING, **The Degradation of the International Legal Order**, NY, Routledge, 2008, pp. 1-8; China MIEVILLE, **Between Equal Rights**, Leiden, Boston, Brill, 2005, esp. p. 225 et seq. *Kanaatimizce*, tartışanların paylaştıklarının da kendine özgü bir tarihi vardır ve sorun, bir yönüyle, anılan tarihin nasıl yorumlanacağına ilişkindir.

andlaşma"yı anlamsız bırakmaktadır. Anılan nedenlerle ve yönleriyle ki günümüzde eğer bir anlamı kaldı ise "devlet", "kamu hukuku" veya "uluslararası hukuk"; Avrupa'nın İmparatorluk'un dağıldığı dönemdeki (1648-1806) veya Avusturya'nın (öz. *Viyana*) ya da Almanya'nın (öz. *Berlin*), yüzyıl sonundaki dönüşümünden cumhuriyetin son yıllarına kadarki (1880-1914 veya -1933) durumuna benzetilebilir<sup>50</sup>.

§7.-Belli başlı birkaç istisna dışında, Türkçe literatürde, yukarıda kısaca değinilen konuları ele alan çalışmaların büyükçe bir kesimi Türkiye özelinde karşılaşılan meselelere değinmemektedir<sup>51</sup>. Böyle bir yaklaşım belki söz konusu meselelerle ilgilenmemenin veya

---

<sup>50</sup> Benzetmeyi; anılan yerlerde ve dönemde gerçekleşen olay ve olguları *bilmemiz nedeniyle* yapmıyoruz, *supra* dn. 46. Almanca konuşulan ülkelerde yer yer birbirine karşıt, hatta birlikte anılması imkansız gözüken, *akademinin içi veya dışında*, örn. (Ludwig) FEUERBACH veya (Karl) MARX (*19. yüzyılın ikinci çeyreği*), (Friedrich) NIETZSCHE veya (Max) NORDAU (*üçüncü çeyreği*), WEBER veya (Sigmund) FREUD'ün (*sonu*) modernitenin karşılaştığı "kriz", "bunalım", "çöküntü", "rejenerasyon" veya "dejenerasyon"un içinde veya karşısındaki "durum"u, *modernite* ve *modernizmin* birbiri içinde ama birbirinden farklı kavramlar olduğunu gösterdiği gibi *modernitenin nasıl kavrandığını* değerlendirebilmemiz için anlamlı görünür, karşı. e.g. BERMAN (1992a), p. 362 et seq. ve Anthony CARTY, *Alfred Verdross and Othmar Spann*, 6 EJIL 1 (1995). Örn. Almanya ve Avusturya özelinde "muhafazakar devrim" veya Frankfurt Okulu'nun öncüllerinin (*Martin HEIDEGGER gibi*) fikri anılan eleştiriye benzetilir, bkz. e.g. Armin MOHLER, **Die Konservative Revolution in Deutschland**, 5. Auflage, Graz, Stuttgart, L.Stocker, 1999 (1950), S. 9-12; RINGER (1969), pp. 240, 258, 400-401. *Biz bunun tesadüfi olduğuna inanmıyoruz. Diğer bir anlatımla, modernitenin farklı yönlerden eleştirisi; dönüşerek yinelenenelmektedir*, öz. bkz. BAUMAN, pp. 13-14.

<sup>51</sup> *Kanaatimizce* bu tarz, öz. ülkemizde, 19. yüzyılın ortalarından itibaren uluslararası hukukun "iktisabı"yla (*resepsiyonu, aktarımı*) ilgili olduğu kadar modern uluslararası hukuk doktrininin ortaya çıkışıyla da doğrudan bağlantılıdır ve en az, iki ana ayırım yönünden incelenebilir: (i) "Memleketçi" ve "enternasyonal" veya (ii) "özgün" ve "aktarma". Diğer bir anlatımla, öz. uluslararası hukuk yönünden Türkiye'nin modernleşmesi ile uluslararası hukukun bir dil ve kültür olarak Türkiye'de benimsenmesi eş zamanlı süreçlerdir. Ayırmlar için sırasıyla bkz. Cemil BİLSEL, **Devletler Hukuku, Birinci Kitap**, İstanbul, İÜ Yayınları No. 150, İÜHF No.32, 1941 (BİLSEL I), s. XXIX ved.; Seha L. MERAY et al., **Devletler Hukuku Öğretimi Symposiumu**, AÜSBF Yayınları No. 101-83, Ankara, Ajans, 1959, s. 35 ved.; Seha L. MERAY, *Türkiye'de Özellikle Son*

meseleler üzerine hakim görüşü teyit etmenin bir yolu olabilir. Biz böyle bir tutumun doğru ve yeterli olduğunu düşünmüyoruz: Özellikle yakın dönemdeki gelişmeler gözletildiğinde, uluslararası hukukun ve toplumun nasıl kavrandığı ve açıklandığı, (i) Türkiye'nin uluslararası toplum içerisindeki yerini nasıl kavradığı ile (ii) uluslararası toplumun Türkiye'yi nasıl anladığı, kendisine özgü bir tarihi olduğu akılda tutularak, eş zamanlı incelenebilir. Böyle bir inceleme, özellikle tarihi bir bakış açısı ile gerçekleştirildiğinde devamlılıklar ve farkların daha iyi anlaşılacağını düşünüyoruz<sup>52</sup>. Örneğin Osmanlı; 1864 Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Cenevre Konvansiyonu'na 1865 yılında, "bir

---

*Yirmi Yılın Devletler Hukuku Yayınlarına Toplu Bir Bakış*, 20 AÜSBFD 55 (1965). *Kanaatimizce*, bizde, akademinin kuruluşundaki fikrin aksine öz. *dinin veya sosyal tabuların toplumsal eleştirisinin* yapılmadığı kültürel, sosyal alana bağlı olarak, doktrinin *aksiyomatik veya dogmatik* karakterde olduğu ve *inter alia* anılan karakter nedeniyle, doktrin sosyal, kültürel alanda ortadan kaldırılmak istendiğinde, doktrinin, doktrindeki hakim eğilime karşı savunulmasının zor olduğu, zorluğun doğal bir neden-sonuç ilişkisi içinde açıklanamayacağı görülür. Fikren ve pratikte akademinin, "uygulayıcı yetiştirme üzerine" her bir somut anda yeniden kuruluşu, en geniş anlamda *kürsü, öğrenci ve istihdam edenlerin bu bilinçli veya bilinçsiz kabulünün* aksini iddia edenlerin iddiasını ispat ve onları ikna etmesini gerektirir: Bu ise, eleştirinin veya eleştirinin eleştirisinin dışlanması tipik yöntemidir. Diğer bir anlatımla, ALPKAYA ve DENK, MERAY'ın fikri projesini, az ötelelerdeki hukuk fakültesini unutmuş görünür, karşı. *supra* dn. 1 ve Seha L. MERAY, **Üniversite Sorunları**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003, s. 35 ved. Kültürel sermayenin parçası gelenek (*traditio*) kadar neyin geleneksel olduğunun nerede, kime karşı, nasıl ileri sürüldüğü de önemlidir. *Örn. öğrenciye yönelik bir eserde, rutin biçimde uluslararası hukukun maddi kaynağı sorununun felsefe, sosyolojiye yönlendirilmesi; felsefi veya sosyolojik alanda böyle bir sorunun önemsizmesi, kitabı okuyan öğrenci yönünden araştırılabilir olması ve yönlendiren, anlatımları önemseydiği sürece anlamlıdır*, karşı. Pierre BOURDIEU, Jean-Claude PASSERON, *L'examen d'une illusion*, 9 RFS 227 (1968); BOURDIEU (1976), pp. 89-90.

<sup>52</sup> *Çok boyutlu olan sorunun, sosyal bilimler; öz. tarih açısından özü için bkz. Halil İNALCIK, Atatürk ve Türkiye'nin Modernleşmesi*, 27 BELLETEN 625 (1968); *sosyolojik yönden özü için Niyazi BERKES, Türk Düşününde Batı Sorunu*, 2.baskı, İstanbul, YKY, 2016 (1975) ve *kamu yönetimi yönünden karşı. Cenk REYHAN, Türkiye'de Modernleşmenin Kökenleri*, 31 AMME İDARESİ 3 (1998). Anılan eserlerde karşılaştığımız üzere, bir kültürel çevrede konumlanan görüşlerin birbirlerine karşı pozisyonları kavranmaya yaklaşıldıkça çevre o derece anlaşılır, karşı. e.g. BOURDIEU (1966), pp. 873-886 ve BOURDIEU (1976), pp. 89-91.

*fayda ummamakla birlikte bir mazarrat (da) gelmeyeceği*"<sup>53</sup> düşünül­düğünden katılmıştır. *Kanaatimizce* Osmanlı'dan günümüze, dünyada, Türkiye'de pek çok şey değişmekle bir­likte<sup>54</sup> anılan görüş dönüşerek süregelmektedir ve onu, onun dönüşümünü ortaya koymalı, değerlendirmeli ve eleştirmelidir<sup>55</sup>. Zira bu görüş, Alman çevresinde Aydınlanma'nın yoru­muna benzediği gibi<sup>56</sup> "modern" hukuk fikrinin, hatta "modernite"nin ülkemizde ne şe­kilde anlaşılacağına özetler. Aynı yönde, uluslararası hukuk doktrinde söze, "teorik"

---

<sup>53</sup> Aktaran S.K.AKGÜN, M.ULUĞTEKİN, **Hilal-i Ahmer'den Kızılay'a, C. I**, Ankara, Türk Kızılayı, 2000, s. 12.

<sup>54</sup> Diploması ve uluslararası meselelerde daha belirgin olmak üzere her alanında anılan benzerlik ve ayrılıkları görmek mümkündür. Örn. Osmanlı'nın "en uzun yüzyılı"ndaki "Tanzimat diplomati"ndan Cumhuriyet'in doğuşu ile "amatör diplomat", "hukukçu diplomat", "zoraki diplomat" veya "profesyonel diplomat"a dönüşüm Türkiye'de uluslararası anlaşmaların, hukukun yeri ve değerini kavramak açısından aydınlatıcıdır, karş. e.g. K.GİRGİN, **Hariciye Tarihimiz**, Ankara, TTK, 1992, s. 116 ved.; Feridun C. ERKİN, **Dışişlerinde 34 Yıl, C.I**, Ankara, TTK, 1987, s. 19 ved.; İlber ORTAYLI, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, 6.Baskı, İstanbul, İletişim, 2000, s. 229 ved.; Bilal N. ŞİMŞİR, **Lozan Telgrafları, C.I**, Ankara, TTK, 1990, ss. XVI-XVII.

<sup>55</sup> Örn., Londra'da 13.02.2004 tarihinde imzalanan Gemi Balast Suyu ve Sedimanlarının Kontrolü ve Yöne­timi Hakkında Uluslararası Sözleşme'ye taraf olurken Türkiye'nin koyduğu kayıt şöyledir: "(Sözleşme'de)... *Türkiye'nin, taraf olmadığı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi de dahil olmak üzere uluslararası belgelere yapılan atıflar Türkiye'yi bağlamamaktadır. Söz konusu Sözleşme'ye katılım, Türkiye'nin bahsekonu belgelere ilişkin hukuki tutumunda bir değişiklik olarak yorumlanamaz*", bkz. BKK no.:2014/6690, RG tarihi/sayısı: 28.08.2014/29102. O halde, deniz hukuku ile ilgili sözleşmelerde Türkiye'nin "hukuki tutumu" ışığında Sözleşme'nin değerlendirilmesi hukuken ve mantıken daha doğrudur. Keza, anılan kayıt, Türkiye'nin rızası dışında, hukuki durumunda değişiklik yapılmamasına, *herhangi bir mazarratı* engellemeye yöneliktir.

<sup>56</sup> *Kanaatimizce*, "aynı" değildir, karş. H. BATU, J.-L. BACQUE-GRAMMONT, **L'Empire Ottoman, la République de Turquie et la France**, İstanbul, Isis, 1986 içinde İ. ORTAYLI, T. AKILLIOĞLU, **Le Tanzimat et le modèle français**, ss. 197-198, 203. "Benzerlik"le, modernleşmenin devlet ile gerçekleştirilmesini, örn. hukuk öğreniminde, akademinin, öğretimin ve öğrenim görenlerin edinebileceği ve kültürel sermayelerinin parçası her şeyin, devlet tarafından *sembolik olarak* şekillendirildiği (*kurum, personel, bütçe, öğrenci, sınav, meslek vb.*) modeli kastediyoruz, *supra* dn.13, 37, 52 ve Konrad H. JARAUSCH, *The Crisis of German Professions*, 20 J.CONT. HIST. 379 (1985); BERKES, ss. 87-103. Böyle anlaşılırsa, Türkiye ile Avusturya'da ve Almanya'da, devlet merkezli modernleşme projeleri "hukuk fakültesi"ne dayanır. Doktrinde görünürde ayrılıkların, görün(e)meyen birliklerin (*illusio*) nedeni, kısmen budur, karş. *supra* dn. 1, 45, 46, 52.

*maddi kaynak* sorunu ile başlanır, tarihe mal edilerek eleştirilir; tarihi-olmayan, "pratik" *şekli kaynak* sorunu haline getirilir.

*Kanaatimizce*, eleştirilenin; kendiliğinden, spekülatif, felsefi, yetersiz, tarih- veya bilim-dışı görülenin bir dönemin Alman doktrini oluşu tesadüfi değildir. HİRŞ haksız sayılmaz: Uluslararası hukukun hukuki bağlayıcılığının nedeni (=maddi kaynak) bahsinde münakaşaya görülen lüzum ve onun doğal veya tartışmasız sonucu olarak hukuken bağlayıcı olduğuna inanılan hukuk kurallarının (=şekli kaynak) önerilmesi çelişiktir ve gerçek anlamı kavranabilmek için eleştirilmelidir<sup>57</sup>. Bununla birlikte böyle bir eleştirinin nasıl gerçekleştirileceği sorulabilir. Başlangıç için, "HIRŞ"i "HIRSCH" yapanın, bugün, dünden daha anlamlı olduğunu; onu, didaktik biçimde tekrar veya göz ardı etmek veya bildiği halde bilmezden gelmek yerine yeniden okumak gerektiğini düşünüyoruz. Şöyle ki:

*"Hiçbir hukukçu (Beruf), henüz tahsile başlamış olsa bile, hocasının fikrini kabule mecbur değildir (Freiheit-Idealismus-Kritik). Bir fikir veya nazariyeyi, hoca takrirlerinde tasvip etti diye kabul etmek kadar hatalı bir şey olamaz. Hocadan ayrı... fikirde olmak, ona karşı hürmeti azaltmaz (Bildungsbürgertum). Yeter ki kabul ve müdafaa edilen fikir doğru ve mantıklı... şekilde ispat edilebilsin (Wissenschaft). Lakin, hocanın fikri kabul edildiği hallerde de... fikri anlamadan müdafaa etmek doğru değildir (Vernunft-*

---

<sup>57</sup> Burada değinilen "eleştiri"; bir yönüyle ve büyük ölçüde bilinçsiz biçimde, eleştirenin, eleştirdiğini nesneleştirir ve eleştirirken eleştirdiğine dönüşmesine yöneliktir. Örn. hemen tüm ders kitaplarında, teorisi, bilinçli veya bilinçsiz ama rutin bir biçimde eleştirilse de, "devlet" (*iki-, üç- yön teorisi*) veya "egemenlik" (*fili, hukuki yönleriyle*) hala JELLINEK'in kurduğu şekilde tanımlanır. Amacımız, elitizm, meritokrasi, Alman doktrinine övgü, yergi veya hukuku, sadece hukuk-dışı bir alana atfen değerlendirmek değil, gördüğümüz öğrenim ve tecrübemizin parçasını oluşturduğu kültürel sermaye üzerine naif ve refleksif bir eleştiriye temellendirmek, kendimizi müdafaa etmektir, karşı. BOURDIEU (1967), pp. 369-370, 374-375; BOURDIEU (1972), pp. 221-223 ve Pierre BOURDIEU, *Seminaires sur le concept de champ, 1972-1975*, 200 ARSS 4, 19-29 (2013).

Aufklärung-Humanismus). *Talebe fikri neden doğru bulunduğunu evvela şuuru (Bewusstsein) ile tahlil ve ispat etmelidir.. Kitap seyir için yazılmaz (Beruf). Gaye, fikir ve nazariyeleri okuyana nakletmek,... bunları benimsemek imkanını vermek ve bilgisini arttırmaktır (Bildung)"<sup>58</sup>.*

§8.-Yukarıda anılan nedenlerle, ilk olarak, hukuk dogmatikğine olanak tanıyan felsefi anlayışı, Türk doktrinine ve doktrinin tarihe dönük bakış açısıyla ve hukuk dogmatikği yönünden irdelemeyi, belirtilen anlayışın Alman doktrinindeki, özellikle felsefi arka planını incelemeyi uygun buluyoruz (*Birinci Bölüm*). Bu bağlamda, sonraki Bölümde, Alman doktrini temelinde uluslararası hukuk söylemindeki fark ve tekrarları ortaya koymayı hedefliyoruz (*İkinci Bölüm*). Ardından, anılan bağlama oturduğuna ve azınlık-yanlış ve hakim-doğru görüşü temsil ettiğine inandığımız pasifist doktrin ve doktrinin-kendisini, maddi ve şekli kaynaklar ile bağlantısı itibariyle belirginleştirmeyi tasarlıyoruz. Böylece, pratikte, özellikle Divan'ın ve BM Örgütü'nün faaliyetleri ve işleyişi yönünden uluslararası anlaşmalarda çekincelere ilişkin olarak geçmişteki ve mevcut düzenin ana hatlarını ortaya koymayı ve uluslararası anlaşmalarda çekinceler bağlantılı olan hususları aydınlatmayı planlıyoruz. Genel olarak ise anılan hususlarla bağlantılı olarak uluslararası anlaşmalarda çekincelerin, uluslararası hukukun (i) kodifikasyonu (*tedvini*), (ii.a) bürokratizasyonu ve (ii.b) deformalizasyonu, (iii) prosedüralizasyonu (*usulileşmesi*), (iv) araçsallaştırılması

---

<sup>58</sup> HİRŞ (1943), s. 198. Parantez içindekiler, *bize göre*, Alman kültüründeki en yakın karşılıklardır. Buradaki amacımız belirtilen fikirlere veya HİRŞ'e övgü veya anılan fikirlerin işaret ettiği sosyal düzene dönüş değildir; HİRŞ'in, yazarın, yukarıdaki satırlarının farklı şekillerde okunabileceğine dikkat çekmektir.

(enstrümantalizasyonu) ve (v) ayrışması (fragmentasyonu) yönünden (Üçüncü Bölüm) değerini belirlemeyi hedefliyoruz<sup>59</sup>.

Neticede, doktrine yönelttiğimiz kritiği, uluslararası andlaşmalarda çekincelerin nasıl kavrandığı ve ne gibi sorunlara yol açtığı üzerinden göstermeyi tasarlıyoruz. Yinelememiz gerekirse, çalışmamızın amacı, uluslararası andlaşmalarda çekinceleri doktriner açıdan tüm boyutlarıyla ele alarak ve nesnel, kesin, net, herkesin üzerinde oydaşabileceği bir biçimde incelemek değildir. Aksine, böyle bir incelemenin değerli olmakla birlikte kendisine koyduğu hedeften her zaman uzak kalacağına, neden ve hangi fikri bağlamda doktrinin yaratıcı değil yansıtıcı olarak tasarlandığını araştırarak ortaya koyabileceğimize inanıyoruz. Zira, yukarıda farklı yönlerden değinildiği üzere, günümüzde kendisinden

---

<sup>59</sup> *supra* dn. 36. Biz, anılanları kusur olarak görmüyoruz. *Kodifikasyon, bürokratizasyon, deformatizasyon, araçsallaştırma ve ayrışmayı* bir örnekle açalım, bkz. (Sevin) TOLUNER, **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İstanbul, İÜ Yayınları No:1882, İÜHF Yayınları No:418, 1973, ss. 699, 704. TOLUNER'e göre, *hukuk, öz. uluslararası hukuk, yürütmeyi, iktidarı, gücü, devleti, bürokrasiyi veya uluslararası toplumu eleştirmek yerine sadece onlardan hukuku öğrenmek için var*: O zaman da kendi ifadesiyle, "*milletlerarası alanda hukukun ihlali*" "*imkanı*"nın "*gerçekte*" "*varlığına yol açan fiili şartlar*"; "*milletlerarası ilişkilerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bir kuralın yorumu veya uygulanmasının, bir yasama fonksiyonu olarak değerlendirilebileceği her durumda, bunun ifasıyla görevlendirilen yürütmeye müracaat... yargının bağımsızlığı prensibine aykırı değil*"se ve "*yasama... ile yargı... arasında bir dengenin sağlanması için zorunlu... ve memleket yararına*" koyduğu şartlar nedeniyle ortadan kaldırılamaz. Dikkat edilirse, doktrinin bürokrasi ve yargı ile kurduğu çift yönlü çelişik ilişki bu belirsizliğe dayanır. Kavramsallaştırma için öz. bkz. SIMMEL (1890), S. 117-147; *id.*, *Fragmentcharakter des Lebens*, 6 LOGOS 29 (1916-1917) (*Kraftersparnis-Differenzierung*) veya WEBER (1922a), S. 1-30, 126-130, 396-411, 502-512 (*ständische Schichtung-Bureaukratisierung-Dillettantisierung; Form-charakter des objektiven Rechtes; anti-formalen Tendenzen in der modernen Rechtsentwicklung; Laienjustiz und ständische Tendenzen des modernen Juristenstandes*) ve karşı. e.g. Emile DURKHEIM, **Les formes élémentaires de la vie religieuse**, Paris, F.Alcan, 1912, p. 10 (*pensée religieuse-système d'interprétations-déformation*) veya BOURDIEU (1986a) (*habitus-code-codification-diacrisis-méconnaissance-neutralisation-nomination-neutralisaion-naturalisation-universalisation-formalisation-autonomisation-légitimation-homologie*).

memnun olmayanların sayısının fazlalığı ve literatürdeki hakimiyeti karşısında uluslararası hukuk doktrini ve dogmatığın gerçek anlamının irdelenmesine ve sorgulanmasına, bu amaçla hukuki realizmin gerçekleştirdiği eleştirinin eleştirisine ihtiyaç olduğunu düşünüyoruz. Bunlara yaklaşan bir çalışma yapabilirsek, doktrinin "*siyasal teknolojisi*"nde<sup>60</sup>, hukukun nasıl kavrandığına ilişkin genel değerlendirmelerimizi ve vardığımız sonuçları ortaya koymayı hedefliyoruz.



---

<sup>60</sup> Ayrı eleştirel projeler içinde kavram (*Staatstechnik*) için bkz. ve karşı. *e.g.* Günther FRANKENBERG, **Political Technology and the Erosion of the Rule of Law**, translated with H.BAUER, Northampton, E. Elgar, 2014, p. 1 ("*Siyasal*" ile kastedilen, "gücün nasıl uygulandığına ilişkin modeller"ken "*teknoloji*"den kasıt, "kamu merci, kurum ve kuruluşlarının uygulamaları, takip ettikleri ilke ve kurallar, bilgi birikimleri, yetenekleri, hesaplamaları, strateji ve taktikleri"dır); Martti KOSKENNIEMI, **Hegemonic Regimes in** Margaret A. YOUNG (editor), **Regime Interaction in International Law**, Cambridge, NY, CUP, 2012, p. 305, fn. 1 (*Uluslararası hukuka uyarlandığında "menajeryalizm"; doktrinde, "...hukukun verili bir alanında, disiplininde veya bir kurumunda... karar vericilerin genel direktifi doğrultusunda teknokratların yönetilenlere, yönetilenlerin memnuniyeti amacıyla belli bir hizmeti veya sonucu, belli iş, işlem veya süreçleri tüketerek optimum düzeyde vermesi ve buna karşılık tüketilen iş, işlem veya sürecin optimum veriminin hem karar vericilerin hem de yönetilenlerin optimum memnuniyeti ile ve karar vericiler tarafından değerlendirilmesi..." şeklinde anlaşılabilir*) ve KENNEDY (2016), esp. pp. 108-109 (*Küresel aklın mekanizması olarak "uzmanlık", öz. uluslararası meselelerde ve hukukta nasıl işlemekte, işletilmekte veya işletilmemektedir?*).

# BİRİNCİ BÖLÜM:

## ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARININ DÖNÜŞÜMÜNÜN TARİHSEL VE KAVRAMSAL BOYUTU

### I. DOKTRİN VE TARİH

§9.-Bu Bölüm'de, özellikle uluslararası hukuk doktrininde, doktrinin ele aldığı konuyu ve tarihini nasıl anladığı üzerinde durarak uluslararası anlaşmalar ve uluslararası anlaşmalarda çekinceleri, kendisine göre değerlendirdiğimiz bağlamı ortaya koymaya çalışacağız. Böyle bir faaliyetin en az üç yönden yararlı olacağını düşünüyoruz. Bir kere, tarihi ve kavramsal açıdan bir çerçeve çizmek veya verili bir şablonu takip etmek yerine çerçeve veya şablonun kendisini<sup>1</sup> inceleme fırsatı doğuracağına inanıyoruz. İkinci ve daha önemli

---

<sup>1</sup> (Jacques) DERRIDA, sanat eleştirisinde, (Immanuel) KANT'ın ergon-parergon üzerinden eleştirisini KANT'a uygular, bkz. *id.*, **La vérité en peinture**, Paris, Flammarion, 1978, pp. 3-4. *Kanaatimizce* bu bakış açısı elimizdeki soruna da uyarlanabilir, *benzeri bağlamda* karşı. Jens BARTELSON, **A Genealogy of Sovereignty**, Cambridge, CUP, 1995, pp. 51-52. Sorun, tarih ve sosyolojinin, hukuk ve siyasetin iç içe geçtiği, uluslararası hukuk yazımı ve kelime haznesi, daha doğrusu dili bağlamında anlaşılırsa, bu alandaki herhangi bir eserde karşılaşacağımız "tarihi ve kavramsal çerçeve" yerine ve aksine, çerçevenin içi veya dışı değil "çerçeve(leme)"nin (*şablonun, şemanın, desenin*) kendisi (*la ligne divisoire elle-même*) inceleme konumuzu oluşturur, bkz. J.DERRIDA, **De la grammatologie**, Paris, Minuit, 1967, pp. 11-14; *id.*, **Préjuges: Devant la loi dans** J.-F. LYOTARD et al, **La faculté de juger**, Paris, Minuit, 1985, p. 87 et seq. Zira, o, içi ve dışındakini

olarak doktrinde, doktrinin alt-alanlarında klasikleşmiş, yerleşmiş ve sorgulanmadığı, fikri açıdan denetlenmediği, eleştirilmediği için zaman içinde ve en uç noktasında, kurucu öğeleri akademi, bürokrasi ve yargının varlık nedenini ortadan kaldırmaya dahi yönelen ayrımların, daha doğru bir ifadeyle, ayırt edilebilirliğin (*diakrisis*) neden ve ne şekilde klasik veya yerleşik hale geldiğini kavrayabileceğimizi düşünüyoruz. Nihai olmamakla ve yukarıdakilerle birlikte üçüncü olarak, doktrinde tarihe bakış açısı, tarih yazımı<sup>2</sup> ile ilgili ayrılığın, doktrinin nesneleştirdiği, incelediği konu ile bağlantılı ve görünürde olduğunu, böylece aynı zamanda uluslararası hukukta anlaşmalar ve çekincelerin doktrinde alışlageldiğinden farklı yönlerden anlaşılabilirliğini göstermeyi hedefliyoruz.

Doktriner söylem yakından incelendiğinde, genel olarak iki yaklaşımın ayrıldığı görülür. *Bir kesime göre*, (i) tarihe uluslararası hukuk anlatısı içinde görece sınırlı bir yer vermek; *diğer kesime göre ise* (ii) tarihin, uluslararası hukuk yönünden belli bir anlamı olması gerekir. Sonuncular içinde de verilecek anlam, ele alınan bağlama göre değişir. Bu yönden de ikili bir ayrıma gitme olanağı vardır. İlkine göre, (ii.a) tarih, uluslararası hukuku açıklama aracıdır. Diğer bir anlatımla, uluslararası hukuk tanımlandıktan sonra tarihi aktarılır: Evrensel, yerel veya konuya özgü olarak (*sistematik eserlerde, özellikle ders kitaplarındaki gibi*) uluslararası hukukun tarihine ilişkin incelemelerde karşılaştığımız örnekleri böyle değerlendiriyoruz. Diğer yönden, yukarıdaki ile bağlı olarak, (ii.b) doktrinde ifade-

---

sürekli ayırırken ne içeri ne de dışarıya dahildir, karşı. DERRIDA (1978), pp. 7-10, 93-94; DERRIDA (1985), not. pp. 121-122, 134 ve *infra* dn.30 ve eşlik ettiği metin; ZIZEK (2008), esp. pp. 21-42; 203-209.

<sup>2</sup> *Bize göre*, yazı veya yazım; çifte anlamda, öz. hukuk ve tarihle ilgili olarak *bir yandan* doktrinin meşruiyeti sorununu çözmeye matuftur ve elde üzerine çalışılabilecek, öz. dil üzerinden önceki nesillerle devamlılığı sağlayacak bir "aracı"dır (*mesos*); *öte yandan* tarih tarih için yazılmadığına göre, örn. tarihçilerle sosyologların farkını yenileyerek, ele alınmayan yöne karşı "körleşme" (*tiflosi*) yaratır. Bu yanlarının belirginliğine ve ülke dışındakileri örneklediğine inandığımızdan, bu kesimde ülkemiz doktrinini inceleyeceğiz.

sini bulan her bir kavram ve onun diğer kavramlar ile bağlantısını ele alan yaklaşım, verili kavram veya somut olayın tarihi sunularak açıklanır ve anlaşılır (*UAD kararlarında veya monografilerdeki gibi*). Bununla birlikte benimsenen yaklaşımın, yaklaşımın benimsendiği eserin türü ile ilişkisi belirsizdir; diğer bir anlatımla, herhangi bir eser türüne özgü değildir. *Kanaatimizce* böyle değerlendirildiğinde, (i), (ii.a) ve (ii.b) arasındaki farklar gösterilebilir.

**§10.-**Yukarıda belirtilenlerin örneklerinden birisi, belki de en belirgin olanı, doktrinde, doktrinin tarihe bakış açısının doktrinin mevcut durumunu açıklamaya yönelik olarak tasarlanmasıdır (ii.a). Örneğin, doktrinde, tarihin, sadece belli olay ve olguların ama sadece belli başlı bazılarının mevcut durumu açıklamaya elverişli olduğu, diğer bir anlatımla, mevcut durumun anılanların sonucu olduğunu gösterme, en aşırı ucunda, doğal bir neden-sonuç ilişkisi anlatısı içinde gösterme eğilimidir. Bu bağlamda, PAZARCI'ya göre, bugün "*devletlere, uluslararası örgütlere, devlet niteliği kazanmamış örgütlenmiş topluluklara ve uluslararası toplumun bütünüünün genel çıkarlarını ya da paylaştığı değerleri ilgilendiren bireylere ilişkin durumlarda doğrudan bireylere yönelik kuralları*" kapsayan, "*örgütlenmesi eksik bir toplum olan uluslararası toplumun hukuku*" olarak neticede "*iç hukuk düzenlerinin sahip olduğu her türlü olanağa aynı düzeyde sahip*" olmayan

*"(u)luslararası hukukun genel tarihi insanlık tarihinin bir parçasını oluşturmaktadır" ama "insanlık tarihini etkileyen her olay uluslararası hukuk tarihi bakımından bir anlama sahip değildir. Uluslararası hukukun kurumları ve kuralları özellikle rastlantısal... olaylardan çok az ya da hiç denecek bir biçimde etkilenmektedirler. Buna karşılık, uluslararası toplumun yapısını etki-*

*leyen birçok ögenin uluslararası hukuk kurumlarını ve kurallarını da biçimlendirdi(ğ)i gözlenmektedir"<sup>3</sup>.*

Dikkat edilirse, yukarıdaki anlatının dayandığı birtakım kabuller ve yazarın anlatısı içinde birtakım sonuçları vardır. Örneğin, "dünyayı kavrayan" bir bakış açısıyla, birden fazla, kendi "iç"inde "örgütlenmiş toplum"un "iç hukuk düzeni", "uluslararası hukuk düzeni"nden daha fazla düzeyde olanağa sahiptir. Keza, "bireye ilişkin durumlar", genel olarak "örgütlenmesi eksik" olan "uluslararası toplumun" bir bölümünün değil, tamamının "genel çıkarları ya da paylaştığı değerleri" ilgilendirdiği ölçüde, "doğrudan bireylere yönelik kuralları" oluşturmaktadır. Dolayısıyla, "kurum" ve "kural", "birey" ve "toplum", "iç" ve "uluslararası" hukuk ve son ikisinin düzeni farklıdır. O halde, insanlık tarihindeki "rastlantısal" olaylardan etkilenmeyen, "günümüzde uygulanan... uluslararası hukukun kurum ve kuralları" bugüne göre tarif edilmeli ama tarih boyu "uluslararası toplumun yapısını etkileyen... ögeler" in<sup>4</sup>, anılanları biçimlendirdiği de unutulmamalıdır. Kaldı ki "(u)luslararası hukuku belirtmede terim sorunu ilk önce Avrupa'da ortaya çıkmış"sa bunun nedeni, "Avrupalı devletlerce geliştirilen bu hukuk düzeninin nasıl adlandırılması gerektiği"nin de "doğal olarak, orada sorun" oluşturmasıdır. Bir diğer yönden, anılan "ögeler" ve "uluslararası hukuk" varlığını insanlık tarihi boyu sürdürse de "günümüzde" veya "uygulanan" uluslararası hukuka göre, uluslararası hukukun "dayanağı" veya "uluslararası... ile iç hukuk düzenleri arasında" ayırım belirlenemez. Bunlarla birlikte, bir "hukuk düzeni"nin

---

<sup>3</sup> PAZARCI I, ss. 2, 8, 39. "Rastlantısal" olanın etkisi dışlanırken, yazar tarafından kabul edilen karşınının adlandırılmayışına (uluslararası-toplumun-yapısını-etkileyen-birçok-öge?) dikkat ediniz.

<sup>4</sup> Yazarın ifadesiyle şöyledir: "Siyasi yapı", "ekonomik yapı", "dinsel ve ahlaksal değerler", "kültürel değerler", "teknik ve teknolojik veriler", bkz. *ibid.*, s. 39. Sorun, anılanların bir diğerinden ayrı konuları olduğunun ima edilmesidir. Halbuki, bize göre, bu alanların hemen tamamının konusu aynıdır: Birey ve toplum.

özellikleri, (i) onları "*oluşturması için gerekli yetkilerle donatılmış bir toplumsal otorite*"nin koyduğu ve onlara "*uyulmasının zorunluluğuna inanıl*"an, "*kendilerine uyulması zorunlu kurallar bütünü*" ve (ii) "*örgütlenmiş bir toplumsal yapı aracılığıyla bu kurallara uyulmasını yaptırım aracılığıyla sağlamak*", yani "*zorunlu bir yargı sistemi*" ve "*yürütme organı*" olmakla, uluslararası hukuk düzeni "*bazı zayıflıklarına rağmen*" anılan "*olanaklardan tamamen yoksun değildir*"<sup>5</sup>. Hal böyle olunca "*uluslararası hukuk tarihi, uluslararası hukuk düzeninden ne anlaşılması gerektiğine bağlı olarak iki değişik biçimde sunulabil*"mektedir. İlki, sunumu, "*bağlayıcılık*"a atfen 16. ve 17. yüzyıllara veya "*evrensellik*"e atfen 20. yüzyılda ve özellikle Milletler Cemiyeti'nin kurulmasına; ikincisi, "*uluslararası ilişkilerin zorunlu kıldığı kurumları kapsayan basit bir düzen*"e atfen "*antik çağlara ve hatta öncesine kadar götür*"meye dayanır. Böyle anlaşıldığında, PAZARCI tarafından, örneğin evrensel açıdan, Avrupa (*Bati*) ve Osmanlı-Türk uluslararası hukuku ayrılarak ama tarih ile tarihçe, uluslararası hukukun evrensel düzeyde uygulanması ile Milletler Cemiyeti'nin kuruluşu birleştirilerek anlatılmaktadır.

PAZARCI'nın tanım-terim-nitelik-dayanak-öteki ile ilişki-tarihçe desenine koşut biçimde mesele kavranırsa, anlatının olanaklarına nazaran tercih edilecek görüşün değişebileceği görülür. Nitekim, (Yusuf) AKSAR'a göre, "*uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen*" uluslararası hukuk,

*"...(B)akış açısı ve (ona)... ne anlam verildiğine bağlı olarak (onun) başlangıcına dair farklı tarihler... gösterilebilir... (O), uluslararası ilişkilerin öngörülebilmesini sağlayan yöntem veya araçlar olarak kabul edilir(se), (onun) başlangıcı insanlık tarihiyle eşdeğerdir... Topluluklar arası ilişkileri düzenleyen maddi dav-*

---

<sup>5</sup> PAZARCI I, ss. 2, 3, 7, 16, 24-25.

*ranış kurallar (i) bütünü olarak algılanırsa... (onun) doğumu klasik dönemin sonları ve Orta Çağ'a tekabül eder. (O) sadece... devletlere uygulanan ilkeler/kurallar bütünü olarak kabul edilirse), 17. yüzyıl (onun) başlangıç dönemi(dir)... (O), hukukun üstünlüğüne dayalı tek bir topluluğa (uluslararası topluluğa) uygulanan kurallar olarak tanımlanır(sa), (onun) en erken başlangıcı 19. yüzyıldır... (O), bir dünya hükümeti, yargı organlarının kararları veya yürürlüğe ko(n)ulan kurallar olarak tanımlanır(sa), (onun) doğumu için... (b)elki... süreye ihtiyaç duyulacaktır... "6.*

Böyle ise, AKSAR'ın kendi görüşünü belirtmeden, tarihten "klasik", kendi ifadesiyle "tabii-pozitivist" görüşlere; klasik görüşlerden "modern", kendi ifadesiyle "realist-liberal" görüşlerin ayrımına geçişine şaşmamalıdır<sup>7</sup>: Yazara göre, "uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen uluslararası hukuk" yönünden sorun, tarihten ziyade günümüz ve geleceğe ilişkindir. Nitekim,

*"Küreselleşmenin tarihsel gelişimi son yıllarda insanlık tarihinde eşi benzeri olmayan bir şekilde hız kazanmıştır... (K)üresel sorunların çözümü uygun bir uluslararası hukuk sisteminin geliştirilmesini gerekli kılmaktadır... Özetle, dünyanın içinde bulunduğu şartlar, uluslararası hukuk sisteminin geriye gitmesinden ziyade, daha da ileriye gitmesini mecburi kılmaktadır... "8.*

Bununla birlikte, "geri"den ziyade "daha da ileri"yi hedefleyen AKSAR'ın anlatısında, tanım-terim-doğuş-gelişim-öteki ile ilişki-rol-önem-kapsam-eleştiri-uygulama-ge-

---

<sup>6</sup> *id.*, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk**, C.I, Ankara, Seçkin, 2013 (AKSAR I), ss. 24, 25.

<sup>7</sup> AKSAR I, ss. 26-51.

<sup>8</sup> *ibid.*, ss. 52-53.

lecek deseniyle karşılaşmamızın, "uluslararası hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenleyen uluslararası hukuk"un "tarih"e atfedilirken yinelenmesi, hemen yukarıdaki görüşlerinin reddi, kendi ifadeleriyle şöyle özetlenebilir:

"...Uluslararası toplumun, devletlerin egemen eşitliği ilkesi ve 1950'lerin devletler hukuku anlayışıyla... sorunların üstesinden gelmesi mümkün değildir.. (BM) uluslararası toplumun ihtiyaçlarını gidermede yetersiz kalmış ve kendisine duyulan güven önemli ölçüde azalmıştır. 1950'lerin dünya şartlarında şekillenen Birleşmiş Milletler Sistemi'nin (sic) yeniden gözden geçirilmesi ve Yeni Dünya şartlarına uyarlanması amacıyla köklü bir reform yapılması artık gecikmiş bir konudur. Reform kapsamında, özellikle Güvenlik Konseyi daimi üyeliğinin kaldırılması,... mümkün değilse, yeni daimi üyelerin eklenmesi, veto hakkının kaldırılması, (BM) Genel Kurulu yetkilerinin artırılması ve uluslararası toplumu bağlayıcı kararlar alması ilk akla gelen hususlardır... – (İ)çeriği bakımından gittikçe önemi artacak alanlar arasında uluslararası ekonomi hukuku, uluslararası çevre hukuku, uluslararası ceza hukuku belirtilebilir... – (U)luslararası yargı kuruluşlarının gerek bölgesel gerek ulusal düzeyde sayılarının artması, benzer veya aynı konulara ilişkin farklı kararların alınmasına neden olmakta ve bu durum uluslararası yargı kuruluşlarına olan güvenin azalması sonucunu doğurmaktadır.. (U)luslararası yargı kuruluşları arasında bir içtihat birlikteliğini sağlayacak düzenlemeler getirilmesi kaçınılmazdır"<sup>9</sup>.

Yukarıda özetlenen, özellikle AKSAR'ın yaklaşımının tersi yön, uluslararası hukukun belli bir tarih anlayışı ile ilişkilendirilerek açıklanmasıdır. Böyle bir anlayışta, örneğin PAZARCI veya AKSAR'ın anlatılarındakine benzer biçimde, "...tarih, yalnız geç-

---

<sup>9</sup> AKSAR I, ss. 52, 53.

mişte meydana gelen insan davranışı olan olayları değil; aynı zamanda bu olayların yorumunu da yapar"; ancak onlardan farklı olarak, "...(sic) her tarihi olayın, kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır"<sup>10</sup>. Bununla birlikte, "geleneksel... görüşe göre..., bağımsız devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü" olan "devletler hukuku"; "devletlerin savaş ve barış hallerindeki ilişkilerini düzenleyen... kısır ve demode" olan bu "klasik" tanımın yerine "...devletlerin birbirleriyle ve diğer devletler hukuku s(u)jeleriyle olan ilişkilerinde uygulanan hukuk kurallarının tümünü" ifade eder ve

"Devletler hukukunun, (sic) milletlerarası toplumun üyeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı olduğu, inkar edilemez bir tarihi gerçekliktir... (G)elişim sürecine bağlı olarak, devletler hukukunun ancak bugün ulaştığı bazı kurum ve kuralları çerçevesinde tarihin yargılanması ne kadar yanlış ise; tarihteki uygulamalar örnek gösterilerek, bugün hukuk dışı kabul edilen bazı fiilleri işleyenlerin hak iddiasında bulunmaları da o kadar yanlıştır. Her hukuk kuralının olduğu gibi, devletler hukuku kurallarının da yer ve zaman bakımından uygulanabilirliği esas alınmalıdır. – Devletler hukuku tarihini; bugünkü anlamda bir (sic) milletlerarası düzeni değil; bu hukuk dalının kurum ve kurallarına etki eden tüm insan davranışlarını esas alarak çok eski tarihlerden başlatmak, günümüzde ulaşılan (sic) milletlerarası düzenin gelişim sürecine ışık tutacaktır"<sup>11</sup>.

Dikkat edilirse, anılan yazarlar, PAZARCI veya AKSAR'la birlikte "klasik" veya "geleneksel" görüşü "yetersiz", "kısır" veya "demode" bulduğu gibi, yine anılanlara koşut

---

<sup>10</sup> Enver BOZKURT, M. Akif KÜTÜKÇÜ, Yasin POYRAZ, **Devletler Hukuku**, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Yetkin, 2010 (BOZKURT/KÜTÜKÇÜ/POYRAZ), s. 51.

<sup>11</sup> BOZKURT/KÜTÜKÇÜ/POYRAZ, ss. 21, 22, 51-52.

biçimde söylemin kökten yenilenmesi, tamamen reddedilmesi veya söylemin yinelenmesi, aynen tekrarı arasında kararsız kalmaktadır. Kaldı ki PAZARCI ve AKSAR'dan farklı olarak, anılan yazarlar, tarih, özellikle "siyasi tarih" ile hukuku ilişkilendirirken genel olarak tarihi ele almakta ancak "devletler hukuku"nu "hukuk kuralları"na veya hukuk dışı "öğeler" in veya "uluslararası toplum" un "etkisi" ne indirgemekte, "düzen" ile "kural" arasındaki bağlantıyı, en az PAZARCI'da hissedilecek biçimde, irdelememekte veya irdeler görünmektedir. Anlatıların belirgin ortak özelliklerinden bir diğeri ise aktarımın, en çok AKSAR'da hissedilecek biçimde, bilinçli veya bilinçsiz olarak gerçekleştirilmesi; neyin, nereden, kime hitaben anlatıya aktarıldığının okuyucu tarafından belirlenememesidir. Benzeri biçimde, etkisi AKSAR'da daha az hissedilecek biçimde, her biri tarihi devirlere ayırmakta, devirlerin kapanıp açılmasını, birinden diğerine geçişi doğal bir neden-sonuç ilişkisi içinde değerlendirmekte ve uluslararası hukuk ile insanlık tarihi, PAZARCI'nın deyişimiyle "uluslararası toplumu etkileyen öğeler" arasında ilkinin, ölçüsü "devr" e göre değişmekle birlikte, ikincileri yansıttığından bahisle her bir devirdeki "önemli" olayları ele almaktadır. Örneğin, "devletler hukuku"nu "inkar edilemez bir tarihi gerçeklik" olarak niteleyen BOZKURT/KÜTÜKÇÜ/POYRAZ'a göre, devletler hukukunun tarihi, "yazının icadı"ndan itibaren incelenebilir. Nitekim, yazarlara göre,

*"(sic) Antik çağlar döneminde bir devletler hukuku düzeninden söz edilip edilemeyeceği konusunda tartışma vardır. Ama bu dönemde bile, milletlerarası ilişkilerin basit bir işleyişinden söz edilebilir... Toplumsal düzenin sağlanmasında din, ahlak ve hukuk kuralları ayırt edilemeyecek şekilde birbirine karışmıştır. Bugünkü anlamda ortak bir düzen bulunmamakla birlikte; ortak*

*dini ve kültürel değerlerin düşük düzeyde de olsa ilişkileri etkilediği ve bazı kurumların ortaya çıktığı söylenebilir..."<sup>12</sup>.*

Halbuki, "milletlerarası" ilişkilerin "basit bir işleyişi"ne indirgenerek tarihi incelendiğinde, "devlet"ler hukukundan bahsetmek ne kadar doğru olur, bilinmez. Zira, öncelikle yazarların kendi anlatıları içinde; "devlet" ile neyi kastettiğini, "milletlerarası toplumun üyeleri" ile "devlet" arasındaki ilişkiyi "(d)evletler hukuku kurallarının ve kurumlarının ne zaman ve nasıl ortaya çıktıklarını, ortaya çıkış nedenlerini yer ve zaman göstererek", yani yazarların ifadesiyle "devletler hukuku tarihi"ne başvurarak bilmemiz gerekir. Halbuki bunun yerine "önemli" siyasi-tarihi olayları belirsiz biçimde "yazının icadı", "milletlerarası ilişkilerin basit işleyişi" vb. kavramlarla, "önemli... bazı tarihi olaylar"ı esas alarak "siyasi tarih" yönünden incelemek, yazarların kendi ifadesiyle, "(g)elişim sürecine bağlı olarak, devletler hukukunun ancak bugün ulaştığı bazı kurum ve kuralları çerçevesinde tarihin yargılanması... yanlış" ise, geçmişte "milletlerarası ilişkilerin işleyişi"ni, bugüne göre "basit" olarak niteleyerek bu yanlış önce yazarların kendisi işlemektedir. "Zaman" yönünden durum böyleyken, "yer" yönünden de benzeri bir durum söz konusudur. Şöyle ki: Yazarlara göre, "özellikle bölgesel nitelik taşıyan bazı milletlerarası kurumların oluşumu" (sic) "antik çağlar dönemi"ne "rastlar". Halbuki, "antik çağlar dönemi"ni –ki kavram ne kadar isabetlidir, tartışılır– veya tarihin bir diğer dönemini ele alırken göz önünde bulundurulması gereken, kanaatimizce, dünyanın (kosmos), kültürel yönden, özellikle dil ve felsefe alanlarında, o dönemde "bilinen"le sınırlı oluşudur. Bugün bize "bölgesel" görünen, o dönem için "dünyevi" (kosmik) olabilir<sup>13</sup>. Diğer bir anlatımla,

---

<sup>12</sup> Burada ve aşağıda alıntılanan ifadeler için BOZKURT/KÜTÜKÇÜ/POYRAZ, ss. 52 ve 21, 51.

<sup>13</sup> "Kosmos"un (κόσμος) anlamı değişkendir; evren, dünya, görünen, düzen, dünyevi (kosmikos=κοσμικός) olanı belirtebilir, karşı. *infra* dn. 25 ve eşlik ettiği metin; W. KRANZ (Hrsg.), **Die Fragmente der Vor-**

"olan" veya "hissedilen" ile "bilinen"in veya "bilinmeyen"in, "yer" (*coğrafya*) ve "zaman"ın (*tarih*), toplum ve dilin, dil ve kültürün, kültür ve felsefenin bağlantılarıdır.

Yukarıda belirtilenleri aşmanın yöntemlerinden biri, yer verdiğimiz kavramları; "*hukuk fakülteleri ile siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler öğrencilerine olduğu kadar genç diplomatlara da hitab*"en, "*ayrıntıya girmeden, uluslararası hukukun klasik konularına ilişkin olarak genç öğrencilere temel bilgiler vermek, düşünmeye sevk etmek ve sistematik eserler, monografiler ve makalelerden de yararlanarak onları bu konuda derinlemesine araştırmaya yönlendirmek*" amacıyla, aralarında fark gözetmeksizin kavra(t)mak olabilir: Bu amaçla, (Şeref) ÜNAL şöyle yazıyor:

*"Geleneksel tanıma göre, uluslararası hukuk, uluslararası hukukun özel sujeleri olan devletlerin karşılıklı davranışlarını düzenleyen normların oluşturduğu bir hukuk dalıdır. Bir devlet vatandaşlarının ülke sınırları içinde bir düzen ve huzur içinde yaşamaları gibi, devletlerin de uluslararası alanda barış ve güvenlik içinde yaşamaları, aralarındaki ilişkilerin bağlayıcı şekilde düzenlenmesini zorunlu kılar"*<sup>14</sup>.

Bununla birlikte, "*bir devlet(in) vatandaşları ülke sınırları içinde bir düzen ve huzur içinde yaş*"ıyor ise hukuka neden ihtiyaç duyulur, devletler arasında da aynı düzen ve huzur var ise neden uluslararası hukuka gerek var mıdır? Yazara göre, "*(u)luslararası hukuk klasik anlamda, esas olarak sadece devletlerin barış ve savaşta sahip oldukları hak*

---

**sokratiker, Band III**, 9.Auflage, Berlin, Weidmann, 1959 (DIELS/KRANZ III), S. 240-242. Örn., karşıtı, kaos (χαος), düzensizlik (*akosmia=άκοσμία*), kualsızlık (*akolasia=άκολασία*) vb. olabilir.

<sup>14</sup> *id.*, **Uluslararası Hukuk**, Ankara, Yetkin, 2005, ss. 6, 25 (*KELSEN'e atfen*).

ve yükümlülükleri belirlemiştir"<sup>15</sup>. "Gelenek" veya "klasik" in ne olduğu hiçbir yerde tarif edilmemekle birlikte, ÜNAL'ın anlatısında, yukarıda anılanlara benzer biçimde "çağımız" değişkendir. Bugün, uluslararası hukuk sadece devletler arası ilişkileri değil "*uluslararası ilişkilerin bütün alanlarını düzenlediği gibi... birer hukuk sujesi olarak hak ve yükümlülük-  
lere sahip olan diğer uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki ilişkileri de düzenlemek-  
tedir*". Bununla birlikte, ÜNAL'a göre, "*(t)arihi araştırmalar; daha antik çağlarda dev-  
letler arasında yoğun ilişkiler olduğunu açıklıkla ortaya koymak*"la birlikte "*antik çağlar;  
klasik uluslararası hukuk düşüncesine yabancısıdır*". O halde, kanaatimizce, ÜNAL'ın an-  
latısı içinde; günümüzdeki durumla Antik Çağ arasında "*klasik uluslararası hukuk düşün-  
cesine yabancı*"lık yönünden büyük bir fark kalmamaktadır. ÜNAL'a göre, "*klasik ulus-  
lararası hukukta... savaşı uluslararası hukuk(a) aykırı bir olgu olarak yasaklamak üzere  
herhangi bir girişimde bulunulmamış, sadece sınırlandırmak üzere bazı çalışmalar yapıl-  
mıştır... (S)avaş yasağına giden uzun ve engebeli yol, ancak 20. yüzyılda alınabilmiş ve bu  
anlayış klasik uluslararası hukuk anlayışını sona erdirmiştir*". Halbuki, savaşlar artan  
şiddet ve sayıda devam ettiği için,

*"Savaşı tam anlamıyla önleyebilmek hiçbir çağda mümkün ol-  
madığından, hiç değilse savaş hukuku kurallarının insancillaştır-  
ılmasına çalışılmış(tır)... (İ)lk kez çağımızda, devletler; hukuk  
normlarıyla barışı koruma yükümlülüğü altına girdiklerinden,  
kuvvet kullanmaktan kaçınmak ve politikalarında barışçıl amaç-  
lardan yararlanmak zorundadır... Ne var ki... egemen devletleri  
son çare... olarak kuvvet kullanmaktan alıkoyacak kesin bir  
hukuk normu da henüz bulunamamıştır"*<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Burada ve aşağıda alıntılanan ifadeler için sırasıyla bkz. ÜNAL, ss. 26, 33 (*KIMMINICH'e atfen*), 27.

<sup>16</sup> *ibid.*, s. 34.

Dikkat edilirse, ÜNAL'ın anlatısında, "çağımız" ile kastedilenin ne olduğu belirsizdir. Söz konusu belirsizlik, *bir yandan* "antik" ile "klasik"i, "klasik" ile "modern"i okuyucunun tespit etmemesi sonucunu getirmekte *öte yandan* yazarın anlatısını, bu belirsizlik üzerine çeşitlendirerek sürdürmesi olanağını doğurmaktadır<sup>17</sup>. Neticede, yazarın, "öğrencilere ve genç diplomatlar"a temel bilgi verme-düşünmeye sevk etme-araştırmaya yönlendirme amaçlarına ne ölçüde hizmet ettiği tartışmaya açık hale gelmektedir.

*Bize göre*, birlikte değerlendirildiğinde; çifte anlamda çelişen (*antilogia*), gerçeği aktarmak zorunda olmayan, hitap edileni ikna edebilir (*peistikos*) oluşu yönünden değerli olan, başkasını konu alan kendine uygulanmayan "sanat" (*texni*), oluşturduğu diskur itibarıyla özellikle yukarıda anılan yazarların sıkça atıfta bulunduğu Antik Yunan'da popüler olan sofizme (*sofisma*) veya logografyaya<sup>18</sup> (*logografia*) benzemektedir. Ancak böyle bir benzerliğe genel olarak değinmek yetmez; benzeyenler ve benzetilenler için haksızlık olur.

---

<sup>17</sup> Yazara göre, "...II. Dünya Savaşı'ndan sonra, uluslararası ilişkiler her alanda yaygın bir şekilde düzenlenmiş ve yaptırım gücüne bağlanmıştır... Günümüzde uluslararası hukukun, bir hukuk dalı olarak, varlığı tartışmasız kabul edilmekle beraber, geçerliliği farklı şekillerde açıklanmaktadır"; ardından, "pozitivist görüş" bahsinde, "Christian Wolff'a (1679-1754) göre..." şeklinde devam edilir, bkz. ÜNAL, s. 40. Diğerleri bir yana, WOLFF ne derece "pozitivist"tir, bilemeyiz.

<sup>18</sup> Mahkemede temsil (*dikastiki*; *dikaniki-eristiki*), genelde hitabetten (*ritoriki*) farklıdır, karşı. R.BODERSEN, B.ZIMMERMANN (Hrsg.), **Metzler Lexikon Antike**, Stuttgart u. Weimar, J.B.Metzler, 2000 (BODERSEN/ZIMMERMANN), S.342 (*Logograph*), 509-511 (*Rhetorik*). EFLATUN'un diyaloglarında, (örn. *Fedros*, *Teetetos* veya *Öidemos*) sıkça yer bulan, icra edenleri (*logografos-logodaidalon*; *ritor-eristikos-dikanikos*) SOKRAT ve diğerleri ile, muhatabı esas alarak veya genel olarak tarifi ve yergisi için bkz. e.g. PLATON, **Phèdre**, texte établi et traduit par L.ROBIN, Paris, Les Belles Lettres, 1933 (PLATON (1933a)), not. §257c-258c, §264b-267b, §274e-275d; §264b, §270b, §272c-e, 275e; *id.*, **Ion**, **Ménexène**, **Euthydème**, texte établi et traduit par L.MERIDIER, Paris, Les Belles Lettres, 1931, not. §271a-290d, pp.143-172; *id.*, **Théétète**, texte établi et traduit par A.DIES, Paris, Les Belles Lettres, 1924, not. §160d-163a; 171c-173d; 201a-202c. Buradaki yorumla karşı. J.DERRIDA, **L'écriture et la différence**, Paris, Seuil, 1967, not. pp. 9-50, 409-420 ve *id.*, **La pharmacie de Platon dans id.**, **La dissémination**, Paris, Minuit, 1972, p. 77 et seq.

§11.-Tarih ve uluslararası hukuk yönünden, doktrindeki hakim görüşün önemli bir bölümünün, "*uluslararası toplumun hukuku olan uluslararası hukuk*" ve tarih ilişkisini "*önemli*" ancak verilen önemin, Otuz Yıl Savaşları, Vestfalya, Napolyon Savaşları, Viyana Barışı, Lahey Konferansları, dünya savaşları, Milletler Cemiyeti veya Birleşmiş Milletler gibileri dışında, yazara göre farklılık arz ettiği bazı olay, yer ve kişilerle sınırlayarak sadece hukuki veya siyasi yönden ele alışına benzer biçimde bir diğer bölüm de anlatılarında, tarihi ön plana çıkarmamakta, diskuru farklı bir boyuta taşımaktadır (*supra*, §10, i).

Kendisine göre, uluslararası hukukun kavranabilmesi amacıyla "*sorulması gereken doğru soru*"nun, "*(g)ücün etkisini göz ardı etme*"den ama "*uluslararası ilişkileri sadece... (gücün türlerinden ibaret) görme*"nin eksik bir yoruma yol açacağını, "*tam bir iyimserlik ile tam bir kötümserlik arasında bir yerde*" olduğunu belirten (Cenap) ÇAKMAK'a göre,

*"Geleneksel ve alışılmış olan ile başlayalım ve... uluslararası hukukun ne olduğunu soralım önce... (F)arklı kelimeler ile ama aynı içerikte bir tanım ile cevap vermek mümkün... (N)ihai tahlilde böylesi bir tanım son derece kitabi olur ve esasen çok da fazla bir şey anlatmaz... Halbuki sosyal bilimlerde, hele de kavramlar söz konusu olduğunda somut bir çerçevenin çizilmesi, ilgili kavramın anlaşılabilmesi için büyük bir önem taşır... (S)osyal bilimler kavramlarına zihinlerimizde bir çerçeve çizmek durumundayız... – ... (k)itabi tanıma dönemi: (U)luslararası hukuk, ... uluslar arasındaki ilişkileri düzenleyen ve dolayısıyla ulusların tabii olduğu hukuktur... (U)luslardan kast edilen... ulus-devlettir... (sic) (U)lus devletin tabii olduğu hukuka uluslararası hukuk denilir. Ancak... tanım pek fazla şey anlatmadığı gibi, artık sahadaki gerçeğe de çok uygun değildir... Küresel sistemde devlet yavaş yavaş önemini*

*yitirken, ortaya çıkan boşluk yeni yeni ortaya çıkmaya başlayan çok sayıdaki aktör tarafından doldurulmuştur"*<sup>19</sup>.

Halbuki, yazar, söz konusu kavramların çerçevesini hiçbir yerde çizmemektedir (örneğin "sosyal", "bilim" veya "hukuk" hiçbir yerde "çerçeve"lenmez); aksine, kavramlara verili anlamları –ki, sözcük ile simgelenen anlamı kavram yapan, anlamlar ve sözcük ile anlamı ilişkilendiren aracı veya bağıdır– sürekli ve çelişik biçimde birbiri yerine kullanmaktadır. Örneğin, yine yazara göre,

*"(D)oğru soru, devletlerin veya uluslararası (sic) topluluğun diğer üyelerinin hangi koşullarda ve... nedenler ile uluslararası hukuka riayet ettikleri veya... (onu) ihlal ettikleridir... Uluslararası hukukun gerçekten var olup olmadığı ve varsa bile ne kadar işlevsel olduğu analitik açıdan çok önemli olmayan bir tartışmadır... – (T)opluluk halinde örgütlenmiş varlıkların bir hukuka ihtiyaçları... kaçınılmaz olup... düzen tesis edilmesiyle yakından ilgilidir... – Kuruluşundan itibaren tasarlandığı şekliyle uluslararası siyasi sistem anarşiktir... – Anarşi, merkezi otoritenin olmaması anlamına gelir... – (U)luslararası siyaset, tüm karmaşasına ve anarşik yapısına rağmen hiç de sandığımız gibi düzensiz değildir aslında... (U)luslararası hukuk, (sic) doğası gereği anarşik olan bir toplulukta (sic) düzen kurmayı tesis eder; dolayısıyla da merkezi bir otoritenin ürünü değildir... – (B)ir merkezden idare edilmeyen, buna karşılık bir topluluk oluşturan kişi ya da grupların, sahip oldukları düzeni sürdürmek adına, topluluğun ürettiği kurallara uyma yönünde bir irade göstereceğini bekleyebiliriz. Bu beklenti gerçekçi... midir? Dünya siyasetinin genel gidişatına bakıldığında öyle olduğunu söyleyebiliriz... Çatışma*

---

<sup>19</sup> Burada ve yukarıda alıntılanan ifadeler için *id.*, **Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama-Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı**, Bursa, Ekin, 2014, ss. 1, 2, 7.

*insan doğasının bir parçasıdır; bunu mutlak olarak sona erdirmek mümkün değildir. (Mutlak adaleti tesis etmek de söz konusu değildir. Önemli olan, karmaşa ve çıkar güdüsünün de etkili olduğu bir topluluk içerisinde mutlak çöküşün önlenmesi adına etkin mekanizmaların geliştirilmesidir..."*<sup>20</sup>.

Sorun, hangi "koşullar" ve "nedenler" ile uluslararası hukuka "riayet" veya onun "ihlal" edildiği ise, "uluslararası topluluk"un "anarşik" yapısından "düzen"e, daha doğrusu "merkezi otorite"nin olmadığı bir "düzen"e, yani "anarşi"ye; "anarşi"den, "topluluk" üyelerinin koydukları kurala "riayet... beklenti" sine, "beklenti"nin "gerçekçiliği"ne yönelirken "mutlak adalet"i (felsefe?) reddeden ama aynı "topluluk"ta "mutlak çöküş"ü önlemek (realizm?) zorunda hisseden yazar, okuyucu gibi kendini de ikna edememektedir. Nitekim,

*"(B)ir hukuk sisteminde etkinlikten söz edebilmek için... merkezi otoritenin varlığı gerekme(z)... – Bu durumda... uluslararası hukukun etkinliği ile ilgili olarak... genel bir yargıda bulunamayacağımızı iddia edebiliriz... – ... (A)narşik olmasına rağmen uluslararası siyasi sistemde belirgin bir düzen ve işleyiş vardır.. – En güçlü devletlerin bile... (kurallara) uymalarının temel nedeni, kurallara uymanın getirisinin... (onları) ihlal etmenin getirisinden fazla olduğu düşüncesidir... – Hukuk beklentilerin şekillenmesine yardımcı olur ve kurallar da belirsizliği azaltarak uluslararası ilişkilerde tahmin edilebilirliği arttırır... (İ)letişim işlevleri de küresel sistemin her üyesinin çıkarına hizmet eder"*<sup>21</sup>.

Yukarıda alıntılanan ve neredeyse her biri diğeriyle çelişik ifadelerden, örneğin, üyelerinin tamamı devletlerden oluşmayan "küresel sistem"le nasıl bir ilişkisi olduğunu

---

<sup>20</sup> ÇAKMAK, ss. 2, 10, 18-22.

<sup>21</sup> *ibid.*, ss. 18-22, 25, 26.

anlayamadığımız "uluslararası siyasi sistem", "kuruluşundan itibaren anarşik"tir, yani "uluslararası siyasi sistem"de "merkezi otorite" yoktur. Bununla birlikte "anarşi" ile "düzen"i ayırt eden "çerçeve" hiçbir yerde çizilmemekte, "ihlal" ile "riayet" arasındaki ilişkide, "kural"lar "beklenti"lere, yazarın "beklenti"leri, en güçlü devletlerin "getiri"lerine, "tahmin edilebilirlik"e ve "çıkar"lara dönüşmektedir. Bir yandan "anarşik... sistem" içinde hukuk dışlanmakta öte yandan kapsanmaktadır: Dünya (kosmos), öncesi yokmuş gibi yazara göre bugünkü niteliği ile (kaos) kavrandığından "kuruluş" ile neyin kurulduğu, kurulanın yerine bugün neyin önerildiği, okuyucu tarafından kavranamamaktadır<sup>22</sup>.

Doktrinde bugün ulaşılan noktayı, dil ve tarih, daha doğru bir anlatımla, dili olmayan tarih, tarihi olmayan bir dil ile gören diğer bazı yazarlara göre ise,

*"...Günümüze kadar yaşanan süreç sonucunda, ulusal toplum boyutlarını aşarak devletler dışında uluslararası etkileşimi olan örgütlenmiş aktörlerin sayıları ve niteliklerinde değişimler yaşanmıştır... Günümüzde yaygın bir şekilde uluslararası toplumun devletler dışında başka bazı aktörlerce de oluşturulduğu anlayışı kabul görmektedir. Bu kabulün makul nedenlere dayandığı söylenebilir. En azından son iki yüzyıl içerisinde birçok nedenle devlet dışı kişi ya da kuruluşlar da bir ulusun sınırlarını aşarak uluslararası etki yaratan davranış veya faaliyetleri yapabilir hale gelmiş(tir). Bu temel realite, devletler dışında başka bazı kişi ya da kuruluşların da uluslararası toplumun aktif üyeleri... niteliğine sahip ol(ma)ları sonucunu doğurmuştur. Bu aktörler, uluslararası*

---

<sup>22</sup> Örn. yazarın ifadesiyle "devlet"; bir yandan "küresel sistemde... yavaş yavaş önemini yitirirken, ortaya çıkan boşluk yeni yeni ortaya çıkmaya başlayan çok sayıdaki aktör" ile doldurulurken öte yandan yine yazara göre, "uluslararası ilişkilerin en önemli aktörü olduğu gibi uluslararası hukukun da en önemli kişisidir. Hatta, uluslararası hukukun inşa... biçimine bakıldığında, bu hukukun esasen tamamen devletin rızası üzerine temellendirildiğini söylemek mümkündür", ÇAKMAK, s. 74.

*örgütler, (sic) uluslararası hükümetler dışı kuruluşlar, çok uluslu şirketler ve bazı açılardan da gerçek kişiler olmaktadır"*<sup>23</sup>.

Böyle bir yaklaşımda, "günümüz" her şeyin, bütün anlatının merkezi, ölçüsü haline getirilmektedir. Dolayısıyla, "(d)ünya üzerindeki değişik insan topluluklarının temsilcisi olan devletlerin karşılıklı etkileşimi ile oluşan... uluslararası toplum", devletler de dahil birtakım kişi ve kuruluşların, "aktörlerin yarattığı "uluslararası etki" ve "uluslararası toplumun hukuku... uluslararası hukuk" aynı anlatının bütünleyici parçaları olabilmektedir. Böylece,

*"(Uluslararası hukukun gelişimi yönünden) Birleşmiş Milletler'in... kurulması, uluslararası hukukun evrensel bir hukuk düzeni haline geldiğinin tartışmasız bir tescili olmuştur.. – Günümüzde uluslararası hukuk, hem bütün dünya devletleri arasındaki uygulamalardan doğan hem de aralarında yaptıkları... uluslararası anlaşmalardan doğan kurallardan oluş(ur)... ve temel prensipleri dünyanın bütün devletleri arasında geçerli kabul edilmektedir... 20(.) yüzyılın ikinci yarısında uluslararası toplumun niteliğindeki değişimler... klasik anlayışı büyük oranda değiştirmiştir... (S)adece devletlerin uluslararası hukukun sujesi olduğu anlayışı değişmiş(tir)"<sup>24</sup>.*

Görüldüğü üzere, bir yandan uluslararası hukuk, tarihe atfen "devlet"e dayanılarak kurgulanmakta öte yandan "devlet" dışında yer alan, kendilerine bu nitelikleri yine "sınırlı da olsa uluslararası hukuk tarafından" verilen, "haklar ve/veya sorumluluklar tanınan hukuk birimleri" olarak "gerçek ve diğer özel hukuk kişileri" günümüz uluslararası hukuka dahil edilmektedir. Geriye, doktriner deseni anlatıya işlemek kalır; diğer bir anla-

---

<sup>23</sup> Yücel ACER, İbrahim KAYA, **Uluslararası Hukuk**, İstanbul, Legal, 2012 (ACER/KAYA), s. 9.

<sup>24</sup> ACER/KAYA, s. 16.

tımla, tanım-terim-nitelik-dayanak-öteki ile ilişki-tarihçe deseni yinelenir. Nitekim (Melda) SUR'a göre, "*esas itibarıyla herhangi bir üst otoriteye tabi olmayan devletler*" ve "*hükümetler arası örgütler*"den oluşan, "*uluslararası toplum üyeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları bütünü*" olan uluslararası hukuk yönünden,

*"(Antik Çağ'da)... Roma'nın uluslararası hukukun gelişimine fazla katkıda bulunduğu söylenemez; zira burada eşitlik esasına dayanmayan bir ilişki söz konusudur... Sürekli, potansiyel bir savaş tehlikesi süregelmektedir... – Devletlerarası... bir toplumun gelişmesi için ise XIV.-XVII. yüzyılları beklemek gerekecektir... – ...Orta Çağ'ın sonunda yeni, egemen ve bağımsız devletlerden oluşan bir uluslararası toplum ortaya çıkmaktadır..."<sup>25</sup>.*

Böylece, doktrine hakim olan "devir"e dayalı anlayış yinelenerek Vestfalya Barışı'ndan (1648) günümüze, sanki "*sürekli, potansiyel savaş tehlikesi*" azalmış gibi "*modern çağ*", "*yeni... çağ*", "*Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra*" devlet sayısı artarken uluslararası örgütler ve işbirliğinin arttığı belirtilerek, "*sermaye, bilgi ve işgücünün dünya çapında dolaşımını engelleyen duvarların ortadan kalkmasını ifade ed*"en "*globalleşme/küreselleşme*" ile ekonomi ve teknolojik gelişme "*yoluyla kurulan iletişim ağının gerçekleştiği*" vurgulanır<sup>26</sup>. Diğer bir anlatımla,

*"Günümüz anlamıyla örgütlenmiş, egemen devletlerin kurulması ve birbirleriyle ilişkilere girme(s)i ve... ilişkilerini derinleştirme(s)i fikri ve bilimsel alandaki ilerlemeler sonucu mümkün olabilmiş;... devletler egemen olmalarına karşın ortak kurallara*

---

<sup>25</sup> Melda SUR, **Uluslararası Hukukun Esasları**, İstanbul, Beta, 2013, ss. 1, 3, 4, karşı *supra* dn. 13.

<sup>26</sup> Alıntılanan ifadeler için *ibid.*, ss. 4-7.

*uyuma ihtiyacını duyarak bunun sonucunda uluslararası hukukun gelişmesini sağlamışlardır*"<sup>27</sup>.

Böyle ise, SUR'un görüşü yönünden, "iç hukuk"tan "daha sık ihlal edilmeyen"; "ihlal eden... devlet(in)... davranışlarını uluslararası hukuka dayandırma çabası içinde bulun"duğu ve "değişik hukuki gerekçeler öne sür"düğü; "...hukuk normlarının bizzat var olması(nın)... mevcudiyetini tek başına ortaya koymaya yettiği" uluslararası hukuk

*"(D)üzeni... (aralarındaki olağan, günlük ilişkilerin düzen içinde yürütülmesi ve öngörülür esaslara bağlanması yönünden, kuralların oluşumu ve uygulanma mekanizmaları bağlamında) işlev ve amacını yerine getirmektedir*"<sup>28</sup>.

Dikkat edilirse, ÇAKMAK veya ACER/KAYA yönünden sorun oluşturan "anarşik" durum veya "belirsizlik", SUR açısından herhangi bir sorun oluşturmaz, aksine "düzen"in veya "mekanizmaların işleyişi"ne, "işlev ve amaç"ın gerçekliğine, varlığına işaret eder. Birinciler yönünden uluslararası veya küresel olandan onun bileşenlerine, ikincisi yönünden bileşenlerinden hareketler uluslararası veya küresel olana varılır. Ancak her biri yönünden, etkisi SUR'da en az hissedilmekle birlikte, tarih, mevcut, "günümüzdeki" durumu birincil olmayan önemde etkiler.

---

<sup>27</sup> SUR, s. 7.

<sup>28</sup> *ibid.*, ss. 7-8.

## II. HUKUK DOGMATIĞI

### A. GENEL OLARAK

§12.-Görüldüğü üzere, doktrinde, belli birtakım örnekler diğerlerine yeğlenmekte, hiçbir tartışmaya yer vermeden yapılan tercihin neticesi olarak yeğlenenler yegane yol, en iyi ihtimalle yollar olarak sergilenmekte ve sergilenen yol veya yollar hep aynı yere, "bugün"e çıkmaktadır. *Bir yandan*, tarihin bize tanıdığı olanaktan yararlanılarak *–ki tarih "bugün" yazılır–* onun üzerine bugünü açıklamak için değerlendirmede bulunulmakta *–ki bunun her zaman bize göre "doğru"lar üzerine kurulu olmadığını görürüz–*; *öte yandan*, yine tarihin bize tanıdığı olanak nedeniyle tarihin kendisinin bazı yönleri görmezden gelinmekte veya tarih ya tarih için tarihe ya da bugün için tarihe indirgenmektedir. Böyle anlaşılırsa, doktrinde, ortodoks görüşün hakimiyetini sürdürme veya karşıtı heterodoks görüşün direnme ve hakimiyeti ele geçirme araçlarından en önemlisinin, tarihin kendisi değil, tarihin yazım biçimi, yorumlanması modeli olduğunu; doktrinde görünürdeki çeşitliliğin, mesele uluslararası toplum ve uluslararası hukuk ilişkisinin anlaşılması olduğunda hukukun toplumu veya topluma içkin sistemik değerleri yansıttığının kabul edildiğini, uluslararası hukukun *– paradoksal biçimde–* "düzen"lediğini "yansıt"tığının, "yansıt"tığını "düzen"lendiğinin kabul edildiğini, önemsenenler kadar önemsenmeyenler olduğunu (*doxa*) düşünüyoruz. Böyle anlaşılırsa, günümüz Türk doktrinindeki genel kabulün, bilinçli veya bilinçsiz biçimde, AKİPEK'in aşağıdaki görüşlerinde ifade edildiğine inanıyoruz:

*"Devletler hukukunun tarihle ilgisi, iki bakımdandır: (Devletler hukuku tarihi, kaidelerin ve müesseselerin)... (g)eçmişte ne şe-*

*kilde ortaya çıktıklarını, ortaya çıkış sebeplerini zaman ve mekan göstererek inceleyen ve nakleden tarih kolu (iken)... (s)iyasi tarih, geçmişte iç ve dış siyasete konu teşkil etmiş... olayları ve münasebetleri inceler.. (S)iyasi tarih mazideki olaylarla ve münasebetlerle uğraşır ve bunları kronolojik olarak veya bir sistem dahilinde inceler, icabında neticeler çıkarmaya çalışır. Halbuki devletler hukuku kaideleri, mazi ile değil, diğer hukuk kaideleri gibi, halde ve istikbalde hukuki neticeler doğurması muhtemel toplumsal hadiseler ve münasebetler ile meşguldür"<sup>29</sup>.*

AKİPEK'in alıntılanan ifadesindeki dikkat çekici husus, bize göre, uluslararası hukuk alanında çalışan *suje* ile uluslararası hukuk alanında üzerine çalışılan *objenin* yerini değiştirmesidir. Diğer bir anlatımla, uluslararası hukuk kurallarının geçmişle ilgili olmasından bahisle, tanımı gereği uluslararası hukuki kuralları inceleyen, incelediği kuralların ilgilenmediği geçmişi dışlaması gerektiği ima edilmektedir. Halbuki, kurallar ve kurallar vasıtasıyla kurallaştırılanlar, tanımı gereği, onu ele alan sujeler yönünden hemen her zaman geçmişte gerçekleşmiştir. Neticede, mevcut olmayan bir uluslararası hukuk kuralına dayanarak akıl yürütmek, hüküm vermek hukuken mümkün değildir. O halde "*hukuk-dışı*" bir "*bilim*" olan tarih ile "*bilimsel*" açıdan ele alınmak gereken uluslararası hukukun "*münasebet*"i, sonuncunun "*meydana çıkışı*" ve "*gelişimi*"ni açıklamaya, dolayısıyla, "*münasebet*"in olmayışına dayalıdır. Son tahlilde, "*devletler hukuku tarihi*"ne dönüşün nedeni budur; "*tarih bizim için bir gaye değil, bir vasıta*"<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> AKİPEK I, s. 37.

<sup>30</sup> *ibid.*, s. 88. Ancak "*olan hukuk'un dar kalıplarından kurtulmak, devletler hukukuna istikamet vermek istediğimiz anda, hukuk felsefesinin yardımına müracaat etmek zorundayız*", bkz. *ibid.*, s. 38. Zira, "*herhangi bir spekülasyondan ve değer hükmünden uzak... toplumbilim*" (sosyoloji) veya "*genellemeleri ('kanunları')*"nı "*daima göz (ö)nünde tutmak zorunda*" olduğumuz "*iktisat*" (ekonomi) karşısında, "*olan hukuk' sahasından*

Böylece, "*devletler hukuku tarihi*", her bir devre karakterini veren özelliklere göre devirlere ayrılır; karakterlerin ne olduğunu belirleyen ise günümüz "*devletler hukuku*"dur. Dolayısıyla, günümüz diline benzeşen bir dili kullananlar ile kullanmayanlar, bilinebildiği ölçüde bir diğerinden; birincilerin içinde de günümüzdeki anlayışla ilişki kurulabilenler ile kurulamayanlar ayrılır, bunlardan ilki teyit veya reddedilir. Doktrindeki hakim görüşün, AKİPEK'in ifadesiyle "*olan hukukun dar kalıpları*"nı, yani doktrinle doktrin dışını bilinçli veya bilinçsiz biçimde belirleyeni (*diakrisis*), "*durağanlığı içinde(ki) zenginliği*" (*adraneia-tisavros*) takip edenlerin, doktrinerlerin ayırdedici niteliklerinden biri, anılan nedenle, "tarih" veya "zaman" yerine "tarihçe"ye, "tarihin özeti"ne, "kronoloji"ye (=zaman bilgisi) yönelmesi; çifte anlamda çelişik biçimde, yani sadece ele alınan konuyla ilgili olduğu ölçüde tarihi önemsemesi ve hangi konuyla hangi "an"ın önemli olduğu konusunda ayrılığa düşülmesi, önemser görünürken önemsememesi; kendini önemseyene, kendinin önemsenmemesi gerektiğini öğretmesidir<sup>31</sup>.

**§13.-Kanaatimizce** doktriner görüşleri, benzerlik ve farkları açısından doktrinde alışılanlardan başka yönlerden de incelemek mümkündür. Böyle ise, anılan yönlerden biri,

---

*çıkıp da, 'olması lazım gelen hukuk'tan bahsetme(y)e başladığımız an, hukuk dogmatikini terk (e)tmış... oluruz... '(O)lan devletler hukuku'nu tenkit ile daha iyi bir devletler hukukunun olabileceğinden, olması lazım geldiğinden bahsetm(e)ye başladığımız an, devletler hukuku felsefesinin sınırları içerisine girmiş bulunuyoruz, demektir", bkz. ibid., ss. 37-40.*

<sup>31</sup> Hukuk-dışı öğelere duyarlı, "*realist*" cephenin, PAZARCI vd. tarafından unutulmuş görünen programı için bkz. Seha L. MERAY, *Kronik*, 19 AÜSBFD 199 (1964). Realist tasarıma göre; diskur, öz. hitap edilen öğrenci dikkate alınarak hazırlanmalı; öğrenciye "*meselenin özü... takrir usulü*" ile aktarılmalıdır. Örn. "...*hukukun tarifinin ne kadar güç ve karmaşık bir iş olduğunu biliyoruz. Bu sebeple bir devletler hukuku kitabında, hukukun ne şekilde tarif edilmesi gerektiği üzerine bilimsel bir münakaşaya girişmekten kaçınıyoruz*", bkz. AKİPEK I, s. 16. "Hukuk"un tarif edilmekten kaçınılırken tarif edildiğine dikkat ediniz.

söz konusu görüşlerin birleştiği, benzeştiği ve ayrıştığı hususları *yazının elverdiği ölçüde* belirlemek, hakim görüş ile eleştirisinden ne anladığımızı ortaya koymaktır. O halde, doktrini, doktriner görüşleri ve doktrin dışında kalanı bahsettiğimiz yönlerden birine göre belirlememiz; belirlenebilir, görünebilir hale getirmemiz gerekir.

Hakim görüş (*ortodoxia*), Yunanca'da birden fazla anlamı olan iki sözcüğün her birinin belirli anlamlarının bileşiminden oluşur: Doğru (*ortos*) ve görüş (*doxa*)<sup>32</sup>. Diğer bir anlatımla, hakim olan görüş aynı zamanda doğru görüştür. Bununla birlikte ele alınan alana göre hangi görüşün, nerede, ne zaman hakim veya doğru olduğu değişkenlik arz eder: Gerçek ile doğru her zaman eş olmadığı gibi doğru olanın da her zaman gerçek olması gerekmez. Tersi yönden de hakimiyet ile doğruluğun ilişkisini düşünmek gerekir. Hakim olan her zaman doğru, doğru olan her zaman hakim midir? *Bize göre*, hakim görüşü, bir alanda hakim hale getiren kendisine hakim olunanlar, özellikle azınlık görüşüdür (*eterodoxia*) ve sonuncu kavram, Yunanca'da birden fazla anlamı olan iki sözcüğün her birinin belirli anlamlarının bileşiminden oluşur: Yanlış (*eteros*) ve görüş (*doxa*)<sup>33</sup>. Hakim-

---

<sup>32</sup> *Sözlük anlamı yönünden* "ortos" (ὀρθός); bağlamına göre değişmekle birlikte, adil, doğru, dosdoğru, düz, üstün, haklı, güvenli, müreffeh anlamına gelirken "doxa" (δόξα) beklenti, nosyon, kavram, hüküm, fikir, görüş; çoğu zaman olumlama ifade etmek üzere biri veya bir şey hakkında diğerlerinin görüşü, genel kanaat, şan, ün, şöhret; fiziki yönden azamet anlamına gelebilir, karş. *supra* Giriş, dn. 5. "Ortodoxia" (ὀρθοδοξία), "orti doxa" (ορθή δόξα) veya "efdoxia" (εὐδοξία), haklı, doğru veya gerçeğe uygun görüş (ἀληθὴ δόξαν); eylem halinde (ἀληθὴ δόξαζεν) gerçeğe uygun, haklı, doğru görüş vermek demektir. Karş. Suat SİNA-NOĞLU, **Kelimelerin Etymonu Esas Tutularak Tertiplenen Yunanca-Türkçe Sözlük**, Ankara, AÜDTCF Yayınları No.78, Klasik Filoloji No.5, 1953, ss. 71, 203 ve DIELS/KRANZ III, S.134, 317.

<sup>33</sup> *Sözlük anlamı yönünden* "eteros" (ἕτερος); bağlamına göre değişmekle birlikte, ikili içinde diğeri, öteki, takip eden, farklı; geriye kalan, hariç, diğerine eşit olmayan; düşman, komşu; türdeş olmayan, ayrık; olması gerekene uymayan anlamına gelir; "doxa" için *supra* dn. 32. Her iki kelime bileşik biçimde kullanıldığında, "heterodoxia" (ἑτεροδοξία), biriyle ötekini değiştirme; görüş ayrılığı; yanlış, farklı, gerçeğe uymayan görüş

doğru görüş için söz konusu olan sorun, azınlık-yanlış görüş yönünden, etkisi daha da fazla hissedilecek biçimde geçerlidir: Bir görüş yanlış olduğu için mi azınlıktadır yoksa azınlık olduğu için mi yanlıştır? Böyle ise yanlışlığın ölçüsü, doğruluğa, hakim görüş veya gerçeğe uygunluğu veya mesafesi midir? *Kanaatimizce*, anılan sorular, doktrinde onları en dikkat çekici biçimde ele alan AKİPEK'in anlatısını ele almamızı gerektiriyor.

Uluslararası hukuk doktrinine aktarıldığında, yukarıdaki sorular Şöyle zetlenebilir: "*Hangi Şartlar altında ve hangi ereve içinde devletler hukukunda üzerinde Şüphe edilm(e)yen, iyice bilinen bilgi mümkündür?*"<sup>34</sup> Zira ancak böyle bir "*sistematik hale getirilmiş bilgi*" sayesinde ki o ölçü alınarak kendisine göre doğru ve yanlış tespit edilebilir. Dolayısıyla, hukuk ve hukuk dışını ayıran çerçevenin içinde bir diğer ereve daha bulunur (*Spiegel im Spiegel*). Diğer bir anlatımla, ikinci ereve, "*müspet hukuk veya hukuk dogmatiği*", "*olan hukuk*", kendisi "*hakkında tam bir bilgi edinme*"nin "*mümkün*" olması nedeniyle, hukuk dogmatiği içinde doğru ve yanlış olanı ayırır ve her iki çerçevenin arasında kalan, yanlış görüş aıt alan, iki ereve tarafından aynı anda belirlenir. Bu alan, örneğin, içerideki çerçevenin iinin "*daha iyi hale getirilmesi*", diğer bir deyişle "*olan hukukun' daha iyi olabileceği hakkında... kanaat*"ten de farklıdır. Bahse konu kanaat, örneğin içeride yer alan çerçeveden (*hukuk dogmatiği veya olan, müspet hukuka ilişkin doğru bilgi*) farklı olarak, bilinemez. Zira, içerideki çerçevenin dışında kalan, dogmatiğin (*olan, müspet hukukun*) "*daha iyi hale getirilmesi hakkındaki kanaat*"in bulunduğu alan

---

(*psevidi doxan*=ψευδής δοξαν); eylem halinde (*eterodoxein*=έτεροδοξείν) böyle görüş vermek anlamına gelir. Karş. e.g. SİNANOĞLU, ss. 86-87 ve DIELS/KRANZ III, S. 179.

<sup>34</sup> AKİPEK I, s. 38. Sorunun kökenini oluşturması itibariyle, Vestfalya Andlaşmalarının ardından ortaya çıkan "*(o)lan hukuk' ile 'olması lazım gelen hukuk' arasındaki tefrikten doğan iki temel okul ve... bunlar arasında mutavassıt veya muhtelit diyebileceğimiz cereyan vardır*", bkz. *ibid.*, s. 94 (*Sonuncuyla GROTIUS kastedilir*).

"ıslahtan sonra ortaya çıkacak durum hakkında tam bir fikre sahip olmayı gerektirir"<sup>35</sup>.

Dolayısıyla, hukuk dogmatğine ilişkin yanlış görüş ile yukarıda bahsi geçen kanaat birbirinden farklı olduğu gibi olan, müspet hukukun (*hukuk dogmatğinin*) daha iyi olması hakkındaki kanaate sahip olmakla birlikte daha iyinin ne olduğu konusunda tam bir fikir sahibi olunmadığında hukuk dogmatğı (*olan, müspet hukuk*) terk edilmiş olur. Bununla birlikte, bilinmemesi yönünden, yanlış görüş ile kanaat arasında büyük bir fark yoktur. Zira, neyi yanlış bildiğimizi, onu bildiğimiz anda bilirsek görüşümüz yanlış olmaktan çıkar, ancak neyi yanlış bildiğimizi bilmemiz yanlış olarak bildiğimizin yanlışlığını değiştirmez; kanaat yönünden de durum böyle olmak gerekir. Bütün bunlarla birlikte, anılan kanaat hakkında tam, "*kusursuz*" bir "*fikir*"e sahip olduğu anda, diğer bir anlatımla, "*ıslah*" edilmek gerektiği kanaatinde olunan hukuk dogmatğinin (*olan, müspet hukuk*) ıslah edilmiş, kusursuz halinin ne olacağına ilişkin "*zihni faaliyet eseri*" olarak "*hukuk ide-si*"ne, oradan da "*olması lazım gelen*", "*tabii hukuk idesi*"ne ulaşılır. Ancak, tüm bu zihinsel faaliyet neticesinde kendisine ulaşılan "*tabii hukuk idesi*", irade dışı, objektif ve kendisine ulaşmaya çalışan sujedenden bağımsızdır: Olan, müspet hukukun, hukuk dogmatğinin kendisine göre değerlendirilmesine, diğer bir ifadeyle, "*iyi*" olup olmadığını "*değer*"lendirmeye yarayan ölçüt "*tabii hukuk*"ken "*ideal hukuk*", hukuk idesi doğrultusunda ıslah edilmeye, "*gerçekleştirilmesine çalışıl*"an hukuktur. Dolayısıyla, içerideki çerçeve yönünden belirleyici olan bilgi veya bilinebilirlik, içerideki çerçeve ile dışarıdaki çerçevenin içi arasındaki alan yönünden belirleyici olan ise fikir veya düşünülebilirliktir. *Birincisi*, olan, müspet hukuk, hukuk dogmatğı yönünden bilinebilen, hakkında doğru veya yanlış

---

<sup>35</sup> *Inter alia*, "adil", "makul" gibi ölçütler yerine "iyi" sözcüğünün kullanılmasına; "daha iyi"nin, hali hazırdaki durum üzerine herhangi bir yargıyı belirtmemesine veya "iyi"ye yönelimin varsayıldığına dikkat ediniz. Aşağıda özetlenen akıl yürütme ve alıntılanan ifadeler için bkz. AKİPEK I, s. 17.

bilgi sahibi olunabilen bir saha söz konusuysen; *ikincisi*, ideal, yani olan, müspet hukukun, hukuk dogmatığının ıslahı sonrası hakkında tam bir fikir sahibi olunabilen ve gerçekleştirilmesine çalışılan kusursuz ama subjektif niteliğe sahip hukuk *ile* olan, müspet hukuk, hukuk dogmatığı hakkında bir değer hükmü vermek için ölçüt niteliği taşıyan prensipleri haiz, daima mevcut, etik ölçülere göre daima değerli, objektif ve mutlak nitelikte olan tabii hukuku belirten sahadır. Diğer bir anlatımla, örneğin, doktrinde "*devletler hukukunun hukuk sistemi içindeki yeri*", yine doktrinde<sup>36</sup> hakkında farklı görüşlerin varlığına karşın, yani doktrinde değil "*müspet hukukta*" (*hukuk dogmatığı*) aranmalıdır<sup>37</sup>. Öte yandan, uluslararası hukukun kaynağı, dogmatığı "*doğrudan doğruya*" ilgilendirmediği gibi dogmatığı, doğru veya yanlış, *bildiren* doktrin rolü dogmatığa "*psikolojik bakımdan tesir*"i olabilir<sup>38</sup>.

Yukarıda özetlendiği biçimiyle, uluslararası hukukun bağlayıcılık kaynağının "*hukuk-dışı*" görülmesinde veya şekli kaynaklarının ne şekilde ortaya çıktığına ilişkin "*hukuki*" sorunlarda, anılanları açıklamaya yönelik, *sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihi şartları akılda tutularak* 19. yüzyıl sonundaki *teorik girişimlerin dışlanması*<sup>39</sup> ile şekli kay-

---

<sup>36</sup> Yinelemeyi, anlatım bozukluğuna yol açtığını bilerek yapıyoruz. Zira, AKİPEK, doktrin adına, doktriner açıdan, doktrin "*devletler hukukunun hukuk sistemi içindeki yeri*"ni açıklamadaki yetersizliğini yazıyor.

<sup>37</sup> AKİPEK I, ss. 21, 24-25 ("*ve tatbikatta*").

<sup>38</sup> *ibid.*, ss. 63 ("*...devletler hukukunun menşeinin araştırılması ve izahı, devletler hukuku dogmatığını doğrudan doğruya ilgilendirmez*"); 75 ("*...doktrin direkt bir kaynak olma vasfını kaybetmiştir...*") ve karşı. 74 ("*(d)oktrin, yalnız 'olan' açısından değil, 'olması lazım gelen' açısından da meseleleri ve konuları ele alabilir. Böylelikle 'olan'ın ıslahında müessir olur...*").

<sup>39</sup> (Georges) SCELLE'in görüşlerini "*her bakımdan olmasa bile*" üstün tutan ve diğerlerini pratik biçimde birleştirmeye çabalayan AKİPEK (*ibid.*, s. 58) dışında, yukarıda anılan yazarların (*supra* §10, 11) hemen tamamı bahse konu girişimleri yetersiz bulur.

nakların, yani uluslararası hukuk kurallarının meydana gelişinin *mitolojik* veya *metaforik*<sup>40</sup> biçimde tarifine şaşırılmamak gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin, AKİPEK'e göre,

"...*hukuk kaideleri, hem kendiliğinden (spontanément) meydana gelir (...'fıskırır(,) 'kaynar'), hem de yetkili şahıs veya organlar (kanun-koyan) tarafından konulmak suretiyle husul bulur*"<sup>41</sup>.

Dolayısıyla, realist tasarımda *bir yandan* hukuk dogmatığı *daha* dogmatik hale getirilmekte, *öte yandan* dogmatik olmadığı belirtilen alanlara girilmek mümkün olmakla birlikte girilmesi doktriner açıdan imkansız, kabul edilemez olduğundan *ya kendiliğinden* olduğu belirtilmekte *ya da irreal (gerçek-dışı)* öğelere dayandırılmaktadır. Diğer bir deyişle, realist tasarımın ana karakteristiği, onu "*hukuki*" yapan, yeterince realist olamamasıdır. Yine, başka bir anlatımla, hukuki real-izm ("*-" bilinçli kullanılmıştır*") de "*hukuk*"u "*Hukuk*" yapan temel niteliği, çerçevenin kendisini yineler; hukuk emir ve yasaklar

---

<sup>40</sup> BARTHES'in "bugünün mitolojileri" üzerine yaklaşımını kastediyoruz, bkz. *id.*, not. pp. 187-188, 196-197, 201-211 ve karşı. Michel FOUCAULT, *L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale*, 5 DEVIANCE ET SOCIÉTÉ 403 (1981) (*Modern tıp ve hukukun "teknik"ine yönelik eleştiridir*).

<sup>41</sup> AKİPEK I, s. 62 (*Sorun hukuk sosyolojisine şöyle gönderilir: "Aslında, bütün bu soruların cevaplandırılması, yani hukukun ne şekilde doğduğunun araştırılması..., menşe meselesi, hukuk ilminden ziyade hukuk sosyolojisinin işidir. Ancak bir kere bir 'kanun-koyan' meydana geldikten sonra, bu kanun-koyan şahıs veya organların kimler veya neler olduğunun tespit edilip... bildirilmesi... hukuk biliminin görevidir."*) ve karşı. 12 ("*...düzen, toplum ile beraber kendiliğinden (spontanément) meydana gelir*"), 13 (*Hukuk düzeni ve ilahi düzeni ayırırken: "...(F)ark... her iki tip kaidelerin ihlali halinde ortaya çıkar. Din kaidelerine uymadıkları takdirde insanlar, bu dünyada veya öbür dünyada Tanrının tespit ettiği cezalara çarptırılacaklarına inanırlar... hukuk kaidelerinin müeyyidesi, ya 'spontane'dir, yahut da bizzat hukuk s(u)jeleri tarafından konulmuştur*"), 74 (*Doktriner faaliyetlerin kaynak oluşturmadığı bahsinde: "...Doktriner faaliyet neticesinde olduğu gibi, toplumda örf ve adet kaideleri şeklinde bu tip genellemelere 'spontane' olarak varıldığı da vakidir*"). AKİPEK, "*hukuk bilimi*"nin "*genelleme*" ile ilişkisinde benimsediği görüşü, *hukukun genel ilkeleri ile ilgili olarak* terk etmiş görünür, karşı. Giriş, dn. 8.

bütünü<sup>42</sup> ise, daha üstün olan yasak, yani esas yasaklanan (=Yasak), hukukun kendisi (=Hukuk) üzerine düşünmek, onu sorgulamak veya AKİPEK'in ifadesiyle nasıl "daha iyi" olacağı fikrinin kendisi üzerine fikir yürütmek, sosyal düzeni, düzeni hukuki hale getireni, AKİPEK'in ifadesiyle "kanun-koyan"ı veya çerçeveyi, Hukuk'u tartışmaktır<sup>43</sup>. Böyle ise, anılan yönden, hukuki alan, kanaatimizce, ilahiyat ve sanat ile aynı yapısal nitelikleri, aynı karakteristiği taşır. Yazılı olan söze, kitap derse, reel irreele, suje objeye, barış savaşa, olağan olağanüstüye, düzen anarşiye, iradi gayrı-iradiye, resmi özele, hukuk hukuk-dışına, kural ihlaline, doğru yanlış, hakim azınlığa bağlanır; bağlanan, bağlanılan, bağ, bağlam tartışılmaz (*l'hypersymbol-isme*). *Doktrin dahil her toplumda, bazıları tarafından ihlal edileceği bilinerek konulan yasak-lar kadar kullanılmamak üzere verilen hak-lar da vardır:* Tartışılması halinde Hukuk-Yasak'ın dışına çıkarılır; hak kullanılmaması kaydıyla tanın-

---

<sup>42</sup> AKİPEK I, s. 13 ("*Aslında hukuk-dışı düzen ve hukuk düzeni; bir büyük düzenin, bir arada yaşama düzeninin (coexistence) iki cüzüdür... toplumsal düzeni sağlayan kaideler... aslında emir ve yasaklamalardır*").

<sup>43</sup> *ibid.*, s. 62. İronik biçimde, anılanları dolaylı da olsa ifade eden AKİPEK, bu sorunların yanıtını aramaması yönünden doktrinerdir, ancak doktriner yönden azınlık görüşü oluşturur. Yukarıda izah ettiğimiz görüş, özü itibariyle "dilbilimci-postyapısalcı-yapıbozumcu"yla "postmodern-psikanalist"in üzerinde görüş birliğine vardığı nadir hususlardan biridir, bkz. e.g. DERRIDA (1985), not. pp. 115, 119, 121-122 ("*...la loi est l'interdit... cela ne signifie pas qu'elle interdit mais qu'elle est elle-même interdite, un lieu interdit. Elle s'interdit et contredit en mettant l'homme dans sa propre contradiction: on ne peut arriver jusqu'à elle et pour avoir rapport avec elle selon le respect, il faut ne pas, il ne faut pas avoir rapport à elle, il faut interrompre la relation. Il faut n'entrer en relation qu'avec ses représentants, ses exemples, ses gardiens. Et ce sont des interrepteurs autant que des messagers. Il faut ne pas savoir qui elle est, ce qu'elle est, où elle est, où et comment elle se présente, d'où elle vient et d'où elle parle. Voilà ce qu'il faut au il faut de la loi*") ve ZIZEK (2008), pp. 95, n. 35; 203-209 ("*Law is law*"); 226-227, n.30. Ayrıca bkz. FOUCAULT (1981), pp.408-411, 414-418; BARTHES, p.210 ("*Form*", *hakkında sadece anlam gibi (comme signification) hüküm verebilir, ifade gibi değil (non comme expression)*); G.DELEUZE, **Différence et répétition**, 7<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 1993 (1968), p.20 et seq. ve P.BOURDIEU, **Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective dans** F.CHAZEL, J.COMMAILLE, **Normes juridiques et régulation sociale**, Paris, LGDJ, 1991, pp.95-99 ("*...cette sorte de tour de passe-passe..., par lequel le juriste donne comme fondé a priori, déductivement, quelque chose qui est fondé a posteriori, empiriquement...*").

mıştır. Örneğin, uluslararası andlaşmalarda çekinceler yönünden, UAD'nin 1951 yılında verdiği danışma görüşünde, Divan'daki çoğunluk-azlık oyu belirtilen bağlamda anlaşılabilir. Danışma Görüşü, doktrinde "*çekinceler*" ile anılmasına rağmen tartışma, çekincelere göre "öteki" ama gerçeğe (*gerçeğin gerçekliğine?*) ait tartışmanın "kendisi"ne (*soykırım*) ilişkin yargının, hükmün tartışılmamasına dayalıdır<sup>44</sup>. *Ortodoxia* ve *heterodoxia*'yı birleştiren *doxa*; bunların şartı, belirleyicisi ise karşıt görüştür.

## B. EFLATUN'UN ECZANESİ

**§14.-**Yukarıda anlatılanlar ışığında *zaten hiç çıkmadığımız söylenebilirse de* EFLATUN'un eczanesine dönüyoruz. EFLATUN'un yazdıkları ve onun yazdıkları üzerine yazılanların hacmi, özellikle Batı uygarlığının felsefi tarihi, düşünce yapısı, kurumları ve kuralları dü-

---

<sup>44</sup> UAD'nin "*Çekinceler Danışma Görüşü*" için bkz. Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide, 1951 ICJ Rep. 15, not. 23 (Mai 28). Divan, soykırımı (*genocide/genocide*) "*uluslararası hukukta bir suç*" olarak nitelerken, insan topluluklarının tümünün yaşama hakkını reddetmeyi, insanlığın bilincini şok eden, insanlığa büyük kayıp verir ve "*ahlaki hukuk*"a, Birleşmiş Milletler'in "*ruhu*"na ve "*amaçları*"na aykırı bulur ("*Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme « un crime de droit des gens » impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies*"). AKİPEK'e göre, "...*şahıslar arasındaki münasebetler; ancak hukuk kaidelerine riayet sayesinde bir düzen içerisinde cereyan eder... O halde, insanlığın bekası hukuk düzenindedir*", bkz. AKİPEK I, s. 15. Her iki örnekte de şahsın topluma, devlet, düzen, insanlık ve bekanın hukuka bağlanışına; kişi (*anonimlik*) ve zaman (*genelgeçerlik*) yönünden tercih edilen ifadelere dikkat ediniz. Diğerleri yanında felsefe ve sosyolojiyi dışlayan hukuk dogmatizmini, *dogmatik* yapan budur. Dikkatlerin, dogmatik biçimde, soykırımın neden ortaya çıktığından veya önlenemediğinden ziyade soykırımın ardından onu reddetmenin tabiiğine çekilmesidir.

şünülecek olursa ele alacağımız yönlerin hep eksik; sıkça, genel kabul gören yorum veya anlayışa aykırı kalacağını, kalabileceğini düşünüyoruz. Bununla birlikte, *naif biçimde*, platonik söyleme dönerek anılan bağlamın farklı bir yönden okunabileceğine inanıyoruz.

*Platonik söylemde* birbirinden farklı üç tipe sürekli biçimde yer verildiği görülür: *İlki*, SOKRAT'ın veya diyaloglarda söz alanların (örn. *PROTAGORAS*) görüşüne başvurduğu, anonim, o dönem (öz. *MÖ 5.-4. yüzyıllar*) için geçmişte, tanrılar katında veya Atina dışında yaşadığına inanılan, kendisinden öğrenilen bilgiler (*sofoi*); *ikincisi* SOKRAT veya diğerlerinin çoğu kere övdüğü, erdemi (*sofia; areti*) sevenler (*filosofoi*) ve *üçüncüsü* çoğu zaman yerilen, ilden ile gezen, menfaat karşılığı, sanatını diğerleriyle, özellikle kendisine ödeyenlerle paylaşan ve hitabeti, tartışmayı, temsili, retorik sanat edinmiş, rutin biçimde icra edenler (*sofistes; ritores-eristikoi-dikanikoi*). Örneğin, Teetetos'ta EFLATUN, SOKRAT'a aşağıdakileri söyler:

"...(G)ençliğinden itibaren mahkemelerde ve aynı türden meclislerde bulunanlar, felsefe ve bu türden çalışmalarla yetişenler ile karşılaştırıldığında özgür olanlar ile kölelere benzer"<sup>45</sup>.

O anlamda ki filozoflar için zaman önemsizdir, onlar kısa veya uzun, dilediklerince ama doğruya erişmek için karşılıklı konuşur<sup>46</sup> (*dialegein*); halbuki diğerlerinin ikna etmek (*peitein*) zorunda olduğu efendilerine hitaben konuşurken kaybedecek zamanı yoktur, zira:

---

<sup>45</sup> PLATON (1924), §172c-d.

<sup>46</sup> Karşılıklı konuşmanın daima SOKRAT veya fikri üstün tutulan lehine oluşu dikkat çekicidir. Öz. erken dönem diyaloglarda belirgin olan bu husus, olgunluk ve ileri yaşlarındaki diyaloglarında EFLATUN'un, fikri üstün tutulanların karşısındakilere çoğu kere onay veya red dışında söz hakkı tanımayışına dayandırılabilir, bkz. Gilles DELEUZE, *Renverser le platonisme (le simulacre)*, 71 REVUE DE LA METAPHYSIQUE ET DE MORALE 426, 427 (1971) ("*En termes généraux, le motif de la théorie des Idées doit être cherché du côté d'une volonté de sélectionner, de trier... (La méthode de la division)... ramasse toute la puissance de la*

"...(A)kan su beklemez. Söylediklerinin konusunu belirlemek onların takdirinde değildir..."<sup>47</sup>.

Dolayısıyla, sofistlerin veya hatiplerin doğru görüş ile, bilim (*epistimi*) ile veya hakikat (*aliteia*) ile ilgisi olması gerekmez. Diğer bir anlatımla,

"...Onların sanatları ile yarattığı ikna, gerçekte eğitime dayanmaz, fakat diledikleri görüşü doğurmalarına dayanır... (İ)nanıyor musun ki, pek az suyun aktığı bir zaman içinde, olanın gerçekliğini, para hırsızlığı veya başka türlü haksızlığın olduğuna hiçbir şekilde şahit olmayana gereğince öğretebilecek derecede bilge bir kişi olabilsin?"<sup>48</sup>.

Zira gerçek söylem (*logos*), gerçeğe uygun sözdür (*legein*): O halde, EFLATUN'un yazılarının hemen tamamı niye konuşma, yani yazıya aktarılan sözlü, sözcüğe (*lexis*) bağlı iletişim, soru ve cevaplar (*tekni i dialektiki*), diyaloglar tarzında (*lexis*) kaleme alınmıştır (*grafein*)? Bizim de katıldığımız fikre göre, EFLATUN, SOKRAT ve diğerleri aracılığıyla, hakikati taklit edenleri taklit ederek, taklit edenlerin taklit ettiği hakikati bulmaya çalışmaktadır. Diğer bir anlatımla, sesi (*foni*) yansıtan yazı (*grafi*), hakikate dayandığı, yansıttığı zaman ve o ölçüde yaşayan bir diyalogda (*dialogos*), söylemde (*logos*) yer bulabilir, aksi halde kendisine, yarı-canlı olarak pek az yer vardır; söz ve hukuk (*logos* ve *nomos*) ilişiktir, kanunlar konuşur: İyi, makul kanunkoyma yazılıdır, kanunkoyan yazar, hakim oku-

---

*dialectique, pour la fondre avec une autre puissance... (C'est) une dialectique de la rivalité...*") ve S. ZIZEK, **Organs without Bodies**, Routledge, NY, London, 2003, p. ix ("Deleuze was well known for his aversion toward debate... all great dialogues in... history of philosophy were... cases of misunderstanding...").

<sup>47</sup> PLATON (1924), §172d-e.

<sup>48</sup> *ibid.*, §201a-b. Mahkeme önünde temsili (*eristiki*) konu edinen Ötidemos'ta, Ötidemos ve Ktisippos arasındaki konuşmada, eylem (*praxeien*) ile söz, hitabet (*lego*) birleştirilir, bkz. PLATON (1931), §284b, p. 162.

yucudur<sup>49</sup>. EFLATUN'un, ideal ama kanunların yeniden yazıldığı hayali, olağanüstü bir durumda konuştuğu ATİNALI YABANCI'ya göre, özel meselelere değil siteye (*polis*) ait; iyi kişilerce (*nomografoi?*) yazılmış ve yeterince mükemmel olana değin koruyucuları (*nomofilakoi*) tarafından düzeltilen, tecrübeyle denetlenen kanunlar (*nomotetimata*), o an nihai olmalı, değişmemek üzere mühürlenmeli ve sitenin ömrü boyu uygulanmalıdır:

"...Her kim muhik ve adil bir hakim olmak isterse tüm bu kuralları gözü önünde, yazılı halde tutmalı ve onlara çalışmalıdır; zira tüm bilimler içinde, öğrenilenlerden öğrenciyi en üstün kılan kanunlara ilişkin olandır, yeter ki kanunlar doğru... olsun, aksi halde, ilahi ve hayranlık uyandıran kanun (*nomos*), zihne (*nous*) benzer bir isme sahip olur. Ve diğer tüm söylemleri... değerlendirmek için güvenilir mihenk taşı kanunkoyucunun yazdıklarıdır (*nomoteton grammata*)... İyi hakim... kendini ve siteyi idaresi için... diğer söylemlere panzehir olarak (*alexifarmaka*), zihninde bunları koruması gerekir..."<sup>50</sup>.

Panzehir, *inter alia* Teetetos'ta ilaçtır (*farmakon*), EFLATUN'un SOKRAT'ı, PROTAGORAS'ını savunurken (*apologia*) şöyle der:

---

<sup>49</sup> DERRIDA (1972), pp. 123 ("...Platon imite les imitateurs pour restaurer la vérité de ce qu'ils imitent: la vérité elle-même..."), 125, 143-144; 165 ("...Il n'y a donc pas pour Platon de chose écrite. Il y a un logos plus ou moins vivant, plus ou moins près de soi..."), 167; 175 ("...Cette écriture doit être capable de se soutenir elle-même dans le dialogue vivant et surtout d'enseigner convenablement le vrai, tel qu'il est déjà constitué...").

<sup>50</sup> PLATON, **Les lois (Livres VII-XII)**, traduction nouvelle par E.CHAMBRY, Paris, Garnier, (1946) (PLATON (1946b)), §957a-d ve p. 272, n. 47 (EFLATUN, *zeka* (νόος) ve *kanun* (νόμος) arasındaki yazım farkına işaret eder. DERRIDA'nın incelediği eser, BUDE çevirisidir; birtakım farklar bulunmakla birlikte GARNIER çevirisinde de aynı yol izlenmiştir), karşı. *infra* dn. 54 ve eşlik ettiği metin. EFLATUN, hazzı konu edinen Filebos'ta, SOKRAT'ın diliyle, bilgelerin (*sofoi*) tümünün, zihni (*nous*), evrenin ve yerin hakimi gördüğünü belirtir, bkz. *id.*, **Philebe**, texte établi et traduit par A.DIES, Paris, Les Belles Lettres, 1993, §28c.

"...(Ö)nceden konuştuğlarımızı hatırlayın; hasta olan için gıda sevimsiz görünebilir ve olabilir, fakat sağlıklı olan için tersi varittir... Onlardan birinin daha bilge (sofoteron) olduğunu söyleyemeyiz...(H)asta olanı, öyle düşündüğü için cahil (amatis) olmakla suçlayamayacağımız (katigorateon) gibi sağlıklı olanı da farklı düşündüğü için bilge (sofos) sayamayız... Kendisine varmaya çalıştığımız, bir halden diğerine geçiştir, zira hallerden biri diğerinden daha iyidir... (E)ğitimde de bir halden, daha değerli olan diğerine geçiş (metaoliteon) yeğlenir: ...(D)oktor (iatros) bu geçişi ilaçla (farmakois) sağlar; sofist de söylemiyle (logois). Yanlış görüşte (psevdi doxazonta) olanı... doğruya sevk etmek... imkansızdır; zira düşünce (doxasai), ona sahip olanda, mevcut tutku (pasxi)... dışında başka bir şeyi ifade etmez, her zaman doğrudur (aliti)"<sup>51</sup>.

Halbuki EFLATUN'un SOKRAT'ına göre:

"SOKRAT – ...Doğru görüş (doxa ara alitis), eylemin (praxeos) doğruluğuna (ortotita) rehberliği (igemon froniseos) yönünden aşağı kalmaz ve bu, erdem (aretis) niteliklerini irdelediğimizde göz ardı ettiğimizdir; bize göre yalnızca akıl (monon fronisis) eylemi doğru biçimde yönlendirmeye ehildir; keza, doğru görüş (doxa in alitis) ile hareket de doğru olur (ortos prattein)...  
MENON – ...(Ö)yle görünüyor...

SOK. – Öyleyse, doğru görüş (orti doxa) bilimden (epistimis) daha az yararlı (ufelimon) değildir... – ...Bilim, iyi ve bu sayede siteye yararlı insanların (agatoi... kai ufelimois andres) yetişmesi

---

<sup>51</sup> PLATON (1924), §166e-167a ve karşı. e.g. PLATON (1933a), §270b.

*için yegane şey... (ve) bilim (fronisis?) ve doğru görüş (efdoxia)  
doğadan (fisei) gelmediğine..."<sup>52</sup>*

Göre erdemın öğrenimle ilişkisi önemlidir: Doğru görüş bir yana, bilim, öğretilemez, öğrenilemez olduğundan erdem ancak ilahi kader (*teia moira*) olabilir; doğadan (*fusis*) gelmez, ilahidir (*teiois*). Ne ki adil olanla olmayanda her zaman iyiye karşıt vardır; ilahi yönden buna yer yokken yerde, insanlar arasında bu, gerekliliktir: Adalet, en adil (*dikaioatos*) ilahdır, ölçü buna benzerliktir, insan değil<sup>53</sup>. Sitenin düzeni, otoriteye (*arxi*) dayandığına göre kimin kime hükmedeceğinde ve kanunların iyi, adil (*ortous nomous*) sayılması için sitenin yararına ama o kanunlara uyanların onları temininde anlaşan ATİNALI YABANCI ve KLİNİAS'a göre, kanunların ölçüsü ilahidir:

*"ATİNALI YABANCI – ...(U)zun zaman önce... Kronos zamanında bir hükümet vardı, bir idare ki insanların mutluluğunu sağladı,... bugünün en iyisi onun taklidinden (mimima) öteye gidemez... (713a-b) – ...Eski bir geleneği (o palaios logos) sürdürerek... denir ki 'ilah, kendi doğası gereği (fusin periporeuomenos) varlıkların başında (arxin), sonunda (teleutin) ve özündedir, doğru yolda yürür (mesa ton onton apanton exon) ve... ilahi kanunun (tou teiou nomou) ihlallerini cezalandıran adalet her*

---

<sup>52</sup> PLATON, **Gorgias-Menon**, texte établi et traduit par A.CROISET avec la collaboration de L.BODIN, Paris, Les Belles Lettres, 1965, §97b-c, 98c-d, 99b-c, 100b, pp.275-276, 278-280; 277, n.1 (CROISET/BODIN'e göre; EFLATUN "bilim"i (epistimi=ἐπιστήμη) kastettiği halde, "neredeyse onun eşanlamlısı" olarak "akal" (φρόνησις) sözcüğünü kullanır ve birinciyi tercih eder; EFLATUN da 99b'de bunu doğrular). Bildiğimiz kadarıyla, EFLATUN'un "bilgi teorisi"nin en özlü ifadesi, Menon'dadır: Din adamları (*iereon, iereion*) ve şairlere (*poiiton*) göre; ölüm, ruh (*psyxi*) ve bedenın (*soma*) ayrılmasıdır, ruh ölmez; bedene döndüğünde öğrenilenler aslında öğrenim (*matisis; didaxi*) değil hatırlamadır (*anamnisis*); araştırma (*zitein*) ve bilme (*mantanein*) hatırlamadan başka şey değildir, bkz. *ibid.*, §81a-82a, pp. 250-251.

<sup>53</sup> PLATON (1924), §176b-c (*PROTAGORAS'ın meşhur sözüne karşı: İnsan her şeyin ölçüsüdür*). Gorgias'ta SOKRAT, "ölçü"yü şöyle koyar: Geometrik eşitlik (*isotis i geometriki*), PLATON (1965), §508a, p. 198.

*zaman onu izler'... KLINIAS – ...Herkes ilahiyatı, ilahi olanı (to teo dei dianoitinai) takip edenlerden olmak ister...*

*AT.YAB. – O halde ilahı memnun eden ve kendinin ona uygunluğunu sağlayan davranış (praxis) nedir? Bir antik deyişe göre (ena logon exousa arxaion) 'benzeyen kendine benzeyeni memnun eder', yeter ki ölçüyü tuttursun (oti to men omoio to omoion onti metrio); ölçüyü aşanlar ne bir diğerini ne de ölçülüğü memnun eder... ilah, her şeyin gerçek ölçüsüdür (715b-716b)"<sup>54</sup>.*

Bununla birlikte, bu ölçü (*metros*), "iyi"ye ve "iyi"ye dahil olanlardan beşeri olanlar ilahi olanlara, ilahi olanlar da kendi aralarındaki hiyerarşiye ve hiyerarşi, zihne, akla, zekaya (*nous*) bağlanır: Bilgelik (*fronisis*), makul bir manevi durumun getirdiği ölçülülük (*sofron*), ilk ikisinin cesaretle bileşimi olan adalet (*dikaion*) ve cesaret (*andreia*)<sup>55</sup>.

Böylece Kanunlar'ın en yukarıda alıntılanan kısmının devamı farklı yönden okunabilir. İyi hakim için adil olan kanunun korunması ve arttırılması; kötü olan içinse cehaletin, sağduyusuzluğun ve korkaklığın olabildiğince değiştirilmesi gerekir. Kimi kötüler içinse çare yoktur, "böyle haldeki ruha deva (iama) olarak ölüme (tanaton) hükmedilmişse" buna hükmeden hakimler tüm site tarafından övülmeli, ödüllendirilmelidir (*axoi epainon gignoint*)<sup>56</sup>. *Platonik söylemde*; sadece hakimlerin iyi, kötü veya ne iyi ne kötü, hatta daha da kötüsü yoktur, her şeyin iyisi, kötüsü ve ne iyi ne de kötüsü, kötünün de kötüsü; aslı,

---

<sup>54</sup> PLATON, **Les lois (Livres I-VI)**, traduction nouvelle par E.CHAMBRY, Paris, Garnier, (1946) (PLATON (1946a)), §713a-b; 715b-716b. Kanunlar'ın klasik metni için bkz. PLATO, **Laws, Vols. I-II**, edited by R.G. BURY, London, NY, W.Heinemann, G.P. Putnam's Sons, 1926.

<sup>55</sup> PLATON (1946a), §713a-b; 687c-688d ve karşı. *id.*, **Le sophiste**, texte établit et traduit par A.DIES, Paris, Les Belles Lettres, 1925, §265b, e (*Yaratı (poitikis) ikiye ayrılır; ilahi (teion) ve beşeri (antropinon)*).

<sup>56</sup> PLATON (1946b), §957e-958a.

kopyası veya taklidi, taklidin taklidi bulunur<sup>57</sup>. Devlet'te, güneşle ilgili benzetmenin yer aldığı bir bölümde, SOKRAT ve GLOKON şöyle konuşur:

"(SOKRAT) ...Hatırlarsın... güneş (ilion), görülebilir nesnelere sadece görülebilme değil onları ortaya çıkarma, doğurma (genesis), oluşturma ve beslenme, gelişme yetisi de sağlar, fakat kendisi doğuş (genesis) değildir.. – ... (B)ilinebilir eşyanın... bilinebilirliği yalnızca iyiye (agaton) bağlı değildir, varlığını (einai) ve özünü (ousia)... ona borçludur, zira iyi, öz değildir; özün kendisini... seçkinliği ve gücüyle (dinamei) aşan (iperexontos), başka bir şeydir.. GLOKON memnuniyetle şöyle haykardı, Apollon, ne muhteşem bir hiperbol (iperbolis)"<sup>58</sup>.

Fedros'ta yazının, geometrinin, astronominin ve damanın tanrısıyla ilgili efsanede, tanrı-kralın menfi hükmünü aktardıktan sonra, EFLATUN, SOKRAT'a şöyle söyler:

"...(Y)azıda (grafi) kötü olan husus, aslında (os alitos)... resimle (zografia)... ayniyetidir (dmoion)..."<sup>59</sup>.

Öyle ki resim, resmin hakikati, aslı, yaşayanın (zonta) kopyasıdır; kendisine bir şey sorarsanız sessiz (siga) kalır. Bazı yazılarda da böyledir: Fikirlerin (doxais) yazının dediğiyle (legein) oluştuğuna inanılır ama yazıya, yazının dediğiyle ilgili, aydınlanmak (bou-

---

<sup>57</sup> PLATON (1965), §467e, p. 138 et seq.; PLATON, **Protagoras**, texte établi et traduit par A.CROISET, Paris, Les Belles Lettres, 1955, §351b-e ve PLATON (1925), §264c et seq. (ELEALI YABANCI, anılan ayrıma gitmeksizin sofistleri eleştiremez).

<sup>58</sup> PLATON, **La république (Livres IV-VII)**, texte établi et traduit par E.CHAMBRY, Paris, Les Belles Lettres, (1933) (PLATON (1933b)), §509b-c. Güneş, "iyi idesi"ni (agaton idean) simgeler, bkz. *ibid.*, p.138, n.1.

<sup>59</sup> PLATON (1933a), §275d.

*limenos*) için soru yöneltildiğinde simgelenen aynıdır (*simanei monon*)<sup>60</sup>. Halbuki bu tür yazının meşru kardeşi (*adelfon gnision*), kendisine bilginin eşlik ettiği, onu öğrenenin ruhuna yazılan (*epistimis grafetai en ti tou mantenontos psixi*), kendini savunmaya ehil, gereğinde konuşan gereğinde susan, *diğer bir ifadeyle*, adil olanı söylemek gerekirse (*an ti legoito dikaios*), bilen-in söylem-in-in, canlı ve hareketli (*zonta kai emfluxon*) yazılı kopya-sıdır (*gegrammenos eidolon*); bilge, suya yazmaz (*en udati grapsei*)<sup>61</sup>.

Söz, yazıya üstündür<sup>62</sup>. GORGIAS, farklı yorumlara yol açan övgüsünde (*egkomion*), şöyle yazar:

"...Söylev, söz (logos)... *efendidir* (dinastis)... (8) - *Niceleri nice-lerini, yanlış söz* (psevdi logon) *ile... ikna... eder... zira... hemen herkes fikri, ruhun danışmanı* (sumboulon ti psixi) *yapar...* (11) - ...*Sözün gücünün* (logon dinamis) *manevi durumla* (psixis taxin) *ilişkisi, deva...* (farmakon taxis) *ile beden...* (somaton fusin) *iliş-*

---

<sup>60</sup> PLATON (1933a), §275e. *Bizim yorumumuza göre*, hatipler (*ritores*) ve özellikle siyasilerin, demagogların (*dimigogon*) durumu da kitaba (*biblia*), cansız yazıya benzetilir; ek, "*küçük bir soru*" (*smikron eperotisi*) yöneltildiğinde yanıt yoktur, bkz. PLATON (1955), §329a. PROTAGORAS ise farklıdır; sözü kısa tutar, dinler, yanıtlar.

<sup>61</sup> PLATON (1933a), §276a, c; 277a-c. *İyi, kötü ve kötünün de kötüsü* yazı ayrımı için bkz. *ibid.*, §258d, 262c, 277d-e. Hitabet yönündense rutini sanata çeviren, iyi hatiplik (*ritor ellogimos*), kişinin doğası (*fusei*) kadar bilgi (*epistimin*) ve çalışmaya (*meletin*) dayanır, bkz. *ibid.*, §269d. *Bize göre*, Gorgias'ta da benzeri bir akıl yürütme vardır: EFLATUN'un SOKRAT'ı, *sanat* ile *deneyimi* (*empeiria*) ilişkilendirir; amaç, anlaşma (*xaris*) ve hazdır (*idonis*), bkz. PLATON (1965), §462b-c, p.130.

<sup>62</sup> SOKRAT ve EFLATUN'u etkilediği anlaşılan PİSAGOR ve okulunun iki belirgin özelliği vardır: İlki, öğrenimin tamamen söze dayalı ve öğretinin yazıya dökülmesinin yasak oluşudur; ikincisi de buna bağlı olarak i-leri sürülen doğruluğunu ispat için geçmişe atıftır. Bize ulaşan fragmanlar, özellikle ilkine uyulmadığını gösterir, bkz. W. KRANZ (Hrsg.), **Die Fragmente der Vorsokratiker, Band I**, 9.Auflage, Berlin, Weidmann, 1960 (DIELS/KRANZ I), S. 96ff.

*kisinin aynıdır... (14) - ...Yazdığım söyleyle (grafai ton logon) Helen'in övgüsünü ve kendimi eğlendirmeyi diledim (21)"<sup>63</sup>.*

EFLATUN'un GORGIAS'ı, yöntemine<sup>64</sup> ikna için SOKRAT'a hitaben konuşur:

*"...Kardeşime veya diğer doktorlara,... ilaç (farmakon) almayı veya... ameliyatı reddeden bir hastanın evinde eşlik ettiğim... zamanlarda... doktorun çabası... yetersiz kaldığında,... retorik sanatı ile (tekni i ti ritoriki) hastayı ben ikna ederim. İstedığın bir siteye doktorla hatip birlikte gitsin: Doktor olarak hangisinin seçileceği... herhangi bir mecliste tartışılırsa, temin ederim... arzu ederse hatip seçilir. Her bir sanatkar yönünden aynı olacaktır... Her zaman... retorik sanatını, dövüş sanatları gibi kullanmalıdır (ti ritoriki kristai osper ti alli pasi agonía)..."<sup>65</sup>.*

O anlamda ki dost ve düşmanlara zarar vermek veya ailemize, yakınlarımıza ve dostlarımıza eza veya siteyi savaştan savaşa sürüklemek için değildir; kısaca, retorik, saldırmak için değil kendini savunmak, meşru müdafaa içindir; savaş, savunma amacıyla sitenin içinde yapılmalıdır; retorik, dövüş sanatıdır. *Böyle okunduğunda*, EFLATUN'un SOKRAT'ının, Gorgias'ta, beden (*soma*) ve ruh (*psixi*); sanat, rutin (*texni*; *trivi/sinithea/fimi*) ve bilim (*epistimi/fronisis*) arasında, yarar ve zararlarına, iyilik ve kötülüğüne daya-

---

<sup>63</sup> GORGIAS, **Encomium of Helen**, translated by D.M. MACDOWELL, Bristol, Bristol Classical Press, 1982, §8, 11, 14, 21. EFLATUN'un anlattısında; GORGIAS, PROTAGORAS'ın aksine erdemini öğretilemeyeceğine inanır; amaç yalnızca iyi hatip yetiştirmektir, karşı. PLATON (1965), §95c, p. 272. GORGIAS'a göre: *"Nasıl ki farklı ilaçlar bedende farklı hisler uyandırır ve kimileri hastalığı durdururken diğerleri yaşamı sona erdirir; bazı sözler acıya neden olurken diğerleri hazzı, bazıları korkuya neden olurken diğerleri güvene, bazıları da şeytani bir ikna ile zihnin zehirlenmesine (exefarmakefsan) neden olur"*, bkz. GORGIAS, §14.

<sup>64</sup> PLATON (1933a), not. §265e-266; 266b-c, 269d-271c ve 265c-d, 271c-272b (*tekni-metodoi-zitisi*). Teetetos'ta SOKRAT'a göre, retoriğe karşı diyalektik, ebeldir (*tekni tis maieutis*), bkz. PLATON (1924), §161e.

<sup>65</sup> PLATON (1965), §456b-e, p. 122; *supra* dn. 61 ve karşı. PLATON (1933b), §534b-c.

narak her bir türü (*eidos*) ayırması (*temnein*), şema-tik (*sxima*), yazılı söylemde veya söylemin yazı-sında (*logon grafis*) olduğu gibi ayrılamayana (*eis*) araması<sup>66</sup>; türün, benzerin, görüşün ayrıma dönüşü tesadüfi değildir. Gorgias'ta, EFLATUN'un SOKRAT'ına göre; her sanatın (*tekni*) konu edindiği şeye (*pragma*) ilişkin bir söylemi (*logous*) vardır; ruha, zihne (*psixi*) ilişkin sanat siyaset (*politiki*) ise, bedene (*soma*) ilişkin sanatın cimnastik (*gimnastiki*) ve tıp (*iatriki*) oluşu gibi kanunkoyma (*nomotetiki*) ve adalet, yargı (*dikaosuni*) olarak ayrılır<sup>67</sup>. Nasıl ki ruh ve beden yönünden görünürde ve gerçekte selamet (*euexia*) olabilir, sanatla (*tekni*) samimi olmayan, hoşça gideni yapma (*kolakeutiki*) da farklıdır; dolayısıyla, kıyafet cimnastiğın, aççılık tıbbın yerini alamadığı gibi sofistik (*sofistiki*) kanunkoymanın, retorik (*ritoriki*) de adaletin yerini alamaz<sup>68</sup>. İşte, bu noktada, siteden siteye adil görünen kanun değiştiği için bunların her biri o sitenin gerçekliğidir; o sitenin yararına (*ofelima*) görüldüğü için, böyle görüldüğü sürece uygulanmak için konulmuştur (*nomoteteitai*): Her site bunu başaramaz, zira kanunlar, gelecekte (*mellon*) kendilerinin yararlı olup olmadığı görülmek üzere kabul edilir; diğer bir anlatımla, kanun, geleceği konu edinirse de bir site

---

<sup>66</sup> Karş. *supra* dn. 64, not. PLATON (1933a), §277b ve PLATON, **Parménide**, texte établi et traduit par A.DIES, Paris, Les Belles Lettres, 1923, §128e-130b. ZIZEK/GABRIEL, Parmenides'i HEGEL üzerinden okumak gerektiğini, Parmenides'in Hegelyen mantığının çekirdeğini, "proto-versiyonu"nu oluşturduğunu ve aralarında, Teetetos hariç, yukarıdakilerin de bulunduğu diyalogların Parmenides'teki tartışma eşliğinde okunması gereğini belirtirken haksız sayılmaz, bkz. Slavoj ZIZEK, Markus GABRIEL, **Myhtology, Madness, and Laughter: Subjectivity in German Idealism**, London, Continuum, 2009, p.169, n.8.

<sup>67</sup> PLATON (1965), §450a-b; 464b-c, pp. 113, 132-133.

<sup>68</sup> *ibid.*, §464a; 464c-e, 465b-d, pp.132-134 (*Sofist ve hatip iç içe geçer*; bkz. *ibid.*, pp. 134-135, n. 1). Haksızlığa uğramak, haksızlık yapmaya yeğdir, bkz. *ibid.*, §473d-e, 479c, pp. 147, 157. Haksızlığa cezasını veren (*dike*), kötülüğün hekimidir; birine, kendimize yaptığımız veya diğerine haksızlığa karşı, nasıl sağlıkla ilgili benzeri hallerde hekime (*iatron*) gidilirse, hakime (*dikastin*) gidilir, bkz. *ibid.*, §478d, 480a-b, pp.155, 158.

kanunkoyduğunda yararının gelecekte en çok nerede olacağını bilemez<sup>69</sup>. O nedenle, bütün bunlara değinilen Teetetos'ta, SOKRAT; her şeyin sürekli değıştiğı tezi ile her şeyin bir olduğu ve zamanla hiçbir şeyin değışmediğı tezini, değışimin (*kineseos*) iki türü (*eidet*), yer-değıştirme (*fora*) ve dönüşüm (*alloiosis*) üzerinden ve fark (*diafora*), his (*aistisis*), inanç (*doxasmaton*) ve görüş (*doxa*) kavramları ile uzlaştırmak; olan (*einai*) ve oluşu (*gignestai*) bir araya getirmek ister<sup>70</sup>. Sofist'te de, EFLATUN, ELEALI YABANCI'ya ilahi ve beşeri olanı, onların kopyalarını, taklitlerini ve taklitlerin taklitlerini ayırır (*diairein*)<sup>71</sup>. O halde, anlatılanlara göre, evreni nasıl kavramalı?

**§15.-**Gücün, doğanın en adil, iyi, yüce kanun-u olduğunu savunan KALLIKLES'le SOKRAT arasındaki tartışmadan<sup>72</sup> sonra, EFLATUN, ona karşı SOKRAT'a şöyle söyler:

*"...Bana öyle görünüyor ki... her birimiz, mutlu olmak için bilgeliği (sofrosini) aramalı ve uygulamalıyız... Herkesin ve sitelerin var gücüyle, adaletin ve bilgeliğin, selametın şartı olarak, bu amaca doğru çabası ve tüm eylemlerinde buna uyması; ölçüsüz tutkulara izin vermemesi gerekir... Bilgeler (sofoi),... der ki gök ve yer; ilahlar ve insanlar; dostluğa, düzene, bilgeliğe ve adalete saygıyla bir diğerine bağlıdır; o nedendir ki evreni eşyanın düzeni*

<sup>69</sup> PLATON (1924), §172a, 177c-d; 178a-b, 179a-d (*HERAKLITOS'a göre, her şey oluş halindedir*).

<sup>70</sup> *ibid.*, §181b-183b. PARMENIDES, XENON ve MELISSOS'un tezi için bkz. DIELS/KRANZ, S. 217ff. Evren ve zaman hak. bkz. PLATON, **Sophiste-Politique-Philèbe-Timée-Critias**, traduction nouvelle de E. CHAMBRY, Paris, Garnier, 1939, §37e, p.469 et seq. (*Neredeyse tümü, Timaios'un anlatısıdır(!)*).

<sup>71</sup> PLATON (1925), not. §266a et seq. veya PLATON, **Cratyle**, texte établi et traduit par L.MERIDIER, Paris, Les Belles Lettres, 1931, §440a et seq. Bu konuda öz. bkz. DELEUZE (1971), pp. 436-438.

<sup>72</sup> PLATON (1965), §482c-506a, pp. 161-195 ve karşı. PLATON (1946a), §690a-691a, not. §690b.

(kosmon kalousin) olarak adlandırdılar; düzensizlik veya kural-sızlık (akosmian oude akolasian) olarak değil. Buna dikkat etmi-yorsun... ve insanlar ve ilahlar arasında en güçlü olanın geo-metrik eşitlik olduğunu unutuyorsun... Sana göre, diğerlerini ele geçirmeye çalışmalıdır; geometriyi unutuyorsun"<sup>73</sup>.

Bununla birlikte EFLATUN'un Devlet'i, ideal, kopya, hayal dünyası<sup>74</sup> yalnızca Yunan'dan ibaret veya Yunan siteleri ve onlarla diğerleri, yani barbarlar (*barbaroi*) arasında hiçbir uyumsuzluğun olmadığı bir dünya olmaktan uzaktır. Uyuşmazlık ve savaş süregel-mektedir. EFLATUN'un GLOKON'u ve SOKRAT'ı, anılanları şöyle ayırır: Her ikisi sa-dece farklı adlar (*onomata*) değildir, farklı anlamlara da sahiptir ve iki farklı kavramın ayırımına (*onta epi duoin tinoin diaforain*) dayanır. Uyuşmazlık (*stasis*), aile içinde, ebe-veyinler arasındadır; bu nedenle Yunan siteleri arasında, barbarlarla yapılan savaşa benzer haller olursa bunu Yunanların doğaları gereği dost (*fusei men filous*), dolayısıyla, hasta ol-duğuna (*nosein*) yormalıdır<sup>75</sup>. Dikkat edilirse, savaş kötülenmediği gibi devası hazır ol-duğundan geçici bir duruma indirgenmekte, hastalığın devası olarak hasta olan hasımların

---

<sup>73</sup> PLATON (1965), §507d-508a, pp. 197-198; 198-199, n.1 (*CROISET/BODIN'e göre, PİSAGOR ve takipçilerine göndermedir*) ve karş. XENOPHON, *Helléniques-Apologie-Mémorables*, traduction nouvelle de P. CHAMBRY, Paris, Garnier, (1935), II.11, p. 321 (*Anılar'ın içinde, SOKRAT'ın evrenin yaratılışıyla ilgili so-runlarla uğraşmayı saçma bulduğu kaydediliyor*).

<sup>74</sup> EFLATUN'un devleti ütöpik bir nitelik taşır. ZIZEK'e göre, ütopyaları "ütöpik" kılan; gerçekleşmesi ola-naksız bir ideali, bu dünyadan kopuk bir rüyayı tasarlamaları değil temel içeriğiyle ideal devletlerinin hali hazırda gerçekleştiğini fark etmemeleridir, bkz. ZIZEK (2008), p.184.

<sup>75</sup> PLATON (1933b), §470b-d (*EFLATUN, bu bölüme savaşta uyulması gereken kurallara ilişkin kısmın so-nunda yer verir*). "Uyuşmazlık çıkar da karşıt taraflar bir diğerine zarar verirse, ikisinin de memleketini sev-mediği anlaşılır; ebe ve annesine kim zarar verebilir: Makul olan, galibin mağlubun ürününi alması, taraf-ların birlikte anlaşması (diallagisomenon), savaşın (polemisonton) sürmemesidir... – Bu,... daha makul (dianoia) olanı...", bkz. *ibid.*, §470d-e. (*CHAMBRY, "makul" yerine "insanlık"ı (humanité) yeğler*).

gerçekte savaşıyor olamayacağını düşünülmesi ile savaş sona ermekte ancak barbarlarla savaş ve barbarların onlara karşı savaşı süregelmektedir. O halde, savaş, savaş-olmayan, uyumsuzluk ve uyumsuzluk-olmayan-savaş, yani savaşın kendisi ideal, kopya veya hayal dünyasında deva-m edebilir, sakıncası yoktur. Zira, "amaç, bütün Yunanları bir araya getirecek bir site olduğuna göre", uyumsuzluk, ebeveynler arası gibi görülebilir, karşı tarafla bir gün anlaşılacakmışçasına davranılmalıdır; halbuki barbarlarla olan savaşlarda Yunanlar arasındaki mevcut (*os nun*) uygulama geçerli olmalıdır<sup>76</sup>.

ATİNALI YABANCI, Kanunlar'da, askeri fetihlerle ilgili olarak sayısız öneri (*sumbouli*) ve kabul edilebilecek sayısız kanun (*nomoi*) olduğunu belirtirken en önemlisinin; kendisinin otoritesinden kadın veya erkek, kimsenin kaçışının, yani anarşinin (*anarxon*) olmadığı, devasız (*aniatos*) ve hepsinin ruhunun, zihninin tek başına veya kendi inisiyatifiyle harekete alışmak (*etizein*) yerine her zaman (*aei*), savaş veya barış (*eirini*) zamanı, kendisini izlediği, onlar yönünden en ufak harekete kadar esas alınacak rehber, egemene (*igemon*) ilişkin olduğunu belirtir<sup>77</sup>. Sitenin içinde, savaşa daima hazır olmalıdır: Bunun için, diğerleri olmadan kendi başına hareket alışkanlığı kazanılmamalı; mümkün olduğunca, birlikte ve ortak yaşanmalıdır (*kai ama kai koinon ton bion*); şehirliler çocukluktan itibaren yönetmeyi (*arxein*) ve yönetilmeyi (*arxestai*) öğrenmelidir<sup>78</sup>. Cahil olanların kanunlara riayetindeyse, kanunkoyucular tarafından hiçbir zaman (*popote*) birlikte uygulanmamış iki yön vardır: İkna (*peittoi*) ve şiddet (*bia*). Öyle ki bu sonuncu yön, ilkinden arınmış olarak sadece cahil olanlar içindir; onlar için şiddete ikna eklenmez, yal-

---

<sup>76</sup> SOKRAT ve GLOKON, bu konuda hemen kanun koymak için anlaşır, bkz. PLATON (1933b), §471a-b.

<sup>77</sup> PLATON (1946b), §942a-b.

<sup>78</sup> *ibid.*, §942b-d.

nızca şiddet uygulanır<sup>79</sup>. ATİNALI YABANCI'ya göre, o gün hiçbir yerde (*oudami ta nun*<sup>80</sup>) olmayan bir üçüncü (*kai triton*) yol vardır:

"...Bu, şimdiye kadarki araştırmamızdan (*dieilegmeta*) doğuyor...  
(S)abah kanunları konuşmaya başladık; öğlen oldu ve kanunlar  
dışında başka bir şey konuşmadan bu muhteşem durağa (*pagkali*  
*anapaula*) işte geldik... ve... öncekiler... (*ta d emposten*) kanunun  
*dibacesinden* (*prooimia nomon*) başka bir şey değildi..."<sup>81</sup>.

Bu muhteşem durakta, EFLATUN, *yer* (*topos*) ve *zaman* (*fora*) arasında önce *yer* için *zamana*, ardından *zaman* için *yere* başvuruyor. Başvurunun, öncesinde, yukarıda anlatılanlarla birlikte okunduğunda, gelişigüzel olduğunu düşünmüyoruz:

"...Bununla ne söyledim? Demek isterim ki her söz ve her sesli i-  
fadenin (*logon panton kai oson foni kekoinoniken*) *dibacesi*  
(*prooimia*) vardır ve... çalışarak hazırlık (*anakiniseis*) sonucu  
edinilecek ustalıkla (*enteknon*), izleyen gelecekteki işlerde yararlı  
olunur (*epixeirisin xrisimon pros to mellon perainestai*)..."<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> PLATON (1946a), §722a-c ve karşı. e.g. §688c-e. Takip eden bölüm; tiranlık, oligarşi ve demokrasi ile EFLATUN'un ideal dünyası yönünden de okunabilir, bkz. *ibid.*, §700a et seq.

<sup>80</sup> CHAMBRY, deyişe karşılık gelmek üzere "*bugün*" (*au'jourd'hui*) ifadesini kullanıyor ama klasik metinde yer alan "*hiçbir yer*" ifadesine çeviride *yer* vermiyor.

<sup>81</sup> *ibid.*, §722c-d. "Önceki"; zaman (*fora*) kadar yer (*topos*) bildirir: Huzurunda, önünde anlamına da gelir. "Önsöz" (*prooimion*), dilimizde, "giriş", "başlangıç" veya "dibace" olarak da adlandırılır.

<sup>82</sup> PLATON (1946a), §722d. "Anakiniseis" (*ἀνακινήσεις*), kolların bokstaki yumruk hareketiyle çalıştırılması veya heyecanlanma anlamına gelir. GORGIAS'ı bilen EFLATUN, her iki anlamı da kastediyor olabilir. "Enteknon" (*ἐντεκνον*) ise sanatın (*tekni*) elverdiği ölçüde, onun kurallarına göre, metodik, sanatsal veya sanatçı anlamlarına gelebilir; burada "ustalık"ı tercih ettik. "Epixeirisin" (*ἐπιχειρήσιν*), iş, bir şeyin deneyimi, saldırı, diyalektik akıl yürütme anlamlarına gelebilir. Bir sembole verilen anlamın diğerine tercihinin, yazılı veya sözlü diskurun simgelediği, anlatının genel anlamını ne kadar radikal derecede etkilediğine dikkat ediniz.

Kanunlar, gelecekte yararlı olacağı ümidiyle yazıldığından ama yazıldığında gelecekteki yarar bilinemediğinden, bilinebilir olan yazının meşru kardeşi, Fedros'taki canlı yazı (*logon osper zoon*), dibacesiyle beraber, tüm canlılığıyla hem kanunların girişi hem de kanunun girişinin öncesine denk düşen, önceki-ler için, bu durakta, karşımıza çıkıyor:

"Görülüyor ki kitaradan, kitarikiden çıktığında adına melodi dediğimiz (*kai di pou kitarodikis fonis legomenon nomon*)..."<sup>83</sup>

Müzik aletinden çıkan ses, tını, müzik ve melodinin, "melodi" ve "kanun"un Yunanca'da okunduğunda aynı sesi çıkarması dışında nasıl bir ilgisi olabilir?<sup>84</sup> YABANCI şöyle devam eder:

"...(V)e diğer her tür müzik için (*kai pasis mousis*)... harika... prelüdler vardır. Fakat gerçek kanunlar için, ki bana göre gerçek olanlar siyasal olanlardır; (*ton de ontos nomon onton, ous di politikos einai famen*), şimdiye değin (*popote*) kimse girişten (*proimion*) bahsetmemiş, giriş yazmamış (*suntetis*), giriş meydana getirip açıklamamıştır (*genomenos exinenken eis to fos*) sanki doğasına uygun değilmiş (*os ouk ontos fusei*) gibi. Halbuki süregelen konuşmamız (*diatribi gegonuia*), bence, öyle olmadığına, doğruya işaret ediyor (*simainei os ontos*)..."<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> PLATON (1946a), §722d. Lirik şair ALKMANOS, şöyle yazar: "Tüm kuşların melodilerini biliyorum" (*oida d ornixon nomos panton=οἶδα δ' ὀρνίχων νόμους πάντων*), bkz. J.M. EDMONDS (editor), **Lyra Graeca, Vol.I**, London, NY, W.Heinemann, G.P. Putnam's Sons, 1922, §70, p. 93. "Nomos" yalnızca örf ve adet, kural, kanun, kararname veya hukuk anlamına gelmez; melodi veya tını anlamına da gelebilir. Burada, bağlamanın, sembolle gösterilen anlamı değiştirdiğine dikkat ediniz.

<sup>84</sup> PLATON (1946a), §700a-c. Buradaki anlatıya göre, *ilahi, ağıt, ilahi şarkı, ditiramp ve kitarik "nome"* (*nomous*) adları bir kere müzikal kategorilere verilmiş; bir tür için olanın diğerinde kullanımı yasaklanmıştır.

<sup>85</sup> *ibid.*, §722d-e. "Süregelen konuşma"; süregelen eğlence, söylem, ders, zaman, zaman kaybı, hayat tarzı, dinlence yeri veya Teetetos'taki felsefi sohbeti belirtiyor olabilir, karşı. *supra* dn. 45 ve 47.

Dolayısıyla, YABANCI'nın belirttiği görüş (*edoxan nundi moi lextentes*) doğrultusunda (*simanei os ontos*) kanunlar, sadece (*aplos*), ikna veya şiddeti içeren ikiliyi (*diploi*) değil, kanun ve onun dibacesinden oluşan iki şeyin (*duo*) daha varlığını belirtir. Kanunkoyma (*nomotetiki*), tıpla (*iatriki*) karşılaştırıldığında<sup>86</sup> köle olanların köle doktorları ile özgür olanların özgür doktorlarının ölçüsü (*metrios*) ve tedavisi iç içedir, her birinde dikte edilen tedavi, ikna veya şiddete dayalı yöntem, çifte ikili (*dixi, dipli*) vardır. Kanun emirdir, şeditir, yazılıdır; konuşabilmesi için gerekli önsözü ise, özgür doktorları gibi muhatabı, hastayı ikna eder:

"..Tiranik emir (turannikon epitagma) özgür olmayan doktorların emrine (eipomen aneleuterous) benzerlik oluşturur (apeikasten erriti), bu, saf kanundur (nomos akratos); bundan önce gelen ve buna... ikna edici olarak adlandırdığımız ve gerçekten ona ikna olan... ise söylemin önsözündeki güce sahip görünür..."<sup>87</sup>

**§16.-**Kanunlar'da, kanunun muhatabı olanın, emri (*epitaxin*) hoş karşılaması, kabullenmesi, emre boyun eğmesi (*eumenos; eumeneian eumatesteron*) esas olmalıdır; diğer bir anlatımla, kanun kendi kendine muhatabı ikna edemez, konuşması gerekir<sup>88</sup>. Diktenin eki ikna, sözün eki yazı, girişin kanunu, yani kendisine giriş yapılan kanunu konuşturan, onu takip edene anlamını verir ama dahil sayılmaz, ailenin gayrı meşru çocuğudur; *logos* ve

---

<sup>86</sup> PLATON (1946a), §719c-720e. ATİNALI YABANCI ile KLİNİAS arasındaki konuşmada, YABANCI, efsaneden (*mitos*) şiire (*poiitiki*) kanunkoymadan (*nomotetiki*) ölülerin ardından hitabete (*epideiktiki*) ölçüden (*metrion*) hitabete (*logon*) oradan kanuna (*nomon*) ve önsözüne (*prooimion*) geçer.

<sup>87</sup> *ibid.*, §722e-723a.

<sup>88</sup> *ibid.*, §723a-723b.

*nomos* böylece birleşir, girişe döneriz. Bir diğer ifadeyle; kanun, kanun-olmayan, melodi, söylemin- ve kanunun-girişi, kanun-olmayan-söylem, girişi-olan- ve girişi-olmayan-kanun, melodi-, söylem- ve giriş-olmayan-kanun, *yani* gerçek, saf kanun, otoritenin kanunu; ideal, kopya veya hayal dünyasındaki kanun ayrımı, KANT veya HEGEL'den çok daha önce, EFLATUN'un kanunlarının girişi, filozofun hukuk dogmatığıne, olan, müspet hukuka çizdiği sınırın kendisi oluverir. Kendisi onu, kanunkoyanı aşmaz, aşamaz, aşılmasını isteyemez zira aşılmasını engellemeyi önerdiği kanunların mühürlenmesini isteyen; o kanunları denetleyen koruyucuları ve koruyucuların siteyi denetleyen, yerine göre siteyi, yerine göre sitenin dışını gezip gören yardımcılarını yine kendisi öngörür, siteyi terk etmez, edemez. Bizim açımızdan, bunların *inter alia* iki sonucu vardır.

1. Platonik diyalektik, dönüş, aşma, *hiperbol*, aynı zamanda bir işarettir, *simgedir*.

SOKRAT, EFLATUN'un diyaloglarında, Fedros haricinde, sitenin sınırları dışına çıkmaz:

"MENON – ...İnan bana, buranın dışında gezmeyi, denize açılmayı istememekte hakkın var: Yabancı bir ilde (ei gar xenos en alli polei), benzeri bir davranışla, çok kalmadan cadı diye tutuldun..."<sup>89</sup>.

Öyle ki EFLATUN'un SOKRAT'ı kendi sitesine, kanunlarına bağlıdır:

"KALLIKLES – Kendinden, sana zarar gelmeyeceğinden ne kadar da eminsin... Başka bir ülkede yaşıyor ve adalet önüne... hiç çıkarılmayacakmış gibisin...

SOKRAT – ...Ölümlü cezalandırılırsam yine de buna şaşırمام: Nedenini bilmek ister misin?

KALLIKLES – Evet, elbette.

---

<sup>89</sup> PLATON (1965), §80b, p. 249.

*SOK. – Kendimin, Atinalılar içinde nadirlerden biri olduğuma inanıyorum; tek nedeni olmamakla birlikte, hakikate uygun politika sanatını (alitis politikı tekni) geliştiren ve bugün bunu icra eden bir benim (prattein ta politika monos ton nun)...*"<sup>90</sup>

Zira, bilgeliğin dostu (*filsofos*) olmak, örneğin, mükemmel söylemler kaleme alanlardan (*logodaidaloi*) veya ilden ile gezerek bilgisini menfaat karşılığı paylaşan sofistlerden (*sofistes*) farklı olarak ne kadar bildiğini göstermek yerine ne kadar az bildiğini öğrenmeye dayalıdır<sup>91</sup>; EFLATUN'un SOKRAT'ı bunu sitenin içinde arar ama sitenin düzeninden memnun değildir<sup>92</sup>. Diyaloglarda SOKRAT'ın karşısındakilerin bir bölümü de bunu bilir:

*"FEDROS – ...Yerli olmayıp kendisine rehberlik ettiğimiz bir yabancı izlenimi uyandırıyor sun..."*<sup>93</sup>

Veya sitenin menfaatine görmediğinden suçlandığında, ardından ölüme mahkum edildiğinde, kaçmaya çalışmaz:

*"KRITON – ...Korkmamalısın... fazla pahalya patlamadan seni hapis haneden, buradan kurtarmak isteyenler var... Gideceğin... herhangi yerde de dostlar olacak, sadece Atina'da değil...(45a-c)*

---

<sup>90</sup> PLATON (1965), §521c, p. 216.

<sup>91</sup> PLATON (1933a), §266e; PLATON (1924), §155d, 173d-174a, 175d-e veya PLATON (1955), §313e-314a.

<sup>92</sup> PLATON, **Hippias mineur-Alcibiade-Apologie de Socrate-Euthyphron, Criton**, texte établi et traduit par M.CROISSET, Paris, Les Belles Lettres, 1920, p.230, n.2 (*CROISSET*'ye göre, *SOKRAT Atina'dakileri değil Girit ve Sparta'daki kanunları değerli bulur; çoğu Atinalının hoşnutsuzluğuna neden olur*).

<sup>93</sup> PLATON (1933a), §230c-d.

*SOKRAT – ...Adil olan ile olmayan... gibi sorularda,... çoğunluğun görüşünü mü takip edip korkmalı yoksa diğerlerine nazaran bileni... mi izlemeli...? (47c-d)"<sup>94</sup>*

KRITON'u sözüyle söylemine ikna edemediğinde, SOKRAT, muhatabı ikna amacıyla kanunların, otoritenin huzurundan, önünden, öncesinden veya girişinden tamamen farklı bir yöne geçer; kanun ve site onların huzuruna gelir, roller değişir ama SOKRAT, kabullenir, boyun eğer, onları hoş karşılar:

*"SOKRAT – ...Deriz ki:'Ama site bize zarar verdi, hakkımızda yanlış hüküm verdi!' Böyle deriz değil mi?*

*KRITON – Elbette...*

*SOK. – Diyelim ki ardından kanunlar bize şöyle dedi: 'Sokrat, seninle aramızdaki anlaşma (omologito imin) böyle miydi? Neye yol açarsa açsın sitenin hükümlerine (tais dikais ais an i polis dikazi)... uymayacak (emmenein) mıydın?... Doğuşunu bize borçlu değil misin?... Dünyaya gelmen, büyütülmen ve eğitimin bizimle mümkün olduğuna göre... bizim çocuğumuz ve kölemiz olduğunu... reddedebilir..., seni yok etmeye hakkımız olduğuna inandığımız için sen de karşılığında bizi yok etme hakkına sahip... misin?... (S)avaştta, mahkemede veya herhangi bir yerde (alla kai polemo kai en dikastirio kai pantaxou), siten veya babanın (i polis kai patris) emrettiğine uymak veya neyin adil olduğu hakkındaki fikirlerini değiştirmeye ikna etmek (peitein autin i to dikaion pepsuke) icap eder'. Buna ne denir Kriton, kanunlar.. doğru mu konuşuyor (aliti legein tous nomous)?*

*KRITON – Öyle olduğunu düşünüyorum"<sup>95</sup>.*

---

<sup>94</sup> PLATON (1920), §45a-c, 47c-d, pp. 219, 222.

Böyle düşünmeyenler (*tatera*) için siteyi terk etmek serbesttir; terk etmeyip kalanlar ve onlara karşı gelenler; üç nedenle (*trixi*), yani kendilerini yetiştirenlere veya kendileriyle anlaşmaya (*omologikenai*) karşı gelmeleri veya emre uymadıklarında haksızlık varsa da kanunları düzeltmeye ikna etmeyi aramamaları nedeniyle suçludur: Kanunlar kaba biçimde emretmez, muhatabına onlara uyma veya onları ikna hakkını tanır, bunların hiçbirini yapmayanlar suçludur<sup>96</sup>. Meşru kardeş yazının karşıtı suçludur, ikna edemez. Site-dışından sitenin içi etkilenmez: Hukuk'u aşmak Yasak'tır, aşılsa hukuk-olmayan olur; hukuk-olmayan-suç-lu cezalandırılır. Paradoksal biçimde, hukuk-olmayanı yaratan Hukuk'un kendisidir<sup>97</sup>. Kanunların "öyle olduğu" düşüncesi "eğer kanunlar hakikate dayanarak konuşuyor"sa, kanunların gerçeğinin, ideal, kopya veya hayal dünyasındaki gerçeğine, karşıtı da kendisinin karşıtına, hakikate, söze, otoriteye, otoritenin sözüne dönüşür.

Site yönünden söz konusu olan, siteler arasında veya barbarların kavranışı yönünden de dönüşür (*alloiosis*). SOKRAT'ın ve sitelilerin tabi olduğu anlaşmaya göre şehri, kendi rızasıyla ve sitenin düzenini bozmadan malvarlığı ile terk etmek mümkündür.

Böyle ise de SOKRAT nereye giderse gitsin, düzensizliğin (*ataxia*) veya başbozukluğun (*akolasia*) hakim olduğu yerlerde bile kendisine kem gözle bakılacak (*upoblepsontai*), kanun-dışı (*diaftorea*) görülerek hakimlerin kendisi hakkındaki kanaati (*tois dikastais doxan*) kendilerinde doğru düşündükleri (*dokein ortos*) hissini yaratacak, karara dö-

---

<sup>95</sup> PLATON (1920), §50c-d, 51a, 51b-c, pp. 227-228. "Baba" (*patir*), vatan anlamına da gelir; CROISET ikinci tercih eder. "Adil", CROISET tarafından "meşru" olarak çevrilmiştir, bize göre ilki, ele aldığımız bağlama daha uygundur.

<sup>96</sup> *ibid.*, §51c-e, 52a, pp. 228-229.

<sup>97</sup> Benzeri yönden KANT hak. karşı. J.DERRIDA, **Du droit à la philosophie**, Paris, Galilée, 1990, not. pp. 81-102; J.-L. NANCY, *Lapsius iudicii*, 26 COMMUNICATIONS 82 (1977) ve ZIZEK (2008), esp. pp. 32-34.

nüştüğünde bu kararın adil olduğunu (*dikin dikasai*) düşündürtecektir<sup>98</sup>. Sitenin içi site-dışını böylece etkileyebilir. Kanunlar'da ise ATİNALI YABANCI'nın görüşü biraz başkadır: Kendi kendine yeten ve ticaretle uğraşmayan bir sitede sitelilerin çıkışı ve siteye yabancıların gelişiyle ilgili kanunlara ihtiyaç vardır: Kanunkoyucu böyle işlerde imkan dahilinde ikna edici olmalıdır, zira yabancılar sitelerin birbiriyle karışmasına ve her türlü yeni örfün ortaya çıkışına neden olur (*iti empoiounton*)<sup>99</sup>. Örneğin, koruyucuların izni ile, diğer siteleri incelemek isteyenlere, yoldan çıkmamaları kaydıyla izin verilebilir; zira diğer sitelerin kanunlarına çalışılmadan site mükemmel (*teleos*) kalamaz<sup>100</sup>.

2. Kanunların, otoritenin, canlı yazının gerçeği, gerçekte, muhataplarının gerçeğini doğrudan etkilemesidir. Kriton'da, kanunlar, SOKRAT'a aralarındaki anlaşmayı hatırlatırken anlaşmanın söz (*logos*) kadar özüne (*aliti*) de razı gelindiğini belirtir<sup>101</sup>. Sadece kanunlar değil, kanunlardan önce gelen anlaşma da konuşur ama sözü ve varlığı iç içedir; söz canlıdır. Çelişki, kanunların, hukukun, Hukuk'un ve Yasak'ın kendisini inceleyenin, incelediği anda çifte yönlü bir çelişkiye düşmesidir. Bir diğer anlatımla, SOKRAT'ın zamanı yoktur; EFLATUN'sa hastadır. Fedon'da, dostları SOKRAT'ı ziyarete gider, gidenleri,

"FEDON – ...*(S)ana söylemeye çalışacağım. SOKRAT'ı... hatırlamak benim için büyük keyif.*

EKEKRATES – *İyi...her şeyi olabildiğince detaylı anlat (dialexestein)... (58d)*

---

<sup>98</sup> PLATON (1920), §53b-c, p. 231.

<sup>99</sup> PLATON (1946b), §949e-950a. Örn., site dışına özel nedenle çıkış yasaklanmalıdır, bkz. *ibid.*, §950d-951a.

<sup>100</sup> *ibid.*, §951b-c.

<sup>101</sup> PLATON (1920), §52e, p. 230. SOKRAT, kanunların sesinin kulağında, bir ilahi mistiğin flüt tınlarına benzettir, karş. *supra* dn. 83. Buna karşı, KRITON'un diyeceği yoktur, bkz. *ibid.*, §54d, p. 233.

*FED. – ...Orada hepimiz... hemen hemen aynı durumdaydık...*

*EKE. – Onlar kimler ...?*

*FED. – Doğuştan Atinalı olanlardan Apollodorus, Kritobolos ve babası, Hermogenes, Epiganes, Aeskines ve Antistenes, Ktisippos ... da oradaydı ve Meneksenes ve diğer bazı Atinalılar... Fakat Eflatun, sanırım, hastaydı (Platon de oimai istenei) (59a-b)"<sup>102</sup>.*

EFLATUN, diğer diyaloglar gibi yukarıdaki satırları da yazar. EFLATUN, yazarın sözü yazıya dönüştür fakat oradakiler (*tamamı, diğer diyaloglardaki gibi erkektir*) adına yazar. Yukarıda alıntılanan olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini bilemeyiz ancak *sembolik* olarak EFLATUN hastadır, hasta olduğunu yazar. Adıyla anılan kanunkoyucunun (*örn. Solon Kanunları*) aksine kanun yazarları (*nomografoi*) gibi yazar ama onların aksine "EFLATUN" yazar. Hukuk dogma-tiğinde, dogma-tik, doktrin adına yazanlar gibi, herkesin yazabileceği, söz aldığı anlatıyı, diyaloga dahil olan herkes adına kaleme alır ancak hastadır; hasta olduğunu yazar. EFLATUN'un kendisi, bugün semboldür<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> PLATON, **Phédon**, texte établi et traduit par L.ROBIN, Paris, Les Belles Lettres, 1926, §58d-59b, pp.2-4.

<sup>103</sup> EFLATUN'a buraya değin yer verişimizin temel nedenlerinden belki de en önemlisi, *sembolik açıdan* değeridir. EFLATUN, yalnızca, MÖ 5.-4. yüzyılda yaşamış bir filozof değildir. Bugün etrafımızda, tecrübe ettiğimiz her şeyde onun izine rastlarız. Eğitimden sanata, psikolojiden hukuka etkisi halen hissedilir. Her iki anlamıyla da EFLATUN, kurumsallaşmıştır. Belki de bu nedenle DELEUZE, platonizmi geri almak, tersine çevirmek gerektiğini düşünür, bkz. DELEUZE (1971), not. 431-434, 437. Dolayısıyla, EFLATUN'a "dönüş", güncelliğini yitirmez; farklı yönlerden EFLATUN'u yeniden okumak mümkündür, bkz. e.g. Michel FOUCAULT, **Le gouvernement de soi et des autres**, Paris, Gallimard, Seuil, 2008 (1982-1983), pp. 41-58; 226-238. EFLATUN; yazar, eser, okuyucu, sembol, anlam, toplum ve efsane bağlamında da okunabilir, bkz. BARTHES, pp. 186-188; 201-211. Simgelediği konum, sosyal ortam ve kültürel sermaye yönünden de değerlendirilebilir, bkz. BOURDIEU (1976), pp. 91-104; *id.*, *Les sciences sociales et la philosophie*, 47-48 ARSS 45, not. 46-48 (1983); BOURDIEU (1984), pp. 165-167. Diyaloglarda kendilerine söz verilmeyen ama SOKRAT'ın dilinden konuşturulan bayanlar (*örn. DIOTIMA*) yönünden bkz. Luce IRIGARAY, **Ethique de la différence sexuelle**, Paris, Minuit, 1984, pp. 27-39.

Öte yandan, SOKRAT, Savunması'nda suya karşı baskı altında sözünü tamamlamaya çalışmaktadır:

"...O halde, Atinalılar, kendimi savunmaya başlamalıyım. Zihinlerinizde, uzunca bir zamandan beri olan (pollo krono esxete tatutin), hakkımdaki olumsuz ön yargıyı (diaboli in umeis), pek kısa zamanda (en outos oligo krono) ortadan kaldırmalıyım..."<sup>104</sup>.

Zira, kanun önünde, hatiplerin konuşma süresi sınırlıdır; suyun akışının baskısı böyledir: Süre, su ile, su saati (klepsidra) ile ölçülür<sup>105</sup>. Örneğin, LISIAS kendisine söz hakkı verildiğinde söylevini şöyle bitirir:

"...O halde şimdi size... önceden sorguladığım tanık(larımı) ve onların ardından, Pagkleonos'a Polemark'tan sonra dava açıp aleyhine hüküm (katadikasamenon) alanları, mümkün olursa... sunacağım... (B)enim için suyu durdurun (moi epilabe to udor)"<sup>106</sup>.

Su yönünden taraflara tanınan eşitlik; tarafsız, obje-ktif, adil bir yeri (topos) temin eder. Duruşmalar, gün içinde görülür. Halbuki Kanunlar'ın koruyucuları, erken toplanır:

"...Bu Konsey, herkesin kamusal veya özel diğer işlerle daha az uğraştığı, erken saatte toplanmalı..."<sup>107</sup>.

Ve korunması istenilen tüm kanunları korumak için çalışmalıdır. Öyle ki koruma (sotirian), zeka ve gören, duyan başın her canlıdaki prensibidir. ATİNALI YABANCI'ya

---

<sup>104</sup> PLATON (1920), §18e-19a, p. 142.

<sup>105</sup> cf. supra dn. 45, 47 ve eşlik ettiği metin. Romalıların da kullandığı "klepsidra" hak. bkz. M. LANG, Klepsidra, 28 ATHENIAN AGORA 77 (1995)

<sup>106</sup> LYSIAS, Discours, Tome II (XVI-XXXV et Fragments), texte établi ey traduit par L.GERNET et M. BIZOS, Paris, Les Belles Lettres, 1926, XXIII.4, p. 98 (Kata Pagkleonos=Pagkleonos'a Karşı).

<sup>107</sup> PLATON (1946b), §961b-c; ayrıca bkz. ibid., §951d.

göre, erdemın doğasını doğrudan ilgilendiren bu sorunun çözümü gereği üzerinde anlaşılınca (*sunomologia*) ona ait bilginin nasıl edinileceği (*mixanisaimita*); koruyucuların nasıl düşünmesi gerektiği konuşulur<sup>108</sup>. YABANCI'ya göre:

"...(K)endileri, kanunların gerçek koruyucusu olacakların (ontos fulakas esomenous ton nomon) kanunların gerçekliğinin doğrusunu bilmesi (ontos eidenai ta peri tin aliteian auton), bunları dilde yeterince açıklayabilmesi, yorumlayabilmesi (logo te ikanous ermineuein), işlerinde ona uyması (tois ergois sunakoloutein), doğasında neyin iyi, neyin kötü davranış olduğuna hükmetmesi (krinontas ta te kalos gignomena kai ta mi kata fusin) gerekmez mi?"<sup>109</sup>.

YABANCI, böylece, *sembolik bir düzen* içinde, "kanun koruyucuları"nın işiyle (*ergon*) onların işleri dışındakini (*parergon*), örneğin hakimleri bir diğerinden ayırır. Diğer bir anlatımla, düzenin (*kosmos*) orijini, *yani* kanunkoyucu ve simgelediği şiddetin yeniden ortaya çıkışının önüne geçilmesi amacıyla düzeni (*eunomia*) ortaya çıkarmanın sorgulanmaması, yozlaşması istenmeyen, ideal site içinde engellenmek istenir. Kaba şiddetin yetersizliğini bilen YABANCI; ikna, şiddet, ikna-içermeyen, kaba kuvvet içermeyen-sembolik şiddeti, *yani* belli bir metafizik-doğa-site-hukuk anlayışını sabitlemeyi önerir. EFLATUN; mevcut düzen ile ideal, kopya, hayali düzen-i arasında, birinciyi ikinciye bağlar. Filozoflar ile koruyucular sitenin kanunlarını korumak için iç içedir, örtüşmelidir: Koruyucular, korumak durumunda oldukları kanunları korumak için *sembolik açıdan*

---

<sup>108</sup> PLATON (1946b), §961d; 965c-966b.

<sup>109</sup> *ibid.*, §966b.

sadece siteyi (*polis*) ve sitenin kanunlarını (*nomoi*) değil ruhu (*psixi*) ve evreni (*kosmos*) belli bir biçimde (*diakrisis/doxa/dogma*) kavramalıdır<sup>110</sup>.

### III. DOKTRİN VE FELSEFE

§17.-EFLATUN'un diyaloglarında, yukarıda yer verilen bağlamın, hukuk dogmatığının kavranışı ve işleyişiyle doğrudan bağlantılı olduğunu düşünüyoruz. Diğer bir anlatımla, EFLATUN'un anlatısında kanun ve otoritenin, *inter alia* filozof ve sofist, SOKRAT ve ATİNALI YABANCI yönünden farklılaşması, diğer yandan her ikisinin de kanun ve otoriteyi teyit etmesine dönüştüğünü görüyoruz: EFLATUN'un yukarıda ele alındığı kadarıyla, diyaloglarında, özellikle Devlet'i ve Kanunlar'ındaki ideal, kopya veya hayal düzen; aile, meşru çocuk, ecza, sağlık, can, söz, hakikat, site, dünya, düzen Yunan-merkezlidir ama EFLATUN, aile dışı, gayrı meşru, zehirli, hasta, ölü, yazılı, site-dışı, barbarik, anarşik unsurlardan ideal bulduklarını birincilere yer-leştirmeye (*fora*) veya dönüştürmeye (*alloi-osis*) çalışır. *Bir yandan* mevcut düzenden hoşnut olmayan filozof, siteyi, sitenin düzenini ve kanunlarını sorgulamakta ama kendisinin bunu yapabilmesi söz konusu düzenin *içinde* oluşuna bağlanmakta; *öte yandan* sitenin içindeki yabancı, sofist (*ATİNALI YABANCI*), diyalogdaki muhatapları ile mevcut düzenin dışında kalmakta, onların dilinden kurduğu

---

<sup>110</sup> PLATON (1946b), §966d-967d. Örn. EFLATUN, *inter alia*, KANT'a *kıyasen*, ölçüyü kendi söylemine çevirmez, karşı. DERRIDA (1990), pp. 81-84, 86-87, 89-90.

ideal, kopya, hayali düzen ile mevcut düzeni ters yoldan teyit eden EFLATUN'un Kanunlar'ında, yeni, ilahi, mükemmel, yozlaşmayacak, yani değişmeyecek, kurulduğu anda sabitlenecek ve zamanla korunacak ve geliştirilecek ama halihazırda mevcut olmayan bir düzene varılmak istenmektedir. Diğer bir deyişle, EFLATUN *sembolik düzeninde* mevcut düzeni kurmaktadır. Bu Bölüm'ün ilk kısmında, Türk doktrininden örneklerle mevcut durumunu göstermeye çalıştığımız doktrinin çekirdeği veya proto-tipi EFLATUN'un oluşturduğu bağlamda görülebilir. Yazı söze bağlıdır, hukuk hukuk-dışına vs.

EFLATUN'un diyaloglarında (öz. *Kanunlar ve Devlet*) oluşturulan ve yukarıda yeniden okuduğumuz, farklı yönlerden (*Roma, kilise, imparatorluk vb.*) okunmaya ihtiyaç bulunan bağlam, örneğin KANT veya HEGEL'de özü dönüşerek karşımıza çıkar. Nitekim, farklı yerlerde değinmeye çalıştığımız gibi Antik Yunan, daha doğrusu ele alınan alana göre değişmekle birlikte Antik dönem çalışmalarını değerli kılan; klasik, ardından modern olanın inşasında kilit rolü (*lapis angularis*) oynamasıdır. Örneğin, Çekinceler Danışma Görüşü'nde karşımıza çıkan Hukuk-Yasak'ın KANT yönünden ifadesi<sup>111</sup> şöyle okunabilir. (i) Dışa yansıyan kanunların (*äussere Gesetzgebung*) içinde yer alabileceği kanun kavramının tümü (*Inbegriff*), hukuk-doktrinini (*Rechtslehre/Jus*) oluşturur; (ii) böyle bir kanunkoyma mevcut ise pozitif hukuk-un doktrini olur; (iii) onlara aşına olan veya çalışan, yani hukukçu (*Jurisconsultus*), eğer dışa yansıyan kanunların dışsallığına, yani bir meselede uygulanışına, dışa yansıyan işlevine aşına ise hukuk konusunda uzman (*Jurisperitus*) sayılır; (iv) doktrin, her iki unsur bir arada ise hukuk bilimi (*Jurisprudential/Rechtsflugheit*)

---

<sup>111</sup> Karş. *supra* dn. 43, 44, 97 ve eşlik ettikleri metin. KANT'ın aşağıda özetlenen görüşü için bkz. I.KANT, **Introduction to the Theory of Right** (1797) in H.S. REISS (editor), **Kant: Political Writings**, Second edition, Cambridge, CUP, 1991, p. 132. Karşılaştırdığımız metin için bkz. I.KANT, **Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre**, Königsberg, F. Nicolovius, 1797, §B, S.XXXIf. ("Was ist Recht?").

olur, birleşmedikçe hukuk-un bilimi (*Jurisscientia/Rechtswissenschaft*) olarak kalır; (v) bu son tanım, tabii hukuk doktrininin (*natürlichen Rechtslehre/Jus naturae*) sistematik bilgisi (*systematischen Kenntniss*) için de varittir ne var ki tabii hukuka çalışan, pozitif tüm kanunların dayanacağı değişmez ilkeleri (*unwandelbaren Principien*) sağlamalıdır; (vi) hukukçu, çelişkiye düşmek veya genel bir çözüm vermek yerine yanıtını belli bir ülkede belli bir yer ve zamanda geçerli kanunlara dayandırmayı istemiyorsa '*hakikat nedir*' sorusu karşısında mantıkçının (*Logiker*) durumuna düşer; (vii) hukukçu, *yine de* hukukun ne olduğunu (*was Rechtens sei/quid sit juris*), yani kanunların, geçmişte veya günümüzde belli bir yer ve zamanda ne dediğini söyleyebilir ancak (viii) aynı kuralların adil ve onların, adil olanla olmayana (*iustum et iniustum*) ayırmaya yarar bir genel ölçüt (*allgemeine Criterium*) olup olmadığı soruları ondan saklanmıştır (*bleibt ihn wohl verborgen*); (ix) yeter ki bir an (*eine Zeit*) bile bu ampirik ilkeleri (*jene empirischen Principien*) terk etmesin ve bu kararların kaynağını (*die Quellen jener Urtheile*), saf akılda (*in der blossen Vernunft*) aramasın; (x) gerçi ona, bu kanunlar rehberlik (*Leitfaden*) edebilirse de mümkün olan pozitif kanunların temelini oluşturmak amacıyla saf ampirik bir hukuk-doktrini (*sic*) "*sadece bir baş verir; güzel görünen, ama yazık! beyni olmayan bir baş*"<sup>112</sup>.

EFLATUN'un ATİNALI YABANCISI ile birlikte okunduğunda, yukarıdaki anlatının özü; "maddi kaynak"ın kendisinin, yani hukuku ortaya çıkaran ve hukuk haline getiren şiddetin, hukuk-dışının, hukuk-çu tarafından araştırılmasının olanaksız, en iyi ihtimalle ek iş (*parergon*) olduğudur (=yapamazsın çünkü yapmamalısın), halbuki hukuku,

---

<sup>112</sup> KANT (1797), §B, S. XXXII ("*Eine blos empirische Rechtslehre ist... ein Kopf, der schön seyn mag, nur Schade! dass er kein Gehirn hat*").

"Hukuk" haline getiren, hukuku, hukuk-çunun işini tarif eden (*ergon*) budur<sup>113</sup> (=bil ama düşünme; yapabilirsin çünkü yapmalısın). Örneğin, bir özgürlüğün kullanımının kendisi genelgeçer kanunlara uygun özgürlüğe karşı bir ihlal, yani bir haksızlık (*unrecht*) oluşturuyorsa buna karşı şiddet kullanımı (*Verhinderung eines Hindernisses der Freyheit*), aynı kanunlara uygun olur (*recht*): Şiddete verilen izin, dar anlamda hukukla (*ius strictum*) ilgiliyken biri, daha geniş anlamda bir hukuku (*ius latium*) da düşünebilir, ilki haktır ama şiddet içermez (*Billigkeit*) diğeri şiddet içerir ama haksızdır (*Notwendigkeit*)<sup>114</sup>. Dolayısıyla *ergonun varlığı parergona, parergonun varlığı ergona bağlıdır*. Bize göre, sorun, *fikri açıdan* böyle anlaşılır ve felsefe ile hukukun birbirine karşı durumu, uluslararası hukuk doktrini yönünden yukarıda yer verilen örnekler hatırlanırsa daha iyi kavranır<sup>115</sup>. Ancak kavramamız yetmez; ele aldığımız konu itibariyle sonuçlarını incelememiz ge-

---

<sup>113</sup> DERRIDA, KANT'ın anlatisını, söylemini, onun üzerine bina edilen ikili karşıtlıkları irdeleyerek anılan karşıtlıkların bir yapı olarak yapılandığı yapıları, kurumları inceler, amacı böyle bir dönüştürücü eylem (*geste transformateur*), diğeri yönden sorumluluğu (*responsabilité*) ile bir ileri-sürülebilir-göstergenin (*une graphique d'itérabilité*), mümkün olduğunca ayrıntılı biçimde izlenmesini, diğeri bir anlatımla, felsefeyi değil felsefe gibi yapıbozumun gerçekleştirilmesine yol açan sorumluluğun gereğini yerine getirdiğini belirtir, bkz. DERRIDA (1990), pp. 88-89. KANT'ın yukarıda özetlenen görüşlerinin yapıbozumu esnasında yapıbozumun parantez içine alındığına dikkat ediniz. ZIZEK, yukarıda anılan yönden, DERRIDA'nın eleştirisini, özünde, HEGEL ve LACAN üzerinden eleştirir: ZIZEK'e göre sorun bir kimlik sorunudur, bir varlığın karşıtına dönüşümü, *Hegelyen mantıkta* olan-olanın olan-olmayan ile karşılaşmasında, olmayanın olana yansımadır, böylece kendisi-ile-özdeşleşme (*Identität mit sich*) olur; Lacanyen görüşte ise gerçeklik Gerçek, Sembolik ve Hayali arasındaki ilişkiyle açığa çıkar. DERRIDA ve takipçilerinin, retorik ve gerçekliği ele alışları retoriğe, yani gerçekliği reddedene dönüştür, anılanların gözden kaçırdığı yön budur, bkz. ZIZEK (2008), pp. 32-37.

<sup>114</sup> KANT (1797), §D, S. XXXV; Anhang, S. XXVIII.

<sup>115</sup> *Kanaatimizce* AKİPEK'in anlatisını diğerklerinden ayıran husus budur: Diğerkleri yönünden belirleyici olan, *sembolik açıdan* doktriner şemanın, hukuku Hukuk yapmaktan çıkaracak biçimde yorumuna elverişli derecede kabulü ve bastırılmasıyken AKİPEK, hukuku Hukuk yapana sadık kalır.

rekir<sup>116</sup>. Örneğin, bireyin dünyaya, varlığı, ona aidiyetiyle kendiliğinden, hiçbir aracı olmadan bağlandığını (*Weltbürgergesellschaft*), bu bağa ve aralarındaki muhtemel irtibata dayalı ilişkileri bunun kanunlarına, onu da muhtemel kozmopolit hukuka (*jus cosmopoliticum*) bağlayan KANT'a göre; uluslararası hukuk, *daha doğrusu* "devletler hukuku" (*ius publicum civitatum*) yönünden devletler, (i) dış ilişkilerinde, kanunsuz yabancılar (*gesetzlose Wilde*) gibi doğası gereği hukuk-dışı bir durumdadır (*in einem nicht-rechtliche Zustände*); (ii) bu durum güçlünün hukuku anlamında bir savaş hukukudur ama gerçek savaş veya saldırı anlamına gelmez (*Platonik an*) ve *hiçbir devlet bir diğerine herhangi bir haksızlık yapmamasına rağmen en yüksek seviyede hatalıdır*; (iii) iç işlerine karışmak amacıyla değil dışarıdan saldırıları engellemek amacıyla, orijinal sosyal sözleşme fikrine uygun bir milletler cemiyeti (*Völkerbund*) kurulmalı ve bu, terk edilebilen, şartları değiştirilebilen birliğin (*Genossenschaft*) hiçbir egemen gücü (*keine souveräne Gewalt*) olmamalıdır<sup>117</sup>. Uluslararası hukuk; kozmopolit hukuka değin ihtiyaç duyulan, kanunkoyanı olmayan, kendisi de anayasaya (*Verfassung*) değil orijinal sosyal sözleşmeye ihtiyaç duyan (*Idee eines ursprünglichen gesellschaftlichen Vertrages*), savaşı engelleyemeyen hukuktur. *Ayrımı ve bağı kuran filozoftur; hukuk-çun-un bunları düşünmesi gerekmez.*

---

<sup>116</sup> Giriş bölümünde ve en yukarıda (§1-13), böyle bir eleştirinin getirilebileceğine ancak anılan eleştirinin kendisinin eleştiri getirilen alanın içinde konumu gereği azınlıkta geleceğine değindik ve getirilen diğer bir takım "eleştiri"lerin (*örn.* Giriş, dn. 1), eleştirirken eleştirmedikleri nedeniyle, özü itibarıyla eleştiri vasfı taşımadığını, eleştirilemeyenin kendisini yinelediklerini göstermeye çabaladık, karşı. *supra* dn. 113.

<sup>117</sup> KANT (1797), §62, S.259f.; §53-54, 246f.

**§18.-**Doktrinde geleneksel biçimde tekrar edilegeldiği üzere uluslararası hukuk "1648", "Vestaflya" veya "GROTIUS" ile açıklanır<sup>118</sup>. Genel olarak uluslararası hukuk, anılanların simgelediği anlamlara bağlı olarak tarif edilir. Buraya değin anlatılanlarla birlikte düşünüldüğünde, farklılığın tekrarı ve tekrarın farklılaşması, fark ve tekrarın dönüştüğü yönünde sayısız örnek bulunabilir. Örneğin, Brockhaus Ansiklopedisi'nin yaklaşık yüz yıl içindeki iki farklı baskısında (1829, 1952) "uluslararası hukuk" (*Völkerrecht*) tanımları karşılaştırılırsa geçmişten günümüze tekrar edilen, farklılaşan, değişen veya dönüşen görülebilir:

*"...(jus gentium) (U)lusların ve devletlerin dışarıya karşı (gegen Auswärtige) hakları ve yükümlerinin kavramsal olarak tümü (Inbegriff) veya bir bilim olarak devletlerin bir diğerine karşı hak ve yükümlerinin bilimidir. Tabii veya felsefi veya genel ile pozitif uluslararası hukuk olarak ayrılır..." (1820) ve*

*"(Internationales Recht), Devletlerin ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının tümü; 17. yüzyılda özellikle Grotius'un yazıları ile şekillenmiştir. Geçerlilik temeli uluslararası topluma dahil dev-*

<sup>118</sup> AKİPEK'e göre, "Grotius'un asıl büyüklüğü, 'olan hukuk' ile 'olması lazım gelen hukuk' arasındaki ikiliği... görmüş olması ve bu ikisini tabii hukukla müspet hukukun bir sentezi halinde devletler hukukunda birleştirmiş bulunmasındadır", bkz. AKİPEK I, s. 93. Veya, "(g)erçekten, Vestfalya Barışının getirdiği 'Devletlerin bağımsızlığı ve eşitliği', 'siyasi dengeye dayanan bir devletler topluluğu' ve 'din farklarının milletlerarası hayatta barış ve dostluk münasebetlerine engel olmaması' gibi esaslar, yalnız devletlerarası münasebetler tarihi bakımından değil, devletler hukuku bakımından da çığır açacak mahiyettedir. Keza, bu esaslar, bugün dahi hayatiyet ve ehemmiyetlerini kaybetmemişlerdir", bkz. *ibid.* Örneğin, bu anlatıda bastırılan "savaş" veya anılan "barış"a neden olan "şiddet" veya "ilahiyat" olduğuna veya yinelememiz gerekirse "GROTIUS"un, Vestfalya'daki din-devlet adamlarının veya "1648"in, *o anda* böyle bir anlam ifade etmediğine dikkat ediniz. Örn. GROTIUS'a göre, *doğal ya da ilahi hukuk dışında, verdiği söz egemeni kısıtlayamaz*, bkz. *id.*, **Savaş ve Barış Hukuku**, çeviren S.L. MERAY, Ankara, AÜSBF Yayınları no. 222-204, 1967, I.3.XVI, s. 35. Böyle ise nasıl olur da GROTIUS'un "...tabii hukuk anlayışı laik olduğu kadar, bütün (d)evletler hukuku sistemi de laik esaslar üzerine kurulmuş" olabilir?, (*alıntılanan ifade için*) bkz. MERAY I, s. 29; ayrıca bkz. Giriş, dn. 26. Yabancı literatürde de hemen her ders kitabında benzeri bir durum söz konusudur, bkz. *e.g.* L.F.DAMROSCH, L.HENKIN, S.D.MURPHY, H.SMIT, **International Law**, Fifth edition, St.Paul, West, 2009, pp. xxi-xxiii.

letlerin onun hukuken bağlayıcı olduğuna inanmasıdır (Rechts-  
überzeugung)... " (1952)<sup>119</sup>.

Pek çok yönden (*ama en çarpıcı biçimde, aynı şey iki kez birbirini çürütecek biçimde ve yazılmayana bağlandığından*) çelişik olan tanımlar, kendisi üzerine bina edilen anlayışlara ve ona içkin tartışmalara ait ipuçlarını bize verir: Devlet-ler ve hukuk-lar.

Yukarıdaki tanımlar, buraya değin belirlediğimiz fikri bağlamla yakından ilişkilidir. İlişkiyi Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nun sonrasına hukuki ve felsefi açıdan taşıyanlar içinde en dikkat çekici olanı ise, *kanaatimizce*, HEGEL'in anlattığıdır. Nitekim EFLATUN ve KANT'ı bilen HEGEL'e göre; hukuk bilimi felsefenin bir parçasıdır, öyle ki (i) objenin nedeni (*Vernunft*) olan fikri (*Idee*) kavramdan (*Begriff*) çıkarsayıp geliştirmesi gerekir, *yani* objenin kendisinin ona özgü iç gelişimini izlemelidir: (ii) Parçası olduğuna göre, önceden olanların sonucu ve gerçeği (*Resultat und Wahrheit*) olan, belli bir başlangıç noktası (*Anfangspunkt*) olmalıdır ve önce olan, onun kanıtı (*Beweis*) olur; (iii) dolayısıyla hukuk kavramının kökeni hukuk biliminin dışında kalır<sup>120</sup>. (iv) Devlet, etik fikrin, etik ruhun gerçekliğidir (*Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee-der sittliche Geist*); özel, ailevi ve sosyal olanın aksine *bir yönüyle* dışsal bir zorunluluktur ve onların üzerinde bir güçtür (*äusserliche Notwendigkeit und ihre höhere Macht*), *diğer yönüyle* onlara içkin amaçtır, genelgeçer nihai amaç ile bireylerin çıkarlarını birleştirerek güçlü olur ki bireylerin hakları gibi görevleri de vardır (=İç devlet hukuku)<sup>121</sup>. (v) Kendine-gönderme-

---

<sup>119</sup> Tanımlar için (*sırasıyla*) bkz. **Real-Encyclopädie oder Conversations-Lexicon, Band X**, Fünfte Original-Auflage, Leipzig, F.A.Brockhaus, 1829, S. 448f. (*GROTIUS'un, tabii- ve uluslararası hukukun 'babası' olduğu belirtilir*) ve **Der Kleine Brockhaus, Band II**, E.Brockhaus, Wiesbaden, 1952, S. 591.

<sup>120</sup> *id.*, **Grundlinien der Philosophie des Rechts**, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986 (1821), §2, S. 30.

<sup>121</sup> HEGEL (1821), §257, S. 398; §261, 408.

içeren, zamandan bağımsız negatif ruh; süregelen farkları birleştirerek bağımsız bir varlık olur ve böyle oluştuğunda devletin kişiliği (*Individualität*) vardır: Bireymiş gibi varlık (*wesentlich*) ve egemenin şahsında gerçeklik olarak (*im Souverän als wirkliches*)<sup>122</sup>. (vi) Devletin dış hukuku (*äussere Staatsrecht*) bağımsız devletlerin bir diğeriyle ilişkilerinden doğar, kendi-ve-kendisi-için-de (*an und für sich in demselben*) emir şeklinde (*Form*) ortaya çıkar, zira, gerçekliği egemenin emrine (*souveränen Willen*) dayanır; (vii) nasıl ki kişi (*Einzelne*) diğerleriyle ilişkilene-medikçe gerçek değildir, devlet de diğerleriyle ilişkilene-medikçe gerçek birey (*Individuum*) olamaz: (viii) Devlete karşı neyin kendiliğinden (*an sich*) hukuk olduğunu söyleyecek bir güç yoktur, burada her zaman egemen-emre (*Sollen*) bakılmalıdır<sup>123</sup>. Çalışmamızda ele alınan bağlamda; Antik Yunan, EFLATUN ve KANT'ı Hegelyen mantık yönünden okursak: *Uluslararası hukuk, bir yandan devlet hukuku olmayandır, zira egemeni, dünya devleti yoktur; diğer yandan kozmopolit hukuk da olamaz, zira dünya-nın vatandaşı yoktur*<sup>124</sup>. Böyle görülürse, Alman doktrininde, "sorun" 1930'larda çifte anlamda trajik biçimde çözülene değin, KANT kadar HEGEL de bulunur. Takip eden kesimlerdeki temel fikri ayrılıkları ortaya çıkaran ikilemi böyle anlıyoruz.

---

<sup>122</sup> HEGEL (1821), §321, S. 490.

<sup>123</sup> *ibid.*, §330, 331, S. 497f.

<sup>124</sup> Hegelyen mantıkta "kimlik" (*Identität*) için bkz. *id.*, **Wissenschaft der Logik, Band I.2**, Nürnberg, J.L. Schrag, 1813, S.54f.; (*yorumu için*) karşı. e.g. ZIZEK (2008), esp. 203-228. Özetle; günümüze değin etkisini sürdüreceği biçimde, Alman idealistleri ile birlikte HEGEL, KANT'ın hukukun dışına çıkardığını, hukuk-unfelsefe-siyle birleştirip varsayar, dışlamasının kendisini içererek sorun olmaktan çıkarır. Örn., HEGEL'e göre; etik bütünlük olan, mutlak bağımsız ve özgür uluslar arasındaki ilişkiler, doğrudan doğruya ilgili sujelerin benliği ve bağımlılığını içeren özel bir sözleşme gibi tanımlanırsa doğal bir çelişki ortaya çıkar, bkz. *id.*, **On the Scientific Ways of Treating Natural Law (1802-1803) in L.DICKEY, H.B.NISBET (editors), G.W.F. Hegel: Political Writings**, Cambridge, CUP, 1999, p. 171. Dikkat ediniz: Örn. ADORNO/HORKHEIMER'a göre, olumsuz belirlemeye dayanan diyalektik düşünce tarzı, kendi sonunu hazırlar, bkz. esp. pp. 18-19.

## İKİNCİ BÖLÜM:

# 19. YÜZYIL SONU ALMAN DOKTRİNİ ÖRNEĞİNDE ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARININ DÖNÜŞÜMÜ

## I. DOGMATİK ÜZERİNE DOKTRİNDEKİ BAŞLICA TARTIŞMALAR

### A. ANDLAŞMALARIN HUKUKİ BAĞLAYICILIĞINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

#### 1. Doktriner Eleştiriler: Kaufmann ve Kelsen

§19.-Yukarıda anılan nedenlerle, uzun 19. yüzyılda, yüzyılın sonunda (*fin-de-siècle*)<sup>1</sup> iki sembolik isim arasındaki hukuki tartışmaya yer vermeyi faydalı buluyoruz.

---

<sup>1</sup> 19. yüzyıl sonunu (*fin-de-siècle*) geniş bir perspektifle ve kavram ile mümkün olan en uzun dönemi, 1880'lerle 1914 arasını kapsayacak şekilde anlıyoruz. Bağlamı daha etraflı kavramak amacıyla öz. bkz. J.HERF, **Reactionary Modernism**, Reprint, Cambridge, CUP, 2003, p. 11 et seq.; İ.ORTAYLI, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Alman Nüfuzu**, 4. Baskı, İstanbul, İletişim, 2003, öz. s. 15 ved. Aşağıda yer vereceğimizin hemen tamamını Alman "mandarin"leri olarak görebiliriz, bkz. RINGER, pp. 2-3, 5 et seq.

Hayli geniş bir literatür içinde dönemin sosyal-siyasi-tarihi-ekonomik-kültürel bağlamını gözeten ve takip eden kesimde yer vereceğimiz tartışmanın kamu hukuku ve uluslararası hukuk bağlamını kuran, yer yer farklı görüşler ileri süren eserler için bkz. CARTY (1986); KOSKENNIEMI (2007); Michael STOLLEIS, **Public Law in Germany : 1800-1914**, translated by P. BIEL, NY, Oxford, Berghahn Books, 2001; STOLLEIS (2008).

Örneğin<sup>2</sup>, yüz yıl kadar önce (1911), (Erich) KAUFMANN şöyle yazar:

"*Tarafı olan devletlerin menfaatlerine dayanan uluslararası andlaşmalar hukukunun sınırı, devletlerin menfaatidir; onların devlet olma hakları ve mümkün olduğu kadar öyle kalma hakları, (başka bir anlatımla) kendi kendilerini koruma hakkıdır... Tüm uluslararası andlaşmalar, hemen her zaman bir devletin, belli bir siyasi durumun ortaya çıkardığı ihtiyacın giderilmesi amacıyla yönelik olduğundan andlaşmaların geçerliliği, ... clausula rebus sic stantibus olarak, devletlerin kendi kendilerini koruma haklarının (Selbsterhaltungsrechte) kullanımına bağlıdır. Uluslararası andlaşmaların tümünün, devletler arası koordinasyon hukukunun (Koordinationsrecht) birer parçası olarak kendilerine içkin bir sınırı vardır: Andlaşmalar; yalnızca ortaya çıktıkları anda var olan güç ve menfaat durumu mevcut olduğu sürece bağlayıcıdır; devletlerin kendilerini koruma haklarıyla andlaşmanın esaslı unsurları arasında çelişki olursa bağlayıcı olmaz"*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> KAUFMANN ve KELSEN arasındaki tartışmanın etraflı tahlili için öz. bkz. Stanley L. PAULSON, *Some Issues in the Exchange between Kelsen and Kaufmann*, 48 SCANDINAVIAN STUDIES IN LAW 269 (2005); *id.*, *The Theory of Public Law in Germany 1914–1945*, 25 OXF.J.LEG.STUD. 525, 527-530 (2005); KOSKENNIEMI (2007), p. 238 et seq.; PAZ, esp. pp. 158-159, 168 et seq.; 178 et seq.; 204 et seq.; 218 et seq.; 309 et seq.; Monica GARCIA-SALMONES ROVIRA, *The Project of Positivism in International Law*, Oxford, OUP, 2013, p. 120 et seq.; 200-201, 225-226 ve karşı. e.g. David J. BEDERMAN, *The 1871 London Declaration, Rebus Sic Stantibus and a Primitivist View of the Law of Nations*, 82 AM.J.INT'L L. 1 (1988) ("*Ahde vefa*" ve "*şartlarda köklü değişiklik*"in farklı dünya görüşlerini yansıttığı tartışılmaktadır).

<sup>3</sup> *id.*, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911, S. 182, 204. Böyle bir anlayış sadece uluslararası andlaşmaları değil hukukun diğer meselelerini de doğrudan etkiler. Örn. KAUFMANN'a göre "zaferle sonuçlanan savaş" (*siegreiche Krieg*) sosyal idealdir, bkz. *ibid.*, S. 145f. KAUFMANN hak. bkz. Hans LIERMANN, *Kaufmann, Erich ins NDB*, Band 11, S. 349f. (1977).

Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukuk devlet içindir, öncelikle devletler arası eşgüdümü (*Koordinationsrecht*) sağlamaya matuftur: Devletlerin akdettiği uluslararası andlaşmaların hepsinde, andlaşmanın tesis edildiği andaki durumu esas alan *clausula rebus sic stantibus* (*şartlarda köklü değişiklik kaydı*) vardır ve bir devlet, andlaşmayla bağdaştırılması mümkün olmayan ölçüde şartlarda köklü değişiklik olursa artık hukuken bağlı olmaz. KAUFMANN'ın, Büyük Savaş öncesinde 1911'deki görüşünü uluslararası hukukun reddi (*Leugnung*) olarak gören (Hans) KELSEN ise 1920 yılında şöyle yazar:

"Yakın zamanlarda egemenlik dogması (Souveränitätsdogma) ve güç teorisi (Machtstheorie) birlikteliğinin karakteristik ifadesi... Kauffmann'da karşımıza çıkar... Bahse konu görüşlerin ar-  
dında, kötüniyetli (schlecht) bir biçimde sadece herhangi bir u-  
luslararası hukukun tümünden reddi saklıdır... Uluslararası hu-  
kukun reddi görüşüne karşı bir şey söylemek gerekmez..."<sup>4</sup>.

KELSEN'e göre; olan (*Sein*) ile olması gereken (*Sollen*), pratik (*praktischer*) ile teorik (*theoretischer*), subjektivizm (*Subjektivismus*) ile objektivizm (*Objektivismus*), siyaset (*Politik*) ile hukuk, güç (*Macht*) ile hukuk, ahlak (*Moral*) ile hukuk, din (*Religion*) ile hukuk ve emperyalizm (*Imperialismus*) ile pasifizm (*Pazifismus*) farklıdır: KAUFMANN, psikolojik ve hukuki irade arasında herhangi bir ayırım gözetmediği gibi hukuk düzenini (*Rechtsordnung*) ve hukuki toplumu veya kişiliği (*Rechtsgemeinschaft*) karıştırmakta; bahse konu ayrımları hiçe saymaktadır<sup>5</sup>. Dolayısıyla KAUFMANN, güç (*Macht*) ve hukuk (*Recht*) arasında herhangi bir objektif ölçüte yer vermemekte; sub-

---

<sup>4</sup> KELSEN (1920), §45, S. 196ff.; 198f., N. 3. KELSEN hak. bkz. R.WALTER, **Kelsen, Hans** ins NDB, Band 11, S. 479f. (1977) ve Th. OLECHOWSKI, **Kelsen, Hans** ins ÖBL Online-Edition, Lfg. 1 (2014).

<sup>5</sup> KELSEN (1920), §10, S. 70; §40, S. 170-171, N. 3; §44, S. 190ff.; 193-196. *Kanaatimizce* KELSEN "Rechtsgemeinschaft" tabiri ile hukuk düzenine tabi, o düzenin muhatabı olan toplumu, kişileri kastetmektedir.

jektif yaklaşımlara has bir biçimde devlet ile hukuk arasında ayrıma giderek devleti üstün tutmaktadır<sup>6</sup>. Başka bir anlatımla, KELSEN'e göre egemenlik sorunu zahiridir: Esas sorun, uluslararası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkinin nasıl anlaşılması gerektiğidir<sup>7</sup>.

KAUFMANN'ın yanıtı gecikmez. KELSEN'i 1921 yılında eleştirirken<sup>8</sup>, *a priori* kategorilere dayanan, saf akılcılık (*reine Rationalismus*) ve saf hukuki formalizmin (*reine*

---

<sup>6</sup> KELSEN (1920), §64, S. 317-319. KELSEN'in "metodu", KANT'tan mülhem, "olan"la (*Sein*) "olması gereken" (*Sollen*) ayrımına dayanır, pozitivizm (örn. LABAND), yenikantçı felsefe (örn. RICKERT) ve sosyolojiyi (örn. SIMMEL) takip eder. Aslında, neden-sonuç ilişkisine dayanan "doğa bilimleri" (*Kausal-/Naturwissenschaft*) ve "sosyal bilimler" (*Geisteswissenschaft*) ile öz. "norm bilimi/normoloji" (*Normwissenschaft*) ayrımı KANT veya HEGEL'i takip edenler tarafından vurgulanır, karşı. e.g. A. AFFOLTER, **Naturgesetze und Rechtsgesetze**, München, J. Schweitzer, 1904, S. 17-20; JELLINEK (1887), S. 215, 217f., 226-228; *id.*, **Allgemeine Staatslehre**, 2. Auflage, Berlin, O.Haring, 1905 (JELLINEK I (1905)), S. 19f., 24ff. ve Hans KELSEN, **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911, S. 3ff.; *id.*, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*, 40 SCHMOLLERS JAHRBUCH 1181 (1916).

<sup>7</sup> KELSEN (1920), §25, S. 102ff. (*Delegation/Verweisung*). Bu bağlamda, doktrindeki yaygın kanaatin aksine, "norm" veya "normlar hiyerarşisi" fikrinin kökeninde KELSEN'e ait olmadığını belirtelim, bkz. e.g. Stanley PAULSON, *How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law*, 21 REVUS 29 (2013). Öz. bkz. ve karşı. Ernst Rudolph BIERLING, **Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Theil I**, Gotha, F.A.Perthes, 1877, S. 30ff.; Karl BINDING, **Die Normen und ihre Übertretung, Band I**, Leipzig, W.Engelmann, 1872, §3, 15ff.; §8, 49-53 veya August THON, **Rechtsnorm und subjectives Recht**, Weimar, H.Böhlau, 1878, §1-2, S.3ff.; JELLINEK (1887), S. 214-216, 227f. ile Adolf MERKL, **Die Lehre von der Rechtskraft**, Leipzig u. Wien, F.Deuticke, 1923, S. 245ff. ve Hans KELSEN, **Allgemeine Staatslehre**, Berlin, Julius Springer, 1925, §32, S. 229ff.

<sup>8</sup> Erich KAUFMANN, **Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1921, S. 20ff. (*Sadece KELSEN'i hedef almaz, NELSON yönünden karşı. infra dn. 59*). KAUFMANN, (Friedrich J.) STAHL'in felsefede, hayatın genelinde rasyonalizme karşı oluşunu över, bkz. *id.*, **Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes**, Leipzig, O.Braudstetter, 1906, §3, S. 57. Keza, KAUFMANN, öz. İngiliz ve Fransız hukukunda "rasyonel", pozitif hukukun önemsenmesini ve Almanya'ya aktarılmaya çalışılmasını eleştirir, bkz. e.g. *id.*, **Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts** (1908) *ins*

*Rechtsformalismus*) temsilcisi olarak gördüğü KELSEN'in yaklaşımında karşılaştığı üzere herhangi birinin gerçeğe belli bir soyut noktadan (*einem bestimmten abstrakten Gesichtspunkt*) baktığında ve geriye kalan her şeyi görmezden geldiğinde, onun her zaman yalnızca aynı soyut noktaya geri döneceğini belirtir<sup>9</sup>. KELSEN'in önerdiği gibi, dünya-hukuku-monizmi idealine (*weltrechtsmonistischen Ideal*) yönelik olarak kavramların saf-laştırılması (*Reinigung*), söz konusu idealin (*civitas maxima*) gerçekleştirilmesine herhangi bir katkıda bulunacak ise bile böyle bir inancın dayanağı ancak radikal derecede mantıklı bir metafizik (*eine radikal logizistische Metaphysik*) olabilir. Böyle bir düşünceye kapılmaksa "hayli gülünç"tür (*so grotesk*)<sup>10</sup>. Başka bir ifadeyle, KAUFMANN'a göre, KELSEN'in hukuki olguları yalnızca formel açıdan olması gerekene (*formel hukuk normları arasındaki ilişkilere*) dönük bir yöntemle inceleyerek hukuki açıdan özel hukuk (*Privatrecht*), devlet (*kamu*) hukuku (*Staatsrecht*) ve uluslararası hukuk (*Völkerrecht*) arasında; konfederasyon (*Staatenbund*) ve federasyon (*Bundesstaat*) arasında; organ ve temsilci arasında hiçbir ayırım yapmaması ve hukuken egemenlik kavramına hiçbir anlam vermemesi abesle iştiğal (*Trivialität*) ve büyük bir çelişkidir (*Tautologie*)<sup>11</sup>. Kısaca, KAUFMANN, siyasi-tarihi ve sosyolojik gerçekliğin KELSEN tarafından hukuk-dışı kabul edilmesini yadsımaktadır (*realizm*). Halbuki KELSEN'e göre; hukuki yönden, (iç?) hukuk düzeni ve

---

A.H. van SCHERPENBERG et al. (Hrsg.), **Erich Kaufmann: Gesammelte Schriften, Band III**, Göttingen, O. Schwartz, 1960 (KAUFMANN III), S. 47.

<sup>9</sup> KAUFMANN (1921), S. 21.

<sup>10</sup> *ibid.*, S. 29.

<sup>11</sup> *ibid.*, S. 22.

devlet kavramları eşdeğerdir<sup>12</sup> (*formalizm*): Devleti, hukukun dışında veya ötesinde düşünmemek gerekirken KAUFMANN, yenikantçı felsefeyi yanlış anladığını gösterdiği gibi uluslararası hukuk düzenini iç hukuk düzenine üstün tutan monist görüşü, iç hukuk düzenini uluslararası hukuk düzenine üstün tutan görüşten ayırmanın etik-siyasal bir tercih olduğunu da göz ardı ederek devletin ve devlete içkin egemenliğin sadece uluslararası hukuk tarafından tanınan hak ve yetkileri ifade ettiğini kabul etmemektedir<sup>13</sup>.

## 2. Eleştirilen Dogmatığın Öncüleri: Laband, Bergbohm

§20.-(*Avusturyalı*) KELSEN ile (*Alman*) KAUFMANN arasındaki tartışma, yukarıda hukuk dogmatığı, otorite, sosyal bilimler ve felsefe yönünden belirtilen bağlam eşliğinde

---

<sup>12</sup> KELSEN (1920), §3, S. 11-12; *id.*, **Der soziologische und juristische Staatsbegriff**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922, §15, S. 86ff. Ayrıca bkz. A.VERDROSS, *Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts*, 29 ZiR 65, 66-69 (1921).

<sup>13</sup> KELSEN (1922), §17, S. 99, N. 1. KELSEN'in eleştirisi daha genel ve 19. yüzyıl Alman kamu hukukunun tümünü (*örn. monarşik prensip*) hedef alır. Alman doktrininde, öz. Prusya'da ve Avusturya'da otoriter modernizmin-despotik Aydınlanma'nın etkilediği en önemli yönlerden biri, öz. Restorasyon dönemlerinde yerleşen, "monarşik prensip" (*monarchischen Prinzip*) kavramıdır, bkz. FRANKENBERG, pp. 68-71; STOLLEIS (2001), pp. 61-63. Prensip; Büyük Savaş sonuna kadar farklı şekillerde uygulanmakla birlikte genel olarak devlet düzeninin (*liberal, modern anayasacılıktan farklı olarak*) monarşin bir ihsanı olduğu anlayışına dayanır ve bir karşılaştırma yapmak gerekirse Alman tipi meşruti ("*anayasal*" değil "*anayasalı*") monarşinin ve devlet teorisinin, Birleşik Krallık'taki veya Fransa'dakinden ayrıldığı en belirgin yönüdür, karşı. e.g. JELLINEK (1887), S. 211-213 (*Hukuki yönden "prensip" tarihi-siyasi niteliktedir, kendisinden hukuki bir sonuç çıkarmak hukuki gerçek karşısında yersizdir*) ve KAUFMANN (1906), §2, S. 9ff. (*19. yüzyılın ilk yarısı için anayasal devletin temeli "mutlak monarşi" ve "monarşik prensip"tir*). Monarşik prensibin yüzyıl sonunda yeniden yorumunu öneren "objektif idealist" (*DILTHEY'in "subjektif idealist" ve "natüralist" ile birlikte dünya görüşü tiplerinden biridir*) KAUFMANN'a göre; (*HEGEL ve STAHL'e atfen*) "devlet", "*en ahlaki İmparatorluk (ein sittliches Reich)*"tur, bkz. *ibid.*, §3, S. 53.

okunabilir. Gerçekten, özellikle Alman kamu hukukunda<sup>14</sup> 19. yüzyılın son yıllarından itibaren gerek sosyo-ekonomik, siyasal ve kültürel yönden Alman ve Avusturya-Macaristan İmparatorluklarının sarsılması gerekse söz konusu gelişmelere eşlik edecek biçimde her iki İmparatorlukta doktrininde görece hakim anlayış (*ortodoxia*) olan kanuni pozitivizmin (*Gesetzespositivismus*) eleştirisiyle<sup>15</sup> birlikte, emperyal dönemde ve cumhuriyet döneminde kamu hukuku bağlamında önemli ve keskin görüş ayrılıkları (*Methodenstreit*) ortaya çıkmıştır<sup>16</sup>.

Yukarıda değinilen görüş ayrılıklarını daha iyi kavrayabilmek için KELSEN (*kozmpolit normatif pozitivizm?*) ve KAUFMANN'ın (*Alman fin-de-siècle realizmi?*)

<sup>14</sup> Alman hukuk çevresi yönünden "kamu hukuku"nun karşılığı "*öffentliches Recht*"tir. *Kanaatimizce* en geniş anlamda kamu hukuku; devlet (*esas teşkilat*) hukuku (*Staatsrecht*), ceza hukuku (*Strafrecht*), usul hukukunu (*Prozessrecht*) ve uluslararası hukuku (*Völkerrecht*) kapsar, kilise hukukunu (*Kirchenrecht/Eherecht*) ve kolonyal hukuku (*Kolonialrecht*) ilgilendirir. Buradaki sıralama gelişigüzel değildir. Devlet hukukunun ilgi derecesi ilkinden sonuncusuna doğru azalır. Dar anlamda kamu hukuku, yani "*Staatsrecht*", devlet (*esas teşkilat*) hukukunu ifade eder ve esas itibariyle idare hukukunu (*Verwaltungsrecht*) ve anayasa hukukunu (*Verfassungsrecht*) içerir; örn. "*Landesrecht*" aynı bağlamda federe devlet (*Gliedstaat/Land*) hukukunu belirtir. Anayasa hukuku uzunca bir süre devlet (*esas teşkilat*) hukuku içinde incelenmekle birlikte, en belirgin biçimde Cumhuriyet ("*Weimar*") döneminde (*insan hakları ile birlikte*) ele alınmaya başlamıştır bkz. e.g. Gerhard ANSCHÜTZ, Richard THOMA (Hrsg.), **Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band I**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930, S. 1ff.

<sup>15</sup> STOLLEIS (2001), p. 328 et seq.

<sup>16</sup> STOLLEIS (2008), p. 53 et seq., 139 et seq. İlgili çekici olan nokta şudur: HERF'e göre aşağı yukarı aynı dönemde Almanya'da modernitenin teknolojik (*modernist*) yönü ve Alman milli (*reaksiyoner*) kültürü arasındaki gerilim de teknolojinin nasıl kavranacağına ilişkin, sanayi devriminden sonra belirginleşen sosyo-kültürel tartışmanın (*Streit um die Technik*) zirve noktasını oluşturmaktadır, bkz. HERF, p. 18 et seq. Daha açık birer örnek olarak ekonomide tarihçi yaklaşım ile marjinal fayda yaklaşımı arasındaki çekişme (*Methodenstreit der Nationalökonomie*); tarih ve kültür/uygarlık (*Kultur*) arasında bir ilişki olup olmadığı, varsa değeri ve niteliği üzerine yürütülen tartışma (*Methodenstreit der Geschichtswissenschaft*), akademik disiplin/bilim dallarının krizi (*Krise der Wissenschaft*) veya öz. sosyal bilimlerde (*Geisteswissenschaften*) yaşanan kriz ve dönüşüm de büyük ölçüde anılan döneme rastlar, bkz. RINGER, pp. 152 et seq., 295-296, 302-304, 315-334.

zıt kutuplarda yer aldığını varsayarak Alman hukuk çevresi yönünden orta yolu (*mesos, via media*) simgeleyen ve uluslararası hukuka sentetik yaklaşımlar geliştiren (Georg) JELLINEK, (Heinrich) TRIEPEL ve diğerlerinin görüşlerini birbirinden ayırabiliriz. Böylece, *inter alia* uluslararası hukuk doktrininin takip ettiği orta yola ilişkin görüşlerin ve tartışmanın zemininin daha sağlıklı değerlendirileceğini düşünüyoruz.

Alman İmparatorluğu'nda kamu hukukuyla ilgili standart görüşü yansıttığı ifade edilen<sup>17</sup> (Paul) LABAND'a göre, uluslararası andlaşmaların (*Staatsverträge*) konusu olabilecek alanlar ile kanun ve idarenin düzenleyici işlemlerinin (*Gesetz und Verordnung*) konu edinebileceği alanlar devlet iradesi (*Staatswille*) yönünden farksızdır: Bununla birlikte *ilki*, tarafı olan devletler arasında hak ve borçlar doğuran taahhüt (*Versprechen*) işlemiyken *ikincisi* devletin –organlarına, tebasına yönelik– emridir (*Befehl*)<sup>18</sup>. Başka bir deyişle, LABAND; uluslararası andlaşmaları, devletlerin iradelerinin uyuşması ile oluşan akitlere (*Willensübereinstimmungen*) ve devletler arasındaki ilişkiyi sözleşme ile kurulan hukuki ilişkiye (*Rechtsgeschäft*) benzeterek andlaşmaların taraf devletin memurları veya tebasına (*gegen Behörden und Unterthanen*) yönelik herhangi bir hukuki etkisi (*Rechtswirkung*) olmadığını belirtmekte ancak devlet hukuku yönünden andlaşma

---

<sup>17</sup> Bkz. *e.g.* STOLLEIS (2001), pp. 323-324.

<sup>18</sup> *id.*, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band I**, 3.Auflage, Freiburg u. Leipzig, J.C.B. Mohr, 1895 (LABAND I (1895)), §60, S.597-599; §62, 627f.; *id.*, **Staatsrecht** ins Rudolf STAMMLER et al., **Systematische Rechtswissenschaft**, Berlin, Leipzig, B.G. Teubner, 1906 (STAMMLER (1906)), S. 314f. (*Kanundan bir diğer farkı, kanunun devletin organ veya tebasına yönelik oluşudur*) ve karşı. *e.g.* JELLINEK (1887), S. 216, N. 1 ve Karl F. von STENGEL, **Völkerrecht** ins Philipp ZORN, Herbert v. BERGER (Hrsg.), **Deutschland unter Kaiser Wilhelm II**, Berlin, R.Hobbing, 1914, S. 317ff. LABAND hak. bkz. STOLLEIS (2001), esp. pp. 323-328; Manfred FRIEDRICH, **Laband, Paul** ins NDB, Band 13, S. 362f. (1982) ve öz. Peter CALDWELL, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, Durham, London, DUP, 1997, pp. 13-39.

devletin hukukuna aktarıldığında devlet organları, özellikle devlet idaresi (*Staatsgewalt*) yönünden bir kanuna veya kanun değişikliğine eşdeğer olduğunu kabul etmektedir. LABAND'a benzer bakış açısıyla uluslararası andlaşmaları *uluslararası hukuk* yönünden inceleyen (Carl) BERGBOHM'a<sup>19</sup> göre ise; uluslararası hukukun sujesi olan iki veya daha fazla devletin birbiriyle örtüşen (*übereinstimmende*) açık irade beyanları (*ausdrückliche Willenserklärungen*) anlamına gelen "uluslararası andlaşmalar", eşyanın tabiatından (*in der Natur der Sache*) veya milletlerin hayatının tarihinin tümünden (*in dem gesamtgeschichtlichen Leben der Nationen*), diğer bir anlatımla, toplumlar arasındaki ilişkilerin zorunluluğundan ortaya çıkar<sup>20</sup>. Devletlerin üzerinde bir kanunkoyucu otorite (*einer rechtsetzenden Autorität*) olmadığına göre devletler ancak kendi iradeleriyle hukuken bağlı sayılabilir. Başka bir ifadeyle, *devletler hukuken bağımsız olduğundan kendi iradesiyle hukuken bağlı sayılmalıdır (sic)*. Devletlerin iradeleri de, en belirgin biçimde, bir hukuki form olarak uluslararası andlaşmalarda karşımıza çıkar<sup>21</sup>. Böyle anlaşılırsa, *adları farklı olmakla birlikte nitelikleri yönünden* uluslararası andlaşmalar tasnif edilebilir. (i) İki veya daha fazla devlet arasında *ya belli (subjektif)* yetkiler verilmesini, ortadan kaldırılmasını içeren bir hukuki ilişki (*Rechtsgeschäft*) kuran *ya da* (ii) ileride nasıl davranılacağına ilişkin ortak normları (*gemeinsame Normen*) içeren soyut (*abstrakt*)

---

<sup>19</sup> Karş. KOSKENNIEMI (2007), pp. 185-186. (Carl) BERGBOHM hak. öz. bkz. Lauri MÄLKSOO, *The Science of International Law and the Concept of Politics*, 76 BYIL 383, esp. 419 et seq. (2005).

<sup>20</sup> *id.*, **Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts**, Dorpat, C. Mattiesen, 1876, S. 40ff. Örtülü irade beyanlarının, başka bir ifadeyle uygulamada ortaya çıkan andlaşmaların örf ve adet hukuku olarak değerlendirilmesi hak. *ibid.*, S. 42.

<sup>21</sup> *ibid.*, S. 3ff.; 62ff. LABAND/BERGBOHM'un çizgisini teyit eden yaklaşım için bkz. Ernst SELIGMANN, **Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge**, Freiburg, J.C.B.Mohr, 1890, S. 7ff.

hukuk kurallarından (*Rechtssatz*) oluşan andlaşmalar bulunur<sup>22</sup>. Böylece, LABAND'ın devlet hukuku yönünden ifade ettiği hususlar uluslararası hukuka uygulanır: Daha geniş açıdan, uluslararası yönden devletler arası andlaşmalar form itibariyle özel hukuk sözleşmelerine benzetilir; etkisi itibariyle anılanlar kamu hukuku niteliği taşır. Kavramlar içtihadı, kanuni pozitivizm, felsefe ve hukuk, doktriner söylemde birleştirilir; devlet-in-hukuku, istisnalar haricinde, geleneğe uygun biçimde üstün tutulur, doktrin dogmatik olur.

### 3. Doktrinin Birleşimi: Jellinek

§21.-LABAND ve BERGBOHM; her biri egemen ve dolayısıyla bir diğerine eşit konumda devletler arasında uluslararası hukukun (*andlaşmaların*) nasıl ve hangi gerekçeyle hukuki bir nitelik kazandığı sorununu doğrudan ele almamıştır<sup>23</sup>. Kanuni pozitivizm (öz. LABAND) temelinde egemen eşit devletler arasında bir hukuk olup olmadığı sorunu, en belirgin biçimiyle (Georg) JELLINEK'te karşımıza çıkar<sup>24</sup>. Doktrinde nere-

---

<sup>22</sup> BERGBOHM, S. 77f.; 79f., 81ff.

<sup>23</sup> Belirtilen sorunu doğrudan ele alarak uluslararası hukuku, dış kamu hukuku (*äusseres Staatsrecht*) olarak reddeden (Karl Victor) FRICKER (*id.*, *Das Problem des Völkerrechts*, 28 ZgStW 90, 103ff. (1872)); aynı bakış açısıyla BERGBOHM'u da eleştirir, bkz. *id.*, *Nocheinmal das Problem des Völkerrechts*, 34 ZgStW 368 (1878). Benzeri fikir için bkz. Philipp ZORN, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band I**, Berlin u. Leipzig, I. Guttentag, 1880 (ZORN I), §6, S.105f.

<sup>24</sup> JELLINEK hak. bkz. STOLLEIS (2001), p. 440 et seq. ve GARCIA-SALMONES ROVIRA (2013), p. 179 et seq.; KOSKENNIEMI (2007), p. 198 et seq.; PAZ (2013), p. 137 et seq. Ayrıca bkz. Alexander HOLLERBACH, **Jellinek, Georg ins NDB**, Band 10, S. 391f. (1974).

deyse oybirliği halinde ve anahatlarıyla kabul edilen<sup>25</sup>; hakka ve borca ehil, unsurlarından, belli bir "ülke"de yaşıyan "insan topluluğu"nun; ortak iradesini (*Volkswille*) açıklayan, onunla bağlı olan (*Selbstverpflichtung*) bir tüzel kişi olarak "devlet" (*Staat*) ve en üstün iradesi olarak ülkedeki en üstün gücün (*Herrschaft*) kendisinde temerküz ettiği "egemenlik" in (*Souveränität*) devlet-in organları (*Staatsorgane*) tarafından kullanılması (*Staatswille*) anlayışı, Alman doktrinindeki farklı görüşleri birleştiren ve bazı açılardan yenileyen JELLINEK'e aittir<sup>26</sup>. LABAND'ın bıraktığı yerden devam eden JELLINEK; psikolojik öğeler ile birlikte hukuki ve sosyolojik bakış açılarını birbirinden ayırıp eş zamanlı bir biçimde ele alarak pozitivist tasarımda (i) "halk"ın hukuken üstün gücü tüzel

---

<sup>25</sup> Bkz. e.g. Karl GAREIS, *Institutionen des Völkerrechts*, Giessen, Emil Roth, 1888, §17, S.62ff.; A. HARTMANN, *Institutionen des praktischen Völkerrechts in Friedenszeiten*, Hannover, C.Meyer, 1874, §7, S.20f.; P.HEILBORN, *Das System des Völkerrechts*, Berlin, Julius Springer, 1896, S.5ff.; E. ULLMANN, *Völkerrecht*, 2.Auflage, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1908, §19, S.86ff.; F. von LISZT, *Völkerrecht*, Berlin, O.Häring, 1898, §5, S.21ff.; F. von MARTITZ, *Völkerrecht ins STAMMLER* (1906), S. 437, 439ff. ve karş. Lassa OPPENHEIM, *International Law, Vol. I*, London, Longmans, Green, 1905 (OPPENHEIM I (1905)), §64, pp. 100-101 veya P. PRADIER-FODERE, *Traité de droit international public, Tôme I*, Paris, A.Durand et Pédone-Lauriel, 1885, §80, pp.101-102.

<sup>26</sup> JELLINEK, öncüllerinden farklı olarak uluslararası hukuku; (*Avrupa*) medeniyetin(in) ortak hukuk bilinci (*örm. SAVIGNY, BLUNTSCHLI*) vb. yerine bizzat modern devleti ve hukukunu esas alarak açıklar, bkz. *id.*, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien, A.Hölder, 1882, §1, S. 16ff.; JELLINEK (1887), S. 189ff.; *id.*, *Die Entstehung der modernen Staatsidee* (1894) *ins* W.JELLINEK (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften und Reden, Band II*, Berlin, O.Häring, 1911 (JELLINEK II), S.45ff.; *id.*, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O.Häring, 1900 (JELLINEK I (1900)), S. 160f., 355ff. (*D r e i – E l e m e n t e – L e h r e*). JELLINEK'in "devlet"inin karşısındaki "birey"i, doktrine uyar biçimde; sosyal alanda en üstün güç (*Herrschaft*) karşısında "obje" olan bireyin statüsünü (*Status*), onun hak ve ödevlerini, halkı devletin "organ"ı olarak (*Staatsvolk*) inceler, karş. e.g. *id.*, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, traduit par G.FARDIS, Paris, Thorin, 1902, not. pp.9-12 (*Fransız Devrimi'nin Beyannamesi kozmopolit niteliktedir; İngiliz parlamentarizmi ve Amerikan anayasacılığından unsurlar taşır*) ve *id.*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, J.C.B. Mohr, 1892, S. 8ff., 50ff., 89ff. (*Status libertatis–Status civitatis–Status der aktiven Civität*); JELLINEK I (1905), S. 409ff.

kişiliğinde beliren "devlet" in (örn. GERBER/LABAND), (ii) "ülke" ve "insan topluluğu" öğelerini de içerdiğini belirterek, son iki unsur gözetildiğinde (i) hukuki yönünün yansırı (ii) özellikle sosyolojik yönünün (örn. güç temerküzüne veya rızaya dayanan otorite) bulunduğunu ve sosyolojik yönün subjektif devletin iradesinin (*Staatswille*) objektif sınırını oluşturduğunu iddia eder<sup>27</sup>. JELLINEK'e göre; devlet; halkın hukuki bilincinin bir ürünü veya simgesi (örn. BLUNTSCHLI), kendi varlığını ve etkinliğini korumak amacıyla fiili-hukuki araçlara sahip, mükemmel ve kendine yeten bir sosyal birlik (örn. HÄNEL), sosyal birliklerin üzerinde bir organizma (örn. GIERKE), sosyolojik açıdan bileşenlerinden ayrılamayacak, ortak menfaat çevresi (örn. STAMPE) veya liberal-kapitalist sınıfın, diğerleri üzerinde üstünlüğünü sürdürme aracı (örn. GUMFLOWICZ) olarak algılanamaz. Devlet, *sosyolojik açıdan*, bir sosyal birlik oluşturan, yerleşik insan topluluğunun meydana getirdiği iktidarın gücüyle donatılmıştır; *hukuki açıdan* da aynı sosyal birliğin iktidarının gücünün yansıdığı hukuk sujesidir. JELLINEK'e göre; devletin tüzel kişiliği (*hukuki yönü*) ele alınırken "devlet"i, (i) "obje" (*Rechtsobjekt*), (ii) "hukuki ilişki"

---

<sup>27</sup> *Kanaatimizce* JELLINEK'in anlayışı, GERBER/LABAND çizgisinin *hem* teyidi *hem de* eleştirisi anlamına gelir, karş. e.g. JELLINEK I (1900), S. 115ff.; 345ff. (*Zwei – Seiten – Lehre*) ve C.F. GERBER, **Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts**, Leipzig, B.Tauschnitz, 1865, §1, S. 1-3; §7, 20-22; LABAND I (1895), §8, S. 74; §9, 80ff. Örn. GERBER veya LABAND'a benzer biçimde, Almanya ve Avusturya bağlamında, JELLINEK'in, hukukun sujesi olan "devlet" iradesinden (*Staatswille*) kastı "monarşik", çift meclisli parlamenter sistemlerde yasamanın kanun ve diğer işlemlerinde beliren millet iradesi (*Volkswille*) veya "egemenlik"ten kastı "halk, ulus egemenliği" değildir, bkz. JELLINEK (1887), S. 206 (*Gewöhnung/ Ueberzeugung*), 212f.; JELLINEK I (1905), S. 687ff. *Liberal* JELLINEK'e göre parlamenter sistem Almanya'da uygulanırsa Alman federalizmi bundan zarar görür, bkz. *id.*, **Bundesstaat und parlamentarische Regierung** (1907) *ins* JELLINEK II, S. 441-443. Diğer yönden ifadesi şudur: Özgür bireylerden oluşan halk siyaset dışıdır; kendi menfaatinin peşinde olan üyeleri bir diğerinden izoledir; siyasal partiler halkın sadece belli bir boyutu olmakla birlikte –GERBER ve LABAND'ın aksine– "siyasal" (*politisch*), "devlete ilişkin"dir (*staatlich*), bkz. JELLINEK I (1905), S.172f. Hukuki yönü de "tüzel" kişiliğini inceler, bkz. *ibid.*, S. 175f.

(*Rechtsverhältniss*) veya (iii) "suje" (*Rechtssubjekt*) olarak anlayanların karşıtlığı, aslında bireysel-atomistik (*individualistisch-atomistisch*) ve kolektivist-evrensel (*kollektivistisch-universalistisch*) dünya görüşlerinin zıtlığına dayalıdır. Mesele, her devlet kendine has tarihi-sosyal koşullar içinde ortaya çıktığına (*Hegelyen yön*) göre, devletle ilgili genel esasları (*Staatsform*), genel tipleri (*Haupttypen*) belirlemek ve devletin kamu hukuku yönünden nasıl kavranacağını ortaya koymaktır (*Kantçı yön*)<sup>28</sup>. "Pratik düşünen" JELLINEK'e göre; devlet hukukunun temeli olan "tüzel kişilik" soyutlamaya (*Abstraktion*) dayansa da (i) hipotetik, varsayıma dayalı, mistik bir niteliği olmadığı gibi (ii) hukuki insanın ürünü veya (iii) "*mürekkap ve kağıdın bileşiminden ibaret bir kitap değildir*", belli bir amaca dönük beşeri eylem ve düşüncenin ürünü sosyal ilişkilerle beliren hukuki ilişkilere dayanak oluşturduğundan, devlet ve hukuk bir bütündür (*monizm*) ve subjektif devlet iradesinin (*Staatswille*) sınırı objektif olgular (*normative Kraft des Faktischen*) ve örneğin uluslararası hukuktur<sup>29</sup>. Aynı bağlamda, "devlet" in zorunlu ve kurucu unsuru

---

<sup>28</sup> JELLINEK (1877), S.192f.; JELLINEK I (1900), S. 47f., 144ff., 152, 159-161, 460ff. ve karşı. e.g. Otto GIERKE, *Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, 30 ZgStW 153, 156-169 (1874) (JELLINEK'e göre devleti "obje" olarak gören GIERKE; Alman milli birliği sonrasında devlet hukukuna ve hukuk bilimine formel ve pragmatik yaklaşımları yukarıdakine benzer şekilde ayırır). JELLINEK ile sosyolojiyi bilimsel disiplin olarak ortaya koyanların bazılarının görüşleri (örn. TÖNNIES, WEBER) birbirine çok benzer. Örn. JELLINEK'in ve WEBER'in "devlet" in sosyolojik yönüne ilişkin görüşleri; WEBER'in bir yorum aracı (*heuristik*) olarak *ideal-tip* (*Idealtyp*) arayışıyla JELLINEK'in yaklaşımı (*Haupttyp*) veya WEBER'in bilimsel metot (*Wissenschaft*) ile değer yargılarını (*Werturteil*) ayırma çabası ve JELLINEK'in kültür ve norm bilimleri arasındaki zıtlığa vurgusu birbirini andırır, karşı. e.g. Max WEBER, **Politik als Beruf**, München u. Leipzig, Duncker&Humblot, 1919, S. 3f.; *id.*, **Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis** (1904) ins Marianne WEBER (Hrsg.), **Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922, S. 190ff.

<sup>29</sup> Görüşün nüvesi için bkz. JELLINEK (1887), S. 189ff. Uluslararası hukuk ve devlet arasındaki ilişkinin incelendiği bölüm sosyolojik öğretilerde yer alır (*Allgemeine Sociallehre des Staates*), bkz. JELLINEK I (1900), S. 324ff.; 337ff. JELLINEK'e göre, nasıl ki hukukun her alanında bir objektif prensip (*einem objectiven*

olmayan "egemenlik"; bir devletin, ancak kendi iradesiyle hukuken bağılı olmasını ifade ettiğinden<sup>30</sup> iradesiyle kendini sınırlama (*Selbstbeschränkung*), uluslararası andlaşmaların (*hukukun*) varlığına engel değildir<sup>31</sup>. Böylece, JELLINEK devlet teorisi ve kamu hukuku yönünden objektif ve subjektif, organik ve iradeci yaklaşımları, devlet hukuku ve uluslararası hukuku, kamu hukuku ve özel hukuku aynı anlatıda birleştirir<sup>32</sup>.

---

*Princip*) bulunur, uluslararası hukuk yönünden objektif prensip beşeri ilişkinin doğasıdır (*die Natur der Lebensverhältnisse*): Özgür irade (*subjektif*) hukuk ve devleti açıklıyor ise dış koşullar (*Nothwendigkeit*) veya eşyanın tabiatı (*Natur der Sache*), yani diğer devletlerin, devletler toplumunun varlığı (*objektif*) da devlet iradesine dayanan uluslararası hukuku açıklar; her ikisi birbiriyle çelişmez, zira *objektif de subjektiftir*, bkz. *id.*, **Die rechtliche Natur der Staatenverträge**, Wien, A.Hölder, 1880, S. 42-44.

<sup>30</sup> JELLINEK (1882), §4, S. 34; §1, 36ff.; JELLINEK (1887), S. 196f., 199f.; JELLINEK (1905), S. 421ff. Burada da GERBER/LABAND'ın teyidi ve eleştirisi vardır. "Egemenlik", LABAND'ın anlayışında özgür fertler üzerinde "en üstün, yüce güç"e (*höchste, oberste Gewalt*) bağılı hakları (*Herrschaftsrechte*) belirtir, bkz. LABAND I (1895), §8, S. 65f. JELLINEK'in "egemenlik"i, "devlet"e koşut biçimde iki yönlüdür: Egemenlik (veya *self-determinasyon*) hukuki (*potentiell*) ve fiili (*aktuell*), içe (*nach Innen*) veya dışa dönük (*nach Aussen*) bir kavramdır. Yani, egemen olanlar vardır, olmayanlar vardır, (*aynı yönde*) bkz. LABAND I (1895), §8, S. 65-68. Dolayısıyla, devlet hukukunda Alman İmparatorluğu'na üye devletlerin "egemen" olmadığına yönelik bu ifadenin uluslararası hukuk yönünden de sonuçları vardır, karş. JELLINEK (1887), S. 197ff., 200-205 ve *id.*, *China und das Völkerrecht*, 5 DJZ 401 (1900) (*Çin, ülkesinin bir bölümünde fiilen egemen değildir*).

<sup>31</sup> Aksine: Farklı devletlerin altında (*Unter-*) veya üstünde (*Ueberordnung*) olmayıp koordinasyonuna yönelik uluslararası andlaşmaları (*hukuku*) açıklar, bkz. JELLINEK (1880), S. 5ff., 18f.; JELLINEK (1882), §1, S. 36; JELLINEK (1887), S. 194, 199, 206; JELLINEK (1892), S. 296ff.; JELLINEK I (1900), S. 338f. "*Uluslararası hukuk devletlerdir, fakat... (u)luslararası hukukun devletleri yoktur*", yani devletler olduğu için uluslararası hukuk vardır; uluslararası hukuk olduğu için devletlerin olduğu söylenemez, bkz. JELLINEK I (1900), S. 339f. Devletler, daha doğru bir ifadeyle onların iradeleri arasında hiyerarşik bir ilişki olmadığına göre "devletler toplumu" (*Staatengemeinschaft*) "anarşik" veya "deorganize"dir; uluslararası hukuk da "bir anarşik hukuk"tur (*ein anarchisches Recht*), bkz. JELLINEK (1882), §1, S. 91ff.; JELLINEK I (1900), S. 341.

<sup>32</sup> En belirgin örneği için bkz. JELLINEK (1887), S. 196-200, 213 (*Hukuk bilimi* (Rechtswissenschaft), *beşeri ilişkilerin dışa yansıyan (hukuki) formları ile meşgulken siyaset (devlet) bilimi* (Staatswissenschaft) *anılan formların içeriğini oluşturan (siyasi) ilişkileri (devleti) inceler*). Anılan nedenle, KAUFMANN, JELLINEK'in görüşlerinin bir bölümünü (*örn. "Koordination"*); aynı anda KELSEN de diğer bir bölümünü (*örn. "Zwei-Seiten-Lehre"*) kabul edip eleştirir gibi görünür. Arka planda, KANT ve HEGEL'in birleştirilmesi (*sentez*)

1880 yılında uluslararası andlaşmaların hukuki niteliğini inceleyen JELLINEK'e göre:

"(Geçtiğimiz yıllarda hukuk kavramı üzerine çalışmaların gösterdiği gibi) şekli anlamda hukuk kuralının (uluslararası andlaşmanın) oluşması pozitif hukuka dönüşmesi için yetmez, hukukilik vasfı pratikte uygulanana (praktische Geltung) tanınır... İster halkın, isterse devletlerin olsun toplumun iradesi olarak ortaya çıkan her bir kuralın hukuki (olup olmadığının) belirlenmesi zorunludur. Uluslararası hukukun hukuken varlığını ortaya koymanın biricik yolu budur... (Geçmişten günümüze uluslararası hayatta pek çok uluslararası andlaşma ile karşılaşırız; o halde bunların niteliği, objektif hukuk ile ilgisi nedir?) Hukukun geneli bize, (kuralın hukukiliğini belirlemeye yönelik) bir ölçüt verir, normlar..."<sup>33</sup>.

çabası bulunur, bkz. e.g. F. BEROLZHEIMER, *Hegel und Kant in der modernen Rechtsphilosophie*, 18 DJZ 1005 (1907); *id.*, *Zum Methodenstreit in der Rechtsphilosophie der Gegenwart*, 3 ARW 522 (1909-1910) (*Alman hukuk çevresindeki görüş ayrılıkları ve benzerlikler çok kısa ve öz bir biçimde sunulur*). Ancak öz. 1880'lerden itibaren milliyetçi-muhafazakar görüşün desteklediği "eğitim" in, "felsefi", "modernist", "akademik" Alman "eğitimi" ni eleştirisi hak. bkz. MOLLER, S. 18-21; MOSSE, p. 158 et seq.

<sup>33</sup> JELLINEK (1880), S. 2, 4; JELLINEK (1887), S. 201, 214ff. (*Rechtssätze als Schranken*) ve karşı. e.g. THON, S. 3 ("...*Mit ihren Imperativen wendet sich die Rechtsordnung lediglich an Menschen...*"). JELLINEK, öncelikle, *açıkça zikretmemekle birlikte*, mutlakiyetçi Restorasyon dönemindeki anlayışı (örn. KLÜBER) ve uluslararası hukuku tarihçi okul temelinde açıklayan (*organik*) görüşü (örn. BLUNTSCHLI) hedef alır. Örn. BLUNTSCHLI'ye göre: "*Uluslararası andlaşmaların hukuki bağlayıcılığı insanlığın hukuki bilincine (Rechtsbewusstsein der Menschheit) dayanır ve uluslararası hukuki dünya düzeninin (völkerrechtlichen Weltordnung) zorunlu bir parçasıdır*", bkz. Johann Kaspar BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, 3. Auflage, Nördlingen, C.H.Beck, 1878, §410, S. 236f. Ancak farkı abartmamalıdır: Örn. BLUNTSCHLI, insanlığın hukuki bilincini "uluslararası hukukçu" nun yansıttığını ileri sürerken JELLINEK "pratikte uygulanan" ı vurgular, karşı. e.g. J.K. BLUNTSCHLI, *Dr. Georg Jellinek, die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 22 KRITISCHE VIERTELJAHRESSCHRIFT 579 (1880).

JELLINEK'e göre, uluslararası andlaşmaların hukuki değerini belirlemeye matuf "norm"lar yoktur: Kimi zaman *tabii hukuku* gerekçe göstererek kimi zaman *modern borçlar hukukuna kıyasen* kimi zaman da *uluslararası örf ve adet hukukuna* başvurarak uluslararası andlaşmaların hukuki temeli belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak sorun, uluslararası hukuka özgü olmaktan ziyade aslında hukukun tamamını ilgilendirir (*monizm*): Hukukun tamamı siyasal (*staatlichen*) toplumun iradesidir; bahse konu irade ya kanun ya da örf ve adet hukuku şeklinde (*Form*) karşımıza çıkar<sup>34</sup>. *Herhangi bir devlet iradesi hukuki nitelik taşımaz, yalnızca kendi kendini bağlayıcı devlet iradesi hukuktur*. Başka bir anlatımla, devlet, iradesini "norm"a dönüştürerek hukuku oluşturur; hukukun yaratıcısı devlettir<sup>35</sup>. Dolayısıyla, devletin hukuku meydana getirdiği her bir işlem (*Act*) kendini bağladığı bir işlemdir (*ein Act der Verpflichtung*)<sup>36</sup>. JELLINEK, görüşlerinin, özellikle iç hukuk (*innerstaatlichen Recht*) yönünden kendi kendini doğrulayan bir yöne (*ein Reflexives Moment*) sahip olduğunu (*Hegelyen an*) kabul etmekle birlikte ekler: İç hukuk yönünden bulunan mahzurlarla uluslararası hukuktakiler arasında bir fark yoktur; devletin kendini bağlayan iradesi mümkündür (*Kantçı an*) ve buna örnek pek çok uluslararası hukuk kuralı (*andlaşma*) vardır<sup>37</sup>. Başka bir ifadeyle, uluslararası andlaşmaların

---

<sup>34</sup> JELLINEK (1880), S. 4. Zımnen "ahde vefa" (*pacta sunt servanda*) ilkesi kastediliyor, karşı. *infra* dn.41, 43.

<sup>35</sup> *ibid.*, S. 5 ("...*der Staat (ist) der Schöpfer des Rechts*"); "devletin amacı" yönünden karşı. JELLINEK (1887), S. 192, N. 4 ("*Aber es ist ein methodisch logischer Fehler; den Schöpfer mit Geschöpf zu confundiren...*").

<sup>36</sup> JELLINEK'e göre; kamu hukukunda veya özel hukukta hukuki formlarla ilgili kesin kategoriler bulunmama- makla birlikte iki tür işlem birbirinden ayrılabilir: Tek taraflı (*einseitige*) veya çok taraflı (*übereinstimmende*) işlemler. Devlet-in işlemleri (*staatlichen Akte*) de evrensel olarak üç ana tipe (*Grundtypen*) ayrılabilir: *Verfügung (tasarruf)*, *Vertrag (sözleşme)*, *Vereinbarung (irade birliği)*, bkz. JELLINEK (1892), S. 193ff. Uluslararası andlaşma; "devletler arası sözleşme"dir, bkz. JELLINEK (1887), S. 341.

<sup>37</sup> JELLINEK (1880), S. 46.

hukuki niteliği, kendi kendini bağlama anlayışından, o da gerek (*yenikantçı*) ahlak teorisinden gerekse pratikte uluslararası andlaşmaların bağlayıcı görülmesinden anlaşılır<sup>38</sup>. Her bir devletin kendi kendini iradesiyle sınırlaması anlamına da gelen ve bir devletin diğer devletlerle ilişkilerini düzenleyen normlar objektif uluslararası hukuku (*objective Völkerrecht*) oluşturur<sup>39</sup>. Ancak objektif uluslararası hukukla kastedilenin subjektif yönlerinden biri "devlet iradesi", diğeri "ahde vefa" kuralıdır. Örneğin, konusu (*Inhalt*) yönünden uluslararası andlaşmalar yalnızca tarafı olan devletleri bağlar<sup>40</sup>.

Madem devletin iradesi hukuken bağlanması veya objektif uluslararası hukukun ortaya çıkması için gereklidir, devletin iradesi sonradan değişirse ne olur?<sup>41</sup> Soruyu

---

<sup>38</sup> JELLINEK (1880), S.2 (*praktische Geltung*); 15 (*theoretische Sittenlehre/praktische Leben*), 37 (*ethischen Basis=sittliche Bewusstsein der Völker*); 57 (*ethische Moment der Treue/praktische des Verkehrsbedürfnisses*).

<sup>39</sup> *ibid.*, S. 59ff., 65 ("...er bildet ein jus inter partes").

<sup>40</sup> JELLINEK'e göre, objektif uluslararası hukuk ile her bir devletin diğerleri ile olan ilişkilerinin; uluslararası örf ve adetin (*Völkergewohnheit*), hukukun genel ilkelerinin ve uluslararası andlaşmaların, her bir devletin diğeriyle kurduğu ilişki yönünden incelenmesi zorunludur; başka bir ifadeyle, FRICKER'in anlayışı kabul edilecek olursa bunun iki- veya çok-tarafınlığı, dolayısıyla uluslararası andlaşmaların hukuki niteliğini açıklayamayacağı ortadadır, bkz. JELLINEK (1880), S. 47-50, 57f. ve karş. JELLINEK (1887), S. 341f. Zira, JELLINEK, devletlerin kendi aralarında koydukları normların, her bir devletin bir diğeri hukuk sujesi olarak tanınmasına (*Anerkennung*) bağlı olduğunu belirtir. Devletlerin iradesi (*Staatswille*) ile devletler arası ilişkilerin objektif doğasını (*die objective Natur der Staatenbeziehungen*), ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) ile uluslararası hukukun teminatı olan devletler arası ilişkileri veya ticareti (*völkerrechtlichen Verkehrlebens*) birbirine bağlayan budur, bkz. JELLINEK (1887), S. 341. JELLINEK, böylece KANT (örn. "*ethischen Basis*") ile HEGEL'i (örn. "*Anerkennung*") bağdaştırmaya çalışır. Örn.: "(H)ukukun teminatı... hukuki nitelikte olamaz"; "(k)işi sadece mümkün olanı isteyebilir; mümkün olan madden mümkün olandır; o halde kişi sadece hukuken ve ahlaken mümkün olanı isteyebilir..", bkz. JELLINEK (1880), S. 58f.

<sup>41</sup> *ibid.*, S. 37f., 46ff. (*contra FRICKER*), *supra* dn. 38. İlerleyen yıllarda JELLINEK'e yöneltilen birincil eleştiri bu yöndedir: Örn., "*JELLINEK'in kendisinin de belirttiği gibi... devlet iradesi doğası gereği (an sich) değişkendir*", bkz. Ludwig von BÄR, *Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts*, 6 ARW 145 (1912-1913)

yanıtlayabilmek için, JELLINEK'e göre "formel hukuki bakış açısı" (*formell juristischen Standpunkt*) terk edilmelidir (*contra LABAND/BERGBOHM*): Neyin hukuki olduğunu saptamak için hukuk ve devlet yönünden belirleyici olana, devletin doğasına (*der Natur des Staates*) bakıldığında, devlet iradesinin keyfi (*willkürlich*) olmadığı, aksine, makul (*vernünftige*) gerekçelere dayandığı görülür. Devlet iradesinin makul olmaması, halkın yasama (*hukuk yaratma*) ve yargı (*yaratılan hukuku koruma*) organı olan devletin gayesine (*Zweck*) aykırı davranması, kendi kendine savaş açması, kendi varlığını yok etmesi anlamına gelir<sup>42</sup>. Hata insana mahsustur, o nedenle beşeri olan devlet de yanılabilir; ancak bu, devletlerin, doğaları gereği, hukukun sosyal gayesini (*socialen Zwecken des Rechts*) karşılayan hukukla bağlı olmadıkları anlamına gelmez<sup>43</sup>. Keza, bir devlet kendini sınırsız ve süresiz bir biçimde bağlayamaz, zira sonraki hukuk kuralı önceki hukuk kuralından üstün olduğu gibi olağanüstü bir halin (*Nothrecht*) varlığı bireyler için olduğu kadar devletler için de söz konusu olabilir; devletin kendi kendini bağlayan iradesinin süresi, geçerlilik alanı mutlak değildir: Kural varsa istisnası da vardır, *rebus sic stantibus* (*şartlarda köklü değişiklik*) gibi<sup>44</sup>. Uluslararası andlaşmaların süresiz bağlayıcılığı, zo-

---

ve karşı. Paul SCHOEN, *Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts*, 8 ARW 287 (1915) (JELLINEK'in görüşlerini BÄR'a karşı yeniden yorumlar).

<sup>42</sup> JELLINEK (1880), S. 38ff. ve karşı. JELLINEK (1887), S. 191, 213, 341f. JELLINEK, ahde vefa ilkesinden ayrılmanın *kendiliğinden* (*an sich*) anlamsız ve neticede mantiken olanaksız (*logisch unmöglich*) olduğunu belirtir, zira uluslararası andlaşma kendisine gelecekte uyulacağı için aktedilir: Ahde vefa menfaati, menfaat de ahde vefayı korur, bkz. JELLINEK (1880), S. 57. Devlet hukuku yönünden andlaşma *şeklen* kanun olsa da kanunkoyucunun andlaşmayı ileride değiştirememesi, ilga edememesi gerekir, bkz. JELLINEK (1887), S. 364f. KANT ve HEGEL arasında sentez girişimi burada da karşımıza çıkar; makul olan (KANT) devletin doğasına (HEGEL); devletin doğası (HEGEL) makul olana (KANT) işaret eder.

<sup>43</sup> JELLINEK (1880), S. 39.

<sup>44</sup> *ibid.*, S. 40f.; JELLINEK (1887), S. 351-353 (*contra GNEIST*).

runlu ve mümkün olmamakla birlikte şartlarda köklü değişiklik bile devletin iradesini keyfi biçimde değiştirmesini haklı kılmaz; yalnızca makul bir gerekçeyle (*vernünftiger Grund*) böyle bir yola başvurulabilir<sup>45</sup>. Zira devletin, gayesi (*Staatszweck*) ışığında diğer devletlerle ilişki zorunludur: Menfaatleri, devletlerin uluslararası andlaşma akdetmesini zorunlu kılar; aksine davrananın toplumda (*Verkehrsgemeinschaft*) yeri yoktur<sup>46</sup>. Zorunluluk *uluslararası hukuku, devletler üstü hukuk kılmaz; sadece hukukun şekli kaynağına işaret eder: "Devletin kuralkoyan iradesi" (Willen des rechtsetzenden Staates)*<sup>47</sup>. Öyle ki borçlar hukukunun temel ilkelerinin uluslararası hukuka aktarımıyla (*Uebertragung der Grundsätze des Obligationenrechts auf das Völkerrechts*) uluslararası andlaşmalar değerlendirilecek olur ise kıyas yoluyla (*Analogie*) birbirinden farklı iki hukuk düzeni arasında ama uluslararası hukuk içinde *jus cogens* yaratılmış olur<sup>48</sup>. JELLINEK'e göre, devlet iradesi olmaksızın devletler arası beşeri ilişkiler ve mantiki sonuçları hiçbir hukuki değer taşımaz, yalnızca hayalidir (*illusorisch*): Devlet iradesi ile, anılan ilişkiler (*platonik anlamda*) birer boş şema olmaktan çıkar, hayat kazanır. Devletler üzerinde onlardan daha üstün bir kanunkoyucu güç olmadığına ve tanıma ortadan kaldırılamayacağına (*Hegelyen an*) göre devletlerin kendi aralarındaki ilişkiler için yarattığı ve ilişkinin tarafı

---

<sup>45</sup> JELLINEK (1880), S. 42.

<sup>46</sup> *ibid.*, S. 42f., 46, 57f.; ayrıca, 49 (*Devletin doğası ve amacı gerekçelendirilir*)

<sup>47</sup> *Eşyanın tabiatı gereği (Natur der Sache)* diğer devletler ile ilişki kurma zorunluluğu (*objektif*), subjektif iradenin psikolojik gerekçesini (*Motiv*) oluşturur, bkz. *ibid.*, S. 45. Devlet iradesi "iç"e veya "dış"a dönük olabilir ve *bir yandan* devletin tüzel kişiliği ile birlikte sınırlanır, *diğer yandan* somut, bağlayıcı bir içeriği olduğundan onunla sınırlıdır, bkz. JELLINEK (1887), S. 198f.

<sup>48</sup> JELLINEK (1880), S. 49f.

olan devletleri eşit bir biçimde bağlayan hukuk kuralı, "pozitif" hukuktur, "tabii" hukuk değil<sup>49</sup> (*Kantçı an*).

JELLINEK'e göre, uluslararası andlaşmaları hukuki yönden değerlendirmek için özel hukuk kurallarını ona aktarmaya (*Uebertragung*) gerek yoktur. *Uluslararası andlaşmaları özel hukuktaki sözleşmelere kıyasen* açıklayanlar<sup>50</sup>, *kıyas* için öncelikle objektif uluslararası hukukun varlığını göstermelidir<sup>51</sup>. Uluslararası andlaşmalar, kendilerini düzenleyen bağımsız hukuk kutallarına tabidir ve pek çok yönden özel hukuk sözleşmelerinden oldukça farklıdır<sup>52</sup>. Örneğin, doktrinde bir uluslararası andlaşmanın onaylanmasının reddedilmesinin (*Verweigerung der Ratification*) hukuki niteliği hakkındaki tartışmada: (i) Eğer (*aksi*) açıkça kayıt altına alınmamışsa, temsilcilerin (*müzakereci-imzacıların*) yetki aşımı olmadıkça bunun mümkün olmadığı; (ii) onayın ahlaki veya onursal

---

<sup>49</sup> JELLINEK (1880), S. 49. JELLINEK, objektif uluslararası hukukun dayanağını açıklayan yukarıdaki görüşlerinin, Romalı hukukçuların *jus gentium*a bir dünya hukuku (*Weltrecht*) niteliği kazandıran bakış açısıyla tamamen örtüştüğünü belirtir, bkz. *ibid.*, S. 49f. Benzer biçimde, devletler üstünde kanunkoyucu otorite olmadığına göre ortak bir objektif hukuk (*ein gemeinsames objektives Recht*) da ancak kendilerine o hukuk uygulanacak olanlar tarafından yaratılabilir, zira *naturalis ratio* onların iradesine hakim prensibi beşeri akıl (*civilis ratio*) seviyesine çıkarır, bkz. *ibid.*, S. 50. Eleştirisi için bkz. SELIGMANN, S. 16f.

<sup>50</sup> Karş. *infra* dn. 71. GERBER için uluslararası andlaşmalar, *formel açıdan* devletler arasında yapılan "özel hukuk sözleşmeleri"yken *içeriği itibariyle* "siyasi"dir, bkz. *id.*, **Ueber öffentliche Rechte**, Tübingen, H.Laupp, 1852, S. 40. JELLINEK'in, GERBER'i teyit ederken eleştirdiğine dikkat ediniz.

<sup>51</sup> JELLINEK (1880), S. 51. "*Uluslararası hukukun varlığını reddedenler, uluslararası andlaşmaların varlığını reddetmekle kalmaz; gözlerinin önünde cereyan eden de reddeder*", bkz. *ibid.*, S. 58. Keza, "*...Devletin tüzel kişiliğini reddedenler, özel hukuktan öteye geçemez*", bkz. JELLINEK (1887), S. 195 (*contra SEYDEL*).

<sup>52</sup> JELLINEK (1880), S. 52 (*Yazara göre; özel hukuk "sözleşme" kavramını bilim dünyasına kazandırdı ise de uluslararası andlaşmaların kendine özgü pek çok yönü vardır: Sözleşme ve uluslararası andlaşma arasındaki benzerlik (Aehnlichkeit) uluslararası hukuk aleyhine abartılmaktadır*). Örn. uluslararası andlaşmalar tıpkı özel hukuktaki sözleşmeler gibi görelidir (*nisbidir*), yalnızca andlaşmanın tarafı olan devletleri bağlar veya uluslararası andlaşmaların şekli hususunda herhangi bir formel zorunluluk bulunmamaktadır, bkz. *ibid.*, S. 56.

bir görev (*moralische oder Ehrenpflicht*) olduğu veya (iii) reddin (*egemen tarafından*) talimatlara uygunluğunun belli hukuk kurallarıyla düzenlenmesi gerektiği görüşleri tümden reddedilmelidir. Zira onay hakkı (*das Recht der Ratification*) egemenlik kavramının mantıki sonucudur (*logische Konsequenz*).

Başka bir anlatımla, uluslararası andlaşma yapma hakkı egemenliğin ayrılmaz parçasıdır<sup>53</sup>. Egemen, temsilcinin (*müzakereci-imzacı*) iradesini kendisinininkini olarak görebilir, meğer ki temsilcinin beyan ettiği iradenin konusu (*Inhalt*) ile temsilciye verilen yetkinin içeriği birbiriyle uyuşmasın. Anılan nedenle, egemen ayrı bir işlem (*Act*) ile onaylayana kadar andlaşmanın hukuken geçerli olmadığını belirtmek üzere uluslararası andlaşmaların tümünde "onay çekincesi" (*Vorbehalt der Ratification*) vardır: Uluslararası andlaşmalar; tarafları onaylamadıkça yalnızca bir taahhüt işlemi (*Sponsio*) niteliğindedir, ancak onay-

---

<sup>53</sup> JELLINEK (1880), S. 53f. Dolayısıyla, uluslararası andlaşmaların onayı bağlamında devletin iradesinin (*ret/kabul*) ne şekilde ortaya çıkacağı önem kazanır. Anılan dönemde, (i) Avrupa devletlerinin pek çoğunda; parlamentonun dahil olduğu bir sürecin tüketilmesi tercih edilmiştir. Başka bir ifade ile, "ulusal" ve "uluslararası" birbirinden ayrı iki alan (*düalizm*) olarak kabul gördükçe uluslararası alanda akdedilen andlaşmanın bu defa ulusal hukuka aktarımı ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. (ii) 19. yüzyıl Avrupasında başarılı veya başarısız devrimler sonucu yeniden yapılanan devletlerde (*Aydınlanma, Restorasyon ve İhtilaller döneminde*) yaygın olan parlamentolu sistemlerde (*zira tamamı parlamententer değildir, örn. Prusya*) yasama organının gerek yürütmeye birlikte çalışması zorunluluğundan veya onu denetiminden *gerekse* dış politikanın yasama organında tartışılan meselelerden biri olması (*örn. bütçe kanunu*) nedeniyle parlamentolar uluslararası andlaşmaların hazırlanış ve imzası (*Abschluss*), onay ve aktarımı (*Inkraftsetzung*) veya sona ermesi (*Aufhebung/Ausserkraftsetzung*) yönünden önem kazanır, bkz. JELLINEK (1887), S.177ff.; B. WEIL, **Die Mitwirkung der Volksvertretung bei Staatsverträgen**, Strassburg, J. Singer, 1906, §3, S.13ff. JELLINEK tarafından üstün tutulan fakat yer yer (*örn. özel hukukun kıyasen uygulanması yönünden*) eleştirilen yaklaşım için bkz. E. MEIER, **Über den Abschluss von Staatsverträgen**, Leipzig, Duncker& Humblot, 1874, S.36ff. *Kanaatimizce* JELLINEK'in "modern hukuk"ta, uluslararası andlaşmaların onayı ve egemenlik kavramları arasında kurduğu ilişki bağlamında uluslararası andlaşmaların özel hukuka kıyasen açıklanması güçleşir.

landıktan sonra iç hukuk yönünden kanunlarla eşdeğer hukuki nitelik kazanır, kanunların yaptırım (*Sanction*) gücüne sahip olur<sup>54</sup>.

JELLINEK'in görüşlerinin can alıcı noktalarından bir diğeri uluslararası andlaşmaların sona erme nedenleri (*Endigungsgründe*) bahsinde karşımıza çıkar<sup>55</sup>: Uluslararası andlaşmaların sona erme nedenleri sözleşme kavramının *mantiki sonucu olarak (als logische Folgerungen)*; karşılıklı irade, çekilme/ibra, sürenin sona ermesi, andlaşma konusunun ortadan kalkması, taraflardan birinin yok olması, fesih, andlaşmadaki fesih kuralının işletilmesidir. Halbuki devletlerin kendilerine has doğası (*eigenthümliche Natur des Staates*) iki farklı nedenin daha aynı bahiste incelenmesini zorunlu kılar: (i) Devletlerin yüksek çıkarlarının çatışması (*Collision der höchsten Staatszwecke*) ve (ii) andlaşmanın ihlali (*Bruch*). İlkinin tipik örneği bir devletin olağanüstü hal (*Nothrecht*) içinde bulunmasıdır; devlet, ifa imkansızlığı içinde bulunur (*Kantçı an*). Böyle bir durumda şartlarda köklü değişiklik olduğu ileri sürülür, özel hukuk yanlış anlaşılırsa (*falsche Abstraktionen aus dem Privatrecht*) uluslararası andlaşmalar (*hukuk*) zahiri (*illusorisch*) olur: Devlet,

---

<sup>54</sup> JELLINEK (1880), S. 54f. Teyidi için bkz. F. WEGMANN, **Die Ratifikation von Staatsverträgen**, Berlin, Siemenroth&Worms, 1892, §3, S.10ff. Uluslararası andlaşmalar yönünden Alman hukukundaki hakim görüş, *düalist yaklaşımdır, (doktrinin genel durumu hak.)* bkz. JELLINEK (1887), S. 341f. JELLINEK, uluslararası hukukun esaslı unsurlarından yoksun olması nedeniyle gerçek bir hukuk olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını savunan ZORN'un, uluslararası andlaşmaların ancak onaylandıktan sonra kanuna eşdeğer bir nitelik kazanabileceği görüşünü kabul etmekle birlikte onay ile vatandaşlar yönünden bir emre (*Imperativ=Befehl*) dönüşeceğini ((P.) ZORN, *Die deutschen Staatsverträge*, 36 ZgStW 1, 25, 30 (1880)) şiddetli biçimde reddeder (*contra LABAND/BERGBOHM*): Uluslararası andlaşma da kanun gibi, önce "devlet"i bağlar, bkz. JELLINEK (1887), S. 345f., 350-352; 360ff. Uluslararası hukuk sadece yabancılar için hak ve borç yaratabilir, kendi vatandaşları için değil, bkz. JELLINEK (1892), S. 312. JELLINEK, LABAND'ın yorumuna *farklı gerekçeyle* katılır: "Onay"dan (*Ratifikation*) farklı olan "yayım" (*Publikation*) ile andlaşma *şekli açıdan* kanun niteliği kazanır, bkz. JELLINEK (1880), S. 56; JELLINEK (1887), S. 362.

<sup>55</sup> JELLINEK (1880), S. 62-64.

gerçek kişi değildir (*kein physisches Individuum*); sürekli bir devinim içindedir, dünyanın tarihsel gelişiminin belirleyici (*begriffen*) faktörüdür (*Hegelyen an*). Bugünün devleti ile geçmişinkini bir tutmak mümkün olmadığına<sup>56</sup> ve hukukun gayesi (*Zweck des Rechts*) beşeri ortak yaşamın koşullarının korunması olduğuna göre bir devletin süresiz ve koşullardan bağımsız biçimde bir uluslararası andlaşma ile bağlı olduğu söylenemez<sup>57</sup>.

#### 4. Birleşimin Yüzyıl Sonuna Aktarımı: Triepel

**§21bis.**-Görüldüğü üzere, (*liberal ve pozitivist*) JELLINEK uluslararası hukuku ve uluslararası andlaşmaları *bir yandan* devlet iradesi ile açıklamaya çalışırken *diğer yandan* devlet iradesini objektif dış koşullar ve sosyal-siyasi-ekonomik-tarihi nedenler ile sınırlandırmaya çalışmaktadır. Ancak her ikisi birbirinden ayrı algılanmakla birlikte "objektif"in varlığı "subjektif"e, subjektifin varlığı "objektif"e dayanmakta; objektif ile subjektif eşzamanlı

---

<sup>56</sup> JELLINEK (1880), S. 62f. ("*Geçmişin devleti bugüne ve geleceğe hükmedecek güce sahip olabilir mi?*"). JELLINEK, tarihi devamlılık (*historische Continuität*) görüşünün eleştirisini (*WEBER de temelde aynı görüştedir*) zaman içinde geliştirir. Buna göre, (*hukuki-formel*) anayasa değişikliği (*Verfassungänderung*) ve (*siyasi-reel*) anayasanın dönüşümü (*Verfassungswandlung*) farklıdır; uygulamada kamu gücü kullanan organlar (*öz. yasama ve yürütme*), anayasayı değiştirmeksizin dönüştürebilir (*Wandlung*). Örn. anayasası aynı olmakla birlikte BISMARCK'ın Almanyası ile Kayzer II. (*Haci*) WILHELM'in Almanyası (*devlet/anayasal düzeni*) birbirinden farklıdır, bkz. Georg JELLINEK, **Verfassungänderung und Verfassungswandlung**, Berlin, O.Häring, 1906, S. 8ff. Siyaset ve hukukun aynı anda incelendiğine dikkat ediniz.

<sup>57</sup> JELLINEK (1880), S. 63; JELLINEK (1887), S. 205 ("*...Staatenvertrag bindet, aber er unterwirft nicht.*"). Örn. özel hukukta şartları taraflardan bağımsız bir biçimde değerlendirebilecek yargı organı varken uluslararası hukukta böyle bir durumun olmadığını belirten JELLINEK'e göre, uluslararası hukukun varlığını reddedenlerin önemli bir bölümü, hukukun tamamını, ilkel (*voreiligen*) bir biçimde, özel hukuk ile özdeşleştirir (*Identifizierung*), bkz. JELLINEK (1880), S. 63f. (*contra GERBER/LABAND; JHERING*).

değerlendirmeyi gerektirmektedir<sup>58</sup>. Böyle bir yaklaşımın tutarlı bir biçimde izah edilmesinin ve savunulmasının güçlüğü yönünde, JELLINEK'e yöneltilen eleştiriye (örn. *BÄR, KELSEN veya DUGUIT*) karşılık JELLINEK'in görüşlerinin noksanlarını gidermek amacıyla ileri sürülen yaklaşımlardan biri, özellikle uluslararası hukuk ve devlet hukuku arasındaki ilişkileri ilkinin üstün tutacak şekilde incelemesi itibarıyla belki de en önemlisi (muhafazakar ve anti-pozitivist) TRIEPEL'e aittir<sup>59</sup>.

TRIEPEL, uluslararası hukukta hukukun genel ilkeleri, uluslararası örf ve adet hukuku ile birlikte uluslararası andlaşmaları ele alan ve hukuku bir bütün halinde araştırma konusu edinen (*monizm*) JELLINEK'e karşın ancak yine JELLINEK'in bıraktığı yerden devam ederek *bir yandan* uluslararası hukuk ve devlet hukukunun (*Landesrecht*) farklı hukuk kurallarını içeren, ayrı birer hukuk düzeni olarak karşıtlık (*Gegensatz*) içinde bulun-

---

<sup>58</sup> JELLINEK'i merkezi konuma getiren, (*LABAND gibi*) görüşlerinin döneminin Alman coğrafyasındaki (öz. *Almanya, Avusturya-Macaristan*) güç odakları ile uyumlu oluşudur, bkz. ve karşı. STOLLEIS (2001), pp. 328ff.; 440ff. Anılan pozisyonun liberal kanattan eleştirileri için öz. bkz. Fritz BEROLZHEIMER, *Die Kulturstufen der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, München, C.H. Beck, 1905, §49, S. 448ff.; BEROLZHEIMER (1907), S. 1008 ve KELSEN (1911), S. 86ff.; 173, 177ff. (*Staatswille als "Abstraktion"*); 400ff.; 482ff.; 632ff. Ayrıca bkz. STOLLEIS (2001), pp. 441-443; KOSKENNIEMI (2007), pp. 190-192.

<sup>59</sup> JELLINEK ve görüşlerinin, "radikal sosyalist" ve "etik" yönden eleştirisi için bkz. Leonhard NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, Leipzig, Veit, 1917, S. 6ff.; 57ff. LABAND/BERGBOHM çizgisinde, *pozitivist* yönden JELLINEK'in eleştirisi için bkz. SELIGMANN, S. 16-19. JELLINEK'e benzer biçimde "irade"yi önemseyen organik teori yönünden eleştirisi içinse bkz. Hugo PREUSS, *Die Persönlichkeit des Staates*, 4 AöR 64, 79-83 (1889). NELSON'un "yenikantçı(!)" radikalizmine veya sosyal demokrat PREUSS'a karşıt biçimde *liberal-muhafazakar* TRIEPEL, mutlakiyetçi veya demokrat olmadığını ancak eğer karar vermek durumunda kalsaydı, ikinci kere düşünmeden emperyal otoriteyi tercih edeceğini belirtir, bkz. *id.*, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche*, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1907, §16, S. 119, 125. TRIEPEL hak. bkz. W. KOHL, *Triepel, Heinrich* ins Wolfgang BENZ, Hermann GRAML (Hrsg.), *Biographisches Lexikon zur Weimarer Republik*, München, C.H.Beck, 1988 (BLZWMR), S. 345f.; STOLLEIS (2001), pp. 342-343, 351, 439-440; STOLLEIS (2008), pp. 60 et seq., 162 et seq., 178-179, 417-418; KOSKENNIEMI (2007), pp. 190-191, 206, 210 et seq., 229.

duğunu ileri sürerken (*düalizm*) öte yandan uluslararası hukukta uluslararası anlaşmaların merkezi konumda olduğunu kabul eder<sup>60</sup>. TRIEPEL'e göre; gerçeklik, devlet iradesini esas alan JELLINEK'in objektif uluslararası hukuk fikrini ve devletin hukuki işlemlerini (*Verfügung/Vertrag/Vereinbarung*) sınıflandırma yöntemini doğrulamaktadır<sup>61</sup>: Objektif anlamda hukuk (*Recht im objektiven Sinne*), beşeri iradenin ürünü ve bireysel iradeye üstün iradenin beyanına konu (*Inhalt*) olan hukuk kurallarının bütünüdür ve uluslararası hukukta da böyledir<sup>62</sup>. O halde, sorun, *kimin iradesinin üstün olduğunun nasıl tespit edile-*

---

<sup>60</sup> TRIEPEL, burada ikili bir faaliyete girişmektedir: *Bir yandan* Alman federalizmini savunması nedeniyle liberal görüşe yakınlığını korumakta *öte yandan* uluslararası hukuku inceleme alanına dahil etmesi nedeniyle Alman devlet hukuku geleneğini eleştirmektedir. TRIEPEL'in görüşleri –kendisi belli bir mesafe koymakla birlikte– *düalizm yönünden* ZORN'a oldukça yakındır. ZORN'a göre, uluslararası hukuk, devletlerin uluslararası hukuki ilişkilerini inceleyen, "devletin dış hukuku"dur (*äusseres Staatsrecht*); dolayısıyla, "iç hukuk" (*innerstaatliches Recht*) tarafından bir kanun veya kararname şeklinde yaptırıma (*innerstaatliche Sanktion*) bağlanmadıkça (*yayım, resmi ilan kastediliyor*) uluslararası anlaşmalar kendiliğinden (*an sich*) hiçbir hukuki değer taşımaz, bkz. ZORN I, §6, S. 106; Philipp ZORN, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band II**, Berlin u. Leipzig, I. Guttentag, 1883 (ZORN II), §37, S. 419ff.; ZORN (1880), S. 20-26.

<sup>61</sup> Bunu TRIEPEL'in JELLINEK'in görüşlerini benimsediği yönünde anlamak yanlış olur. TRIEPEL, *anti-pozitivist* bir metot izlemekle birlikte JELLINEK'in aksine uluslararası toplum ve hukuk üzerine hiçbir felsefi tartışmaya yer vermez (*Hegelyen an*). Örn., devletler toplumunun (*Staatengemeinschaft*) "toplum" olma özelliğini "*tartışmaya gerek yoktur*", bkz. H.TRIEPEL, **Völkerrecht und Landesrecht**, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1899, §3, S. 27. Veya devletlerin, her birinin kendilerinin bir araya gelerek oluşturduğu toplumdaki bağımsız kişiler olduğunun "*aksini iddia edenleri dikkate almaya gerek yoktur*", bkz. *ibid.*, S. 28 ("...*ich halte sie für erwiesen*"); ayrıca bkz. *ibid.*, §4, S. 69, 90.

<sup>62</sup> TRIEPEL'e göre; üstün irade beyanı bireylerin irade özgürlüğünün sınırını çizer, bireyler için bağlayıcıdır, emredicidir (*verbindlich*), bkz. TRIEPEL (1899), §3, S.28f.; §4, 78. İrade birliğinde (*Vereinbarung*) emrediciliğin, bağlayıcılığın kaynağı hukuken açıklanamaz, bkz. *ibid.*, §4, S. 81f. Devletlerin tümü birleşip bir anayasa oluştursaydı o anayasanın bağlayıcılığını kendinden önceki bir hukuk kuralına dayandırmak mümkün olmadığına göre, *a fortiori* irade birliğinin de emrediciliğini ve bağlayıcılığını hukuken açıklamak olanağı yoktur (*Kantçı an*), bkz. *ibid.*, §4, S. 82. Örn. "irade" kavramı yönünden TRIEPEL, JELLINEK'le anahatlarıyla hemfikir olmakla birlikte *metodik açıdan* JELLINEK'in pozitivismine mesafelidir. KELSEN dışında, her ikisini de bu yönden eleştiren görüş için bkz. BÄR, S. 145-151 (*NELSON'un eleştirisinin özünü oluşturur*).

ceği ile ilgilidir. TRIEPEL, sorunun, tarihçi okulu takiben hukuk inancı (*Rechtsüberzeugung*) veya bilincinin (*Rechtsbewusstsein*) tespiti veya tabii hukuka (*naturrechtlichen Theorie*) başvuru ile çözülemeyeceğini ileri sürer: Tespit edilmesi gereken, iç hukukta (*Landesrecht*) devletin iradesi (*Staatswille*), uluslararası hukukta da devletlerin iradesidir (*Wille von Staaten*)<sup>63</sup>. Devletlerin iradesi ile kastedilen de tek bir devletin diğerlerine üstün gelen iradesi değil devletlerin iradelerinin uyuşması neticesi ortaya çıkan irade birliğidir (*Willenseinigung*): (i) Konusu bir diğerinden farklı ancak aynı hedef doğrultusunda karşılıklı irade beyanlarının birbirine eklenmesi (*ergänzende Handlungen*) ile ortaya çıkan sözleşme (*Vertrag*) fikrinden farklı olarak<sup>64</sup> irade birliğinde (*Vereinbarung*) farklı devletlerin ortak iradeleri (*Gemeinwille*) konu (*Inhalt*) yönünden bir diğerleriyle birleşmekte, tek bir iradeye dönüşmekte (*Verschmelzung*) (ii) ancak irade birliğini ortaya çıkaran devletlerin her birinin iç hukuku ile iç hukuk düzenine *üstün olan* uluslararası hukuk arasında uluslararası hukukun devlet hukukuna aktarımı (*Reception*) ile karşılaşmakta, irade birliğini gösteren uluslararası andlaşma kendiliğinden devlet hukukunun bir parçası olmamaktadır<sup>65</sup>. Başka bir anlatımla, uluslararası hukukun devlet hukukuna üstünlüğü, her birinin ayrı oluşuna bağlıdır, onları birleştiren birincinin ikinciyeye aktarımıdır.

---

<sup>63</sup> TRIEPEL (1899), §3, S. 30f.

<sup>64</sup> *ibid.*, §3, S. 33-35, 38ff., 45, 49ff. *contra* JELLINEK (1887), S. 341. *Bir yandan* GERBER, LABAND/BERGBOHM yinelenir, *diğer yandan* eleştirilir.

<sup>65</sup> TRIEPEL (1899), §3, S. 45, 49-50; §4, S. 69, N.1, 70, 71ff.; §10, 264ff.; *infra* dn. 73. TRIEPEL'e göre, bir devletin, üçüncü devletler nezdinde diğer bir devlet tarafından temsil edilmesi veya bir tahkimname, *sözleşme* (*Vertrag*) iken bir federal devlet kurulması veya genel bir tahkim sözleşmesi *irade birliğidir* (*Vereinbarung*). Uluslararası hukukta devletlerin üzerinde bir otorite yer almadığına göre, devletler üstünde bir irade ve ondan doğan bir hukuk olamaz, devletler arasındaki iradeler de birbirine karşıtlık değil birliktelik (*Zusammenwirken*) oluşturmaldır ki uluslararası hukuk oluşabilsin, bkz. *ibid.*, §4, S. 79. TRIEPEL'in akıl yürütme tarzı Kuzey

TRIEPEL'in esas hedefi ve eleştirisi tabii hukuktan ilham alan yaklaşımlara yöneliktir. TRIEPEL, tabii hukukun (*liberal*) sözleşmecî görüşlerinin objektif uluslararası hukuku açıklamada dönemi için faydalı, ancak kendi dönemi için yetersiz olduğunu belirtir: Anılan nedenle, JELLINEK'in devletlerin veya devletler arası ilişkilerin doğasını veya eşyanın tabiatını temel alan görüşleri, neticede doğal düzene dayandırıldığı için reddedilmelidir<sup>66</sup>. Böylece, TRIEPEL, *bir yandan* pozitif hukukun sosyal yönünü irdeleyen JELLINEK'i kendi siyasal-sosyal anlayışı ile eleştirmekte *öte yandan* JELLINEK'in pozitivizmini tabiata dayandırmasını reddetmektedir. Böylece doktriner kanaat (*doxa*) paylaşılma ile birlikte doğruluğu tartışılabilir olan dogmatik yönünden farkın olmadığı tekrar edilmektedir. Böyle görülürse, TRIEPEL'e göre; JELLINEK, hukukun maddî kaynağı sorunuyla şekli kaynak sorununu birbirine karıştırır<sup>67</sup>. Benzeri biçimde, TRIEPEL'e göre;

---

Alman Konfederasyonu'nun ve İkinci İmparatorluk'un hukuken nasıl niteleneceği ile yakından ilgilidir: Örn. (Karl) BINDING, konfederasyonun (*Staatenbund*) veya federasyonun (*Bundesstaat*) ancak gerçek bir anayasasının "sözleşme" (*Vertrag*) değil "irade birliği" (*Vereinbarung*) niteliği taşıdığını ifade eder, bkz. *id.*, **Die Gründung des Norddeutschen Bundes** ins E. KUNTZE et al., **Festgabe der Leipziger Juristen-fakultät**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1888, S. 69f. ve karşı. M. SEYDEL, **Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich**, Würzburg, A.Stubel, 1873, S. XIV-XVI; A. HÄNEL, **Die vertragsmässigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung**, Leipzig, H. Haessel, 1873, §8, S.104ff.; öz. GIERKE (1868), §62, S. 834ff.; (Phillip) ZORN, **Reich und Reichsverfassung**, Berlin, K.Heymann, 1895, S.9 ve A. ARNDT, **Verfassung des Deutschen Reiches**, Berlin, I.Guttentag, 1913, §3, S. 22ff. *Konfederasyon ve federasyon arasında, her bir yorum, düzen ve otoriteyi üstün tutması yönünden birleşir, karşı.* STOLLEIS (2001), pp.341-344. TRIEPEL'e göre; kuruluşu bir uluslararası andlaşmaya değil, "temel kanun"a (*Grundgesetz*) dayanan millî birlik (*Kuzey Alman Konfederasyonu ve İkinci İmparatorluk*), konfederasyonla üniter devlet (*Einheitsstaat*) arasında, *federal ama üniter yapıyı güçlendirmeye dönük* unsurlar içerir, bkz. TRIEPEL (1899), §7, S. 178-183; TRIEPEL (1907), S. 8f., 78; *id.*, **Die Reichsaufsicht**, Berlin u. Heidelberg, J.Springer, 1917, S. 71ff.

<sup>66</sup> TRIEPEL (1899), §3, S. 63-66, N.1 ("*Das ist aber nichts anderes als Naturrecht...*"); §4, S. 76ff.; 79-81, N. 1 ("*...einer naturrechtlichen Völkerrechtsbegründung...*"); 92f.

<sup>67</sup> İrade birliği (*Vereinbarung*), doğada kendiliğinden var olmaz, beşeri irade tarafından yaratılır, bkz. *ibid.*, §4, S. 63. Ancak, BINDING ve JELLINEK'in görüşleri hukukun bağlayıcı gücünün dayanağı (*maddî kaynak*) ile

JELLINEK ve diğerlerinin ileri sürdüğü gibi kendi kendini hukukuken bağlayan devlet iradesinin *hukuku tek taraflı olarak yarattığına inanılacak olursa* "uluslararası hukuk" değil örneğin "*dış devlet hukuku*" (*äusseres Staatsrecht*) ifadesini kullanmak daha doğrudur<sup>68</sup>. Halbuki irade birliği (*Vereinbarung*) ile, uluslararası hukuk (*andlaşmalar*), aslında, devletler arasında uzunca bir geçmişten beridir onların iradelerinin iç içe geçmesi, birleşmesi, ortak iradeleriyle belirmiştir ve oluşmaya devam etmektedir<sup>69</sup> (*Hegelyen an*). *İrade birliği aynı zamanda oybirliği anlamına gelir; herhangi bir tarafın iradesi farklı bir yönde ise birlik oluşmaz*<sup>70</sup>. Dolayısıyla, bir devletin kendi iradesiyle hukukuken bağlanma-

---

ortaya çıktığı hukuki formu (*şekli kaynak*) birbirine karıştırır: TRIEPEL, burada FRICKER'in eleştirisini benimser, bkz. *ibid.*, §4, S. 77; 79, N.1. TRIEPEL ve JELLINEK'in ayrıldığı en belirgin husus, "devlet" kavramının kendisidir: TRIEPEL, sosyolojik ve hukuki bakış açıları arasındaki ayrımı reddeder, devlet *her halde* bir soyutlamadır (*Abstraktion*), varlığı hakkında bilgiye organları vasıtasıyla ulaşılabilir, bkz. *ibid.*, §4, S. 78. *Kanaatimizce* temeldeki görüş ayrılığı JELLINEK'in LABAND'ın çizgisine (*pozitivizm*), TRIEPEL'in (Albert HÄNEL'in çizgisine (*anti-pozitivizm*) yakınlığıdır, bkz. Albert HAENEL, **Deutsches Staatsrecht**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1892, §2, S.14ff. (*HÄNEL, organik yaklaşıma benzer biçimde tarihi-dogmatik yaklaşım eşliğinde, pozitivist olmayan, doktriner bir konstrüksiyon geliştirir*).

<sup>68</sup> TRIEPEL (1899), §4, S.79 ve (*contra TRIEPEL*) JELLINEK I (1905), S.366, N.1; KAUFMANN (1911), S.1f., 160ff. JELLINEK, TRIEPEL gibi KAUFMANN'ın da "iradeci" görüşlerinin eleştirisi için bkz. BÄR, S. 151ff.; KELSEN (1911), S. 162ff. Bu, JELLINEK'in uluslararası hukuku ispat yoluydu, *supra* dn. 47-50. Böylece, *bilinçli veya bilinçsiz biçimde* Hegelyan mantık (*diyalektik*), kendisini uygulayana karşı ileri sürülür.

<sup>69</sup> TRIEPEL'in JELLINEK'in bakış açısından ayrıldığı bir diğer husus da budur, karş. *supra* dn.56. *Kanaatimizce* TRIEPEL böyle bir görüşü deniz hukuku ile özel olarak ilgilenmesinden dolayı kabul eder.

<sup>70</sup> TRIEPEL (1899), §3, S. 56f.; §4, S. 66ff., 82f. İrade birliği, sadece ona katılan devletleri hukukuken bağlar; eğer uluslararası hukukuken belli bir bölgedeki devletlerin irade birliğinin devletlerin tümü yönünden irade birliği olacağı kabul edilmişse bu defa irade birliği tamamı yönünden bağlayıcı nitelik kazanır, bkz. *ibid.*, S. 83ff. TRIEPEL'e göre bir irade birliğinde, devletlerden birinin şartlarda köklü değişiklik kuramına başvurması pratik değildir (*so unpraktisch*); böyle bir iddiada bulunan devletin görüşü diğerleri tarafından kabul edilirse irade birliği değişir, kabul edilmezse ve şartlarda köklü değişikliği ileri süren devlet ısrarcı olmazsa zaten sorun yoktur. Eğer söz konusu devlet ısrarcı olursa ya irade birliği korunur ya da ortadan kalkar, bkz. TRIEPEL (1899), S. 89f., N. 2 ve 248. TRIEPEL'in görüşü, bir kez daha JELLINEK'ten ayrılır.

sının objektif uluslararası hukuku meydana getirdiğini söylemek yanlıştır<sup>71</sup> (*Kantçı an*). Devlet hukuku (*Landesrecht*) uluslararası hukukun, uluslararası hukuk devlet hukukunun, kendiliğinden, kaynağı (*Quelle*) olamaz: *Öncelik uluslararası hukuk düzeninde (doxa) olmakla birlikte her biri diğerini gerçeklik olarak dikkate alır*<sup>72</sup>. TRIEPEL'e göre, diplomasinin işleyişinde veya uluslararası andlaşmaların akdinde anılan hususu doğrulayan pek çok örnek bulunur. Bu bağlamda, örneğin (*eğer konfederasyon tarafından izin verilmişse*) bir konfederasyon üyesi devletin üçüncü devlet ile akdettiği uluslararası andlaşmada konfederasyona yönelik taahhütlerine yönelik çekince (*Vorbehalt*) koyması, andlaşma iki taraflı olsa bile, devletler arasındaki irade birliğine (*Vereinbarung*), onun objektif uluslararası

---

<sup>71</sup> TRIEPEL (1899), §4, S. 70-71, 73, 85 (*objektif hukuk yaratmayan irade birliği de söz konusu olabilir*). Uluslararası andlaşmaları *uluslararası hukuk yönünden* –farklarını kabul etmekle birlikte– sözleşme (*Vertrag*) kavramı ile açıklayan doktrin TRIEPEL tarafından reddedilir, bkz. ve karşı. *e.g.* BERGBOHM, S. 77ff.; HARTMANN, §45, S. 125ff.; JELLINEK (1880), S. 47f., 51f.; JELLINEK (1887), S. 341; JELLINEK (1892), S. 198; SELIGMANN, S. 1f. ve öz. Otfried NIPPOLD, **Der völkerrechtliche Vertrag**, Bern, K.J. Wyss, 1894, §6, S. 92ff. Örn., NIPPOLD'a göre, BERGBOHM'un "*irade birliği*" (*Vereinbarung*) ifadesini kullanması sadece teorik önem taşır, bkz. NIPPOLD (1894), §3, S. 42, N. 22. TRIEPEL, BERGBOHM'un uluslararası andlaşmaları tasnifinde "*objektif*" (*maddi*) olanın, yani genel geçer hukuk kuralları koyanların "*uluslararası andlaşma*" olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünür: TRIEPEL'e göre, "*sözleşme*" ile hukuk yaratılmaz fakat "*irade birliği*" de sadece objektif hukuk yaratmaz, subjektif hak da yaratabilir, bkz. TRIEPEL (1899), §3, S. 47-49; §4, S.69f., N.1, 73. İrade birliği (*Vereinbarung*), yalnızca uluslararası andlaşmaları içermez, (öz. *uluslararası örf ve adet hukukunun irade birliği ile bağlantısı üzerine*) *ibid.*, §4, S. 64ff., 95ff. *Bununla birlikte* JELLINEK'e benzer biçimde, TRIEPEL, irade birliğinin devletlerin benzer veya ortak çıkarlarının tatmini amacına matuf olduğunu belirtir, bkz. *ibid.*, §4, S. 68. *Kanaatimizce* sorun, maddi veya şekli anlamda hukuk, objektif hukuk ile subjektif hak arasındaki ayrımın belirsizliği üzerine kuruludur.

<sup>72</sup> TRIEPEL (1899), §4, S.67; §10, 266f. Dolayısıyla, TRIEPEL'e göre, bir uluslararası andlaşmanın akdi veya onayı, onun *kendiliğinden* devlet hukukunun bir parçası olması sonucunu doğurmaz, devletin "*iç*" hukukunda belli bir yönde hukuk yaratmasını öngörür (*Veranlassung*), bkz. *ibid.*, §5, S. 119 ve karşı. *supra* dn. 54. TRIEPEL, bu argümanla, *aynı anda* JELLINEK'in sosyolojik öğretisini de dışlar: (*Uluslararası*) İrade birliği (*Vereinbarung*) objektif hukuk kuralı yaratmakla kalmaz (*uluslararası*) dışarıdaki gerçekliği (*aussere Zustände*) değiştirmeye yönelir, bkz. *ibid.*, S. 71f.

hukuku yaratıcı gücüne halel getirmez<sup>73</sup>. Diğer bir anlatımla, ulusal ve uluslararası hukuklar bir diğerinin belirleyici şartıdır; ikincinin birinciye üstün oluşu varlıklarını etkilemez.

## B. ANDLAŞMALARLA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİN BAĞLAMLI

§22.-Yukarıda ele alınan görüşleri değerlendirmeden önce, 19. yüzyıl sonuna doğru yaşananların, ele aldığımız coğrafyada 17. yüzyılda savaşlar ve çalkantılı dönemle birtakım benzerlik ve farklarına değinmenin, gerek felsefi yönden (*KANT/HEGEL ve sonrası felsefe ve sosyal bilimler*) gerekse ele aldığımız konuyla ilgili yararlı olacağını düşünüyoruz. 17.-18. yüzyılda<sup>74</sup>, Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu, *hukuken* varlığı kabul edilmekle

<sup>73</sup> Verilen örnek Basel şehrinin Fransa ile akdettiği bir andlaşmadır, bkz. TRIEPEL (1899), §10, S. 265, N. 1. Nitekim TRIEPEL'e göre (*contra NIPPOLD*), uluslararası hukuk devletler üstü değil devletler arası hukuk (*zwischen dem Staaten*) olarak algılanmalıdır; kaldı ki tüm devletler için bağlayıcı, genel uluslararası hukuktan söz edilemez, bkz. *ibid.*, §4, S. 75, 83. Ancak bu, diğer devletlerin de irade birliğine katılmasına engel değildir, bkz. *ibid.*, §4, S. 85. TRIEPEL, anılan görüşlerle Almanya'nın "kendine özgü" durumunun uluslararası toplum içinde nasıl anlaşılması gerektiğini belirtiyor olabilir. Böyle yorumlanırsa, TRIEPEL ve diğerlerinin, hatta JELLINEK'in öz. *Prusya'daki ortodoks* kanatla görüşlerinin birleştiği nokta budur: "*Dünya tarihinin Almanya'ya çizdiği yol*", diğer bir ifadeyle "*Almanya'nın istisnaiği*" (*Sonderweg*), kavram için bkz. FRANKENBERG, p. 61 et seq. Nitekim öz. ortodoks Alman mandarinleri arasında yaygın kanaat, anılan dönemde Almanya'nın Batı'nın bir parçasını oluşturmadığı ama Avrupa uygarlığının en önemli, hatta biricik temsilcisi olduğu yönündedir, örnekler için bkz. RINGER, pp. 128-199. Yansımaları arasında öz. 1899 ve 1907 Lahey Konferansları'nda Almanya'nın pozisyonu veya Büyük Savaş'ta denizde savaş ve elkoyma vardır, bkz. e.g. J.B.SCOTT, *The Execution of Captain Fryatt*, 10 AM.J.INT'L L. 865 (1916) (*contra TRIEPEL*).

<sup>74</sup> Hukuk ve değişim arasındaki ilişki yönünden oldukça geniş bir literatür içinde bkz. Harold J. BERMAN, **Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition, Vol.I**, Cambridge, HUP, 1983; Jean-Louis, HALPERIN, **Five Legal Revolutions since the 17th Century**, Heidelberg, Springer, 2014 (*İki eser de*

birlikte *filen* parçalanmıştır. Böylece, Avrupa'da, 11.-12. yüzyıllarda başlayan, Kilise'nin evrensel, sembolik otoritesinin çözülmesiyle, özellikle Kilise içinde reform, felsefeye dönüş, Fransa ve Birleşik Krallık'ın Kilise'den ayrılışı, Coğrafi Keşifler'den sonra Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nun parçalanması ve Hollanda'nın bağımsızlığı, iç ve dış, ulusal ve uluslararası, ilahi ve beşeri vb. alanların ayrılmaya başladığı, özellikle "modern" olanın kökeni şeklinde görülebilir<sup>75</sup>.

Dolayısıyla, yukarıda ele alınan örneklerin tersten, geçmişe doğru bir okuması da yapılabilir. Anılan dönemde, örneğin, *ya* emperyal otoriteyle bir veya onun yerine tabii hukuk esas alınır *ya da* Avrupa uygarlığının temsil ettiği uluslararası toplum etik-ilahi bir yaklaşımla birleştirilmeye çalışılır<sup>76</sup> (*WOLFF contra PUFENDORF*). Bu dönemin, İm-

---

*baştan sona incelenmeyi hak eder*). Örn. (Gottfried Wilhelm) LEIBNIZ (*filozof*) ve (Samuel) PUFENDORF (*hukukçu*) arasında döneme ışık tutan tartışma ve her ikisinin pozisyonları için bkz. D. DÖRING, **Leibniz vs. Pufendorf** in M. DASCAL (editor), **The Practice of Reason**, Amsterdam, J.Benjamin, 2010, pp. 245-272.

<sup>75</sup> Karş. BARTELSON, pp. 137 et seq., esp. 143-157, 179-185 ve CARTY (1986), pp. 14-15; Anthony CARTY, **Philosophy of International Law**, Edinburgh, EUP, 2007, pp. 91-93. Daha farklı bir açıdan, öz. Almanya'da bürokrasi, akademi ve aydın kesimin ortaya çıkışını hazırlayan 17.-18. yüzyıllar hak. öz. bkz. ELIAS, pp. 45-447; RINGER, pp. 15-19; ROSENBERG, pp. 27-45. Örn. RINGER'e göre "Aydınlanma" (*Enlightenment/Siècle des Lumières*) kavramının "Batı"daki anlamıyla Almanya'daki anlamı (*Aufklärung*) farklıdır. Örn., Alman mandarinleri "uzmanlaşma"ya, "faydacılık"a, "materyalizm"e veya "deneysellik"e (*ampirizm*) mesafeli yaklaşır, bkz. RINGER, pp. 83-90, esp. 85 ("...many German scholars... really disliked... a vaguely 'utilitarian tendency', a vulgar attitude in the West European tradition toward all knowledge. They felt that many French and English intellectuals from the seventeenth century on associated science and learning almost exclusively with the idea of practical manipulation, of rational technique and environmental control. This, in the mandarins' opinion, was a truly dangerous heresy and a rather stupid one as well...").

<sup>76</sup> 17.-18. yüzyılın geleneksel aristokrasiye karşı değişen dünyasında Alman doktrinindeki stratejilerden biri, halen ilahi iradenin etkilerini taşımakla birlikte evrensel düzenin (*İmparatorluk*) varlığını tabii hukuka dayandırmak olmuştur, bkz. ve karş. e.g. Samuel von PUFENDORF, **Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri II**, Editio Novissima&Emendatissima, Cantabrigiae, J.Hayes, 1672, s. 4 ved. (*GROTIUS tabiat halinde uyum ve barışı, HOBBS ise çatışma ve savaşı görür; PUFENDORF her iki görüşü de eleştirir ve bir senteze*

paratorluk'un hukuken yıkılışına giden süreçte, 18. yüzyıla<sup>77</sup> (örn. *VATTEL*) etkisi belirgindir. Başka bir anlatımla, İmparatorluk ve Vatikan dini-dünyevi evrensel otoritenin temsilcileriyle, yerine göre *hem evrensel birliğin temsilcilerinin kendi rızası ile* –örneğin Hollanda'nın İspanya tarafından tanınması ve kolonyal fetih ve işgal hakkının kabul edilmesi ile– *hem de evrensel birliğin temsilcilerinin rızası hilafına* –örneğin Vatikan'ın Vestfalya Barış'ını protestosuna rağmen– söz konusu evrensel otorite tedricen ortadan kaldırılmaya başlamıştır. *Kanaatimizce* 19. yüzyılda da benzeri bir dönüşüm yaşanır. Aşağıda ele alınan

---

*ulaşmaya çalışır*) ve Christian WOLFF, **Institutiones Juris Naturae et Gentium**, Magdeburgicae, Officina Rengeriana, 1750, §1088, s. 679 ved., öz. §1091, ss. 681-682 (WOLFF, *tabii hukuka atfen Jus Gentium necessarium, Jus Gentium voluntarium, Jus gentium pactitium ve Jus gentium consuetudinarium arasında ayırma gider. İlki tabii hukuk ikincisi tabii hukukun beşeri irade ile ilgili yönüdür. Son ikisi ise uluslararası andlaşmalar ve örf ve adet hukukunu oluşturur. Tabii hukukun gerektirdiği, beşeri irade ile kurulmuş düzen 'civitas maxima'dır*). PUFENDORF'un öğretisinin karamsarlığa, WOLFF'ünkinin iyimserliğe yakınlığı hak. bkz. T.J. HOCHSTATTER, **Natural Law Theories in the Early Enlightenment**, Cambridge, CUP, 2004, esp. pp. 72 et seq., esp. 130, 169-170.

<sup>77</sup> Her iki yaklaşımın Aydınlanmacı, klasik eleştirisi ve sentezi için bkz. [Emer] de *VATTEL*, **Le droit des gens, Tôme I-II**, La Haye, B.Gibert, 1758, öz. *Préliminaires*, §3, p.1 et seq., öz. §7-9, pp. 4-5, §12, 8; *Livre II*, §63, 306-307, §163, 374; *Livre III*, §188, 163-164. *VATTEL*'e göre, "gerekli uluslararası hukuk" (*le droit des gens nécessaire*) doğa veya onun ilahi yaratıcısının zorunlu kıldığı adalete dayanan tabii hukukun milletlere, devletlere uygulanmasından başka bir şey değildir. Öyle ki değişmesi, değiştirilmesi mümkün olmayan uluslararası hukuka, doğanın insanlar için zorunlu kıldığı evrensel toplumun üyesi olan uluslar, devletler mutlak bir biçimde uymak zorundadır. Dolayısıyla, iradi uluslararası hukukun (*le droit des gens volontaire*) parçası olan uluslararası andlaşmalara uyulmasını emreden kural, gerekli uluslararası hukukun bir parçasıdır; savaşın haklı mı haksız mı olduğu gerekli uluslararası hukuku ilgilendirirken bir form olarak savaşın kendisi iradi uluslararası hukukun parçasıdır. *VATTEL* böylece ilahi irade, doğa ve aklı, kaynağını birinciye dayandırsa da son ikisi lehine birleştirmektedir. Böyle bir açıdan bakıldığında, *VATTEL*'in klasik uluslararası hukuk doktrini içinde *Aydınlanmacı, liberal* uluslararası hukukun temsilcilerinden olduğunu görüyoruz, karşı. E.JOUANNET, **The Liberal-Welfarist Law of Nations**, translated by C.SUTCLIFFE, Cambridge, CUP, 2012, pp. 26-27. Bununla birlikte *ebedi barışı tasarlayan Aydınlanmacı, kozmopolit, despotik aydın* KANT'ın eleştirisi için bkz. I.KANT, **Perpetual Peace** (1795) in REISS, p. 103.

ikinci yön, uzunca olmakla birlikte yukarıda belirtilen yeniden okuma için zorunlu görünüyor.

*Bir diğer yönden, bize göre, (i) Aydınlanma'nın 17.-18. yüzyıl Almanyasında İngiliz-Fransız tecrübesinden daha farklı bir biçimde algılanışı (Aufklärung); (ii) 19. yüzyılın ilk çeyreğinde (Napolyon Savaşları'nın ardından Fransız ve Amerikan Devrimlerinin) veya (iii) başarısız 1848 İhtilali'nin sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla önceye (status quo ante), mutlak monarşiye dönüş veya meşruti monarşinin kabulü (Restorasyon) gibi nedenlerle bir arada düşünüldüğünde Almanya'da; geneline, evrensel, kozmopolit bir dünya görüşünün hakim olduğu 17.-18. yüzyıl doktrini (örn. PUFENDORF, WOLFF, KANT) ile İmparatorluk'un ardından (örn. HEGEL, SCHELLING, FICHTE) Almanya'nın kendine özgü durumunu (Sonderweg) esas alan, Alman bakış açısından dünyayı tarif etme eğilimi birbirinden farklılaşır<sup>78</sup>. Kanaatimizce, belirtilen ayırımı ikinciyi birinciyle birleştirmesi yönünden en ilginç örnek, tabii hukuk ve sosyal sözleşme gibi Aydınlanmacı kavramları genel olarak dışlayan ama rasyonel açıdan Roma huku-*

---

<sup>78</sup> Karşılaştırma için bkz. e.g. Friedrich MEINECKE, **Weltbürgertum und Nationalstaat**, 6.Auflage, München u. Berlin, R.Oldenburger, 1922 (1908), S. 23ff. ve BEROLZHEIMER (1905), §24, S. 135ff.; §41, 322ff. Bize göre, Kant-sonrası Alman idealizminin temel problematiği böyle de okunabilir, karşı Slavoj ZIZEK, **Fichte's Laughter in ZIZEK/GABRIEL**, pp. 122-167. RINGER'e göre Fransız-İngiliz tecrübesinde Aydınlanmacı siyaset teorisinin, *söylemde*, iki kurucusu "tabii hukuk" ve "sosyal sözleşme" kavramlarıken aynı kavramlar 18. yüzyılın sonu 19. yüzyılın başında Alman düşünürleri tarafından (öz. KANT ve HEGEL) mutlak iktidar ile en uyumlu olacak biçimde, diğer bir ifadeyle "devlet" in insan haklarını tehdit eden değil sağlayan ve koruyan, ahlaki bir varlık olarak yorumuna yol açmıştır, bkz. RINGER, esp. pp. 113-127. Böyle anlaşılırsa "akademi" ve "bürokrasi" birlikteliğinde, aralarındaki görece mesafenin; 1850'lere değin otoriter nitelikte olmakla birlikte (*bürokrasinin de onayıyla*) akademinin öncülüğünde bilimsel-kültürel gelişime ve bilimsel eserlerin daha keskin bir tarzda kaleme alınmasına yol açtığı kadar 1850'lerden itibaren bürokrasinin akademi aleyhine önem ve etkinlik kazanması karşısında akademinin tedricen (*akademinin de onayıyla*) marjinal konuma gelmesine ve eşlik edecek biçimde, örn. bilimsel eserlerin yalnız bir tarzda kaleme alınmasına neden olduğu söylenebilir. Buradaki yorumla karşı. BOURDIEU (2013), pp. 19-20.

kunda Alman idealinin varlığını göstermeye çalışması yönünden oldukça köklü etkileri olan hukukçu-nun-hukukunda (*Juristenrecht*) karşımıza çıkar. Liberalizme, Aydınlanma'ya mesafesi itibariyle muhafazakar ve Alman tarihçi okulun en önemli temsilcisi, Romanist medeni hukukçu (Friedrich Carl) von SAVIGNY'ye göre; uluslararası hukukun, "hukuk" niteliğinden, ancak varlığı ve gerçekliğinin bağlı olduğu *Avrupa halklarının dine dayalı kültürel birliğinin artması halinde* bahsedilebilir<sup>79</sup>. Dikkat edilirse SAVIGNY, uluslararası hukuku kategorik olarak reddetmez; kozmopolit bir görüş ile kültürler arası bir birlikteliğin bulunmadığına, ancak bu gerçekleşirse uluslararası hukuktan söz edilebileceğine değinir. Yazara göre; "...hukukun temeli, iyiniyetli ve aydınların hukuk-i bilincinde

---

<sup>79</sup> SAVIGNY hak. bkz. STOLLEIS (2001), pp. 10, 64-65, 315-316; KOSKENNIEMI (2007), pp. 22-23, 32, 43-45 ve Dieter NÖRR, **Savigny, Carl Friedrich** ins NDB, Band 22, S. 470-473 (2005). SAVIGNY'nin akıl yürütme tarzı 19. yüzyıldan günümüze değin hukuk doktrininde, öz. Alman hukuk çevresinde değineceğimiz konuların anlaşılması yönünden önemlidir. *Kanaatimizce* 1848 öncesinde Alman mandarin ideal-tipin *akademisyen-bürokrat* karakterini en iyi yansıtan örneklerinden biri SAVIGNY'dir ve yüzyılın devamındaki görüş ayrılıklarının aslında birleştiği yönlerin anlaşılması açısından önemlidir. Örn. SAVIGNY, popüler yorumun aksine, dipnotun eşlik ettiği metinde, uluslararası hukukun varlığını kategorik olarak reddetmez; sadece bazı şartların gerçekleşmesine bağlar. Keza, örn. BLUNTSCHLI, (Rudolf) von GNEIST veya BESELER'in görüşlerini SAVIGNY ile telif eden (Otto) von GIERKE veya GIERKE'nin takipçisi (Hugo) PREUSS ile bağlantısı için bkz. STOLLEIS (2001), p. 65; STOLLEIS (2008), pp. 47-48. Anılan yaklaşım (*bir yönüyle organik teori*) bir yandan monarkın egemenliğini veya monarkla devletin özdeşliğini reddederken diğer yandan (*bir yönüyle tüzel kişilik teorisi*) sonuçları kestirilemeyecek olan, halk veya ulus egemenliğini de dışlar; en azından "cumhuriyet" in kuruluşuna değin tutulan orta yol, monarşik prensip, kültür (*çağdaş devlet*) ve hukuk devleti veya sosyal devlet gibi kavramlarla desteklenir ve parlamentonun (*dar anlamda yasama*) hükümet (*geniş anlamda yürütme*) ile işbirliğini öngörür, Almanya'da ve Avusturya'da monarşik düzen ve otoritenin temsilcisi "devlet" in egemenliği böylece yinelenir, farklı yorumları için karş. e.g. Paul LABAND, **Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für die deutsche Staatsrecht**, Strassburg, J.H.E.Heitz, 1880, S. 18, 29f., 34-36; JELLINEK (1887), S.191 (*Macht/Recht/Kultur*); E.BERNATZIK, *Kritische Studien über den Begriff der juristische Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, 5 AöR 169 (1890); H. PREUSS, *Über Organpersonalität*, 26 SCHMOLLERS JAHRBUCH 557 (1902) ve P. ZORN, *Die Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866*, 1 JöR 47, 49-52 (1907).

(Rechtsbewusstsein) yatar... Bağımsız devletler de karşılıklı ilişkilerinde kolaylık sağlamak..., çıkarlarını gözetmek adına haklarını, bir hukuk yaratmayacak biçimde koruyabilir": Ancak bazı halklar arasında, özellikle "Hristiyan Avrupa devletleri"nde karşılaştığımız gibi, temeli dine veya yaradılışa dayanan (sic) "benzer hukuki bilincin meydana getirdiği toplum" (eine ähnliche Gemeinschaft des Rechtsbewusstseins) (sic) ortaya çıktığında, buna "uluslararası hukuk" (Völkerrecht) denir. Herhangi bir devleti ve yargı otoritesi olmadan "saf ahlaki" bir nitelik taşıyan, bizimle diğer tüm insanlar arasındaki ilişkilere uygulanacak uluslararası hukuku "bir pozitif hukuk olarak, ancak nakıs bir hukuk (eine unvollendete Rechtsbildung) şeklinde görebiliriz". Böylece KANT, HEGEL ve Alman idealizmi aynı söylemde bir araya gelir. Nitekim SAVIGNY için "pozitif hukuk" (positiven Rechts); (i) "(h)alkın ortak bilincinde yaşar" ve bu, "halkın hukuku"dur (Volksrecht); (ii) bir halkın tüm üyelerini harekete geçiren "halkın ruhu"nun (Volksgeist) yarattığı ve bütünlüğü kazaen değil, onların her birinin bilincinden (Bewusstsein) kaynaklanan "pozitif hukuk", "gerçekliğini (Wirklichkeit) halkların bilincinde bulur". (iii) Halkın<sup>80</sup> hukuk olarak benimsediği değil, "uygulamada" (Übung) gelişen, "belirli bir biçim"e (bestimmte Gestalt) bürünen, "hukukçunun rolü" (Beruf des Juristenstandes) dolayısıyla hayat bulduğu için, (a) biri halkın bilincinde temelini bulan ancak (b) diğeri hukukçunun

---

<sup>80</sup> SAVIGNY'nin metninde ve çalışmamızın genelinde, aksi bağlamından anlaşılmadıkça "Volk"un karşılığı olarak "halk" kelimesini tercih ettik. Aynı kelimenin "ulus, millet" kelimesine de karşılık gelebileceğini belirtelim. Örn. "uluslararası hukuk"un karşılığı Almanca'da "Völkerrecht"tir. SAVIGNY, "Volk" kelimesinin görünmez bir doğal birlik olarak soyut olduğunu ancak birliğinde onun organik ve somut görünümünün ortaya çıktığını; bireyde karşılaşılanın insanlığın genel ruhunun görünümü olduğunu ve "devlet"in de "manevi, beşeri toplum"un (geistigen Volksgemeinschaft) somut görünümü olduğunu belirtir, bkz. *ibid.*, §8, S. 21 ve §9, S. 23. Kanaatimizce SAVIGNY'nin anlatısında "ulus" kavramı "manevi, beşeri toplum" anlamına karşılık gelir. Çeviride tercih edilen sözcüğün bağı, bağlamı ve anlamı ne derece etkilediğine dikkat ediniz.

uygulamasıyla anlam kazanan, "iki yönlü bir hayatı" (*zwiefaches Leben*) olan hukuktur<sup>81</sup>. Alman milli birliğinin henüz "devlet"e dönüşmediği, gerçekleşmediği bir dönemde SAVIGNY, "devlet hukuku"nu ve "özel hukuk"u ayırmak amacıyla; ilkinin "*halkın organik temsili olan devleti*", ikincinin "*bireyin iç dünyasına hayat kazandırmak ve ona... şekil vermek üzere bireyi çevreleyen hukuki ilişkilerin tümü*"nü konu edindiğini belirtir<sup>82</sup>. Böylece, örneğin, *özel hukuk yönünden "tüzel kişi" (juristische Person)*, yalnızca kendisini meydana getiren üyelerin "hukuki" amacı (*gaye*) açısından "tüzel" (*hukuki*) niteliktedir<sup>83</sup>.

*Kanaatimizce SAVIGNY'nin getirdiği ayırım yalnızca (i) örf ve adet ile kanun (Rechtsquellen); (ii) devlet (kamu) hukuku ile özel hukuk; (iii) gerçek kişi ve tüzel kişi veya*

---

<sup>81</sup> Yukarıda özetlenen görüşler için bkz. Friedrich Carl von SAVIGNY, **System des heutigen Römischen Rechts, Band I**, Berlin, Veit, 1840 (SAVIGNY I), §7, S. 14; §9, S. 22; §11, S. 32-33; §12, S. 34f., 38; §14, S. 45 ve karşı. Georg BESELER, **Volksrecht und Juristenrecht**, Leipzig, Weidmann, 1843, S. 91ff.; G.F. PUCHTA, **Kritik von Georg Beseler's Volksrecht und Juristenrecht**, Berlin, W.Besser, 1844, S.4ff. *Kanaatimizce SAVIGNY, Cermenist BESELER veya Romanist PUCHTA'nın "hukukun uygulanması"na yaptığı vurgu, "özel hukuk" yönünden anlaşılacak gerektiği gibi eğer devlet (kamu) hukuku yönünden anlaşılacaksa Almanya genelinde (öz. Prusya) hakim olan "bürokratik devlet" ve o devletin bürokrat veya öz. akademisyen "hukukçuları" olarak anlaşılmalıdır, "yargı(ç)" değil, karşı. e.g. REIMANN, p.889.*

<sup>82</sup> SAVIGNY I, §9, S. 22. SAVIGNY'ye göre, ulusun somut görünümü, devletin ortaya çıkışı aynı zamanda hukuk yaratmanın en üstün düzeyidir ("*...die Erzeugung des Staates ist eine Act der Rechtserzeugung, ja sie ist die höchste Stufe der Rechtserzeugung überhaupt*"). *Kanaatimizce*, anılan husus, "hukuk" ve "devlet" veya "hukuk" ve "siyaset" arasındaki ilişki yönünden önemlidir (*Machtsstaat*), karşı. e.g. Leopold von RANKE, *Politische Gespräch*, 2 HISTORISCH-POLITISCHE ZEITSCHRIFT 775 (1833-1836) ("*Tarih*"i; *bir bilim olarak tarafsız ve objektif biçimde incelemeyi, birincil kaynaklara başvuruyula, arındırmayı hedefleyen, tarihci okulun temsilcilerinden RANKE'ye göre "devlet" ve "siyaset" önce gelir (Primat der Politik)*). Yüzyıl sonunda bu anlayış "dış işlerinin üstünlüğü"ne (*Primat der Aussenpolitik*) dönüşür, bkz. RINGER, pp. 301-302.

<sup>83</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, **System des heutigen römischen Rechts, Band II**, Berlin, Veit, 1840, §85, S. 235-242. Kamu (*devlet*) hukukuna uygulandığında sorun şöyledir: Devlet ve hukuk *bir yandan* halka dönük ve halkın hukukunu "yansıtır", *öte yandan* devletin "kendisi" halka uygulanan hukuku yaratır. *Kanaatimizce* 19. yüzyıl ve devamında kamu hukukuna ilişkin sorunların temeli, özü buradadır.

(iv) *Avrupalı olan ile olmayan* arasındaki farkı değil 19. yüzyılın ilerleyen yıllarında; (v) *maddi ile şekli anlamda hukuk*; (vi) *formel hukuk kuralı (Norm/Rechtsnorm) ile hukukun uygulanması*, diğer bir anlatımla, (vii) "objektif hukuk ile "subjektif" hakkın, (viii) "hukuk" ile "halk", "devlet" ile "halk" ve "devlet" ile "hukuk" arasındaki ayrımlara işaret eder. Böylece, Hukuk ve Yasak arasında özellikle KANT'ın kurduğu ve HEGEL'in varsaydığı ilişki dönüş(türül)ür.

*Bizim de katıldığımız fikre göre*, anlayışında "hukuk-çün"ün üstlendiği "rol"ün özellikle 1848 sonrasında hukuk doktrininin önemli bir kesimi tarafından "devlet" tarafından üstlenildiğinin kabul edilmesi ve kamu hukukunda "pozitivizm" (örn. "kavramlar içtihadı") ve özellikle 19. yüzyıl sonundaki eleştirisinin ("anti-pozitivizm") ve HEGEL ve diğer Kant-sonrası Alman idealistlerinin tartışma zemini SAVIGNY'nin anlayışında görülebilir<sup>84</sup>. Hukuk bir yandan gaye (*telos*); diğer yandan araçtır, aracıdır veya aradadır

<sup>84</sup> SAVIGNY'nin çizgisi, muhafazakar yaklaşım içinde daha liberal ve dışa açık ögeler (örn. *Roma hukuku*) içerse de, felsefi "spekülasyon"u dışlaması yönünden eleştirildiği (örn. *FEUERBACH, ADICKES*) veya onaylandığı (örn. *STAHL, SCHMITTHENNER*) unutulmamalıdır, karşı. REIMANN, p. 883 et seq.; STOLLEIS (2001), pp. 315-316 ve KOSKENNIEMI (2007), pp. 183-184, 262-264. Tartışmayı Alman idealizmi yönünden berraklaştıran(!) (Karl) MARX'tır, bkz. *id.*, *Zur Kritik der Hegel'schen Rechts-Philosophie*, 1 DEUTSCH-FRANZÖSISCHE JAHRBÜCHER 71 (1844). RANKE'ye göre, "(b)ir devletin uluslararası pozisyonu, o devletin elde ettiği bağımsızlığın derecesine bağlıdır: Bu, onun, tüm iç ilişkilerini, kendi varlığını koruma amacıyla hazırlamasını zorunlu kılar: Onun en büyük kanunu budur", bkz. RANKE, S. 793. Buna karşın hayatı boyu, tarihçi okuldan hukuki-sosyolojik eleştiriye doğru pozisyon ve görüş değiştiren, hukukta "gaye" (*Zweck*) ve araç (*Mittel*) kavramlarını birbirinden ayırarak barışı gaye, savaşı araç olarak gören (Rudolf) von JHERING, Alman çevresinin uluslararası hukuk anlayışı(!) hak. Viyana'daki dinleyicilerine şöyle der: "*Bir ulusun (Volk) siyasal gelişiminin en güvenilir göstergesi özel hukuktur, devlet hukuku değil...*" Eğer bir ulusun, uluslararası hukuki pozisyonunu nasıl koruduğu anlaşılacak isteniyorsa, üyelerinin "...kendi özel hayatlarında... haklarının nasıl himaye edildiği"ne bakılmalıdır, "...kulağa ne kadar çelişik gelirse gelsin hukuk idealizmdir... Dolayısıyla takip eden cümle her zaman doğrudur: *Bir ulusun, dışarıya karşı siyasi hakları ve pozisyonu onun ahlaki gücüne koşuttur – yüzlerce milyon nüfusa sahip İmparatorluk'un (Reich), uluslararası hukuki pozisyonu yönünden, yabancı uluslar nezdinde ufacık İsviçre'nin saygınlığına ulaşması*

(*mesos*). Yukarıdaki gibi anlaşıldığında Almanya'da cumhuriyetin kurulamaması veya devrimin gerçekleşmemesiyle sonuçlanan 1848 İhtilali'ne değin hukuk doktrininin fikri yönden zenginliği; (i) İmparatorluk'un yıkılışının yarattığı sarsıntıya ve tepki olarak 19. yüzyılda bireysel gelişime (*Bildung*) ve manevi (*geistlich*) birikimle bireyin dünya görüşünün (*Weltanschauung*) oluşturulmasına yönelik olarak bilimsel disiplinlerin veya bilim dallarının (*Wissenschaft*) örgütlendiği akademinin oluşturulması kadar (ii) (öz. Prusya'da) akademinin bürokrasiyle iç içe oluşu ve (iii) sonuç ve etkileri sonraları daha da fazla hissedilecek biçimde Alman ulusunun ve devletin, akademinin oluşturduğu kültürel ideallerin (*siyasal-kültürel birliğin*) veya temsil ettiği medeniyetin birer ürünü, temsilcisi (*Kultur-Rechtsstaat*) şeklinde görülmesine bağlanabilir<sup>85</sup>. Almanya'da, anılan dönem, kamu hukunun özel hukuk ile ve monarşik devletlerin tebaaları ile (i) yukarıdan aşağıya ve

---

*mümkün değildir*", bkz. *id.*, **Der Kampf um's Recht**, Wien, 1872, S. 73f. JHERING'in yorumu ışığında, SAVIGNY'nin veya RANKE'nin felsefeyi veya rasyonalizmi dışlayan, "idealist" görüşü, eleştirisiyle birlikte (örn. ADICKES, BESELER, FEUERBACH, MARX) düşünülürse *modernistlerin* pozisyonu daha net görülür.

<sup>85</sup> Karş. MEINECKE, S. 39ff. ve BEROLZHEIMER (1905), §33, S. 201ff. 19. yüzyılda sosyal katmanların sert biçimde ayrılmasına dayanan Alman toplumunda, öz. Alman mandarinleri yönünden, bireysel gelişim veya talim-terbiye (*Bildung*), akademik disiplin veya bilim dalı (*Wissenschaft*) ve her ikisi temelinde bireyin manevi (*geistlich*) birikimi ile dünya görüşünün (*Weltanschauung*) oluşturulması kavramları için bkz. (*genel olarak akademi ve bürokraside*) RINGER, pp. 86-87; 102-105 ve (*hukuk öğrenimi ve uygulaması yönünden*) JARAUSCH, p. 5 et seq. HEGEL'in, KLÜBER'in, STAHL'in, SAVIGNY'nin yazdığı dönem hak. bkz. RINGER, pp. 25-30, 44-45. RINGER'e göre; farklı kökenleri, anlamları ve sonuçları olan (*bireye yönelik*) kültür (*Kulturstaat*) ve (*düzene yönelik*) hukuk devletine (*Rechtsstaat*) ilişkin görüşlerin (*HEGEL ve KANT kastedilir*) ortak unsurları "idealizm" ve "siyaset dışılık"tır (örn. SAVIGNY veya STAHL'de böyle olduğu açıktır); ancak "siyaset dışı" yalnızca günlük siyasetin inceleme alanı dışında tutulmasını ifade ettiği gibi liberal, elitist, milliyetçi Alman mandarin ideal-tipin (*akademisyen/bürokrat*) aynı siyasal görüşü paylaştığı anlamına gelmez, bkz. *ibid.*, pp. 120-123. MOSSE'a göre ise; Almanya örneğinde soyut rasyonalizm ve idealizm, 19. yüzyılda gerçekleşen olayların yorumundan ziyade belirtilen olaylardan kopuk milliyetçi-muhafazakar ideolojinin, kendisinden kopuk olduğu sorunlara bir çözüm üretmek için giderek popülerleşmesiyle çelişik bir hal almıştır, bkz. MOSSE, pp. 8-9; (*aynı yönde*) STERN (1974), pp. xxi-xxii, xxiv-xxvii.

eşitler arası "ilişki" (örn. STAHL), (ii) "özel" çıkar ve "kamu" yararı (örn. SAVIGNY) veya (iii) bireylerden oluşan, özel "alan" ile bunun dışında kalan "alan" (örn. MOHL) dikkate alınarak, ancak her halde (*mesafesi yazara göre değişmekle birlikte*) "devlet" ve "toplum"un, "objektif" hukuk ile "subjektif" hakkın kamu hukuku yönünden ayrıştığı zamana denk düşer (*Fiskustheorie, Patrimonialtheorie*). 1848 İhtilali'nin Almanya'daki başarısızlığı ayrışmayı daha da derinleştirmiş görünür. Yukarıdaki unsurlar, özellikle milliyetçi-muhafazakar ve romantik (*völkisch*) bir kültür ve akademinin desteklediği ve sosyal hayattaki etkinliği giderek artan otoriter eğilimli monarşi ve onun bürokrasisi ile birleştiğinde, 19. yüzyılın ikinci yarısında liberal anlayışın Almanya'daki bağlamı, benzeri temalar olmakla birlikte örneğin Fransa'dakinden farklılaşır: "Egemen" ile "devlet" in ayrılması (*liberalizmde "egemenliğin sınırlandırılması sorunu"dur*) kadar "devlet" ve onun yarattığı "pozitif hukuk" ile "hukukun uygulanması"nın, "hukuk" ve "toplum"un (*liberalizmde "insan hakları sorunu"dur*) Almanya'da farklı anlaşılmasına ve ayrışık Alman devletlerinin "pozitif hukuk"unun kendilerinden önce gelen bir siyasal-kültürel bütünlük varmış gibi sistematize edilmesine yol açar<sup>86</sup>. Anılan bağlamda, özellikle hukuk doktrini yönünden

---

<sup>86</sup> 1848 öncesinde ve sonrasında, halkın egemenliği (*Volkssouveränität*) ve parlamento ile monarşinin egemenliği (*Fürstensouveränität*) ve taç arasında, sonuncunun tercihi için bkz. Friedrich Julius STAHL, **Die Philosophie des Rechts, Band II.2**, 2. Auflage, Heidelberg, J.C.B. Mohr, 1846, §52, S. 163 (*Monarşik prensibin özü buradadır ve monarşinin keyfi yönetimi ile parlamenter prensip reddedilir*) ve karşı GERBER, S. VIIff. (*Staatsgewalt*). Bu bağlamda; GERBER tarafından SAVIGNY, STAHL, MOHL ve diğerlerinin görüşleri birleştirilir ve GERBER'i takiben, "genel devlet teorisi" (*Allgemeine Staatslehre*) tedricen ve ağırlık sonucunda olmak üzere, yerini "devlet hukuku"na, "anayasa hukuku"na ve "idare hukuku"na bırakır (örn. LABAND), karşı e.g. PREUSS (1889), S. 64, 66 (*Yazar, organik teorinin "havarisi" BLUNTSCHLI'nin, mikrokosmosunda "insanlar"ın, makrokosmosunda "devlet" in bulunduğu "devlet hayatı" nı kişilerinkine benzer ve örn. STAHL ile paralel şekilde gördüğünü, bilimsel açıdan "devlet" e büyüklü bir nitelik atfettiğini belirtir*); id., *Ein Zukunftsstaatsrecht*, 18 AÖR 373, 374-376 (1903) (PREUSS'a göre; "son mohikan" BLUNTSCHLI, genel devlet teorisini önemseyen, eski liberal anayasacılığın son temsilcisi olduğu gibi Almanya'da genel devlet teorisi literatürü, genel siyasi koşulların durumu ile ters oranlı bir ilişki içindedir) ve

1848 öncesinde doktrinde ileri sürülen görüşler ve yaklaşımlar (örn. KLÜBER); görece daha az çalkantılı ve sanayileşmenin özellikle devlet (*İkinci İmparatorluk*) desteği ile ilerlediği (*ikinci sanayi devrimi*) 19. yüzyıl sonuna (*fin-de-siècle*) doğru ortaya atılanlarla (örn. LABAND) karşılaştırıldığında, ilkinde doktrinin önemli bir bölümünün özellikle siyasetle çok daha yakından ilgilendiği (*politische Professoren*), akademide hukuk öğreniminin ve teorisinin geniş bir alanı kapsadığı (*Policeywissenschaft, Allgemeine Staatslehre*); başarısız ihtilal denemesinin doktrinin önemli bir bölümü tarafından desteklendiği görülür: Anılan nedenle, "1848" kuşağı Alman hukuk doktrininin (örn. BESELER, GNEIST, MOHL, hatta STAHL) temayülü –özellikle 1871 sonrasında tehlikeli meseleleri içeren siyaset, tarih, ekonomi vb. unsurların doktrinden ayıklandığı "pozitivist" metodun (örn. LABAND) aksine– tehlikeli siyasi meseleleri birer hukuki soruna dönüştürmek yönündedir<sup>87</sup>. Böyle anlaşıldığı içindir ki özellikle ABD, Birleşik Krallık ve kısmen Fransa'nın aksine 19. yüzyılın genelinde, meşru veya değil, güce dayalı, anayasal, ahlaki, kültürel, elitist veya bürokratik otorite (*Verfassungsstaat, Polizeistaat, Machtsstaat, Beamtenstaat, Obrigkeitstaat*) fikrine

---

ZORN (1907), S. 51-54 (*Prusyalı ZORN tarafından GERBER'in merkezi konumu vurgulanır ve övülür. Örn. BLUNTSCHELI, bilimsellikten uzak, saf subjektif, politik metodun tipik temsilcisi olarak sunulur*). Ayrıca bkz. STOLLEIS (2001), p. 90 et seq.; KOSKENNIEMI (2007), pp. 183-184.

<sup>87</sup> Frankfurt'ta toplanan kurucu meclisi "profesörler meclisi" ve "doktriner" olarak nitelemenin haksızlık olmadığı yönünde bkz. ZORN (1907), S. 51. Hukuk doktrini (*Rechtswissenschaft*) yönünden her şey "hukuk", siyaset doktrini (*Policeywissenschaft*) yönünden her şey "siyaset" olarak görünür, bkz. *e.g. (19. yüzyıl sonuna değin siyasal teknolojiye hakim anlayış için)* FRANKENBERG, pp. 13-17, 30-38, 54-61; ("*avukat*" ve "*baro*" yönünden) LEDFORD, pp. 1-23; (*akademi yönünden*) RINGER, p. 20 et seq., esp. 124-127 ve (*bürokrasi yönünden*) ROSENBERG, p. 46 et seq.; (*hukuk doktrini ve "hukukçunun rolü"* yönünden) STOLLEIS (2001), pp. 9 et seq., esp. 11, 46-48; 56 et seq., esp. 60; 207-215; 265 et seq. Almanya'nın tamamında durumun böyle olduğunu düşünmek yanlış olur. Öz. Prusya ve güneyde yer alan Alman devletleri (örn. *Bavyera, Baden, Vürttemberg*) veya Avusturya arasında –belki de Fransa'nın da etkisiyle– bazı farklar vardır (*güneyde kamu yönetiminin, siyaset biliminin, kuzeyde hukuk(çun)un rolünün daha çok önemsenmesi gibi*).

aşına Alman çevresinde "kültür", "medeniyet" (*Kulturstaat*) ile birlikte diğer merkezi kavramlar "hukuk devleti" (*Rechtsstaat*) veya "sosyal devlet"tir (*Sozialstaat*). Hukuk devleti fikrinin merkezi önem taşımasının nedenlerinden biri, belki de en önemlisi, tehlikeli siyasal meselelerin Aydınlanma (*Aufklärung*) ile birlikte birer hukuki sorun olarak da algılanmasında, özellikle devlete ve mutlak monarşiye dayalı otoriter Alman modernleşmesinde, Almanya'daki liberal görüşün "devlet" in merkezi konumu nedeniyle bireylerin "özgür alanını", yani ferdin (*Almanların*) hak ve yetkilerinin sınırını belirleyen "bürokrasi" nin mümkün olduğu kadar akılcı ve öngörülebilir "davranması" talebinde bulunması şeklinde anlaşılabilir<sup>88</sup>. Böyle anlaşılırsa 17.-18. yüzyılların mülki devleti (*Territorialstaat*), 18. yüzyılın bürokratik devleti (*Beamtenstaat*) ve 19. yüzyılın modern devlet anlayışlarındaki dönüşüm, örneğin sonuçları kestirilemeyecek popüler bir devrimin dışlanması

---

<sup>88</sup> Prusya'da ve genel olarak Almanya'daki karşı devrim sonrasında, gerek liberal (örn. MOHL) gerekse muhafazakar (örn. STAHL) çizgide yer alan Alman mandarinlerinden sonraki nesil(ler)de *pozitivizmin giderek yerleşmesi* kültür (*çağdaş devlet*) ve hukuk devleti (*Kultur-/Rechtsstaat*) kavramlarının *hem siyaset dışı hem de ekonomik açıdan faydalı görülmesi* olabilir, karşı. STOLLEIS (2001), pp. 256-257 ve FRANKENBERG, pp. 51 et seq., esp. 54-57, 61-73. Anılan kesim yönünden monarkın keyfine veya ihtiraslarına terk edilmek söz konusu olamayacağı gibi (*ki monarşik prensibin bir yandan monarkın keyfi yönetimini engellemeye dönük olduğunu anımsayalım*) popüler, halk iradesine dayalı, parlamenter bir düzenin de genel olarak hoş karşılanmadığı bellidir. Böylece, anahtar kelime; "insan hakları" değil (*ki "subjektif hak" veya "subjektif kamu hukuku" nun "temel haklar" a dönüşümü 19. yüzyıl sonuna doğru gerçekleşir*) "hukuki güvenlik" veya "öngörülebilirlik" tir (*Rechtssicherheit*), bkz. e.g. Robert von MOHL, **Encyklopädie der Staatswissenschaften**, Tübingen, H. Laupp, 1859, §44, S. 324-326 ve Friedrich Julius STAHL, **Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts**, 3.Auflage, Heidelberg, J.C.B. Mohr, 1856, § 37, S. 137. Yinelememiz gerekirse, anılan yıllarda, parti siyaseti ve Alman akademisindeki siyasal pozisyonlar ayrışır. Dolayısıyla, kültür (*çağdaş/modern devlet*) veya hukuk devleti gibi kavramlar siyaset dışı olduğu, günlük siyasi meselelere değinmediği, siyasal-kültürel ideali yansıttığı için üstün tutulur (*idealizm*). Bir diğer yönden, liberalizmin, (*tartışmalı olsa da*) toplumsal hayatta otorite ve sosyal düzen karşısında ferdi üstün tutan anlayışı yerine, etkisi 1890'lardan sonra daha fazla hissedilecek biçimde otorite ve düzeni üstün tutma eğilimi etkisinde, kültürel (örn. "*Bildung*", "*Kulturstaat*") ve hukuki (örn. "*Rechtssicherheit*", "*Rechtsstaat*") açıdan bireyin serbest olduğu alan, düzen ve otoriteyi pekiştirmesi itibarıyla, önemsenir.

yönünden şaşırtıcı olmaktan çıkar. *Kanaatimizce*, JELLINEK-TRIEPEL-KAUFMANN-KELSEN arasındaki tartışmanın üzerine oturduğu zemin böyle de okunabilir.

## II. DOKTRİNER GÖRÜŞLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

§23.-Yukarıda anahatlarıyla ortaya koymaya çalıştığımız dört farklı görüş içerisinde JELLINEK ve KELSEN formalizm ve pozitivizme en yakın görüşleri ileri sürerken TRIEPEL ve KAUFMANN realist, sosyal ve tarihi-tabii hukuk görüşlerini dönüştürerek öne sürmekte ancak TRIEPEL tabii hukuku açıkça dışlamakta, KAUFMANN da tabii hukuku etik-tarihi şekilde anlamaktadır. Ancak KELSEN'in normativizmi ile JELLINEK, TRIEPEL ve KAUFMANN'ın görüşleri daha net biçimde ayrılmaktadır. TRIEPEL'in yaklaşımı da felsefi veya teorik tartışmaya yer vermemesi yönünden JELLINEK, KELSEN ve KAUFMANN'dan farklıdır. KELSEN ve KAUFMANN'a göre JELLINEK ve TRIEPEL iki ayrı kutup arasında orta bir yol bulmaya çalışmaktadır. Mesele, her iki uç arasında orta yolu bulma çabasının uçlara yakınlığı yönünden değerlendirilmesi ise KELSEN'in yaklaşımı JELLINEK'in kozmopolitizmine veya monizmine (*Avusturya-Macaristan'ın resmi pozisyonuna*), KAUFMANN'ın yaklaşımı ise TRIEPEL'in milliyetçiliğine veya düalizmine (*Almanya'nın resmi pozisyonuna*) daha yakındır<sup>89</sup>. Ancak JELLINEK devleti ulusla-

---

<sup>89</sup> *Kanaatimizce* anılan husus *fikri açıdan* KANT, HEGEL ve felsefe alanına, doktriner açıdan da SAVIGNY ve dönemindeki tartışma (*örn. Romanist-Cermenist ayrımı*) üzerine oturur. Böyle görülürse, JELLINEK veya KELSEN gibi liberal yazarların kozmopolitizmi ya kendi düşünce tarzlarının diğerleri üzerinde egemenliğini,

rarası toplum karşısında üstün tutmasıyla KELSEN'den, TRIEPEL de irade birliğine üstünlük tanınması yönünden KAUFMANN'dan ayrılır. Uluslararası hukukun üstünlüğü yönünden de, derecesi ilkinden sonuncusuna azalmakla birlikte KELSEN ve TRIEPEL, JELLINEK ve KAUFMANN'dan ayrılır: JELLINEK veya KAUFMANN, Alman istisnai-liğinin (*Sonderweg*) birer temsilcisi olarak görülebilir. Bu şekilde anlaşılırsa da JELLINEK "devletler arası toplum"da karşılıklı bağımlılığı gözetmesi nedeniyle KAUFMANN'dan ayrılır. Halbuki gerek JELLINEK gerekse KAUFMANN uluslararası andlaşmaların nite-liği ve şartlarda köklü değişiklik kuramının uygulanması yönünden birbirine yakinken (*KAUFMANN'ın JELLINEK'i büyük ölçüde onayladığını hatırlayalım*) TRIEPEL ve KELSEN farklı gerekçelerle JELLINEK ve KAUFMANN'ın aynı konudaki görüşlerine katılmaz. Öte yandan, KAUFMANN ve KELSEN'in görüşleri herhangi bir *realist veya*

---

evrenselliğini benimsemelerine *ya da* TRIEPEL ve KAUFMANN gibi görece muhafazakar olanların belirttiği üzere onların naifliğine veya yabancılığına dayandırılabilir. Ancak her iki izah da yetersizdir: Gerek Almanya gerekse Avusturya'da *liberal dünya görüşüne sahip olan modernistler arasında bile* 19. yüzyıl sonunda akademiinin düzen ve otoriteden yana tercihi bellidir, karş. *e.g.* JELLINEK (1887), S.206; A.MERKL, *Die monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, 16 SJZ 378 (1919/1920) ve ; KELSEN (1922), §15, S.86ff.. O halde devletlerinin resmi pozisyonlarına yakınlık neden kaynaklanıyor? Böyle bir sorunun yalın bir yanıtı olamaz. Buna rağmen, Almanya'da ve Avusturya-Macaristan'da emperyal dönemin (1871-1914), öncesine nazaran en ayırddedici özelliği akademinin bürokrasi ve siyasi güç odakları ile yakınlaşmasıdır, öyle ki akademiindeki görüşler devlet katında teyit edilmekle birlikte, örn. 1848 öncesindeki dönemin aksine siyasi hayatın merkezi profesyonel siyasetçiler, parti temsilcileri ve depolitize kamu görevlilerine (*bürokrasi ve diplomasi*) kalmış görünmektedir, karş. STOLLEIS (2001), p. 329 ("*The politics of the Empire was created in Berlin or Friedrichsruh without help from academics and not according to the standards set by philosophical premises...*") ve RINGER, pp. 38, 44-45, 51. Diğer bir anlatımla, doktrin ve siyaset-bürokrasi arasındaki ayrım (*yalnızca siyasetin-bürokrasinin zorlaması veya umursamazlığı ile değil doktrin de kabulü ile*) güçlendikçe aslında etkinlik ikincisi lehine zayıflamakta; başka bir ifadeyle, doktrin, öz. (*dış*) politikanın işleyişinde eleştirel vasfını yitirmekte, bundan bağımsız olarak (*eleştirenler de*) "marjinal"leşmektedir (örn. KELSEN veya SCHÜCKING). *Kanaatimizce*, temel sorun, akademinin (*doktrin*) devlet (*bürokrasi-diplomasi, yargı*), *yani yöneten* ve halk (*veya parlamento*), *yani yönetilen* ile karşılıklı ve sembolik ilişkisidir (*bir diğerine göre, "despotik bürokrat", "masabaşı sosyalisti" veya "sokaktaki adam"*).

*pozitivist yaklaşımda karşılaşılabileceğimiz gibi tabii hukuka en yakınıyken JELLINEK ve TRIEPEL dereceleri değişmekle birlikte tabii hukuku reddeder. Bir diğer yönden, emperyal otoritenin görece güvende olduğunun hissedildiği bir dönemin (1880-1900) aksine özellikle KELSEN ve KAUFMANN emperyal otoritenin, "devlet"in, otoritenin, otoritar-yanizmin ve sosyal, siyasal sorunların artışına paralel biçimde yıkıcı bir bunalıma girdiği; kendilerinden öncekilerin ve birbirlerinin radikal eleştirisini içeren bir dönemin (1900-1918) izlerini taşır.*

Yukarıda örnek olarak sayılan farklarla birlikte belirtilen görüşlerin o r t a k noktaları da bulunmaktadır. Örneğin, her biri uluslararası hukuku bir sistemik değer veya genelgeçer bir kavram, bir sembol üzerinden açıklamaya çalışmaktadır: JELLINEK için devlet iradesiyle kendi kendini sınırlandırma, TRIEPEL için irade birliği, KELSEN için uluslararası hukukun üstünlüğü, KAUFMANN için devletin varlığı ön plandadır. Uluslararası andlaşmaların (*hukukun*) hukuki bağlayıcılığı yönünden örneğin KELSEN ahde vefa kavramı üzerinden hareket ederken KAUFMANN şartlarda köklü değişiklik kavramı üzerinden hareket eder. Son tahlilde, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) da şartlarda köklü değişiklik (*rebus sic stantibus*) de kaynağını tabii hukukta bulan birer hukuk ilkesidir. Dolayısıyla, görünürde reddetmekle ve derecesi değişmekle birlikte anılan görüşlerin her birinde tabii hukuk önemli bir yere sahiptir. Keza, özellikle JELLINEK ve TRIEPEL uluslararası andlaşmaların devletlerin "menfaat"leri ve nicelik yönünden artan devletler arası ilişkilerin getirdiği "zorunluluk" (*TRIEPEL, JELLINEK*) veya devletler (*toplumlar*) arası ilişkilerin "doğası" (*JELLINEK*) nedeniyle hukuken bağlayıcı görülmesi gerektiğine dayanmaktadır. Halbuki "devlet menfaati", KAUFMANN'ı bir devletin kendini uluslararası andlaşma ile hukuken bağlı sayamayabileceği sonucuna götürürken (*bunu JELLINEK'in dışlamadığını anımsayalım*) KELSEN kavramı tamamen hukuk dışı

kabul eder (*TRIEPEL'in de menfaat kavramını irade kavramı ile uzlaştırmaya çalıştığını anımsayalım*). Ayrıca, "realizm" yönünden bakıldığında görüşler arası eleştirinin dayanağı da birleşmektedir. KELSEN'e göre KAUFMANN, KAUFMANN'a göre KELSEN gerçekdışı (*irreal*) ve subjektif (*kişisel-öznel*) görüşleri savunur: KAUFMANN, uluslararası topluma baktığında güç mücadelesini ve savaşı, KELSEN ise uluslararası hukukun üstünlüğünü ve barışı görmektedir. Buna karşın KAUFMANN güç mücadelesi ve savaşın uluslararası hukuka evrileceğini savunmakta; KELSEN de uluslararası hukukun üstünlüğünün ve barışın teminatı (*yaptırımı*) olarak savaşı görmektedir. Keza belirtilen eleştiri ile birlikte bilimsellik, objektiflik, tarafsızlık, siyaset-dışılık vb. yönlerden de bir diğerine eleştiri yöneltilir (öz. *KAUFMANN contra KELSEN*). JELLINEK, TRIEPEL, KAUFMANN veya KELSEN, esas itibarıyla devlet hukuku (*Staatsrecht*) veya hukuk disiplini (*Rechtswissenschaft*) ile ilgilenir, hiçbiri yalnızca uluslararası hukuku ele almaz. Ancak bu durum anılan yazarlara özgü değildir. Nitekim, örneğin 1905 yılı itibarıyla 21 (yirmi bir) Alman hukuk fakültesi bünyesinde uluslararası hukuk çalışan akademisyen sayısı bir hayli sınırlıdır<sup>90</sup>. Akademik hayatı boyunca sadece "uluslararası hukuk" çalışan

---

<sup>90</sup> G. ZIELER, T. SCHEFFER, **Das akademische Deutschland, Band II**, Leipzig, Th. Scheffer, 1905 (ZIELER/SCHEFFER II), S. 68-72, 80. "Doktriner" ağırlığı olanlar, Avusturya-Macaristan, İsviçre kökenli veya Almanya'nın güneyindeki azınlıktır (örn. *JELLINEK, STOERK, SCHÜCKING*). Devlet (*kamu*) hukuku yönünden uluslararası hukuku inceleme alanına dahil edenler de azınlıktadır ve yukarıda anılanlarla büyük ölçüde örtüşür. *Kanaatimizce* bu durum Almanya'da hukuk öğreniminin teşkilatlanması, içeriği ve amacı ile de yakından ilgilidir. 19. yüzyılda hukuk öğreniminin merkezi, tabii hukuktan özel hukuka, özel hukuktan kamu hukukuna doğru bir değişim gösterir. MEYER'e göre, 1875 itibarıyla, Almanya'da kamu hukuku (*öffentliches Recht*); özel hukuka göre geridir ve devlet sınavlarındaki (*Staatsprüfungen/Staatsexamen*) ağırlığı nedeniyle giderek önem kazansa da uluslararası hukuk hiçbir üniversitede okutulmaz, bkz. Georg MEYER, **Das Studium des öffentlichen Rechtes und der Staatswissenschaften in Deutschland**, Jena, H.Dufft, 1875, S. 6f. Bununla birlikte ZORN'a göre; 1907 yılında, Anglo-Amerikan uluslararası hukuk anlayışı ile tam bir tezat içinde olan Alman doktrinindeki durum, öz. milli birliğin sağlanmasından sonra, öncesine nazaran oldukça ilerlemiştir ve pratikte, akademide yeterince ağırlığı olmasa da –temellerinin yenilenmesi bilimsel bir zorun-

olmadığı gibi çalışma alanı, başlangıcı itibariyle büyük ölçüde devlet hukukuna (örn. ZORN) veya özellikle ceza hukukuna (örn. von LISZT) ilişkin olan Alman akademisi yönünden, "uluslararası" konuları ele alan diğer alanlar, örneğin "uluslararası özel hukuk" (*internationales Privatrecht*) veya "uluslararası ceza hukuku" (*internationales Strafrecht*) ile birlikte "kolonyal hukuk" (*Kolonialrecht*) dahil edilse bile –ki uluslararası hukuk çalışanlarla büyük oranda örtüşür– Alman hukuk çevresinde, uluslararası hukukun 19. yüzyıl sonunda *marjinal* bir uğraşı alanı olduğunu söylemek yanlış olmaz<sup>91</sup>.

---

luluk olan– uluslararası hukukun önemli bir alan haline geldiği görülmektedir, bkz. ZORN (1907), S. 79-81. ZORN'un görüşlerinin iki husus eşliğinde okunması gerektiğini düşünüyoruz. *İlki*, Almanya'da hukuk pratiğinin "akademik" ve "kamusal" niteliğine yapılan vurgu; *ikincisi ise*, bağlantılı olarak, Alman toplumunda orta sınıfı temsil eden hukukçuların, toplumun modernleşmesi ile birlikte "serbest" avukatlık yerine ya "memur" ya da "müşavir" olmayı tercih etmeleri ile yakından ilgilidir, bkz. LEDFORD, pp. 87-118. Dönemin Alman hukuk fakültesindeki öğrenim (*Rechtsstudium*) de, "avukat" değil kamu hizmetinde çalışmak üzere hukukçu, öz. "hakim" yetiştirilmesine (*Juristenausbildung*) matuftur ve Alman akademisinin genel çizgisine uygundur. Anılan bağlamda, (i) Alman üniversitelerinin; tecrübeye ve faydacılığa dayanan İngiliz veya Fransız Aydınlanma anlayışına (örn. "la culture générale") karşın Alman mandarin ideal-tipin bireyin zihinsel ve fiziksel gelişimini esas alan *talim-terbiye veya yükseköğrenim (Bildung)* ve *kültüre (Kultur)* yöneldiği, (ii) son ikisinin 19. yüzyıl başındaki reformcular (öz. *W. von HUMBOLDT*) ile birleştirildiği ve (iii) mandarinlerin Aydınlanma'ya (*Aufklärung*) dayalı ideolojisi ve "kültürel miras"a dayanan geleneği için bkz. RINGER, pp. 81-82; (*Alman çevresinde neden "kültür"ün "medeniyet" anlamına geldiği ve örn. Fransa'dan farkı hak.*) 85-90; 488, n. 5, 7 ve karşı. MOLLER, S. 15-18; MOSSE, pp. 60-61.

<sup>91</sup> ZIELER/SCHIEFFER II, S. 76-78. Ayrıca bkz. STOLLEIS (2008), pp. 62-63; KOSKENNIEMI (2007), pp. 213-214, n. 128. Örn., ZORN'un öğrencisi (Heinrich) POHL'a göre; eğer Almanya özelinde hukukun diğer dallarına nazaran uluslararası hukuk geride kaldıysa, nedeni, uluslararası hukukçuların sadece geleceğe bakmaktan bugünü görememelerinde aranmalıdır. (Walther) SCHÜCKING yanıtlar: "...Eğer öyleyse uluslararası hukukun gelecek-hukukçuları (Zukunftsjuristen des Völkerrechts) nerede?... Alman üniversiteleri içinde benim bildiğim yalnızca biri var; ...Walther Schücking", bkz. *id.*, **Das Werk vom Haag, Band I**, München u. Leipzig, Duncker&Humblot, 1912, §1, S. 8, N. 1 ve karşı. Heinrich POHL, **Aus Völkerrecht und Politik**, Berlin, Frensdorf, 1913, S. 9-11. SCHÜCKING'in yanıtı, başka bazı anlarda karşılaşılabileceği üzere kendisinin aşırı tepkisi kadar haklılık payı içerir. Zira, Alman (*Avusturya'da veya İsviçre'de durum görece farklıdır*) hukuk fakültelerinde müstakil bir uluslararası hukuk kürsüsü yoktur, bkz. *e.g.* H.TRIEPEL,

JELLINEK, TRIEPEL, KELSEN ve KAUFMANN, yaklaşımlarından da anlaşılacağı üzere muhafazakar veya liberal görüşlüdür; her ne kadar KELSEN aralarında en yakını olarak görünse de her biri sosyalist çizgiyi kendi dünya görüşü doğrultusunda dışlar: Her biri, Alman mandarinlerine özgü, *ortodoks veya modernist* yaklaşımları (*Bildungs-/Honorationsliberalismus*) yansıtır. Şöyle ki: Anılanlar *bir yandan* günlük siyasi çekişmelerin veya parti siyasetinin görece pasif bir parçasıdır, *öte yandan* söz konusu çekişmeler veya parti siyasetinin dışında, objektif hukuk doktrininin görece aktif savunucusudur. Anılan yazarların içinde yaşadıkları toplum, hitap ettikleri kitle ve "kimlik"leri yönünden de benzerlik vardır: Örneğin her biri, aydın, orta sınıfın bir parçası olmakla birlikte anılan tabakaya, ekonomik yönden değil fikri yönden dahil sayılabilir<sup>92</sup>. Keza, TRIEPEL haricindekiler Yahudi kökenlidir ve Alman toplumu içinde "Yahudi"lerin pozisyonundan etkilenen dünya görüşleri ile (*uluslararası*) hukuk anlayışları benzer<sup>93</sup>. Yukarıda sayılan görüşleri birbiri ile ilişkilendiren bir diğer nokta da uluslararası hukukun maddi kaynağıyla ilgili yaklaşımların (*belki kısmen KELSEN haricinde*) her

---

*Ferdinand von Martitz: Ein Bild seines Lebens und seines Wirkens*, 30 ZV 162 (1922) ("...Das ergab sich aus der Organisation der deutschen juristischen Fakultäten, die keine besonderen Lehrstühle für Völkerrecht kennen, von selbst..."). Bununla birlikte "uluslararası hukuk"a olan ilginin Birinci Dünya Savaşı ile birlikte arttığı söylenebilir. Nitekim Almanya'da, üyeleri arasında SCHÜCKING ve POHL'ün de bulunduğu "Alman Uluslararası Hukuk Derneği", Savaş sırasında, öz. (Theodor) NIEMEYER'in katkısı ile 1917-1918'de kurulur, bkz. Karl STRUPP, *Eine Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*, 22 DJZ 492, 493 (1917). Uluslararası buhranlar ve savaş dönemlerinde doktrinde uluslararası hukuka ilginin artışı dikkat çekicidir.

<sup>92</sup> Örnekler için bkz. JARAUSCH (1990), pp. 5-6.

<sup>93</sup> Anılan benzerlik ve görüş ayrılıkları, KELSEN, KAUFMANN, (Hersch) LAUTERPACHT ve (Hans) MORGENTHAU örneklerinde; *bilgi sosyolojisi, kimlik, düşünce tarihi ve uluslararası hukuk yaklaşımları arasındaki ilişki yönünden* PAZ tarafından incelenmiştir, bkz. PAZ, esp. p. 32 et seq. (*PAZ; bilgi sosyolojisi ışığında Yahudi kimliği, Yahudilik ve kolektif biyografi üzerinden anılan yazarların öz. iki savaş arası dönemdeki uluslararası hukuk yaklaşımlarını karşılaştırır*).

birinde, uluslararası örf ve adet hukukunun değil uluslararası andlaşmaların merkezi oluşudur: JELLINEK, TRIEPEL, KELSEN ve KAUFMANN uluslararası hukukun hukuki bağlayıcılığını araştırırken uluslararası hukukun şekli kaynaklarından uluslararası andlaşmaların hukuki niteliğine yönelik görüşleriyle uluslararası hukukun hukuken neden bağlayıcı olduğunu açıklayan, maddi kaynağına ilişkin yaklaşımlarını *eşzamanlı olarak* ortaya koyar. TRIEPEL'in JELLINEK'e yönelttiği eleştirilerden birinin her ikisini birbirine karıştırmaması olduğunu, ancak kendisinin de özellikle andlaşmalar üzerinde durduğunu hatırlamamız yeterli olur.

*Kanaatimizce* yukarıda özetlenen görüş ayrılık ve benzerlikleri günümüzde, Alman doktrini dışında da özünü koruyarak ama başka şekillerde karşımıza çıkmakta, farklılaşarak tekrar etmekte ama tekrarı farklılaşmaktadır<sup>94</sup>. Anılan ayrılık ve benzerlikleri kavrayabilmek amacıyla 19. yüzyıl sonunda (*fin-de-siècle*) modernitenin "krizi" ve "kriz"e verilen modernist (*veya yer yer reaksiyoner nitelik taşıyan*) tepkiyi, öncesini de değerlendirerek daha yakından inceleyen çalışmalara gereksinim olduğunu düşünüyoruz. Buraya kadarki incelememiz ile, ilerleyen kesimde yukarıda anahatları verilen doktriner görüşlerin hangi yönlerden tekrar edildiğini ve onlardan farklılaşıldığını daha yakından inceleme olanağının doğduğuna inanıyoruz.

---

<sup>94</sup> Örn. Almanya ve Avusturya'nın, Alman "kültür"ünde oluşturduğu ikiliğin uygarlık yönünden okunması da mümkündür, karş. S.ZIZEK, *Brinnhilde's Act*, 23 OPERA Q. 199 (2007) ve P.LACOUÉ-LABARTHE, J.-L. NANCY, *L'absolu littéraire*, Paris, Seuil, 1978, not. pp. 8-28. Benzeri bağlamda, çalışmamızda sıkça yer verdiğimiz "fark" ve "tekrar" hak. bkz. DELEUZE (1968), not. pp. 7-41. Bir diğer yönden, öz. yukarıda yer verdiğimiz sorunlar ve dönüşümü birlikte değerlendirildiğinde, 19. yüzyılın, uluslararası hukuk yönünden bir ilüzyon olarak görülmesi de mümkündür: Zira, ne sorulan sorular, ne o sorulara aranan veya verilen yanıtlar, ne de uluslararası hukuk söylemi içinde doktrin-kendisinin konumu, 19. yüzyıla özgü değildir, karş. D.KENNEDY, *International Law and the Nineteenth Century*, 65 NORDIC J.INT'L L. 385, esp. 391 et seq. (1996).

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:**  
**DÖNÜŞEN ULUSLARARASI HUKUK DOKTRİNİNDE DOGMATİK,**  
**ANDLAŞMALAR VE ÇEKİNCELER**

**I. DOKTRİNİN DÖNÜŞÜMÜ: MADDİ/ŞEKLİ KAYNAK AYRIMI**

§24.-Uluslararası hukukun ve uluslararası toplumun nasıl kavrandığı ve açıklandığı ile uluslararası anlaşmalarda çekincelerin nasıl kavrandığı ve açıklandığı arasında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Nitekim (Aydoğan) ÖZMAN, uluslararası anlaşmalarda çekinceleri incelediği monografinin girişinde, söze "*(i)şbirliği, tarihin ilk zamanlarından itibaren, beşeri toplumu teşkil eden fertler için olduğu kadar, milletlerarası toplumun üyesi olan devletler için de, varlıklarını devam ettirebilmek kaygusu ile başvurulan başlıca yollardan biri olmuştur*" şeklinde başlar<sup>1</sup>. Bir diğer anlatımla, ÖZMAN, "başlıca yol" ifadesiyle başka yolların var olabileceğine değinse de "işbirliği"ni kabul etmekte ve

---

<sup>1</sup> *id.*, **Milletlerarası Anlaşmalarda Çekinceler (İhtirazi Kayıtlar)**, Ankara, AÜHF Yayınları No. 259, 1970, s. 1.

tartışmamaktadır. Ancak "işbirliği"; "karşılıklı bağımlılık", "bağımlılık", "eşgüdüm", "sömürü" ve benzeri kavramlar, kendilerine dayanılarak uluslararası hukukun açıklanmaya çalışıldığı aksiyomlardan yalnızca biridir. Yakından incelendiğinde, ÖZMAN'ın anlatısında "varlığını devam ettirme kaygusu"na dayanan uluslararası işbirliği fikrinin, uluslararası hukukta realist yaklaşımla, özellikle Amerikan hukuki realizmi ile çok yakından ilişkili olduğu fark edilir. Örneğin, ÖZMAN'ın yazdığı dönemin hemen öncesinde (Wolfgang) FRIEDMANN, uluslararası hukukta, "eşgüdüm"ün (*coordination*) yerini "işbirliği"ne (*cooperation*) bıraktığını açıklar<sup>2</sup>. Benzeri biçimde, dönemin Kıta Avrupasında, komünist blokunda ve üçüncü dünyasında ("*Avrupa kamu düzeni*", "*barış içinde bir arada yaşama*", "*evrensel uluslararası hukuk*" gibi) farklı adlandırılmakla birlikte hukuki realizmle aynı kanaati, varsayımları, düşünce yapısını (*doxa*) paylaşan görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir<sup>3</sup>. Anılan dönemin, özellikle diplomaside, "dünyalar ara-

---

<sup>2</sup> Bkz. e.g. Wolfgang FRIEDMANN, *The Changing Dimensions of International Law*, 62 COLUM. L. REV. 1147 (1962); *id.*, **The Changing Structure of International Law**, London, Stevens&Sons, 1964; *id.*, *General Course in Public International Law*, 127 RdC 47 (1969). Benzeri bakış açısıyla, Louis HENKIN, *International law and the behaviour of nations*, 114 RdC 171 (1965); *id.*, **How Nations Behave: Law and Foreign Policy**, Second edition, NY, Columbia University Press, 1979; Oscar SCHACHTER, *Dag Hammarskjöld and the Relation of Law to Politics*, 56 AM.J.INT'L L. 1 (1962); *id.*, *International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law*, 178 RdC 21, esp. 58 et seq. (1982) ve Thomas FRANCK, Steven W. HAWKINS, *Justice in the International System*, 10 MICH.J. INT'L L. 127 (1989); Thomas FRANCK, *Soviet Initiatives: U.S. Responses*, 83 AM.J.INT'L L. 531 (1989); *id.*, *Community Based on Autonomy*, 36 COLUM.J. TRANSNAT'L L. 41 (1998).

<sup>3</sup> Bkz. e.g. (Kıta Avrupası'nda) B.V.A. RÖLING, **International Law in an Expanded World**, Amsterdam, Djambatan, 1960; Jochen A. FROWEIN, *The United Nations and the Non-Member States*, 25 INT'L J. 333 (1969-1970); Hermann MOSLER, *Begriff und Gegenstand des Europarechts*, 28 ZaöRV 481 (1968); Alf ROSS, *Law and the Growth of International Society*, 1956 U.I.L.L.F. 262 (1956); Paul REUTER, *La Conception du Pouvoir Politique dans le Plan Schuman*, 1 RFSP 256 (1951); Michel VIRALLY, *A propos de l'affaire de Cuba: « Diplomatie tranquille » et crises internationales*, 8 AFDI 457 (1962); (*Sosyalist Dünya'da*) Y. A. KOROVIN, **Peaceful Coexistence and Cooperation Between States-the Basis of**

si"nda bloklaşmanın veya gelişmiş devletler ile diğerleri arasındaki uyumsuzlukların sonrasına nazaran daha az belirgin ve daha az keskin olduğu, Soğuk Savaş'ın ilk yarısına denk geldiği göz önünde bulundurulduğunda –aksi yönde veya şüpheyle yaklaşan düşünce, görüş ve akımların<sup>4</sup> varlığına karşın– doktrinde böyle bir oydaşmanın, hakim görüşün (*ortodoxia*) ortaya çıkmasına şaşmamalıdır. Örneğin, hazırlık görüşmeleri, ortaya çıkış süreçleri ve içerikleri belirttiğimiz bakış açısıyla değerlendirildiğinde 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) birbirinden gözle görülür bir biçimde farklıdır. Dolayısıyla, ÖZMAN'ın tezinin başlangıcında kesin ve net bir biçimde "uluslararası işbirliği"ne yaptığı

---

**International Law** in ACADEMY OF SCIENCES OF THE USSR, **International Law**, translated by D. OGDEN, Moscow, Foreign Languages Publishing House, (1959), p. 15 et seq.; G.I. TUNKIN, **Droit international public**, traduit par M. VIRALLY, Paris, A.Pédone, 1965; *id.*, *Co-existence and International Law*, 95 RdC 5 (1958); Herbert KRÖGER, **Wesen und Begriff des Völkerrechts der Gegenwart ins AKADEMIE FÜR STAATS- UND RECHTSWISSENSCHAFT DER DDR, Völkerrecht, Teil I**, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1973 (DDR I), S. 21ff.; (Üçüncü dünyada) R.P. ANAND, *Rôle of the "New" Asian-African Countries in the Present International Legal Order*, 56 AM.J.INTL L. 383 (1962); *id.*, **New States and International Law**, Second edition, Delhi, Hope India, 2008 (1970); T.O. ELIAS, **The International Court of Justice and some contemporary problems**, The Hague, Martinus-Nijhoff, 1983, p. 223 et seq.

<sup>4</sup> Bkz. *e.g.* (Anglo-Amerikan literatürde) Myres S. MCDUGAL, *International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception*, 82 RdC 137 (1953); M.S. MCDUGAL, W.M.REISMAN, **International Law in Contemporary Perspective: The Public Order of the World Community**, NY, The Foundation Press, 1981; Richard A. FALK, S.H. MENDLOVITZ (editors), **International Law**, Second printing, NY, World Law Fund, 1966; R.A. FALK, **Legal Order in a Violent World**, Princeton, PUP, 1968; *id.*, **The Status of Law in International Society**, Princeton, PUP, 1970; Anthony D'AMATO, **International Law**, Second edition, NY, Transnational Publishers, 1995; R.HIGGINS, **Problems & Process: International Law and How We Use It**, Oxford, OUP, 1994; (Kıta Avrupası'nda) C.de VISSCHER, **Théories et réalités en droit international public**, 3<sup>e</sup> édition, Paris, A. Pédone, 1960; C. CHAUMONT, *Cours général de droit international public*, 129 RdC 339 (1970) (Üçüncü dünyada) A. MAHIOU, *La coopération Sud-Sud*, 24 TIERS-MONDE 757 (1983), M. BEDJAOUI, **Towards a new international economic order**, Paris, UNESCO, 1979.

vurgu ve attığı merkezi konum sadece kaleme alındığı dönemde doktrine egemen görüş, düşünce ve akımı yansıtmaz: Doktrindir ve aynı zamanda örneğin dönemin uluslararası hukuku, diplomasisi ve uluslararası gerçekliğinin, *ad minimum* fikren nasıl yaratıldığını, doktrin yönünden çifte anlamda nasıl farklılaştırıldığını da gösterir. Böyle anlaşılırsa, söz konusu bağlam, *yani* farklılığın (*différence*) göz ardı edilerek, bastırılarak, önemsenmeyerek vb. farklılaşması ve örneğin tanım, tasnif ve hükmün (*katigoria/logos/dia-krisis*) tekrarı ile, tekrarın büyük ölçüde bilinçsiz biçimde tekrarlanandan farklılaştırıldığını (*répétition*) görürüz. Nitekim ÖZMAN'a göre, yukarıda değinilen "uluslararası işbirliği"; mutlak anlamda "menfaatler birliği" veya "menfaatlerin oйдаşması" değildir:

*"...(M)enfaatleri ve diğer pek çok özellikleri birbirinden farklı... devletlerin belli konularda anlaşabilmelerinin zorlukları kısa zamanda bütün açıklığı ile kendisini göstermiştir"<sup>5</sup>.*

Dolayısıyla uluslararası işbirliği daha ziyade, realistlerin tabiriyle "menfaatlerin uyumu"na (*harmony of interests*) bağlıdır. Dikkat edilirse, ÖZMAN, *bir yandan* "devletlerin varlıklarını devam ettirebilmek kaygusu" ile uluslararası işbirliğinin başlıca bir yol olduğunu ifade ederken *öte yandan* "menfaatleri ve diğer pek çok özellikleri birbirinden farklı olan devletlerin" uluslararası işbirliğini zedeleyebileceğini ifade etmektedir. *Kanaatimizce* her iki hususun *aynı anda* ifade edilmesi önemlidir. Zira uluslararası hukuk, özel olarak ise uluslararası anlaşmalarda çekinceler; doktrinde "monizm" ve "düalizm" veya "anlaşmaların bütünlüğü" ile "mümkün olan en fazla sayıda devletin anlaşmalara taraf olması" etrafındaki tartışmaların da ötesinde, yerel ile genel, ulusal ile uluslararası, bireyle toplum veya bireycilik-öznellik-genellik arasında –*ki anılan benzetmeyi ÖZMAN*

---

<sup>5</sup> ÖZMAN, s. 2. Viyana Sözleşmesi'nin *o an* henüz kabul edilmemiş oluşu bunda etkili olabilir.

*da yapar*– kabul edilebilecek pek çok seçeneğin varlığına dayanır –*ki ÖZMAN anılan seçenekleri dışlar*–. Başka bir anlatımla, uluslararası hukuk yönünden, birbiriyle telifi ilk bakışta imkansız olan; (i) bir devletin tamamen sınırsız bir şekilde hareket edebileceği, devlet olarak ortaya çıkmakla kendiliğinden her türlü hakka sahip olduğu (*Staats-omnipotenz*), diğer bir deyişle, toplumun bileşeninden (*örn. birey veya devlet*) üstün olduğu varsayımı ile (ii) bir devletin sadece uluslararası hukuk tarafından tanınan yetkileri kullanabileceği, uluslararası hukuk tarafından tanınanlar dışında hiçbir yetkiye sahip olmadığı (*Staatssohnmacht*), diğer bir ifadeyle, bileşenin (*örn. birey veya devlet*) toplumdan üstün olduğu varsayımı arasında pek çok seçenek vardır. *Kanaatimizce*, tek ve mutlak bir yöntem olmamakla birlikte, söz konusu seçeneklerden hangisinin tercih edildiğine veya edilebileceğini irdelemek, Yasak alana girmek olur. *Bize göre*, ÖZMAN'ın deyişiyle, "devletlerin varlıklarını devam ettirebilmek kaygusu" ile "menfaatleri ve diğer pek çok özellikleri birbirinden farklı olan devletler" arasında varmaya çalıştığı orta yol (*mesos/via media*), Hukuk-Yasak'ı görmemek, bastırmak için başvurulmuş stratejilerden birini oluşturur.

Uzun 19. yüzyıl, içerdiği pek çok değişim ve dönüşümün yanısıra, konumuz yönünden, *hem* uluslararası ilişkilerde önceye nazaran daha fazla sayıda uluslararası anlaşmanın ortaya çıktığı *hem de* gerek "uluslararası hukuk" gerekse "uluslararası anlaşma" kavramlarının özellikle doktrinde veya diplomaside daha farklı şekilde anlaşılmaya başlandığı ve anlaşmalarla düzenlenen konuların çeşitlendiği bir dönemi ifade eder. Diğer bir anlatımla, *bir yandan* 19. yüzyılda özellikle uluslararası hukukun merkezi olan Batı'da (*uluslararası*) hukuk ve devlet anlayışı ve Avrupa'nın kendisi köklü değişiklikler yaşamış *öte yandan* Batı tarafından, Batı dışında veya Batı'nın kıyısında olduğu kabul edilen toplumların Batı ile kurduğu ilişkiler, *yani* eş zamanlı olarak Batı'nın dışarı veya ötekiyi kavrayışı da değişmiştir. Örneğin, 19. yüzyıl, Batı yönünden *bir yandan* sosyal, kültürel,

ekonomik ve teknik yönlerden ilerlemeyi (*progress*) ama *diğer yandan* özellikle kendi dışındaki toplumlara dönük olarak sömürüyü (*colonialism*) ve imparatorluğu (*empire*) simgeler. Böyle bir ikilemin kökeni 15. yüzyıla (öz. *Coğrafi Keşifler*) kadar dayandırılabilirse de sorunun özünü yukarıdaki bağlam üzerinden anladığımızda, bu defa, uluslararası hukuk *bir yandan* Batı dışında algılanan toplumlar yönünden bir ilerleme aracı, evrensel uygarlık (*Batı uygarlığı*) projesinin bir parçası olarak değerlendirilebileceği gibi *öte yandan* Batı dışındaki toplumların uygarlaşmasının, ilerlemesinin önündeki bir engel, bir sömürü aracı, Batı uygarlığının Batı dışında algılanan toplumlar aleyhine ilerlemesini ve Batı dışındakilerin Batı "dışında" kalmasını sağlayan *araçlardan biri* olarak da anlaşılabilir<sup>6</sup>. Böyle anlaşıldığında, bağlamın kökeni EFLATUN ve Antik döneme değin izlenebilir.

Uluslararası hukukun işleyişi veya diplomasi yönünden durum böyle olduğu gibi akademik yönden de durum farksızdır. Örneğin JELLINEK'in temel inceleme birimi olan modern devlet (*moderner Staat*), geçmişi 13.-16. yüzyıla dayanmakla birlikte esas itibarıyla 18. yüzyılda Fransız ve Amerikan Devrimleri, sonrasında Restorasyon-İhtilal-Restorasyon (1815-1848-1871), kısaca, 19. yüzyılın üçüncü çeyreğinde beliren, Avrupa devletleridir<sup>7</sup>. Böyle bir anlayışın kökeni, örneğin Vatikan'ın, Kutsal Roma Cermen İmpara-

---

<sup>6</sup> Yorumu hak. TWAIL içinde farklı yaklaşımlar bulunur, karşı. *e.g. Special Issue: Situating Third World Approaches to International Law (TWAIL)*, 10 INT'L COMM. L.REV. 351-481 (2008); ANGHIE (2004), esp. pp. 310-320; B.S. CHIMNI, *Asian Civilizations and International Law*, 1 AS. J. INT'L L. 39 (2011); Slim LAGHMANI, *Histoire du droit des gens du jus gentium impérial au jus publicum europæum*, Paris, Pédone, 2003; Yasuaki ONUMA, *When was the Law of International Society Born?*, 2 JHIL 1 (2000). Ayrıca bkz. Jörg FISCH, *Power or Weakness?*, 6 JHIL 21 (2004). Konuyu TWAIL veya NAIL yönünden inceleyenler belli konular üzerinde durur, bkz. *e.g. D.WANG, China's Unequal Treaties*, Plymouth, Lexington, 2008, esp. pp.1-5. Bize göre, anılan hususlar, tekrar ve farkları itibarıyla EFLATUN ve Antik döneme değin izlenebilir.

<sup>7</sup> JELLINEK I (1905), S. 280ff. (*Die geschichtlichen Haupttypen des Staates*); 316ff. (*moderner Staat*).

torluğu'nun, ardından Birleşik Krallık'ın, Fransa'nın veya Hollanda'nın örgütlenme ve hükümet anlayışlarında ve pratiğinde veya ilahi-beşeri otoriteyi bir arada ele alan 16.-17. yüzyıl doktrinde (örn. (Thomas) HOBBS *contra* GROTIUS) görülebilir. 19. yüzyıl sonu (*fin-de-siècle*) veya günümüz itibariyle, öncekine ait izlerin bulunması (*tekrar*), kavrayışın değerlendirilmesi yönünden önemi tartışmasızsa da öncekiyle özdeşleşmeyi gerektirmez (*fark*). Bu hususun, doktrinde kendisine dönülerek daha anlaşılır olacağını düşünüyor ve "maddi" ve "şekli" kaynak sorununun, (i) siyasal teoriye dönük pasifizimde ve (ii) hukuki pratiğe yönelik doktrinde nasıl bir araya getirildiğini gösterebileceğimize inanıyoruz.

## A. PASİFİST DOKTRİN

§25.-Uluslararası hukuk doktrinde bulmaya çalıştığı orta yol ile özellikle 1899 ve 1907 Lahey Konferansları'nın sonuçlarının nasıl anlaşılacağına yönelik olarak pasifizm<sup>8</sup> akımının temsilcilerinin (örn. FRIED, KOHLER, SCHÜCKING, WEHBERG) yaklaşımı arasında, bilhassa anlaşmaların barışın sağlayıcısı olarak kavranması yönünden benzerlik vardır. Benzerlik, anılanların Alman sosyo-kültürel çevresindeki konumlarına da dayanıyor olabilir. Bununla birlikte, doktriner söylem açısından, uluslararası hukukun üstünlüğünü

---

<sup>8</sup> Pasifizm ve aşağıda yer yer bizim de görüşlerimize kaynak olan eserler için bkz. *e.g.* STOLLEIS (2001), p. 392; STOLLEIS (2008), pp. 32-33, 60 et seq., 145; KOSKENNIEMI (2007), p. 209 et seq., esp. 221-222; Monica GARCIA-SALMONES, *Walther Schücking and the Pacifist Traditions of International Law*, 22 EJIL 755 (2011).

vurgulayan görüşü savunanlar ile pasifistlerin evrensel barışı hedefleyen görüşlerinin<sup>9</sup> yakınlığı, argümanlarının kısaca karşılaştırılması ile anlaşılabilir<sup>10</sup>: Pasifist tasarım, örneğin KELSEN'in kozmopolit görüşüne, devletler üstü bir uluslararası örgütlenmeye ve yargıya (*tahkim*) yönelmesi, keza kendilerinden önceki görüşlerin eleştirisi itibariyle yaklaşırken; siyasal-sosyal-tarihi-ekonomik öğeleri, onların belli bir yorumunu merkezi kabul etmesi itibariyle pasifistlerin bakış açısıyla KELSEN'in pozitivizmi, *söylemde, sembolik*

---

<sup>9</sup> Pasifistlerin barış hedefi, ebedi veya genelgeçer bir barış değildir. Örn., Alfred H. FRIED'e göre barış hareketi dünya üzerinde daimi ve süresiz bir biçimde savaşın yasaklanmasını amaçlamaz; (*Avrupa medeniyetine dahil, uygar devletler arasında*) savaşı yalnızca olağanüstü bir seçeneğe indirgemeyi, barışı ise daha güvenli, makul bir duruma getirmeyi hedefler, bkz. *id.*, **Die moderne Friedensbewegung**, Leipzig, B.G. Teubner, 1907, S. 4. Uluslararası anarşinin gerçeği olan savaşa karşı barışın daha güvenli ve makul bir duruma yükselmesi ise uluslararası yargının (*tahkimin*) yaygınlaşması, evrenselleşmesi ve zorunlu hale gelmesiyle, başka bir anlatımla, kültür birliğinin organizasyonuna dayanan devletler arası işbirliğiyle mümkün olabilir, bkz. *ibid.*, S. 11ff. Keza SCHÜCKING'e göre savaş, ancak bir devletin "varlığı"na, "bağımsızlığı"na veya "yaşamsal çıkarları"na aykırıysa mümkündür, belirtilen istisnai haller dışında uluslararası örgütlenme evrensel bir federasyona doğru evrilmeli, uluslararası uyumsuzlukların çözümü için uluslararası yargı güçlendirilmelidir, bkz. *e.g.* Walther SCHÜCKING, *L'organisation internationale*, traduit par G. MOUILLET, 15 RGDIP 5, 20 et seq. (1908).

<sup>10</sup> Karş. *e.g.* KAUFMANN (1921), S.29 *contra* KELSEN (1920), §64, S.317-319, N.2 ve W. SCHÜCKING, **Die völkerrechtliche Lehre des Weltkrieges**, Leipzig, Veit, 1918, S.11-12, N.1 *contra* KAUFMANN (1911), S. 146. SCHÜCKING-KELSEN-KAUFMANN arasındaki tartışmanın bir diğer boyutu da görüldüğü üzere savaş ve barış arasındaki ilişkinin doğasına ilişkindir. Aslında her ikisi arasında görünürdeki uyumsuzluk dayandıkları felsefi görüşlerden kaynaklanır. Örn. KANT'a göre, gelecekteki bir savaşı saklı tutan bir *ç e k i n c e* ile yapılan barış gerçek anlamda barış değildir ve (*devlet içinde*) mükemmel bir anayasanın kurulması diğer devletlerle hukukun üstün olduğu bir dış ilişkinin kurulmasına, bu da devletler üstü bir federasyonun, devletler arasında birleşmiş bir gücün ve birleşik bir iradenin oluştuğu, hukuka uygun makul (*devlet/insan*) iradesine dayanır, bkz. *id.*, **Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose** (1784) in REISS, p. 93. HEGEL'e göre ise savaş; halkların, kendi kaderini tayin etmedeki kayıtsızlığın yerleşmesini ve buna alışmasını engelleyerek ahlaki sağlığını korur, tıpkı daimi (*ebedi*) barışın halklar arasında yaratacağı durgunluğu önlediği gibi, bkz. HEGEL (1802-1803), p. 141.

açından farklıdır<sup>11</sup>. Öte yandan, Alman hukuk çevresindeki pasifistlerin Alman siyasetine ve akademisine yönelttikleri eleştiriyle Fransız veya Anglo-Amerikan hukuk çevrelerinin Alman hukuk çevresine yönelttiği eleştiri de benzer görüşlere dayanır<sup>12</sup>. Bu bağlamda

---

<sup>11</sup> Bkz. e.g. H. LAMMASCH, **Die Fortbildung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit**, Stuttgart, W. Kolhammer, 1914, S. 4ff. KELSEN'in egemenliği bir dogma (*Souveränitätsdogma*) olarak görüşüne paralel biçimde; SCHÜCKING'e göre, 1899 ve 1907 Lahey Konferanslarında beliren dünya devletleri konfederasyonu (*Confédération d'Etats*) evrensel bir federal devlete (*Etat fédératif universel*) dönüşecekse, böyle bir evrim (*évolution*) içinde siyasal bir dogmadan ibaret olan, devletin egemenliği fikri kaybolmalıdır ("*L'idée de la souveraineté de l'Etat n'est qu'un dogme politique...*"), bkz. SCHÜCKING (1908), p. 22; *id.*, **Die Organisation der Welt**, Leipzig, A.Kröner, 1909, S. 82 ("*...Er ist heute noch ein politisches Dogma...*"). Ayrıca bkz. M. HUBER, **Die Gleichheit der Staaten** ins Fritz BEROLZHEIMER (Hrsg.), **Rechtswissenschaftliche Beiträge**, Stuttgart, F.Enke, 1909, S. 88ff.; Otfried NIPPOLD, **Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1907, §6, S. 94ff.

SCHÜCKING ve diğer pasifistler ile KELSEN'in birleştiği bir diğer nokta kendilerinden önceki neslin (*örn. JELLINEK*) eleştirisidir. Bununla birlikte KELSEN ile ayrıştıkları hususlardan en önemlisi, pasifistlerin değişen şartlara, öz. Lahey Konferansları ve sonrasındaki gelişmelere, diğer bir anlatımla "yeni uluslararası hukuk"a (*new international law/le nouveau droit international/neues Völkerrecht*) yaptıkları vurgudur, karşı Arnulf BECKER LORCA, *Sovereignty beyond the West: The End of Classical International Law*, 13 JHIL 7 (2011), 62 et seq. ve GARCIA-SALMONES (2011), p. 775 et seq.

<sup>12</sup> SCHÜCKING'e göre, tarihçi okulun egemen olduğu (*Herrschaft der historischen Schule*) Alman hukuk çevresi, Almanya dışındaki dünya (*örn. İngiltere ve Fransa*) uluslararasılaşırken gitgide "iliklerine kadar" (*bis auf die Knochen*) milliyetçi bir karaktere bürünmüş ve bürünmektedir, bkz. SCHÜCKING (1908), pp. 5, 16, 18 ("*Au cours de XIX<sup>e</sup> siècle, la science juridique allemande... s'est surtout inspirée de la méthode historique... L'influence de l'école historique a, d'ailleurs, produit de fâcheuses conséquences. Par elle, les juristes allemands ont perdu... toute action sur le mouvement des idées, dans le domaine social comme dans le domain international...*"); SCHÜCKING (1909), S. 7, 59-60, 62ff.; SCHÜCKING (1912), §1, S. 4ff.; §2, 21ff. ; *id.*, **Die deutschen Professoren und der Weltkrieg**, Berlin, Neues Vaterland, 1915, S. 4ff. ve karşı. e.g. Joseph BARTHELEMY, *La responsabilité des Professeurs allemands de droit public*, 45 BULLETIN 116, not. 143 et seq. (1916); J.B.SCOTT et al., *America and the Future Society of Nations*, 11 ASIL PROC. 107, esp. 120 et seq. (1917); H. GOUDY, *Introduction*, 1 TGS 11 (1916); T.J. LAWRENCE, *The Effect of the War on International Law*, 2 TGS 105 (1917); G. KAECKENBEECK, *Divergences Between British and Other Views on International Law*, 4 TGS 87 (1918). Almanya özelinde, SCHÜCKING'in ve diğer pasifistlerin eleştirisinin bir diğer yönü, kendilerinden bazı yönlerden etkilenmekle birlikte, *fin-de-siècle* "radikal sosyalist" eleştirinin (*örn. GUMPLOWICZ veya NELSON*) veya serbest hukuk akımının (*Freirechtsbewegung*) modern

Almanya özelinde, Cumhuriyet'in (*Weimar*) kurulmasından ve doktriner görüş ayrılıkları (*Methodenstreit*) keskinleşmeden önce, özellikle Birinci Dünya Savaşı öncesi ve sırasında pasifist yaklaşım içindeki ayrışma ve pasifist yaklaşımların diğerlerinden ve kendi içinde ayrışması belirginleşir<sup>13</sup>.

Pasifizm (*pacifism/pacifisme/Pazifizmus*), 19. yüzyılın sonu 20. yüzyılın başı itibariyle, Batı'da özellikle ABD ve Birleşik Krallık (*her iki ülkedeki geçmişi 19. yüzyılın ikinci çeyreğine dayanır*), Almanya, Fransa ve Kuzeybatı Avrupa'da, aralarında uluslararası hukukçuların da bulunduğu ve uluslararası örgütlenmeyi, uluslararası yargıyı (*tahkim*) ve döneminin özellikleri çerçevesinde devlet karşısında bireyi ve insan hakları anlayışını güçlendirmeyi hedefleyen, egemenlik ve savaş karşıtı ve uluslararası toplumu esas alarak

---

hukuka ve öz. kamu hukukuna getirdiği sert yorumun (örn. *Ernst STAMPE, Eugen EHRLICH veya Hermann KANTOROWICZ*) doktrine uyarlanmasıdır.

<sup>13</sup> En çarpıcı örneği (Josef) KOHLER'de karşımıza çıkar. KOHLER, Büyük Savaş'ın başlamasının (1914) ardından Almanya'nın, savaşı, *olağanüstü hal (Notrecht)* nedeniyle başlattığını iddia eder, bkz. *id.*, **Not kennt kein Gebot**, Berlin u. Leipzig, W. Rothschild, 1915, §12, S. 32f.; §13, S. 34ff.; *id.*, *Neue völkerrechtliche Fragen*, 20 DJZ 32 (1914); *id.*, *Die "Deutschland" und ihre Feinde*, 21 DJZ 745 (1916). Hatta KOHLER'e göre, "(y)alancılarla ve dolandırıcılarla yapılan uluslararası anlaşmalar hukuk kuralı yaratmaz", bkz. *id.*, *Das neue Völkerrecht*, 9 ZV 5, 7 (1916). Halbuki 1910 yılında yazan KOHLER'e göre; "*GROTIUS'un zamanından beri uluslararası hukukun bir yönü savaş hukuku diğer yönü barış hukukudur*" ancak gözü kapalı kapris ve insanlık dışı muamelelerin savaşın amacıyla ilgili olmadığı anlaşıldıkça ve anlaşmaları ve hukuk görüşleriyle uluslararası hukuk, milletler arasındaki ilişkileri düzenlemeye ve anlaşmaların istikrar kazanmasını sağladıkça uyuşmazlıkların sayısı kadar savaşın yarattığı dehşet de azalmıştır: İşte "*barışın bilimi olarak uluslararası hukuk*" (*Völkerrecht als eine Wissenschaft des Friedens*) yeniden tasarlanabilir ve bunun değeri paha biçilmezdir, bkz. *id.*, *Die Friedensbewegung und das Völkerrecht*, 4 ZV 129 (1910). KOHLER'inki kadar sert olmamakla birlikte örn. SCHÜCKING'in görüşlerinde de milliyetçi öğeler bulunur. Aslında (1914 öncesi) KOHLER ile SCHÜCKING'in stratejisi, *Anglo-Amerikan veya öz. Fransız doktrinindekine benzer biçimde, Alman İmparatorluğu'ndaki, Alman hukuk çevresindeki ve kamuoyundaki hakim görüşe rağmen* Almanya'nın ulusal çıkarları ile (*pasifist*) uluslararası toplumunkinin aynı yönde olduğunu göstermeye dayanır, bkz. *e.g.* SCHÜCKING (1908), not. pp. 14-15, 17 et seq., 22; SCHÜCKING (1909), S. 58ff.

sosyolojiye, siyasete, tabii hukuka, ekonomiye, tarihe ağırlık veren bir akım olarak özetlenebilir<sup>14</sup>. Ancak, tıpkı hukuk ve özelde uluslararası hukuk yönünden olduğu gibi ABD'de ve Birleşik Krallık'ta pasifist hareketin doğuşu ve gelişimiyle Kıta Avrupasında, özellikle Almanya ve Fransa'da hareketlerin algılanışı birbirinden farklıdır.

Pasifist akım ile modern uluslararası hukukun Avrupa'da ortaya çıkışı arasında çok yakın ilişki vardır. Öyle ki modern uluslararası hukukun kökeninde (1867/1873) pasifist akımın yer aldığı, fakat modern uluslararası hukuku oluşturan yaklaşımın pasifist akımdan önemli birkaç hususta ayrıştığı söylenebilir. Görüşlerin farklılaştığı konulardan en önem-

---

<sup>14</sup> Bkz. e.g. Albert H. FRIED, **Handbuch der Friedensbewegung**, Wien u. Leipzig, Westermann&Staeglich, 1905, S. 5ff.; *id.*, **Die Grundlagen des revolutionären Pacifismus**, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1908, S. 6ff. Sosyalist akım ile özdeşleşmek istemeyen (*liberal, sosyal demokrat*) FRIED'e göre herhangi bir siyasi ideolojiden bağımsız olarak "reformist pasifizm" (*Reformpacifismus*) pasifist görüşler doğrultusunda uluslararası ortak yaşamı tehdit eden unsurların belirtilerini (*örn. militarizm*) tespit etmekle yetinirken "devrimci pasifizm" (*revolutionäre Pacifismus*) belirtilerin ortadan kaldırılması, başka bir anlatımla uluslararası ortak yaşamın tesisi için hangi adımların atılması gerektiğini irdeler, bkz. FRIED (1908), S. 2f., 5f. SCHÜCKING ise "devrimci" yerine "düzenleyici pasifizm"i (*organisatorischer Pazifismus*) tercih eder ve 1899 ve 1907 Lahey Konferansları'nın özünü veya ruhunu (*Geist der Konferenz*), Konferans katılımcıları farkında olsun veya olmasın, düzenleyici pasifizmin oluşturduğunu ileri sürer, bkz. e.g. SCHÜCKING (1912), §1, S. 4, N. 1; S. 8-9, N. 1; §1, 19, N. 1; §2, S. 23 (*Bize göre, SCHÜCKING; "farkında olmayanlar" ile Alman ve Avusturya-Macaristan İmparatorluklarının temsilcilerini ve Alman hukuk çevresini kastediyor*).

19. yüzyıl sonu feminist akımlar ve pasifizm yakındır, bkz. e.g. Berthe de [Bertha von] SUTTNER, **Souvenir de Guerre**, Paris, V.Girard&E.Brière, 1904, not. pp. 5-8. Alman hukuk çevresinde pasifizme yöneltilen (*alaycı*) eleştirilerden biri de bu noktaya odaklanır, pasifistlerin verdiği tepkiler için bkz. e.g. R.M. CAHEN, *Pazifismus und Sexualität*, 19 DIE FRIEDENS-WARTE 240, 242 (1917); KOHLER (1910), S. 137; B. von SUTTNER, *Randglossen: Zur Zeitgeschichte*, 14 DIE FRIEDENS-WARTE 339, 341 (1912). Zira geçmişte de Alman hukuk çevresinde muhafazakar-liberal çizgide olanlar "devlet" in "beşeri" niteliğini "erkeklik" i (*männlichen Charakter*) ile açıklar, bkz. e.g. Johann Kaspar BLUNTSCHLI, **Deutsche Staatslehre für Gebildete**, C.H. Beck, 1874, §2, S. 15.

lisini savaş ve barış arasında hangisinin tercih edileceği ve savaşa ve barışa karşı nasıl bir tutum sergileneceği oluşturur<sup>15</sup>.

Pasifist akımın temsilcilerinin önemli bir ortak özelliği; savaş ihtimalini en aza indirmek amacıyla silahlanmanın azaltıldığı, devletlerin ötesinde dünya halklarının oluşturduğu, "evrensel" nitelikte uluslararası toplum; onun oluşturacağı dünya konfederasyonu (*Völkerstaatenbund*) ve uluslararası yüksek mahkeme (*internationaler Staaten-*

---

<sup>15</sup> Belirtilen husus Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün (*IDI*) kurucularından BLUNTSCHLI tarafından açıkça ifade edilir, bkz. Johann Kaspar BLUNTSCHLI, *Dr. Bluntschli's Address*, 5 ADVOCATE OF PEACE 23 (1874). Dipnotun eşlik ettiği metinde belirtilen görüşün etraflı tahlili için bkz. KOSKENNIEMI (2007), p. 12 et seq.; *id.*, *Gustave Rolin-Jacquemyns and the Establishment of the Institut de Droit International*, 37 RBDI 5 (2004). Pasifist hareket ile modern uluslararası hukukçuların yaklaşımı arasındaki en önemli fark, ilki savaşı genel olarak yasaklamaya matufken ikincinin savaşı insani kılmaya yönelik (*hümaniter/insani/insancıl hukuk*) oluşudur, öz. karş. N. BERMAN, *Privileging Combat?*, 43 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 1 (2004-2005); David KENNEDY, *Of War and Law*, Princeton, PUP, 2006, p. 13 et seq. ve KOSKENNIEMI (2007), p. 84 et seq. Örn. BLUNTSCHLI'ye göre: "(S)avaşa; ulusların gerçek kuvveti ve geniş anlamda, koşulların gücü (die Kräfte der Völker und die Macht der Verhältnisse im Grossen) ortaya çıkar. Bu, (sadece) hukukun (Rechtsbildung) saf bir biçimi (eine reine Form) değildir; (aynı zamanda) gerçek bir biçimdir (eine wirksame Form). Savaş (das Krieg), bununla birlikte, insanlığın ideali (das Ideal der Menschheit) değilse de, bugün bile, insanlığın mecburi ilerlemesi için vazgeçilmez bir araçtır (ein unentbehrliches Mittel für den nothwendigen Fortschritt der Menschheit)... (U)luslararası hukukun boşlukları (Mängel) büyüktür (gross), ancak bu hukukun varlığını ortadan kaldıracak kadar büyük değildir (nicht so gross).", bkz. e.g. Johann Kaspar BLUNTSCHLI, **Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt**, 2. Auflage, Nördlingen, C.H. Beck, 1872, S.11 (*Eserin ilk baskısında (1868) alıntılanan bölümün önemli bir kısmının bulunmaması, Almanya'nın, Fransa ile savaşı (1870) sonrası milli birliğini kurduğu hatırlanacak olursa, anlamlıdır*). Keza: "Bugün anladığımız şekliyle savaş hukuku ve eski zamanların savaş hukuku arasındaki en önemli fark şudur:... Modern hukukumuz, "düşmana karşı her şey meşrudur" prensibini terk ederek, savaşta insanlık kamunlarına (les lois de l'humanité) saygı gösterilmesini gerektirir", J. C. BLUNTSCHLI, *Droit de la guerre et coutume de guerre*, 8 RDILC 663 (1876). Örn., savaşı insanileştirmek amacıyla kurulan Uluslararası Kızılhaç Örgütü (*Croix Rouge*) aynı fikri temele dayanır, başka bir anlatımla BLUNTSCHLI'nin yaklaşımı ile (Gustave) MOYNIER arasında çok büyük bir fark yoktur, yukarıdaki görüşlerle karş. Gustave MOYNIER, **La Croix-Rouge**, Paris, Sandoz&Thuillier, 1882, pp. 11-13.

*gerichtshof*) tasarımını oluşturmalarıdır<sup>16</sup>. "Devlet" ile kurulan *sembolik* benzerlik pasifist yönden de yinelenir: Kanunkoyma, yürütme ve yargı. Tam da bu yönden, Büyük Savaş öncesinde Almanya'nın dahil olduğu uluslararası sorunlar (örn. *Daily-Telegraph olayı*), özellikle 1899 ve 1907 Lahey Konferansları'nda Almanya'nın tutumu ve sonrasında Birinci Dünya Savaşı'nın (*Büyük Savaş*) ortaya çıkışının; pasifist akım temsilcilerinin (örn. *SCHÜCKING*) amaçlarının gerçekleşeceğine olan inancının giderek kaybolmasına; hatta Alman doktrininde zaten az sayıda olan liberal eğilimli pasifistin sayı ve etkinliği yönünden daha da azalmasına ve Büyük Savaş ile çifte anlamda "marjinal"leşmesine yol açtığı söylenebilir<sup>17</sup>. Zira Büyük Savaş Alman hukuk doktrininin büyük bir bölümünün<sup>18</sup> ona-

---

<sup>16</sup> Bkz. *e.g.* FRIED (1905), S. 31ff.; FRIED (1907), S. 44ff.; SCHÜCKING (1909), S. 57ff.; SCHÜCKING (1912), §1, S. 17ff.; WEHBERG (1912), S. 1ff.; *id.*, **Die internationale Beschränkung der Rüstungen**, Stuttgart u. Berlin, Deutsche Verlags-Anstalt, 1919, S. 299ff. ve karşı. Karl von STENGEL, **Weltstaat und Friedensproblem**, Berlin, Reichl, 1909, S. 9ff. SCHÜCKING, (*1899 ve 1907 Konferansları'nın ruhuna uyar bir biçimde*) silahlanmanın durdurulması ve silahsızlanma (*Rüstungsstillstand und Abrüstung*) sorunu ile uluslararası barışçıl örgütlenme (*internationale Friedensordnung*) arasında doğrudan bir ilişki kurar ve savaşın ortadan kaldırılması amacıyla silahlanmanın sınırlandırılması ve uluslararası örgütlenme yönünden ikincinin değerine destek olacağını; Lahey Konferansları'nda birincinin zaten oluştuğunu belirtir, bkz. (*iyimser*) SCHÜCKING (1912), §2, S. 30ff. ve karşı. (*şüpheli*) Christian MEURER, **Die Haager Friedenskonferenz, Band II**, München, J.Schweitzer, 1907, §141, S. 633 (*MEURER'e göre de her iki sorun birbirine bağlı olmakla birlikte henüz bir uluslararası barışçıl düzen yoktur*). Öte yandan, SCHÜCKING'in eleştirdiği, (Felix) STOERK'e göre ise 1899 Konferansı'nda; mottosu kendilerine düşündüklerini gizlemek için söz hakkı verildiğine ("*...la parole nous a été donnée pour cacher notre pensée...*") inanan ikiyüzlü diplomatlar ve haris devlet adamlarından oluşan Konferans, ana hedefi olan silahsızlanmada (*désarmement*) nezaket gösterisinden (*acte de courtoisie*) ileri gidememiş ve kabul edilen Sözleşmeler ve Bildirilerin ya devletlerin şiddetle karşı çıkması ya da çekincelere boğulması nedeniyle ortaya çıkan açmaz (*başarısızlık*) Konferans'ta alınan kararlarla gizlenmek istenmiştir, bkz. *id.*, *La Conférence de La Haye et ses résultats*, 13 RGDIP 846, 847, 849-851 (1906) ve karşı. STENGEL (1909), S. 125ff.; *id.*, *Die Haager Friedenskonferenz und das Völkerrecht*, 15 AÖR 139 (1900); *id.*, *Die völkerrechtlichen Ergebnisse der Haager Friedenskonferenz*, 6 DJZ 337 (1901).

<sup>17</sup> (*Büyük Savaş öncesinde*) STOLLEIS (2001), p. 329; (*Büyük Savaş sırasında ve sonrasında*) STOLLEIS (2008), pp. 25 et seq., 30 et seq., 62-63; KOSKENNIEMI (2007), pp. 213 et seq., esp. 215-216.

yını aldığı gibi Almanya'da pasifistlerin bir bölümü (örn. KOHLER) de milliyetçi duygularla pasifizmi bir kenara bırakmış görünür<sup>19</sup>.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, özellikle "düzenleyici" pasifist yaklaşımda uluslararası hukuk (örn. SCHÜCKING), hukukla siyaset, ulusal ile uluslararası olan arasında giderilmesi olanaksız, çelişik bir gerilim yaşamaktadır (*Sokratik an*). İçeride, dışarıdaki yabancı (*düşman*) ile işbirliği eder görünmekte; dışarıdan bakıldığında ise içeriyle hala bağı koparamamış, onu üstün tutar (*milliyetçi*) görünmektedir: Halbuki kendisi içerinin ve dışarının uyumunun ve reformunun her ikisinin de kusurlarını gidereceğini, diğer bir anlatımla, içerinin dışarıyı dışarının da içeriye desteklediğini kabul eder. Yukarıda değindiğimiz diğer görüşlerde farklı şekillerde karşımıza çıktığı gibi, çelişkinin (*hipersembolün*) zirvesinde; tüm uluslararası uyuşmazlıkların hukuki olmasından hareketle uyuşmazlıkların çözü-

---

<sup>18</sup> Bkz. e.g. Paul LABAND, *Die völkerrechtliche Verhältnis Deutschlands zu England nach dem Kriege*, 21 DJZ 833 (1916) ("*Almanya, dünya hakimi, tiran İngiltere'nin dostluğu olmadan da dünya tarihinin kendine çizdiği yolda ilerleyebilir...*"); [Yazarı belirsiz], **Erklärung der Hochschullehrer des Deutschen Reiches**, Berlin, 23. Oktober 1914 (ERKLÄRUNG) [*Elektronik kopyası yazardadır*].

<sup>19</sup> Aralarında hukukçuların (örn. BEKKER, BRUNS, FLEISCHMANN, GIERKE, HÄNEL, HEILBORN, JERUSALEM, KAUFMANN, KOHLER, KRAUS, MENDELSSOHN-BARTHOLDY, MEURER, NIEMEYER, SCHOEN, TRIEPEL, von LISZT, von MARTITZ, von SEUFFERT, WALDECKER, ZITELMANN, ZORN) da bulunduğu (*pasifistler veya PREUSS, STRUPP veya WEBER yoktur*) Alman akademik camiası; Alman ordusu ve Alman halkının, başını Birleşik Krallık'ın çektiği ve Alman biliminin ruhuna ve sözde "Prusya militarizmi"ne muhalif düşmanlara karşı Almanya'nın bağımsızlığı ve dünyanın uygarlığı ve barışı için savaştığını belirterek "...*tüm Avrupa kültürünün (medeniyetinin) kurtuluşunun...*" Almanya'nın zaferine bağlı olduğuna dair inancını ifade eder(!), ERKLÄRUNG, S. 1. SCHÜCKING'e göre ise; Rus Çarı diplomatik çarelerle meşgulken Kayzer; gizlice sekiz milyonluk kuvvet oluşturup harekete geçirdiği gibi diplomatik bir olayı askeri bir olaya dönüştürerek 'Batı'nın kültürel (*medenî*) güçlerinin Alman militarizmi ile mücadelesi'ni suçlar: Eleştiri yerine, üç bini aşkın Alman profesörü Almanya'da militarizm olmadığını açıklar(!), bkz. SCHÜCKING (1915), S.4f. ve karşı NELSON, S.229ff.; K.STRUPP, *Lebendes und totes Völkerrecht*, 26 ZIR 479 (1916); ayrıca F.POLLOCK, *Cosmopolitan Custom and International Law*, 29 HARV.L.REV. 565, 572-573 (1916).

münde zorunlu uluslararası yargıyı bir ideal olarak belirtir, egemenlik dogmasını eleştirirken *aynı anda* devletler arasında bir uluslararası örgütlenmeyi (*Weltstaatenbund*) siyasal açıdan kuramsallaştırmakta ancak (*varlık, bağımsızlık, hayati çıkarlar gibi*) olağanüstü hallerde savaşın belireceğini ve uluslararası örgütlenmenin devletlerin egemenliği üzerine kurulduğunu ifade etmesiyle eleştirdiği kurumların (*örn. egemenlik ve savaş*) varlığını teyit etmektedir. Diğer bir anlatımla, örneğin, SCHÜCKING yönünden, hukuk ve siyaset arasındaki ayırım ikincisi lehine ortadan kalkmakta, belli bir siyasal tercih milliyetçi unsurlarla karışık bir biçimde siyasal bir hukuk yaklaşımına dönüşür<sup>20</sup>. Kısaca, hukuk, Hukuk'tur.

*Kanaatimizce* bunun en iyi örneklerinden biri; pasifistlerin somut önerileri arasında belirgin yer işgal eden, uluslararası yargıdır (*öz. tahkim*). Aynı bağlamda bir evrensel örgütlenme olanağını araştıran (Hans) WEHBERG'e göre:

*"Barış hareketinin büyük hedefi olan, hiçbir çekincenin (without reservation of any kind) bulunmadığı ve tüm milletleri kapsayan bir dünya barış andlaşması (world peace treaty) gelecekte bir zamanda ortaya çıkana değin..."*<sup>21</sup>.

İlki devletler arasında ikili tahkim andlaşmaların tesisi, ikincisi ise dünya andlaşmasının meydana getirilmesinden oluşan iki aşama vardır. Her iki aşama için de geçerli

---

<sup>20</sup> Karş. KOSKENNIEMI (2007), pp. 216-217.

<sup>21</sup> *id.*, *Restrictive Clauses in International Arbitration Treaties*, 7 AM. J. INT'L L. 301 (1913). KANT'ı andırır biçimde, WEHBERG'de pasifistlerin uluslararası hukuka bağlı, eklektik yaklaşımı belirgindir: Tahkim çekinceleri bahsinde devletler arasında dünyanın paylaşılması ile kolonyal, *yani* devletlerin hayati çıkarlarıyla ilgili sorunların azalacağı; bunun uluslararası hukukun tedricen kodifikasyonu ve temel kurallarının tümünün tespitine destek olacağı (*material law*); kısa sürede kurulacak bir uluslararası adalet divanı ile maddi hukukun temin edileceği (*formal law*) belirtilir, bkz. *ibid.*, p. 312 et seq. WEHBERG hak. bkz. Lothar WIELAND, **Wehberg, Hans** *ins* BLzWR, S. 360; KOSKENNIEMI (2007), pp. 215-222; Claudia DENFELD, **Hans Wehberg (1885-1962): Die Organisation der Staatengemeinschaft**, Baden-Baden, Nomos, 2008.

olmak üzere birinci adımda ne türlü kısıtlama (*örn. çekinceler*) içerirse içersin ilgili andlaşmanın akdi; ikinci adımda andlaşmanın, uluslararası yargıya tabi alanın genişletilmesi gayesine uygun olarak değiştirilmesi ve üçüncü adımda hiçbir çekincenin bulunmadığı andlaşmanın ortaya çıkması öngörülür. Ardından WEHBERG, farklarını kabul etmekle birlikte olan ikili tahkim andlaşmalarını tahlile başlar: Kayıtsız şartsız tüm uluslararası uyuşmazlıkların ((*sic*) "*hukuki*" *olanlarla sınırlı değildir*) uluslararası tahkime konu olabileceği andlaşmalardan, taraflardan birinin bağımsızlığı, hayati çıkarları, ulusal onuru, egemenliği veya üçüncü devletlerin haklarını ilgilendiren uluslararası uyuşmazlıkların hariç tutulduğu andlaşmalara kadar sayısı altmışı geçen uluslararası tahkim andlaşmasını inceler ve sınıflandırır<sup>22</sup>. WEHBERG'e göre uyuşmazlıkların bir bölümünü hariç tutan çekincelerin azaltılması veya birleşmesi konusunda uluslararası hukuk biliminin geleceğe hazırlanması gerekir ve gayeye erişimde bir kılavuz (*guidelines*) için bugün olan ile yakın veya uzak gelecekte erişilmesi mümkün olanı ayırmalıdır<sup>23</sup>. WEHBERG, buradan hareketle tahkim andlaşmalarında uluslararası yargı önüne getirilebilecek davaları sınırlayan "tahkim çekinceleri"ni elemeye çalışır. Şöyle ki: Uluslararası tahkim andlaşmalarında üçüncü devletlerin haklarını saklı tutan kayıtlara ihtiyaç olmadığı gibi devletlerin anayasalarını, bağımsızlıklarını, ülke bütünlüklerini, "otonomi"lerini veya egemenliklerini gözeten çekincelere de gerek yoktur; böyle durumlar "hayati çıkarlar"a ilişkin kayıtlar içinde değerlendirilebilir. Dolayısıyla uluslararası tahkim andlaşmaları yönünden tercihe şayan olanlar "ulusal onur"

---

<sup>22</sup> WEHBERG (1913), pp. 303-306. WEHBERG, son tahlilde, uluslararası tahkim andlaşmalarında sekiz tür çekince olduğunu belirtir: *Taraflardan birinin anayasası, ulusal onuru, hayati çıkarları, bağımsızlığı, ülke bütünlüğü, otonomisi, egemenliği veya üçüncü devletlerin haklarını ilgilendiren uyuşmazlıkların saklı tutulmasına yönelik kayıtlar*, bkz. *ibid.*, p. 306.

<sup>23</sup> *ibid.*, p. 306.

ve "hayati çıkarlar"a ilişkin olan kayıtlardır<sup>24</sup>. Son tahlilde, "ulusal onur"la ilgili uyuşmazlıklar da yargı önüne götürülebileceğinden, gerçekte, yukarıda belirtilen nihai amacı "engel"leyen tek kayıt "hayati çıkarlar"a ilişkin olandır<sup>25</sup>.

O halde "hayati çıkarlar"a ilişkin kayıtlar nasıl ortadan kaldırılabilir? WEHBERG'e göre hukuki açıdan dünyadaki örgütlenme, dünyadaki tüm devletlerin birleştiği, tüm milliyetlerin bir diğerine karıştığı bir evren olmadığına; başka bir anlatımla uluslararası hukuk bağımsız devletlerin varlığı üzerine kurulu olduğuna ve olacağına göre her birinin bağımsızlığı ancak "hayati çıkarlar"ına riayet edildiği sürece temin edilebilir<sup>26</sup>. Böyle anlaşıl-  
dığına milliyet, başka bir ifadeyle milli egemenliği ön planda tutan ulusal çıkar ve onun getirdiği (örn. *self-determinasyon*) çatışma ve özellikle savaşların *ortadan kaldırılması değil sınırlandırılması* gerekir<sup>27</sup>. WEHBERG, anılan nedenle, "hayati çıkarlar"ı etkilemeyen, ikincil önem taşıyan meseleleri gerekçe göstererek savaşa değil, yargısal çözüme başvurulmasını yeğler (*Kantçı an*): Savaşın, tahkimde (*yargıda*) davayı tamamen kaybetmeye nazaran doğuracağı zarar daha fazladır; başka bir anlatımla dava kaybedildiğinde

---

<sup>24</sup> WEHBERG (1913), p. 307. İleride görüleceği üzere, doktrinin-kendisinde de aynı düşünce yapısı vardır.

<sup>25</sup> *ibid.*, pp. 307-308.

<sup>26</sup> Strateji, silahsızlanma ve silahların kontrolü yönünden karşımıza çıkanla aynıdır: *Hukuk ve Yasak ile Karşılaşıldığında Sembolik Açıdan, Sorun, Sorunun Ötelenmesiyle Çözülür*, karş. e.g. Erkan AKDOĞAN, **21. Yüzyılda Yeni Silah Teknolojileri, Silahların Kontrolü ve Uluslararası Hukuk**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2010.

<sup>27</sup> WEHBERG (1913), p. 308 ("...a war always results in greater harm than even complete defeat in arbitration"). Böylece, savaş-barış arasındaki hukuki değerlendirme ölçütü, subjektif ekonomik yararın objektif yönden değerlendirilmesine, ebedi barış sorunu, silahlanmanın sınırlandırılması sorununa dönüşür, karş. e.g. SCHÜCKING (1908), p. 20 (*Yazara göre; 1899 ila 1907 yılları arasında Birleşik Krallık, ABD, Fransa, Almanya, İtalya ve Avusturya, yalnızca deniz kuvvetleri için milyarlar harcamıştır, silahlanmanın sınırlandırılması (barış) sorununun ekonomik boyutu görmezden gelinemez*).

oluşan zarara göre savaş çok daha fazla zarar getirir; halbuki bir toplumun hayati çıkarlarını etkileyen sorunlarda durum farklıdır: Böyle durumlarda hayati çıkarları zedeleyen durumun önüne geçilmezse devletin varlığı tehlikeye girer<sup>28</sup>.

Ancak böyle bir durumun varlığını kim belirleyecek? WEHBERG, doğrudan doğruya böyle bir soru yöneltmemekle birlikte bir ideal hakim (*ideal judge*) tipine başvurur (*Hegelyen an*); bir diğer anlatımla, varlığını tehlikeye sokan durumun varlığını ilgili devletin kendisinin tespit edemeyeceğini kabul etmiş görünür: İki devletin hayati çıkarının birbirine karşıtlık oluşturduğu her bir somut olayda, hukuki uyumsuzluğu her iki devletin hayati çıkarlarına herhangi bir zarar vermeden çözebilecek ideal hakimler olsa hayati çıkarları ilgilendiren meselelerin tahkime konu edilmesinin önünde hiçbir engel kalmaz<sup>29</sup>. WEHBERG'e göre, böyle ideal hakimlerin olduğu varsayımında bile anılan meselelerde onlar tarafından verilecek hükmün, davanın tarafı olan devletlerin tümünü "tatmin" etmesi hususunda kendimizi emin hissedemeyiz<sup>30</sup>. Diğer bir anlatımla, eğer yukarıda anlatılan-

---

<sup>28</sup> WEHBERG (1913), p. 308.

<sup>29</sup> İdeal hakim; uzun yılların tecrübesi sonucu kazandığı alışkanlık ile insan aklının kavrayabileceği en ideal çözüme en yakın kararı alabilme yetisine sahip olmalıdır, bkz. *ibid.*, p. 308. WEHBERG'in akıl yürütme tarzı, tam da bu anda serbest hukuk akımının (*Freirechtsbewegung*) hakim tarafından uygulanan hukuku esas alan yaklaşımına benzer, karşı. e.g. E.EHRLICH, **Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft**, Leipzig, C.L.Hirschfeld, 1903, S. IVf., 7ff.; E. STAMPE, *Gesetz und Richtermacht*, 10 DJZ 1017 (1905) ve karşı. Bölüm II, dn. 55 ve eşlik ettiği metin (*JELLINEK'in, sona erme nedenleri bahsindeki akıl yürütme tarzı*).

<sup>30</sup> WEHBERG (1913), p. 308 ("...even supposing we had such judges, we could not feel absolutely certain that decision rendered in such questions would bring satisfaction to all the parties concerned"). Savaş gibi yargı (*tahkim*) kararının da tarafları "tatmin"i, başka bir ifadeyle çıkarlarını karşılaması beklenir. WEHBERG tarafından varılan sonuç net değildir: Tatmin ile tatmin hissimiz farklıdır. Diğer bir anlatımla, devlet çıkarının tatmin edildiğine kim karar verebilir, devlet mi bir üçüncü kişi mi? Buradaki hedefimiz devletin çıkarını üstün tutmak değil, WEHBERG'in, JELLINEK'in başka bir bağlamda ifade ettiği gibi refleksif, kendi kendini doğrulayan (*ein Reflexives Moment*) yönüne işaret etmektir. Kaldı ki WEHBERG, ele alınan meselede hakimler

ların doğruluğu kabul edilecek olursa, yani eğer bir devletin meşru hayati çıkarlarının zedeleme olasılığı varsa, (*tarihte eşi görülmemiş olmakla birlikte*) hayati çıkarlarla ilgili meseleleri uluslararası tahkim konusu etmek olanaksızdır: Bir devlet, tamamen kendi aleyhine de olsa verilecek hükme iyiniyetle uyacağını belirterek uyuşmazlığın yargıya intikalinin kabul eder, ancak verilecek hüküm varlığını olumsuz etkilememeli, hayati çıkarlarını zedelememelidir; bir hükmün, hayati çıkarlarına en ufak bir zarar vermesi ihtimali bile *onurlu bir varlık olarak bir devletin hiçbir çekince içermeyen zorunlu tahkim yükümlülüğünü üstlenmesini gerektirmez*<sup>31</sup>. Böylece *hiperbol sembolle tamamlanır*. Neticede, WEHBERG şöyle yazar:

*"...(H)ayati çıkarlarla ilgili çekince tahkim anlaşmalarına içkindir; ve böyle bir kaydı içermeyen anlaşmalar hukuki yönden açıklanamaz. Mantıken... itiraf etmeliyiz ki açıkça ifade edilme-*

---

arasında doğal olarak (*naturally*) görüş ayrılığı bulunabileceğini ve verilen hükmün taraflardan birinin meşru hayati çıkarlarını zedeleyebileceğini kabul eder, bkz. *ibid.*, pp. 308-309. Serbest hukuk akımının etkisi burada da hissedilir, bkz. EHRLICH (1903), S.8f., 11ff.; STAMPE, S.1019-1021.

<sup>31</sup> Ele aldığımız bağlamda (öz. Bölüm I) okunursa, LABAND'ın uluslararası anlaşmaların neden kanun olarak anlaşılamayacağı, ZORN'un uluslararası anlaşmaların bir devlet için neden kendiliğinden hukuk kaynağı sayılamayacağı; JELLINEK'in ahde vefa ilkesine neden uyulduğu ile ilgili yorumları ve von BAR'ın JELLINEK'in devlet iradesini esas alan yaklaşımına yönelttiği eleştirideki refleksif akıl yürütme tarzı (*an sich*) birleşir. Başka bir anlatımla, WEHBERG, kendi kendine "*sonradan hükmüne uymayacaksa bir devlet neden tahkimi kabul etsin*" sorusunu yöneltip yanıtı, devletin kendi "*hayati çıkarları*"nı, yani kendi "*varlığı*"nı kendisinin zedelemeyeceğinin "*doğal*" olmasına dayandırır. Nitekim WEHBERG'e göre, devletlerin uluslararası tahkim anlaşmalarına koyduğu "*bağımsızlık*" çekincesi kendi görüşünü doğrular. WEHBERG yine de kendi kendine soruyor ve yanıtlıyor: "*Bundan nasıl emin olabiliriz?... Kim saf bir hukuki yoruma dayanılarak bir tahkim divanının bir devletin bağımsızlığı aleyhine karar vermeyeceğini temin edebilir? Böyle bir durum olanak dışıdır. Ancak böyle bir muğlaklık (contingency) imkansız değildir... (B)öylesi belirgin bir ihtimal nedeniyle ki devletler neredeyse tüm tahkim anlaşmalarında bağımsızlık çekincesine yer verir...*", bkz. WEHBERG (1913), pp. 309-310.

*diğinde bile hayati çıkarlara ilişkin... kayıt tüm tahkim anlaşmalarında vardır*"<sup>32</sup>.

WEHBERG'in vardığı sonuç ile KAUFMANN'ın yukarıda değindiğimiz görüşü arasında *bağlamı değişmekle birlikte* çarpıcı bir benzerlik vardır<sup>33</sup>. Ancak KAUFMANN'ı bilen WEHBERG, KAUFMANN'ın yöneldiği aşırı uçta yer almamak amacıyla ekler:

*"...Şüphesiz devletlerin bu kaydı görmezden gelmesinin ve anlaşılmak üzere (açıkta) bırakmasının iyi olacağına inanmıyorum. Her anlaşmaya bu kaydın konulmasıyla, kesinlikle, daha fazla netlik (greater clearness) sağlanacaktır*"<sup>34</sup>.

Zira, "hayati çıkarlar" kavramının tanımı çok zordur; kavramın kesin anlamını belirlemeli ve artan oranda, daha net bir şekilde kavramaya gayret etmelidir<sup>35</sup>. Başka bir anlamla, gaye çekincesiz bir tahkim (*yargı*) olduğuna göre hukukçu hayati çıkarları hangi tür uyuşmazlıkların ilgilendirmedini araştırmalıdır<sup>36</sup>. WEHBERG, buradan hareketle "hayati çıkarlar"la ilgili çekincenin; sadece genel nitelikli (*of a general character*) ve farklı türde uyuşmazlıkları (*concerning a large group of controversies*) içeren anlaşmalarda söz

---

<sup>32</sup> WEHBERG (1913), p. 310.

<sup>33</sup> Zira *hatırlanacağı üzere* KAUFMANN, uluslararası hukuku, genel olarak uluslararası anlaşmalar üzerinden değerlendirirken WEHBERG, burada uluslararası hukuku tahkim anlaşmaları üzerinden ele alır.

<sup>34</sup> *ibid.*, p. 310 ("I do not, of course, believe that it would be well if the states should omit this stipulation and leave it to be understood. Greater clearness will certainly be insured by inserting this stipulation into every treaty...").

<sup>35</sup> *ibid.*, pp. 308, 310; 311.

<sup>36</sup> Halbuki WEHBERG, 1911'de herhangi bir uyuşmazlığın hayati çıkarları ilgilendirebileceğini yazar, bkz. *id.*, **Kommentar zu dem Haager "Abkommen betreffend die friedliche erledigung internationaler streitigkeiten" vom 18. Oktober 1907**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911, S. 59ff.; 63f. WEHBERG, açıkça bu konudaki görüşünü değiştirdiğini belirtiyor, bkz. WEHBERG (1913), pp. 311, n. 16; 312.

konusu olabileceğini, tarafların hiçbir zaman "hayati çıkarları" ile ilişkilendirmediği özel ve somut uyuşmazlıklar yönünden mümkün olmadığını bildirir<sup>37</sup>. Anılan nedenle, örneğin Ganaim Mahkemesi'ni (*la Cour internationale de prises*) kuran Andlaşma'da örtülü olarak "hayati çıkarlar"a ilişkin kaydın bulunduğunu kabul etmek<sup>38</sup> "yanlış"tır. Ganimet "hayati çıkarlar"a ilişkin olduğu halde hiçbir kayda bağlı olmadan uluslararası yargıya tabi kılınmamıştır; aksine, ganimet "hayati çıkarlar"ı hiçbir zaman etkilemeyeceği için "hayati çıkarlar"a Andlaşma'da yer verilmemiştir<sup>39</sup>. Kaldı ki "hayati çıkarlar"ı ilgilendirmeyen, farklı türde uyuşmazlıkların tespitine çalışılırken ilgili andlaşma hükmünü daha da sınırlandırmamalıdır, sadece yorumlamalıdır<sup>40</sup>.

WEHBERG'e göre; son tahlilde; "hayati çıkarlar" ile ilgili sorunların yalnızca kılıçla çözülebileceği ileri sürülemez; devletlerin meydana getirdiği toplum, "medeni" bir toplumdur (*one civilized community*) ve artan sayıda andlaşmada görüldüğü üzere güçlü bir adalet duygusunun geliştiği bu toplumda her bir devlet diğerinin varlığını gözetir:

<sup>37</sup> WEHBERG (1913), pp. 311-312.

<sup>38</sup> *ibid.*, p. 312 (*contra ZORN*). Zira ZORN'a göre herhangi bir kaydın yer almaması böyle bir çekincenin olmadığı anlamına gelmez, bkz. *id.*, *Die völkerrechtliche Werk der beiden Haager Friedenzkonferenzen*, 2 ZP 321, 361 (1908). Hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş olan "Uluslararası Ganaim Mahkemesi'nin Kuruluşuna Dair Andlaşma" (Convention relative to the establishment of an International Prize Court, The Hague, 18.10.1907) metni için bkz. J.B.SCOTT (editor), **The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907, Vol.II: Documents**, Baltimore, J.Hopkins, 1909, pp. 472-507. Depoziteri Hollanda'nın kayıtlarına göre, Andlaşma'yı onaylayan tek devlet Nikaragua'dır, bkz. **Overheidsinformatie: Convention relative to the establishment of an International Prize Court**, <<https://verdragenbank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/003327>> [18.09.2017]. (*Hoca*) ZORN ile (*öğrencisi*) WEHBERG arasındaki tartışmaya dikkat ediniz. İki Prusyalı arasındaki bu tartışma, doktrinin, dogmatik açıdan nasıl işlediğini mükemmel biçimde örnekler, *cf.* DENFELD, S.35f.

<sup>39</sup> Yer verdiğimiz örnekte, gerek ZORN gerekse WEHBERG Andlaşma ve Ganaim Mahkemesi üzerinden farklı dünya görüşlerini tartışmakta; aynı dili (*uluslararası hukuk*) kullanarak bir diğerini eleştirmektedir.

<sup>40</sup> WEHBERG (1913), pp. 312-313.

Büyük Savaş öncesi pasifizmini yansıtan liberal anlayışta, "eğer hasmımızdan bizim hayati çıkarlarımıza saygı göstermesini talep ediyorsak, biz de onununkine halel getirmemeliyiz"<sup>41</sup>. Böyle bir tasarımda bu defa hukukçu, barışın avukatına (*advocate of peace*) dönüşmekte ve WEHBERG, tahkimle çözülemeyen uluslararası uyuşmazlıkların diplomatik yollarla (*through diplomatic channels*) hallini üstün tutmaktadır<sup>42</sup>.

"Doktrin"i doktrin yapan (*supra*, §12); farklı nedenlerle doktrindeki azınlık-yanlış görüşü simgeleyen pasifist doktrinin farklı biçimde tekrar ettiği gibi, *inter alia*, yukarıda anılan tartışmalara girmek veya çelişkilere düşmek yerine *hipersembolik, paradoksal biçimde* çerçevenin içine dönmek; daha doğru bir deyişle, çerçevenin dışına çıkmamaktır. Doktrin, içerideki çerçevenin dışı ve dışarıdaki çerçevenin içi ve dışını ayırırken dışarıdaki çerçevenin içinde kalan, AKİPEK'in deyimiyle "ideal hukuk"un "tam" olamayacağına inandığı için (*doxa*), içerideki çerçeveyi ("*law is law*") terk etmek istemez; örneğin pasifist akılda tutulur ama açıkça belirtilmez. Diğer bir anlatımla, ideal hukukun "tam" olması gerektiği belirtilirken kastedilen, pasifistlerin yapamadığı, tamamlayamadığıdır; hukuku Hukuk yapan unsur içerideki çerçeve ile dışarıdaki arasında, *inter alia* içerideki çerçevenin tanımı gereği her zaman eksik kalacağı için *doktriner yönden maddi kaynak sorununu inceleyen doktrin, her zaman, hatta onu tartışmadan onun yetersiz olduğunu bilir ve kendini kanıtlar*. Aşağıda, kısa ama bu anlayışı en iyi yansıtan *sembolü*, örneği böyle okuyacağız. Böylece, ÖZMAN ve AKİPEK'in tuttuğu orta yolun, doktrinin-kendisinin ortaya çıkacağına inanıyoruz.

---

<sup>41</sup> WEHBERG (1913), p. 314.

<sup>42</sup> *ibid.* Tam da bu noktada WEHBERG'in "uluslararası hukuk bilimi"ne yüklediği görev alt üst olur. Belirtilen "görev", yazının diğer kesimlerinde "hukuki" bir nitelikteyken burada tamamen "siyasi" bir karaktere bürünür.

## B. DOKTRİNİN-KENDİSİ

§26.-Özellikle KELSEN ve KAUFMANN'ın aşırı uçları temsil ettiğini hatırd tutarak ve kozmopolit (*weltstädtisch*) ile milliyetçi (*völkisch*) dünya görüşleri arasında paylaşılan ve eleştirilen, yukarıda değinilen çelişki ve noksanlar, karşıtlıklar arasında uluslararası hukuk doktrini<sup>43</sup> yönünden ne şekilde karşımıza çıkar? Böyle bir çabayı, doktrinde genel kabul görmesi itibariyle en dikkat çekici biçimde OPPENHEIM'da görüyoruz. Diğer bir anlamla, OPPENHEIM'ı doktrinin sembolü haline getirenin *inter alia* maddi kaynak sorununu şekli kaynak sorununa bağlayışı olduğunu düşünüyoruz. Şöyle ki: Görüşleri, doktriner açıdan, yukarıda ele alınanlara benzerlik taşımakla birlikte (*uluslararası*) hukuka ilişkin genel ve kapsamlı bir teorik yaklaşım geliştirmemiş olan, ve uluslararası hukuk doktrininin tuttuğu orta yolu simgelemesi itibariyle *devlet hukukunda* LABAND ile benzeşen OPPENHEIM'a göre<sup>44</sup>; uluslararası andlaşmaların hukuki bağlayıcılığına ilişkin olarak BLUNTSCHLI (*insanlığın hukuki bilinci*), JELLINEK (*kendi kendini sınırlama*), TRIEPEL (*irade birliği*) ve diğerlerinin (*tabii hukuk, ilahi veya ahlaki ilkelere dayanan*)

---

<sup>43</sup> Takip eden bölümde (Lassa) OPPENHEIM hak. etraflı bilgi için öz. bkz. J.BEATSON, R.ZIMMERMANN (editors), **Jurists Uprooted: German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth Century Britain**, Oxford, NY, OUP, 2004 (BEATSON/ZIMMERMANN), pp. 517-708, 761-770; GARCIA-SALMONES ROVIRA (2013), pp. 43 et seq., 85 et seq.; KOSKENNIEMI (2007), pp. 261 et seq., 348 et seq., 353 et seq., 465 et seq.; Bardo FASSBENDER, Anne PETERS (editors), **The Oxford Handbook of the History of International Law**, Oxford, OUP, 2012, esp. p. 1152 et seq. ve karş. M.Weston JANIS, **The American Tradition of International Law**, Oxford, Clarendon, 2004, esp. p. 128 et seq. OPPENHEIM hak. ayrıca bkz. Andreas ZIMMERMANN, **Oppenheim, Lassa Francis Lawrence** ins NDB, Band 19, S. 566f. (1999).

<sup>44</sup> Mathias SCHMOECKEL, **Lassa Oppenheim (1858-1919)** in BEATSON/ZIMMERMANN, pp. 586-588; *id.*, *The Internationalist as a Scientist and Herald: Lassa Oppenheim*, 11 EJIL 699, 701 (2000).

görüşleri "tatmin edici olmaktan uzak"tır (*unsatisfactory*)<sup>45</sup>. Bağlayıcılık sorunu "tatmin edici bir şekilde" (*satisfactorily*) ancak farklı sorulara bölünerek ve sorular *ciddi şekilde* (*seriatim*) yanıtlanarak ele alınabilir<sup>46</sup>: (i) *Uluslararası andlaşmalar neden bağlayıcıdır?* Yanıt: Kategorik olarak, uluslararası andlaşmaların bağlayıcı olduğuna ilişkin örf ve adet hukuku kuralı vardır. (ii) *Böyle bir örf ve adet hukukunun dayanağı (cause) nedir?* Yanıt: Kural birden fazla (*dini, ahlaki ve devletlerin menfaatlerine ilişkin*) nedenin bileşimine dayanır, zira böyle bir kural olmaksızın uluslar arasında hukuk olmaz. (iii) *Hükümlerini gerekirse zorla uygulamaya matuf bir adli otoritenin yokluğu karşısında uluslararası andlaşmalar nasıl bağlayıcı olabilir?* Yanıt: Andlaşmalar hukuken bağlayıcıdır ama bu bağlayıcılık yerel (*municipal*) hukukta sözleşmenin bağlayıcılığından farklıdır, zira uluslararası hukuk yerel hukuka göre daha zayıf ve daha az icraidir. Kısaca, hukuk Hukuk'tur.

*Kanaatimizce*, OPPENHEIM, yukarıda özetlenen metinde, *daha doğru bir ifadeyle* sözü yansıtan, okunan, söylenen, sözün eki, canlı olan yazı, ders notlarındaki görüşüyle *aynı anda birden fazla fikri sonucu elde eder*. Sorunun ifade ediliş biçimi ve okuyucuya dikte edilen çözümü (*uluslararası*) hukukun *modernist yorumunu* kavrayabilmemiz için çok önemlidir. *Modernist* OPPENHEIM; LABAND, JELLINEK ve diğerlerinde karşımıza çıktığı gibi felsefenin (öz. *KANT* ve *HEGEL*) temel düsturlarına sadıktır ve inanır: Hukuk-çu-n-un, sormaması gereken, hukuk-un hakikati (*uluslararası andlaşmaların hu-*

---

<sup>45</sup> Aşağıda özetlediğimiz metnin tamamı için bkz. L.OPPENHEIM, **Lectures on Diplomacy as Part of International Law** in SCHMOECKEL (2000), p. 701 ve karşı. OPPENHEIM I (1905), §493, pp. 519-520. SCHMOECKEL'e göre her iki metin aynıdır, bize göre önemli bir fark vardır. Ders kitabında "tatmin edici olmaktan uzak" ifadesinin yer aldığı cümle yoktur ("I believe that all these answers are unsatisfactory").

<sup>46</sup> OPPENHEIM I (1905), §493, p. 519 ("I believe that the question can satisfactorily be dealt with only by dividing it into several different questions and by answering those questions seriatim...").

kuki bağlayıcılığı) doğrulardan (bağlayıcılığı açıklayan görüşlerden) farklıdır ama hakikate ancak bilindiği bilinen doğrular (bağlayıcılığı açıklayan görüşlerin yanlışlığı üzerinden eleştirisi) aracılığıyla erişilebilir<sup>47</sup>.

*Kanaatimizce*, anılan "metot", doktrin-in-kendisi, dogma-tik, önerdiği çözüme dönüşür. Diğer bir ifadeyle, sorun, sorunun çözülememesine dayalıdır, zira soruyu ortaya çıkarmanın, sorunun hakikaten sorulabilmesini sağlayan sorulmamasına dayalıdır. Anglo-Amerikan hukuk çevresine hitaben kaleme alınmışsa da, yukarıda özetlenen anlatı, *basılmamış ders notu* olarak ders kitabından küçük ama bize göre önemli bir farkla (*tatmin edici olmaktan uzaklık*), sorunun algılanışı (*hukuki bağlayıcılık ile merkezi otoritenin bir arada olduğunun varsayılışı vd.*), ifade edilmiş biçimi (*soru ve yanıtların kesinliği vd.*), doktrinin doktriner özelliği (*felsefenin teyidi ve dışlanması vd.*); OPPENHEIM'in, sorunun yanıtını kendisine, doktrine, içerideki çerçevenin içine, hukukun Hukuk-iliğine-Yasaklığına yönlendirmesi ama yönlendirmeyi Alman doktrinindeki bağlama, tartışmaya dayandırmasıdır. Böylece *bir yandan* yukarıdaki akıl yürütme tarzı, akıl (*logos*), onu ileri sürene geri dönmekte *diğer yandan* onun eki, *yani* tamamlayıcısı veya yedeklerinin ortadan kaybolmasına, bastırılmasına yol açmaktadır<sup>48</sup>. *Kanaatimizce*, OPPENHEIM'ı, bu yönü, *fikri açıdan* doktrinin sözcüsü haline getirdiği gibi *zamanla ve başka sosyal-ekonomik-tarihi-*

---

<sup>47</sup> Karş. e.g. JELLINEK (1887), S.IXf. ("...je weiter das Gesichtsfeld, desto weniger scharf wird der einzelne Gegenstand erblickt... dass oft bis in die kleinsten Einzelheiten herab die richtige Lösung...") veya *supra* dn. 29, 30 ve eşlik ettiği metin (WEHBERG'in akıl yürütme tarzı).

<sup>48</sup> Tarihle kurulan ilişki yönünden karş. *id.*, **The Future of International Law**, translated by J.P.BATE, Oxford, Clarendon, 1921 (1911) (*Yazara göre, Antik Çağ'da, "medenî devletler" arasında hukuka dayanan bir toplum olabileceği düşünülemez*) ve OPPENHEIM I (1905), §7, p.11 (...in antiquity, ...every State (sic) tried to be a world in itself...). Örn. bir diğer yönden, JELLINEK'in formel bakış açısını terk etme gereğini hissettiği anı hatırlayınız, karş. Bölüm II, dn. 41, 42 ve eşlik ettiği metin.

*kültürel nedenlerle birleştiğinde* yukarıda özetlenen akıl yürütme tarzı, kendisinin anonimleşmesine, genel kabul görmesine, atıf yapılması gerekene, nesnel olana dönüşmesine, farklılaşmasına, bunu bilen ve bilmeyenin ayrışmasına yol açar<sup>49</sup>. Yinelememiz gerekirse: *Devlet ve uluslararası hukuk arasındaki benzetmenin analitik biçimde tasarlanması, analizin kültürel-sosyal-ekonomik-tarihi vb. alanlarda ve anlarda bazı kavram, olay ve olgulara uygulananamaması, diğer bir deyişle, büyük ölçüde bilinçsiz, rutin biçimde doktrinin, doktrin-olmayana bağlanması neticesi, analitik yöntemle hedeflenen sentezi engeller.* Diğer bir ifadeyle, OPPENHEIM tarafından hukuki alanın ve ona nazaran uluslararası hukuk alt-alanının belirleyici yönü özlü biçimde ifade edilir; alt-alanı, çerçeveyi belirleyen, hukuk-veya uluslararası-hukuk-olmayana dayanır: OPPENHEIM'ın deyimiyile "*tatmin*"in, önündeki engelin gerçekliği, engel olarak, engelin, engel olduğu şeyin belirleyici şartı oluşudur. Zira, doktrin, uluslararası hukukun maddi veya şekli-asli kaynağı olamaz ama uluslararası, hukuk, kaynak, devlet, otorite, şiddet, hukuk-olmayan veya hukuk-dışı kavramlarını *sembolik açıdan* ele alan, yaratan, tekrarlayan doktrindir: Devlet, otorite, şiddet, hukuk-olmayan veya hukuk-dışı kavramları, kendinde doktrin- veya hukuk-dışıdır ama doktriner veya hukuki olanı belirleyen bu sonunculardır. Örneğin, OPPENHEIM, uluslararası hukuku hukuk olarak ispat için nedensiz yere hukuku, toplum, kural ve zorla icraya da-

---

<sup>49</sup> Bir bakıma, 19. yüzyıl sonunda yaşayan OPPENHEIM'ın kendisinin değil, kendisinin sembolize ettiğinin "bugünün efsanesi"ne dönüşmesinin altında yatan neden böyle de okunabilir. Örn. OPPENHEIM'ın 1905 yılında kaleme aldığı ders kitabının, 9. ve son baskısında; önceki baskıların aksine *hukukun ne olduğuna ilişkin* hiçbir görüş geliştirilmez, karşı. R.Y.JENNINGS, A.WATTS (editors), **Oppenheim's International Law, Vol.I Part 1, Parts 2-4**, Ninth edition, Essex, Longman, 1992 (OPPENHEIM/J.W. I-1; OPPENHEIM/J.W. I-2-4), §3, p.8 ve L.OPPENHEIM, **International Law:A Treatise, Vol.I**, Eighth edition, edited by H. LAUTERPACHT, Sixth Impression, London, Longmans, 1962 (1955) (OPPENHEIM/L. I (1962)), §3, p.8.

yandırıp onu kanonik hukuka benzetmez<sup>50</sup>: OPPENHEIM'a göre; (i) hukuk, (i.a) toplum, (i.b) o toplumda insan davranışlarına uygulanacak kurallar bütünü ve (i.c) o toplumun, bu kuralların dışsal şiddetle zorla icrası üzerine ortak rızasından oluşur. (ii) Temel (*basis*), dayanak (*cause*) ve kaynak (*source*) birbirinden farklıdır: (ii.a) *Temel*, devletlerin ortak rızasıdır; (ii.b) *dayanak*, devletlerin ortak rızasının meydana gelişine yol açan, toplumun tarihi gelişimindeki olaylardan doğar; (ii.c) *kaynak*, ortak rızanın ortaya çıkış yoludur; rıza açıkça andlaşma, örtülü ise örf ve adet hukuku olur<sup>51</sup>. Bununla birlikte (iii) kaynak olarak andlaşmaların bağlayıcılığı bir diğer kaynak olan örf ve adet hukukuna, örf ve adet hukukunun bağlayıcılığı da uluslararası hukukun kendisine yönlendirilir: Örf ve adet; teamülden, gelenekten (*usage*) farklı olarak hukuken gerekli (*legally necessary*) veya hukuken doğru (*legally right*) olduğu inancıyla (*conviction*) belirgin ve süregelen, belli bir eylemde bulunma alışkanlığıdır (*a clear and continous habit of doing certain actions*)<sup>52</sup>. Böylece, hukuku Hukuk yapan bastırılır ve tartışmaya olanak doğar. Yukarıda özetlenen ve OPPENHEIM tarafından açılan alan üzerine üç farklı modernist strateji ayrılabilir. İlki yargı ve örgütlenmeye, ikincisi savaş ve diplomasiye, üçüncüsü ise güç ve topluma yönelir.

1.LAUTERPACHT<sup>53</sup>, 493. paragrafın yukarıda özetlenen bölümünü şöyle değiştirir ve ona göre, andlaşmaların hukuki bağlayıcılığının dayanağı ile ilgili soruya:

---

<sup>50</sup> OPPENHEIM I (1905), §5, 7, pp. 8-11.

<sup>51</sup> *ibid.*, §12, pp. 16-18; §15-16, pp. 20-22. Ayrıca bkz. *ibid.*, §16, p. 22, n. 1 ("...call law into existence").

<sup>52</sup> *ibid.*, §17, pp. 22-23. Teamülü, örf ve adet hukukundan ayıran "olana ilişkindir, teoriye değil. Teorinin işaret edebileceği sadece" yukarıdakini yinelemekten ibarettir, bkz. *ibid.*, p. 23. Böylece, kanaat doğruya, doğru bilgiye, bilgi gerçekliğe dönüşür. Bilginin şartı, kanaat olur: Hukuk dili ve günlük dil bir diğerinden ayrılır.

<sup>53</sup> LAUTERPACHT hak. bkz. GARCIA-SALMONES ROVIRA (2013), pp. 45, 83, 114, 149-150, 349-352; Martti KOSKENNIEMI, *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*, 2 EJIL 215 (1997);

"...Doğru yanıt muhtemelen (probably) şöyledir; andlaşmalar hukukten bağlayıcıdır, zira andlaşmaların bağlayıcılığına ilişkin, uluslararası hukukun... örf ve adet kuralı vardır. Bu kuralın bağlayıcı etkisi son tahlilde (in the last resort), uluslararası hukukun objektif bağlayıcılık gücüne ilişkin, rızai ya da hukukten gerekli olmayan, temel karineye (fundamental assumption) dayalıdır"<sup>54</sup>.

Diğer bir anlatımla, OPPENHEIM yönünden ciddi olarak yanıtlanmayı bekleyen ve beklentinin karşılığı olarak tatmin edici yanıtlar, LAUTERPACHT'ı tatmin etmez, ertelenir: KELSEN'i ve aynı görüşteki diğerlerini takiben objektif uluslararası hukukun objektif bağlayıcılık gücüne ilişkin "temel karine"ye dayanılır, karine yinelenir, ama bu defa uluslararası hukuk kanonik hukuka benzetilmez<sup>55</sup>, hukuk Hukuk'tur. Öyle ise uluslararası örf ve adet hukuku kuralı nedir, ona nasıl erişilir? LAUTERPACHT'ın 17. paragraftaki görüşü karineyi tamamlar: Hukukçu, "uluslararası", medeni devlet sadece "devlet" olur; uluslararası yargı önüne gelen bir uluslararası hukuki uyuşmazlığı öncelikle taraflar yönünden bağlayıcı andlaşma hükümlerine göre çözmelidir ama şüpheli hallerde (*in cases of doubt*) andlaşmalar, örf ve adete atfen (*by reference*) yorumlanır<sup>56</sup>. Böylece hiperbol-izm tamamlanır, EFLATUN sahneyi GORGIAS'a terk eder: Uluslararası andlaşmaların hukukten bağlayıcılığı uluslararası örf ve adet hukukuna, uluslararası örf ve adet hukukunun

---

KOSKENNIEMI (2007), esp. pp. 353-412; *id.*, **Hersch Lauterpacht** in BEATSON/ZIMMERMANN, pp. 601-661. NDB'de veya ÖBL'de LAUTERPACHT hak. bilgi yoktur.

<sup>54</sup> OPPENHEIM/L. I (1962), §493, pp. 881-882.

<sup>55</sup> *ibid.*, §5, p. 10.

<sup>56</sup> *ibid.*, §17, pp. 25-26. OPPENHEIM'da teori "işaret" ederken (*point*), LAUTERPACHT'ta "der" (*say*), karşı *supra* dn. 52.

varlığı uluslararası yargıya, yargı da zorunluluğu ümit edilmekle birlikte yargı önüne gelecek devletlerin iradelerine bağlanır<sup>57</sup>.

OPPENHEIM'in açtığı alanı, LAUTERPACHT uluslararası yargı, özel-tabii hukuk ve uluslararası örgütlenmeyle doldurmaya çalışırken (Wolfgang) FRIEDMANN "siyasal bağlam"a, savaş ve diplomasiye yönelir.

2.FRIEDMANN'ın<sup>58</sup> bakış açısı "anti-formalist", "egemenlik karşıtı"dır: Devletlerin egemenliğine (*çıkarları*) karşı uluslararası örgütlenmeyi ve düzenleme (*regulation*) ön plandadır; katı (*hard*) kurallar yerine esnek (*flexible*) standartlara ve değerlere ağırlık verilmeli, uluslararası hukukun kapsamı genişletilmelidir (*yatay ve dikey*)<sup>59</sup>. Uluslararası sorunların çözümü için "*artık geçmişte kalan*" koordinasyon yerine, özellikle BM dö-

---

<sup>57</sup> Bu yön, iki savaş arası dönemden savaşı sonrasına LAUTERPACHT'ın, Alman doktrini bağlamında, daha genel projesinin bir parçasıdır. Öyle ki uluslararası hukukun özel hukuk ve ekonomiyle ilişkilendirilmesi, tabii hukukun pozitif hukuka dönüşümü, egemenlik yerine uluslararası örgütlenme ve yargının pragmatik-dogmatik biçimde birleştirilmesine matuf bu projenin bir yönü, uygulanabilir hukukun olmadığı hallerin (*non liquet*) görünürde olduğu, çözümü yönünden başvurulabilecek bir hukuk kuralının, *yani* pozitif hukukun (*hukukun, öz. özel hukukun genel ilkeleri vd.*) mutlaka bulunduğu ilişkindir, bkz. e.g. LAUTERPACHT (1926), esp. p.168 et seq. ve H.LAUTERPACHT, *The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law*, 24 *ECONOMICA* 277 (1928); *id.*, *La théorie des différends non justiciable en droit international*, 34 *RdC* 497 (1930); *id.*, **The Function of Law in the International Community**, Oxford, Clarendon, 1933, esp. §22, pp. 431-433; *id.*, **The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice**, London, Longmans, Green, 1934, esp. §59, pp. 186-199; *id.*, *Règles générales du droit de la paix*, 62 *RdC* 99 (1937); *id.*, **Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of Law in** W.J.M. EYSINGA et al. (editors), **Symbolae Verzijl**, Leiden, Martinus Nijhoff, 1958, pp. 196-221.

<sup>58</sup> FRIEDMANN hak. öz. bkz. John BELL, **Wolfgang Friedmann (1907-1972) with an Excursus on Gustav Radbruch (1878-1949)** in BEATSON/ZIMMERMANN, p. 517 et seq.; KOSKENNIEMI (2007), p. 494 et seq. NDB'de FRIEDMANN hak. bilgi yoktur.

<sup>59</sup> Anılan yönden FRIEDMANN İskandinav realizmi (*örn. ROSS*) ile benzeşirken, öz. siyasa (*policy*) merkezli, "neo-realist" yaklaşım (*örn. MCDUGAL*) ile farklılaşır, bkz. FRIEDMANN (1962), pp. 1147-1148; FRIEDMANN (1964), pp. 64-67.

minde ekonomik, ticari çıkarlar ve değerler üzerine kurulu, söz konusu çıkar ve değerler radikal biçimde çatıştığında ise dengelenmeyi (*balancing*) gerektiren kooperasyonu öneren<sup>60</sup> FRIEDMANN'a göre; hukuk ve siyaset arasında objektif bir sınır olmaması gibi nedenlerle uluslararası hukukta belirsizlik (*indeterminacy*), farklı yollarla (*interdisipliner çalışmalar gibi*) aşılabılır; bu bağlamda, temel teorik sorunlarla uğraşmamalı, *işbirliğine dayalı, yeni bir uluslararası hukuk geliştirilmelidir*<sup>61</sup>. Zira, örneğin irili ufaklı pek çok egemen eşit devletin bir arada yaşadığı (*co-existence*) ve sadece söz konusu devletlerin oluşturduğu, esas alındığı bir toplum, hatta gücün gerçekliğini yansıtmayan "ulus devlet" "gerçekdışı"dır (*unreal*)<sup>62</sup>. Nitekim, "*hukuk bütünüyle sosyal düzenin bir aracı*" (*(a)ll law is an instrument of social order*) ve düzenlemeyi (*regulate*) amaçladığı toplumun yapısıyla bağlı (*closely tied*) olduğuna göre, uluslararası hukuk uluslararası güç ve siyasetin şekillendirdiği bir hukuktur ve uluslararası hukuk sistemine katılım uluslararası-birlikte-yaşamın dayanağı olduğu gibi bu sonuncu da, ideolojiye nazaran değişen siyasal çıkarların bir "işlevi"dir<sup>63</sup> (*function*). Ancak artık "yetersiz olan"<sup>64</sup> (*insufficient*) uluslararası hukuk *mükemmel olmasa da* hukuk sistemi olduğu varsayımı altında, zayıflık ve boşluklarına rağmen; uluslararası ilişkilerde etkin ve evrensel açıdan kabul gören yegane kılavuzdur<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> FRIEDMANN (1969), pp. 145, 180-181, 185.

<sup>61</sup> *ibid.*, p. 148 et seq.; FRIEDMANN (1964), pp. 2 et seq., 64 et seq. FRIEDMANN, böylece kısmen OPPENHEIM'i yineler.

<sup>62</sup> FRIEDMANN (1969), pp. 233, 234.

<sup>63</sup> *ibid.*, pp. 47; 175, 181, 185. FRIEDMANN, burada LAUTERPACHT'ın görüşünü dönüştürmektedir.

<sup>64</sup> *ibid.*, p. 93.

<sup>65</sup> *ibid.*, p. 76.

Tüm organize ulusal toplumlarda, hukukun gücü ve otoritesi net bir biçimde tanımlanmış (*well-defined*) yasama, yürütme ve yargı kanallarıyla yerine getirildiğine (*how law operates*) ve devlette hukukun rolünün oldukça güçlü bir şekilde ve pek çok hukukçu tarafından hukukun siyasi ve sosyal temellerinden izole (*isolated*) edilmeye yöneldiğine değinen FRIEDMANN; 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başlarında Batı dünyasındaki hukuk düşüncesine hakim olan pozitivistimin, "hukuk"un, "devlet"in otoritesini verili (*posited*) kabul ettiğini belirterek analitik pozitivistimin savunucuları tarafından hukuki yapının farklı yönleri ve bunlar arasındaki ilişkilerin araştırıldığını ve özellikle hukuk sisteminin hiyerarşik yapısının analizi ve emirlerine uyulmasına zorlayan yaptırımlarla uğraşıldığını ve tepe noktası, "egemen"in (*sovereign*) verili kabul edildiğini ifade eder<sup>66</sup>. FRIEDMANN'a göre, bu bağlamda, örneğin JELLINEK veya KELSEN'in hukuka yaklaşımı; bir an için ulusal hukuk sistemleri yönünden uygun ve yeterli görülse bile uluslararası-hukuki-düzeni kavramak bakımından tamamen yetersizdir<sup>67</sup>. Yine, FRIEDMANN'a göre; eleştiriye açık biçimde, pozitivist yöntem nedeniyle, hukuku temelden etkileyen herhangi bir siyasi olgu (*political fact*) hukukun inceleme alanı dışına çıkarılmaktadır. Böylece egemen devletler arasındaki ilişkilerin formalizasyonu ile meşgul olan uluslararası hukuk (*law of nations*); – ana hedefi, kuvvet kullanmayı (*use of force*) uyuşmazlıkların barışçıl çözümüyle değiştirmekse– Milletler Cemiyeti'ne değin böyle bir hedefi gütmemiş, uluslar topluluğu (*society of nations*), BM aracılığıyla (*through*) bugün (1969) belirsiz ve istikrarsız sonuçlara yol

---

<sup>66</sup> FRIEDMANN (1969), pp. 47-48. Bu görüşü takip edenler yönünden, örn. gerek uluslararası anlaşmalarda gerekse uluslararası yargı organlarının yetkisine yönelik çekinceler, büyük ölçüde içinde buldukları hukuk çevresi dikkate alınarak incelenir, böylece öz. Anglo-Amerikan literatürdeki genel temayüle uyulur, karş. e.g. Louis HENKIN, *The Treaty Makers and the Law Makers*, 56 COLUM.L.REV. 1151 (1956).

<sup>67</sup> FRIEDMANN (1969), p. 48.

açtığından<sup>68</sup> (*hukuki belirsizlik*); devletler arası ilişkilerde temel norm (*basic norm*) olarak gücün egemenliği, hukukun üstünlüğüyle (*rule of law*) değiştirilmelidir<sup>69</sup>. Ancak, uluslararası hukukun anlamını (*relevance*) ele aldığı bölümde, FRIEDMANN'ın üzerinde durduğu husus, kaynak veya temel değil yaptırımın (*sanction of non-participation*) rolü ve uluslararası toplumda yaptırımın kurumsallaştırılması, yani BM Güvenlik Konseyi'dir<sup>70</sup>. Ancak işbirliği hukuku (*law of cooperation*) bağlamında yaptırım, uluslararası toplumdan dışlanmadır: Bu bağlamda, o dönem için komünist blokun dışında olduğu Dünya Bankası en iyi örneği teşkil ettiğinden, FRIEDMANN, yeni uluslararası hukukun "hukuk" olduğunu uluslararası ekonomi örgütleri (BWI) üzerinden gösterir<sup>71</sup>. Bu bağlamda, işbirliği hukuku evrensel karakter taşımakta ve sınırını ortak çıkarlar ve değerler (*common interests and values*) belirlemektedir<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> BM Şartı'nın kuvvet kullanma yasağının hangi "savaş"ları yasakladığı konusunda bkz. FRIEDMANN (1969), pp. 68, esp. 200 et seq.

<sup>69</sup> *ibid.*, p. 48. FRIEDMANN; örn. denizlerin serbestisi, karasularının genişliği veya devletlerin sorumluluğu gibi meselelerdeki anlaşmazlıklar neticesinde ortaya çıkan, uluslararası hukukun temel kurallarının, her zaman, birbiriyle çatışan ulusal çıkarların uyumlulaştırılmasının (*adjustment*) birer ürünü olduğunu belirtmekte ve İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki dönemin en önemli gelişmesinin (*inter alia yeni devletlerin ortaya çıkışı, kalkınma ihtiyacı ve iki-kutuplu ideolojik çatışmanın uluslararası hukukun evrenselliğini zedelemesi*) sonucunun önceden hukuk dışında düşünülen alanların hukukun inceleme alanına dahil edilmesi sonucunu doğurduğunu olumlu karşılar, bkz. *ibid.*, pp. 49-50, 64.

<sup>70</sup> *ibid.*, p. 115 et seq.

<sup>71</sup> Örn. BM üzerinden değil, karşı *ibid.*, pp. 65 et seq., esp. 68, 115-117. Ancak egemenlik ve yaptırım uluslararası hukuk düzeninin kurucu unsurları olarak anlaşılmalı, uluslararası ilişkilerin (*international relations*) mevcut durumu, daha ziyade zayıf (*weak*) bir hukuk düzeni olarak algılanmalıdır, bkz. *ibid.*, pp. 75, 76 et seq.

<sup>72</sup> *ibid.*, p. 94. Pasifizme veya Alman çevresinde 19. yüzyıl sonundaki modernistlere benzerliği yönünden karşı KOSKENNIEMI (2007), pp. 476-477.

FRIEDMANN, 1938 yılında, savaş tehlikesinin çok yakından hissedildiği anlarda, her hukukçunun, özellikle uluslararası hukukçuların, uluslararası toplumun yapısında meydana gelen ani değişikliklerin uluslararası ilişkilerde hukukun üstünlüğüne yaptığı etkiler üzerine durup düşünmesi gerektiğini ifade eder<sup>73</sup>:

"...Uluslararası hukukçuların siyasetten uzak durma konusunda samimi ancak çoğu zaman tutarsız bir isteği olsa da ne yazık ki siyaset uluslararası hukuku yalnız bırakmaz..."

Ve mevcut (1938) uluslararası krizin belirgin bir sonucu varsa bu, uluslararası hukukun, "*Avrupa'da, ulusların karşılıklı ilişkilerinde davranışlarını düzenleyen (govern) kurallar sistemi*" olarak çökmesidir<sup>74</sup>. ABD'deki FRIEDMANN'a göre ise ABD'nin Vietnam'daki "faaliyetler"inin ahlaki gerekçeleri (*moral justifications*) göz ardı edilmemeli, *tek taraflı yardım, iç işlerine müdahaleyi beraberinde getireceğinden* ABD tarafından, Dünya Bankası, özellikle Uluslararası Para Fonu (BWI) gibi örgütler tercih edilmelidir<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> *id.*, *The Disintegration of European Civilisation and the Future of International Law*, 2 MOD. L.REV. 194 (1938). BELL'e göre, FRIEDMANN'ı uluslararası hukuka yönelten savaş öncesi durumdur, bkz. BELL, p. 528. *Kanaatimizce* aksi geçerlidir, FRIEDMANN uluslararası hukuktan anılan yıllarda uzaklaşır. 1940 yılında, LAUTERPACHT'ın hazırladığı, 6. OPPENHEIM baskısını eleştiren FRIEDMANN'a göre, "*...bir devrim olurken, hukuk yaratılır, olmaz...*", *id.*, *Textbook Myth on International Law*, 4 MOD.L.REV. 299, 302 (1941).

<sup>74</sup> FRIEDMANN (1938), pp. 213-214. FRIEDMANN'ın önerisi, uluslararası hukuk biliminin, uluslararası toplumun geçirdiği eşi görülmedik derin değişimlerin zorunlu kıldığı şekilde '*diktatörlükler ve demokrasiler barışçıl bir biçimde nasıl bir arada yaşayabilir ve ortak davranış kuralları dairesinde nasıl işbirliği kurabilir*' soruları etrafında uluslararası hukukun sosyal, sosyolojik temellerini gözden geçirmesidir.

<sup>75</sup> *id.*, *Commentary on "United States Intervention: Doctrine and Practice"*, 3 STAN.J. INT'L STUD. 107 (1968). Keza, komünizme ve Sovyet ideolojisinin yayılmasına karşı ulusal çıkarın realizmi ve insancıl ilerlemenin yarattığı ikilik (*dichotomy*) bağlamında, ABD'nin ekonomik yardımı, söz konusu halkın komünizm mağduru olmasını engelleyeceği gibi başka bir devlet ülkesindeki iç karışıklığa askeri müdahale açısından da BM tarafından müdahalenin tercih edilmesi yeğlenmelidir, ancak BM artan bir biçimde siyasal bir organ kimliğine bürünmekte ve askeri müdahale yönünden Güvenlik Konseyi veya Genel Kurul'da müzakere ve

Dolayısıyla, gerçek bir iç savaş durumunda üçüncü devletler (örn. ABD) yönünden "müdahale etmeme" (*non-intervention*), (*sic*) "*ideal bir çözüm olarak gözükmese de eldeki en iyi normdur*"<sup>76</sup>.

3.SCHWARZENBERGER'e<sup>77</sup> göre ise, OPPENHEIM'in anlatısı, toplum ve topluluk farkının anlaşılması ile çözülebilir. Öyle ki 1939 itibariyle yaşanan gelişmeler uluslararası hukuk, hukuk bilimi (*jurisprudence*) ve sosyolojinin kesiştiğine ve kesişimin (*sic*)

---

uzlaşma zorunluluğu (*exigency*) bulunduğundan, askeri müdahaleye ilişkin olarak elde edilecek sonuç belirsizdir (*precarious*), bkz. FRIEDMANN (1968), pp. 108-109. FRIEDMANN, açıkça, uluslararası hukuken iç savaşlara yabancı devletler tarafından müdahale yasaklanmış olmakla birlikte, üçüncü bir devletin saldırısına karşı müdahalenin, Küba Krizi örneğine benzetilerek meşru görülebileceğini, hukuki gerekçe şüpheli gözükmekle birlikte ahlaken (*in a moral sense*), genel olarak kabul edilebilir olduğunu belirtir(!), bkz. *ibid.*, pp. 109-111.

<sup>76</sup> FRIEDMANN (1968), p. 112 ("...*the best legal norm available although far from an ideal solution...*"). Keza, FRIEDMANN'a göre, ABD'nin pratikte karşılaşılan dış politikası ABD'nin müdahalelerinin ne ABD'nin ulusal çıkarlarına hizmet ettiğini ne de müdahale edilen devletin kalkınmasına yardımcı olduğunu göstermez: FRIEDMANN; müdahale ile müdahale-etmeme arasında ABD'nin, *belirli hedefleri elde etmenin bir aracı olarak* müdahalenin uygunluğu ve meşruiyeti bağlamında, bıçak sırtı (*dilemma*) bir durumla karşı karşıya olduğunu; dolayısıyla söz konusu dilemanın, komünizmi frenleme veya dünya düzenini koruma amacıyla Amerika'nın gücünü kullanmaya adanmış ABD siyaset uzmanlarının (*policymakers*) önünde olduğu kadar 1919'dan beri Milletler Cemiyeti'ni ve BM'yi sosyal ilerlemenin bir aracı olarak gören liberallerin ve insanlığa adanmış kişilerin (*humanitarians*) de önünde olduğunu belirtir, bkz. *ibid.*, p. 113.

<sup>77</sup> SCHWARZENBERGER hak. öz. bkz. L.C. GREEN, *Georg Schwarzenberger* (1908-1991), 86 AM.J. INT'L L. 341 (1992) ve Stephanie STEINLE, *Georg Schwarzenberger (1908-1991) in BEATSON/ZIMMERMANN*, p. 663 et seq.; *id.*, *Schwarzenberger, Georg ins NDB*, Band 24, S. 16 (2010). Birleşik Krallık'ta doktrinin durumu hak. bkz. STEINLE, pp. 668-669, 680 ("...*It was not until after the Second World War, with the founding of new universities, that the teaching of international law became more important...-Schwarzenberger can best be remembered as a very unorthodox thinker,... significantly stimulated the intellectual debates on international law in post-war Britain and on the international scene*"). Buna karşın SCHWARZENBERGER'in Türk doktrinine etkisi doğrudandır, karşı. e.g. MERAY (1964), ss. 199-200 (*MERAY'ın raporu boyu üstün tuttuğu görüş, SCHWARZENBERGER'e atfen, akademide uluslararası hukuk çalışanların metotla ilgili meselelerle uğraşmayı kariyerlerinin sonuna ertelemesidir*).

"toplum" (*community*) tarafından istikrarlı, kabul edilebilir görülmediğine işaret eder<sup>78</sup>: Üyelerinin çıkarlarının çeliştiği bir toplulukta (*society*), her bir üyenin ana sorunu kendini korumaya (*self-preservation*) dönuşür; nitekim değere ilişkin herhangi bir manevi ölçütten (*any spiritual standards of value*) yoksun bir hukuk toplum-hukuku (*community law*) olamaz, topluluk-hukuku (*society law*) olarak kalır<sup>79</sup>. SCHWARZENBERGER'e göre, uluslararası hukukun ilk dönemlerinde nasıl bir toplum olursa olsun neticede bir topluluğa (*society*) dönuşmüştür<sup>80</sup>. Nitekim hukukun üç türü (*topluluk-hukuku, toplum-hukuku ve karma-hukuk (hybrid law)*) kabul edilirse uluslararası hukuk (*international law*), üçünden herhangi biri değil üçünün karmasıdır (*a curious mixture of the three basic types of law*)<sup>81</sup>: Dolayısıyla uluslararası hukukun sosyal arka planı, uluslararası hukukun sosyolojik analizi hedeflenir fakat iddianın özü, uluslararası ilişkilere, güç siyasetine (*power politics*) yönelimdir. Uluslararası hukuk güç siyasetinin bir aracı olarak ele alınmadığında ise uluslararası yargı tarafından uygulandığı şekliyle (*as applied by international courts and tribunals*) değerlendirilmesi uygundur, zira etik (*ahlaki*) temelini filozofların spekülasyonları oluştursa da tabii hukukun "metafizik" ve "akl"a dayalı yönü pozitivistimin tabii hukuka yeteri derecede seçenek oluşturmaması veya uluslararası hukuk ders kitaplarında müelliflerin tuttuğu yol, görüşlerini üstün tutacak hususlara yer verip diğerlerini dışlayan "eklektisizm"i,

---

<sup>78</sup> Georg SCHWARZENBERGER, *The Rule of Law and the Disintegration of the International Society*, 33 AM.J. INT'L L. 56 (1939).

<sup>79</sup> *ibid.*, p. 66.

<sup>80</sup> *ibid.*, p. 75.

<sup>81</sup> Georg SCHWARZENBERGER, *Three Types of Law*, 53 ETHICS 89 (1943). Bu bağlamda savaş, uluslararası hukuka aykırılığın ziyade yeni bir düzene olanak tanınması itibarıyla ele alınır, bkz. *id.*, *Völkerrecht und Weltorganisation im Atomzeitalter*, 1 AV 26 (1948).

"daha ikna edici ve otoriter nitelikte" olan yargıya dönüşü zorunlu kılar<sup>82</sup>. Uluslararası hukukun yargının uyguladığı ile açıklama iddiası, SCHWARZENBERGER'e göre, aşırı görünse de gerçeklik payı (*a certain amount of truth*) vardır: Ders kitaplarındaki (*sic*) "*dicta*", şu veya bu devletin uygulaması yerine uluslararası yargı kararları aşılamayacak (*cannot be surpassed*) bir "otorite ve gerçekliğe" (*authority and reality*) sahiptir<sup>83</sup>. Bununla birlikte, özellikle, genel uluslararası hukuk ile ilgili yargı kararlarına değinilen bahislerde (1.-6 alt başlıklar) tekrarlanagelen farksızdır, kararların ne ifade ettiğini kavrayabilmek için açıklamaya ihtiyaç duyulur<sup>84</sup>. Dolayısıyla, bir bakıma, OPPENHEIM'ın yarattığı alanın doldurulmasına ilişkin çözüm önerisi, alanı ortaya çıkarmanı tamamen görmezden gelmektedir<sup>85</sup>. Felsefe ve sosyal bilimlerin bir diğerinden ayrılarak<sup>86</sup> özellikle doktrinin felsefeden, felsefenin de doktrinden daha net çizgilerle ayrıldığı; ayrımların doğal karşılandığı, diğer bir ifadeyle, farklı sosyal-kültürel-tarihi-ekonomik nedenlerle ve özellikle felsefenin

---

<sup>82</sup> Georg SCHWARZENBERGER, **International Law, Vol. I**, London, Stevens&Sons, 1945, pp. v, 1-2. Bununla birlikte karşı. *ibid.*, p. v ("*...If the writer had required to be convinced of this truth...*"). Aynı stratejinin Lahey'deki öğrencilere hitaben kaleme alınan ders notlarında da izlendiği görülür, bkz. *id.*, *The Fundamental Principles of International Law*, 78 RdC 195-199 (1955).

<sup>83</sup> *ibid.*, p. 2. LAUTERPACHT, burada *in passum* anılır, bkz. *ibid.*, p. 4, n. 1. Bu anlaşılabilir bir durumdur, zira, uluslararası hukukun prensipleri bahsinde değinilen yalnızca UDAD'nin Lotus Kararı'dır, bkz. *ibid.*, p. 7.

<sup>84</sup> *ibid.*, pp. 8-9. Örn. uluslararası hukukun "*işlevi*" (*function*) ile ilgili bazı yargı kararlarına değinildikten sonra bunların "*yalnızca başlangıç noktası*" olduğu, "*daha somut sonuçların yalnızca uluslararası hukuk ve onun sosyal çevresi*" ve topluluk-hukuku/toplum-hukukunun farklarının görülmesiyle anlaşılabilceği belirtilir.

<sup>85</sup> Bununla doğrudan ilintili olarak, doktrin, uluslararası hukukun şekli kaynakları ve nükleer silahların savaşta kullanımının hukukiliği hak. Divan'ın danışma görüşlerinden (1996) çok önce (1958), LAUTERPACHT ve SCHWARZENBERGER arasındaki tartışma ve keskin fikir ayrılığı için bkz. E.LAUTERPACHT, **The Life of Hersch Lauterpacht**, Cambridge, New York, 2010, CUP, pp. 364-371.

<sup>86</sup> Öz. Alman doktrini yönünden en veciz ifadesi için bkz. KOSKENNIEMI (2007), pp. 261-265. Ayrım ve alan kavramları ile ilgili kısa bilgi için bkz. Giriş, dn. 5.

hukuka hukukun felsefeye sınır çizdiği, bir diğerine hitap etmediği ve TWAIL gibi üçüncü dünya ülkelerinin kolonyal düzen sonrası görüş ve yaklaşımlarının veya "komünist blok" ülkelerinde özellikle Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) veya bu bloktaki diğerlerinin, örneğin Almanya Demokratik Cumhuriyeti'nin, "liberal dünya" ile sınırlarının tamamen ideolojik ve siyasal nedenlerle belirlendiği bir ortamda (*milieu*), doktriner tercihlerin, özellikle AKİPEK veya takiben ÖZMAN'ın ve dolayısıyla, tercihimizin, yukarıdakilerin herhangi biriyle ilişkilendirilebilecek *biçimde* doktriner bir anlatı oluşturmalarının mümkün olmadığını kabul etmeliyiz. Bununla birlikte buraya kadar anılanların hiçbiri böyle bir tercihin okuyucu ile paylaşılmamasını haklı kılamaz.

Aşağıdaki satırlar, buraya kadar anlatılanlar eşliğinde okunduğunda (Giriş, Bölüm I), bir diğeriyle çelişen, bir diğerini tekrar eden veya anonimleşen, genelgeçer hale gelen, doktrini bir yandan yardımcı veya tali, diğer yandan esas veya asli algılayan ve benzeri hususlar *kanaatimizce* daha anlamlı hale gelir. Nitekim ÖZMAN'a göre:

*"...(Y)eni kaideler telkin etmek veya mevcut kaideler hakkında... değer hükmüne varabilmek için her şeyden önce bahis konusu müessesenin nasıl geliştiği, ne olduğu ve ilgili kaidelerin neler oldukları gibi hususların incelenmesi gerekir. - Kanaatimiz odur ki, 'olması lazım gelen'e erişebilmek için, her şeyden önce 'olan'ı iyi bir şekilde bilmek zorunludur. Bu sebeple de gayemiz çekinceler konusunda 'olan hukuk'u incelemektir.."<sup>87</sup>.*

---

<sup>87</sup> ÖZMAN, s. 4 ve karş. e.g. Georg JELLINEK, **Der Kampf des alten mit dem neuen Recht**, Heidelberg, C.Winter, 1907, S. 56: "*Geleceğin tümü, bilginin değil inancın konusu olabilir. Geçmişten, hukuk düzeninin insan ırkını daha üstün bir ahlaki seviyeye çıkaracağı inancına dair cesaret alabiliriz!*" ("*Alle Zukunft ist nicht Gegenstand des Wissens, sondern des Glaubens. Aus der Vergangenheit können wir Mut zu dem Glauben schöpfen, dass auch der Kampf der Rechtsordnungen dazu berufen ist, das Menschengeschlecht auf eine höhere Stufe sittlicher Entwicklung zu führen!*"). Farkın tekrarı ile tekrarn farkına dikkat ediniz.

## II. GENEL OLARAK ÇEKİNCE: ÇEKİNCE-OLMAYAN

§27.-JELLINEK'in, bir zamanlar, kendisine, borçlar hukukunun temel ilkelerinin uluslararası hukuka aktarımıyla uluslararası andlaşmaların değerlendirilecek olursa kıyas yoluyla birbirinden farklı iki hukuk düzeni arasında ama uluslararası hukuk içinde yaratılmasına karşı çıktığı *jus cogens*; bugün uluslararası hukukta bir vakadır. İçeriği ve kapsamı ne kadar belirsiz, ne kadar tartışmalı olursa olsun *jus cogens* kavramının varlığını kabul etmemizin nedeni, kavramın *objektif* uluslararası hukukun bir parçasını<sup>88</sup> oluşturmasıdır. Zira Viyana Sözleşmesi'nin 53. ve 64. maddelerinde *jus cogens* açıkça yer almaktadır<sup>89</sup>. Bununla birlikte *jus cogens*'ten ne anlaşılması gerekir, hangi haller *jus*

---

<sup>88</sup> "Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi" (Convention on the Law of Treaties (with annex), Vienna, 23.05.1969, 1155 UNTS 337 (1980)) (V i y a n a S ö z l e ş m e s i), gayri resmi Türkçe çevirisi için bkz. GÜNDÜZ (2003), s.184 ved. ve karş. Devletlerin andlaşmalarına "H a l e f i y e t S ö z l e ş m e s i" (Vienna Convention on succession of States in respect of treaties (with annex), Vienna, 23.08. 1978, 1946 UNTS 3 (1996)); *henüz yürürlüğe girmemiş olan " U l u s l a r a r a s ı Ö r g ü t l e r S ö z l e ş m e s i "* (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, Vienna, 21.03.1986, UN Doc. A/CONF.129/16/Add. 1 (Vol.II), p. 93 et seq.). Türkiye'nin hiçbirine taraf olmadığı bu andlaşmalar, birlikte "Viyana Sözleşmeleri" olarak anılacaktır.

<sup>89</sup> Viyana Sözleşmesi, mm. 53, 64 ve karş. OPPENHEIM/ J.W. I-1, §2, p. 7 et seq. *Sözleşme*, '*jus cogens*'i "andlaşmaların geçersizliği" içinde değerlendirerek (i) akdedildiği anda '*jus cogens* ile çatışan andlaşmaların "batıl" (*void/nul*) olduğunu veya (ii) andlaşmanın, akdinden sonra ortaya çıkan '*jus cogens*'le çatışması (*geriye, geçmişe atf*) halinde "batıl" (*void/nul*) olacağını ve "sona ere"ceğini (*terminate/prendre fin*) düzenler. Sorun, öz. Sözleşme'nin, andlaşmaların sona ermesi ile ilgili "usul"ü (*procedure/procedure*) tarafların iradesine (*geleceğe, ileriye atf*) bırakması nedeniyle (öz. m. 65, 66/a) böyle bir andlaşmanın *pratikte* nasıl ve ne zaman sona ereceğine, *başka bir anlatımla*, sistemik ilkeler (*erga omnes, jus cogens*) ve taraf iradeleri, egemenliği (*consent, sovereignty*) arasında doğması muhtemel uyumsuzluğa ilişkindir, buradaki fikirle karş. e.g. K.SCHMALENBACH, **Art.53** ve *id.*, **Art.64** in O.DÖRR, K.SCHMALENBACH, **Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary**, Heidelberg, Springer, 2012 (DÖRR/SCHMALENBACH), pp.898-

*cogens* kapsamında değerlendirilebilir? Divan ve diğer uluslararası yargı organlarının önüne gelen uyuşmazlıklarda, farklı bağlamlarda ve maddi veya usuli açıdan gündeme gelen<sup>90</sup> *jus cogens*'in belirsizliği, doktrine ve uygulamaya, yani çelişik biçimde uyuşmazlıkların yargı önüne gelişine olanak tanır. Viyana Sözleşmesi'nin 64. maddesi şöyledir:

"Eğer genel uluslararası hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa o normla çatışan herhangi bir mevcut anlaşma geçersiz olur ve sona erer"<sup>91</sup>.

64. madde, mevcut, herhangi bir anlaşmaya nasıl uygulanabilir, kendisi de bu norma tabi olur mu; geçersizlik ve sona ermeden anlaşılması gereken nedir; böyle bir durumda geçersizlik ve sona ermenin sonuçları ne olabilir? Bunlar ve benzeri diğer sorular kısmen Viyana Sözleşmesi'nde öngörülmekle birlikte (m.65 ved.), *inter alia* kavramın ifade ettiği anlam yönünden formel olamayacak olanı formalize ettiği için öngörülemeyen, öngörülemez olan ve hukuki ve üzerine tartışmaya yer vermesi bakımından öngörülemez olması gereken; normun, normların ve onların ilişkili olduğu bağlamın kendisidir<sup>92</sup>.

---

899; 1121-1122; (madde metinleri için) bkz. GÜNDÜZ (2003), ss. 197-198, 201-202. Bu durumun, uluslararası hukukun görelî normatif hale gelişiyile ilgisi için karşı. P. WEIL, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 AM.J.INT'L L. 413, 440-442 (1983); Andreas L.PAULUS, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, 74 NORDIC J. INT'L. L. 297 (2005) ve Ulf LINDERFALK, *Normative Conflict and the Fuzziness of the International ius cogens Regime*, 69 ZaöRV 961 (2009). Dikkat edilmesi gereken, '*jus cogens*'in ayrı bir kural türü niteliği taşıyıp taşımadığının tartışmaya açık oluşudur.

<sup>90</sup> cf. e.g. Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom), 23 RIAA 59 ¶ 84, 100, 103 (PCA 2003) (*Taraflar, tahkim divanının uygulayacağı hukuku kendileri belirlerken 'jus cogens'i ihlal edemez*) veya Viyana Sözleşmesi'nden önce, Çekincele Danışma Görüşü, p. 23 ("*...insanlığın bilincini şoke eden...*").

<sup>91</sup> Karşı. (çeviri için) GÜNDÜZ (2003), ss. 200-201; *supra* dn. 88.

<sup>92</sup> Formu açık veya örtülü olarak ortadan kaldıran deformalizasyonun aksine, formalizasyon ile deformalizasyonun örneklerinden biri, bu bağlamda, '*jus cogens*'tir. Örn. Viyana Sözleşmesi'nden önce, kendisine sıkça atf

Örneğin, Viyana Sözleşmesi'nin kabulü (1969) sonrası Divan, konusu doğrudan doğruya *jus cogens* ile ilgili olmayan bir kararında (1970), aşağıdaki ifadeleri kullanır:

"Bir devlet, ülkesine yabancı yatırım veya... gerçek veya tüzel, yabancı kişi kabul ederse onlara, hukuki koruma sağlamaya ve nasıl davranılacağına ilişkin birtakım yükümlülükler üstlenir. Bunlar, zamandan bağımsız, mutlak veya kayıtsız değildir (ne sont toutefois ni absolue ni sans réserve). Devletlerin; uluslararası toplumun tümüne karşı olanlar ile diplomatik himaye çerçevesinde, bir diğer devletle birbirlerine karşı doğan yükümlülükleri arasında, özellikle, önemli, özlü bir ayrımın (une distinction essentielle) tescimi gerekir. Doğaları gereği (par leur nature même), birinciler, tüm devletleri ilgilendirir. Bu hakların önemi nedeniyle, her bir devletin, onlarda, onlarla korunan hukuki menfaati (intérêt juridique) olduğu; onlara karşılık gelen yükümlülüklerin de erga omnes olduğu düşünülebilir..."<sup>93</sup>.

Diğer bir ifadeyle, Divan, devletlerin uluslararası hukuki yükümlülüklerinin kayıtsız olmadığını, birtakım kayıtlarının bulunduğunu kabul ederek kaydın kendisi yerine yükümlülükler arasında bir ayrıma giderek yükümlülüklerin karşıtı olarak hakların, haklarla korunan hukuki menfaatin *uluslararası toplum* veya *sadece muhatabı olan devlet*

---

yapılan bir yazısında (Alfred) von VERDROSS, *contra bonos mores*, yani ahlaka aykırı andlaşmalarla ilgili yorumunda, hangi uluslararası andlaşmaların böyle bir niteliğe sahip olduğunun bilinebilmesi için devletlerin, uluslararası toplum içinde hangi ahlaki görevleri olduğuna göndermede bulunur; böylece uluslararası toplumun evrensel etik kurallarına (*universal ethics of the international community*) denk düşen ilkelerin, etik açıdan asgarinin (*ethical minimum*) bulunmasıyla konunun sınırlanmasını önerir, bkz. *id.*, *Forbidden Treaties in International Law*, 31 AM.J. INT'L L. 571, 574 (1937). Görüşün hukuki değeri bir tarafa, *bir yandan* araştırma konusu genişletilir, *öte yandan* söz konusu genişliğin getirdiği yük bilindiğinden kapsam daraltılır.

<sup>93</sup> Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), Judgment, 1970 ICJ Rep. 3 ¶ 33 (Février 5) (Barcelona Traction). Metindeki vurgu Divan'a aittir.

veya devletler tarafından yükümlülük sahibi devletten talep edilip edilemeyeceği arasında *özlü bir ayırımın gerekli olduğunu* belirtir. Bu ayırım neticesinde, uluslararası topluma karşı yükümlülükler *doğası gereği* tüm devletlere karşıdır. Bununla birlikte söz konusu yükümlülüklerin ne olduğunu belirleme yetkisi, Divan'da olamaz: *Erga omnes* yükümlülükler,

"...(G)ünümüz uluslararası hukukunda, örneğin, saldırı eylemlerinin ve soykırımın hukuk dışı oluşu (la mise hors la loi) gibi kölelik ve ırk ayrımcılığı uygulamasına karşı korunma sağlayanlar da dahil, insan kişiliğine bağlı temel haklarla ilgili ilke ve kuralardan doğar. Bazı koruyucu haklar genel uluslararası hukuka entegredir; diğerleri evrensel veya quasi evrensel nitelikte uluslararası belgelerle verilmiştir. Konusu, kendisine saygı gösterilmesini temin etmeyi içeren diplomatik himaye olan yükümlülükler bu kategoriye girmez"<sup>94</sup>.

Böylece, Divan'ın yukarıdaki akıl yürütme tarzı anlaşılır: Divan, bir devletin, ülkesine kabul ettiği yabancı yatırımcı ve kişiler üzerinde mutlak egemen (*mülklik*) veya söz konusu gerçek ve tüzel kişiler üzerinde hiçbir hak sahibi olmadığı (*şahsilik*) ilkelerinin ikisini de yetersiz bulur. Kabul eden devletin yükümlülükleri vardır ama *bir yandan* ülkeye gelen yabancıların geldikleri devletin keyfiyetine, *öte yandan* ülkesine geline devletlerin de gelen yabancıların haksız ihlallerine karşı korunması gerekir. Sadece bunun ifade edilmesi bir hüküm (*krisis*) ifade etmeyeceğine göre, Divan, yükümlülükleri tasnif etmeli, yükümlülükler üzerine bir hüküm (*katigoria*) vermelidir; burada da Divan'ın ölçütü (*metros*), yükümlülüğün-kendisi değil, kendisi ile bir hukuki menfaat korunan hakka ilişkindir. Söz konusu hakkı belirleyen ölçüt (*metrios*) ise hakkın varlığını kabul eden devlet, devletlerdir.

---

<sup>94</sup> Barcelona Traction, ¶ 34.

O halde, bir devletin, *parçasını oluşturduğu* uluslararası topluma karşı<sup>95</sup> yükümlülükleri ile bir devletin diğer bir devlete yükümlülüklerini birbirinden ayırmalıdır (*diairein*). Ayırım-kendisi de zamandan bağımsız, mutlak veya kayıtsız olmaya dayalıdır. Bir devletin, diğerine karşı yükümlülükleri ayırma elverirken, uluslararası topluma, *yani* tüm devletlere karşı olanlar, *doğası gereği* buna elvermez. *Devlet-ler-in iradesi sınırlıdır ama iradelerinin sınırı kendilerinin parçası olduğu toplumun onların iradesine getirdiği sınırdır.*

*Kanaatimizce* uluslararası anlaşmalarda çekincelere *günümüzde* olanak tanıyan akıl yürütme başka pek çok yerde karşımıza çıkabileceği gibi yukarıda okunan Karar'da belirmektedir. Çekince, aşağıda değinileceği üzere, devlet tarafından çok taraflı bir anlaşmaya konurken, yukarıdaki örneği dikkat çekici olanlardan biri haline getiren özellik, Divan'ın, yabancıyı kabul eden devletin (*hukuki menfaatini, hukuki menfaatini koruyan hakkını?*), zamandan bağımsız, mutlak ve kayıtsız biçimde yükümlenmesini uygun bulması nedeniyle, yükümlülükler arasında ayırma giderek ve bununla bağlı olarak Hukukun içine yönelerek kendisi tartışılmayana tartışmanın hükmüne dönüştürmesidir. Divan'ın

---

<sup>95</sup> Viyana Sözleşmesi'nin 53. maddesine göre, "*akdedildiği anda* (at the time of its conclusion), *genel uluslararası hukukun bir emredici normuna aykırı olan anlaşma geçersiz*"dir, *supra* dn.89. Bununla birlikte, bir anlaşmanın akdedildiği *anda*, *aynı anda jus cogens'e* aykırı olduğu eğer bilinebilirse aykırılığı tespit etmek için oluşturulan "usul"e neden ihtiyaç duyulur? Bu amaçla, *jus cogens* tanımlanmak istenir: "*İşbu Sözleşmenin amaçları yönünden, genel uluslararası hukukun bir emredici kuralı, devletlerin tümünün oluşturduğu uluslararası toplumun* (international community of States as a whole), *kendisinden ayrılmaya izin verilmeyen* (no derogation is permitted) *ve sadece aynı nitelikte, takip eden bir genel uluslararası hukukun emredici normu ile değiştirilebilen* (modified only by a subsequent norm of general international law) *emredici normudur*" (m.53/ikinci cümle). *Kanaatimizce* tanımlanırken tanımla ortadan kaldırılmak istenen belirsizliğin yinelenişi (*répétition*), örn. Hukuk-Yasak arasındaki belirsiz ilişkinin-kendisinin de yinelenişi olarak okunabilir. Madde üzerine tabii-özel, pozitivist, düzeni ölçüt alanlar dışında, herkesin yararı (*utilitas publica*) ve (*kanaatimizce reddedilmesi gereken*) itimat teorisi (*fiduciary theory*) için bkz. SCHMALENBACH, pp. 907-909. Bununla birlikte görelî normatiflik yönünden getirilen eleştiride, *bize göre*, haklılık payı vardır, *supra* dn. 89.

kendisinden ayrılmak mümkün olmayan *jus cogens*'e başvururken tabii hukuka dayandığı *günümüzde* ileri sürülemez; tabii hukukun kendisi pozitif hukuka dönüşmüş, tabii olma vasfını çoktan yitirmiştir. Bu dönüşümün-kendisini, *yine* ona olanak tanıyan hukuk dogmatığı, olan, müspet hukuk içinde değerlendirmesi, yargılaması, üstüne hüküm vermesi imkansızdır (*dia-krisis*).

## A. 1969 VİYANA SÖZLEŞMESİ VE ÇEKİNCELER

§28.-Viyana Sözleşmesi'inin 2. maddesine göre (m.2/1/d), "çekince":

*"...(N)asıl kaleme alınmış veya adlandırılmış olursa olsun, bir devlet tarafından, bir andlaşmanın imzası, onayı, kabulü, teyidi veya ona katılım anında o andlaşmanın belirli hükümlerinin o devlete uygulanırken hukuki etkisini hariç tutan veya değiştiren tek taraflı bir beyandır"*<sup>96</sup>.

Yürürlüğe girmemiş olan Uluslararası Örgütler Sözleşmesi ve yürürlükte bulunan Halefiyet Sözleşmesi'yle birlikte okunursa, bu tanımın, "devlet"le "uluslararası örgüt"; imza, onay, kabul vd. işlemler gibi, bir devletin "halefiyet notasının" andlaşmanın diğer tarafına, taraflarına veya belirlenmişse depoziterine "tevdi" şeklinde anlaşılması gerekir<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Karş. (*çeviri için*) GÜNDÜZ (2003), s.185 ve ÖZMAN, s.25; *supra* dn. 88. Çekincenin, eski dildeki karşılığı "*kaydı ihtirazi*"dir ve şeri hükümler yönünden, hak icma getirilen bir meselede alimlerin tevhide vurgu amacıyla koyduğu kaydı ifade eder, bkz. *e.g.* **İslam Ansiklopedisi**, C.26, Ankara, TDV, 2002, s.388.

<sup>97</sup> "Uluslararası Andlaşmalarda Çekinceler" konusunda ILC'nin hazırladığı Kılavuz (eki Deklarasyon ve Rapor) metnindeki yorum da bu yöndedir, metinler için bkz. UN ILC, **Report of the International Law**

Bununla birlikte, doktrinde<sup>98</sup> hangi andlaşmalara çekince konabileceği; çekince koyabilecek olanlar; konulma anı; çekincelerin niteliği ve diğer işlemlerden, özellikle açıklayıcı

---

**Commission: Sixty-third session (26 April-3 June and 4 July-12 August 2011)**, UN Doc. A/66/10/Add.1, m.1.1, pp.37-45 (*Bundan böyle "Çekinceler Kılavuzu", eki "Çekinceler Deklarasyonu" ve rapor "Çekinceler Raporu" olarak anılacaktır*). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da bazı kararlarında yukarıda verilen tanımı yineler, bkz. e.g. *Temeltasch v. Switzerland*, App. No. 9116/80, ¶ 69 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74031>> [18.09.2017] (Temeltaş Kararı); *Belilos v. Switzerland*, App. No. 10328/83, ¶ 42, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57434>> [18.09.2017] (Belilos Kararı).

<sup>98</sup> OPPENHEIM/L. (1962), §517a, pp.913-916; OPPENHEIM/J.W. I-4, §614, p.1242 et seq.; DAMROSCH et al., pp.140-162; RUDA (Giriş, dn.47) ile GIEGERICH vd. (Giriş, dn. 48) dışında çekincelere özgü, oldukça geniş bir literatür hak. tüketici olmayan biçimde bkz. D.CARREAU, **Traité international dans RdiD** (2012), Art.2; W.W. BISHOP, Jr., *Reservations to Treaties*, 103 RdC 245, esp. 260-265 (1961) ve D.R.ANDERSON, *Reservations to Multilateral Conventions*, 13 ICLQ 450 (1964); D.W. BOWETT, *Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties*, 48 BYIL 67 (1977); R.W.EDWARDS, Jr., *Reservations to Treaties*, 10 MICH.J.INT'L L. 362 (1989); G.G. FITZMAURICE, *Reservations to Multilateral Conventions*, 2 ICLQ 1 (1953); GAMBLE (1980), esp. pp. 376-383; P. HILPOLD, *Das Vorbehaltsregime der Wiener Vertragskonvention*, 31 AV 376 (1996); K. HOLLOWAY, **Les réserves dans les traités internationaux**, Paris, R.Pichon&R. Durand-Auzias, 1958, p.13 et seq.; F.HORN, **Reservations and Interpretive Declarations**, Amsterdam, Elsevier, 1988, esp p. 80 et seq.; Pierre-Henri IMBERT, **Réserves aux traités multilatéraux, Tôme I**, Paris, Paris II, (1973), p.9 et seq.; D.KAPPELER, **Les réserves dans les traités internationaux**, Bâle, Recht u. Gesellschaft, 1958, p.3 et seq.; P.T.B. KOHONA, *Reservations*, 33 GA.J. INT'L L. 415 (2005); M.KHADJENOURI, **Réserves dans les traités internationaux**, Genève, A.-Annemasse, 1953, p.7 et seq.; J.KLABBERS, *Accepting the Unacceptable?*, 69 NORDIC J. INT'L L. 179, 189-190 (2000); KOH, esp. pp. 71-77; M.H. MENDELSON, *Reservations to the Constitutions of International Organizations*, 45 BYIL 137 (1971); C. REDGWELL, *Universality or Integrality?*, 64 BYIL 245, esp. 251 et seq. (1993); C. TOMUSCHAT, *Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties*, 27 ZaöRV 463 (1967). *Andlaşmalar hukuku yönünden* bkz. e.g. A.AUST, **Modern Treaty Law and Practice**, Cambridge, CUP, 2000, esp. pp.100-130; A.MCNAIR, **The Law of Treaties**, Oxford, OUP, 1961, pp.158-177; PREUTER, **Introduction to the Law of Treaties**, translated by J.MICO, PHAGGENMACHER, London, NY, Kegan Paul, 1995, pp. 77-80; S.ROSENNE, **Developments in the Law of Treaties**, Cambridge, CUP, 1989, esp. pp.424-436. Oldukça sınırlı Türkçe literatür içinde, ÖZMAN dışında erişebildiğimiz iki eser için bkz. Mehmet GÖNLÜBOL, *Kronik*, 12 AÜSBFD 147, öz. 151, 155 (1957) ve Aslan GÜNDÜZ, *Milletlerarası Andlaşmalara Çekince (İhtirazi Kayıt) Koyma ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Konvansiyonu*, 2 İÜSBFD 103, öz. 107 ved. (1993). Genel olarak çekince konusuna yer ayıranlar arasında öz. bkz. Seha L. MERAY, **Devletler Hukukuna Giriş, C. II**, Yeniden gözden geçirilmiş dördüncü bası, Ankara,

beyanlardan farkları; andlaşmanın hangi hükümlerine çekince konulabileceği; konulduğunda diğer tarafların durumu; çekincenin hukuki etkisinin kapsamı vb. konularda pek çok tartışma mevcuttur<sup>99</sup>. Aşağıda, yeri geldikçe söz konusu tartışmalardan özellikle sembolik görünenlerine değinmeyi uygun buluyoruz. Anılan nedenle, kendisine sıkça yer verilmekle birlikte çekincelerin anlaşılması ve ilerleyen kesimdeki incelememize ışık tutması itibariyle bazı hususların üzerinde durmayı yararlı buluyoruz. Örneğin, çekincelerin yukarıdaki tanımının anlamı ve yorumu, ilk bakışta, doktrinde de genel kabul gördüğü üzere, çekincenin, çekince koyan lehine olduğunun anlaşılmasıdır. Doktrinde verilen bazı tanımlara değindikten sonra çekincelerin özelliklerini sıralayan ÖZMAN'a göre,

"...Çekincelerin bir diğer özelliği... anlaşma ile kurulmakta olan hukuki düzenden ayrı ve... devletin lehine..."<sup>100</sup>.

Oluşudur. Buna göre, andlaşmayla beliren düzen, andlaşma ve düzen *karşısında* andlaşmaya katılma durumunda olan bir devletin *her zaman, hatta hiçbir zaman* lehine değildir; andlaşmada öngörülen düzeni değiştirerek veya ayrılarak kendi lehine bir durum yaratır. Halbuki, doktrinde, uygulamada, çok taraflı uluslararası andlaşmalar, uluslararası hukukun tedricen gelişiminin, herkesin yararına olanın en önemli aracısı olarak görülür.

---

AÜSBF Yayınları: 206, 1975 (MERAY II), pp. 116-122 ve AKSAR I, ss. 132-138; ÇELİK I, ss.123-127; PAZARCI I, ss. 169-175; SUR, ss. 56-59.

<sup>99</sup> Geneli itibariyle, oldukça sade ve anlaşılır bir biçimde kaleme alınmış olmasına rağmen Çekinceler Raporu, yaklaşık 600 (altı yüz) sayfadan veya erişebildiklerimiz içinde en kapsamlı inceleme olan IMBERT'in doktora tezi (*supra* dn. 98), 2 (iki) ciltten oluşur. MILANOVIC/SICILIANOS *tarihsel doğruluktan şaşmadan çekinceler söyleminin neredeyse olanak dışı olduğunu* ima ederken tartışmanın geniş hacmini kasteder, bkz. M.MILANOVIC, L.A. SICILIANOS, *Reservations to Treaties*, 24 EJIL 1055 (2014).

<sup>100</sup> ÖZMAN, s. 14. Keza, "*uygulamada bazen çekincenin bunu ileri süren devlet aleyhine bir durum yarattığı intibamı verecek hallere...*" rastlansa da "*... hiçbir devlet kendi aleyhine bir durum yaratmak istemeyeceğinden, çekince ile yaratılan hukuki rejim gene de bunu ileri süren devletin lehinedir..*", bkz. *ibid.*, s. 15.

Nitekim, Viyana Sözleşmesi, söze uluslararası ilişkiler tarihinde andlaşmaların temel rolünü belirterek başlar (*Başlangıç, fıkra 1*) ve Sözleşme ile gerçekleştirilen, "kodifikasyon ve uluslararası hukukun tedricen ilerleyişi"nin BM Şartı'nın temel ilkelerini teyit ettiğini ifade eder (*fıkra 7*)<sup>101</sup>. Belirtilen husus, *kanaatimizce* önemlidir, zira, uluslararası andlaşmalarda çekinceler yönünden, andlaşmanın bütünlüğü ile andlaşmaya mümkün olan en çok sayıda devletin veya örgütün katılımının sağlanması bir diğerine karşı olarak anlaşılır: Diğer bir anlatımla, çok taraflı bir andlaşma, *doğası gereği*, uluslararası hukukun tedricen ilerlemesinin bir aracıdır. Belirtilen çelişik durumun en çarpıcı örneği, *bize göre*, Viyana Sözleşmesi'ne konulan çekincelerde karşımıza çıkar<sup>102</sup>.

Örneğin, Belçika, 1992 yılında Sözleşme'ye katılma yoluyla taraf olurken, katılma şartı olarak aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

"...Belçika devleti, Sözleşme'nin, 66/a maddesinde öngörülen uyuşmazlık çözüm yollarından birini, çekinceyle reddeden herhangi bir devlete karşı, 53. ve 64. maddeyle bağlı değildir"<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> H.PAZARCI, *Préambule dans* Olivier CORTEN, Pierre KLEIN, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités*, Bruxelles, Bruylant, 2000 (CORTEN/KLEIN), p.7, GIEGERICH, ¶ 5 veya Stanislaw E. NAHLIK, *La Conférence de Vienne sur le droit des traités. Une vue d'ensemble*, 15 AFDI 24, not. 30-31 (1969). Andlaşmalarda "başlangıç"ın (*dibace*) hukuki değeri hak. bkz. *Rights of Nationals of the United States of America (France v. United States of America)*, Judgment, 1952 ICJ Rep. 176, esp. 184, 197 (August 27).

<sup>102</sup> M.E. VILLIGER, *The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After*, 344 RdC 23, 46 (2011). VILLIGER'in de katıldığı fikre göre, Sözleşme'nin kendisine uygulanması yönünden hiçbir mantıki engel yoktur, bkz. *ibid.*, p. 46. Çekincelerle ilgili kurallara çekince koyan yoktur, taraflar ve bilgi için bkz. UNSG, *Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter XXIII.1*, <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf>> [18.09.2017]. Çekincelerin, öz. yargısal çözüme ilişkin olanları büyük ölçüde geri alınmıştır.

<sup>103</sup> *supra* dn. 102; ayrıca dn. 89.

Dolayısıyla, söz konusu devlet tarafından, Sözleşme'nin *jus cogens* ve sonuçlarıyla ilgili hükümleri, *uygulamayla, uyuşmazlıkların çözümüyle* ilgili hükümlerle birlikte değerlendirilmekte ve Sözleşme'nin belli bir bölümünün kabulünü, Sözleşme'ye taraf olmasının şartı olarak koymaktadır<sup>104</sup>. Zira, (*öz. üçüncü dünyadan*) bazı taraf devletler, Sözleşme'nin, uyuşmazlıkların yargısal çözümüyle ilgili hükümlerine çekince koyma yoluna gitmiştir. Örneğin, Cezayir'in buna yönelik olarak koyduğu çekincenin ilgili bölümü şöyledir:

"...Cezayir... UAD'nin..., Sözleşme'nin 66/a maddesindekilere benzeyen bir uyuşmazlıkta yetkisinin tek bir tarafın talebiyle işletilmesinin imkansız olduğuna inanır..."<sup>105</sup>.

Bununla birlikte, Soğuk Savaş'ta *farklı* dünyalara değinmemiz dünyaların her birindekilerin birlikte hareket ettiği anlamına gelmez:

"...Fas, Sözleşme'nin 62/2/a maddesini (*şartlarda köklü değişiklik*), *hukuka aykırı* (unlawful) veya *eşitsiz* (unequal treaties) veya *self-determinasyon ilkesine aykırı herhangi bir anlaşmaya uygulanamayacağı şeklinde yorumlar...*"<sup>106</sup>.

Anılan kayda, bu defa, Sözleşme'ye 1988 yılında katılan Cezayir itiraz eder:

---

<sup>104</sup> Diğer taraflarca, kendilerine tebliğinden itibaren 90 (doksan) gün içinde herhangi bir itirazda bulunulmadığından, BM Genel Sekreterliği, depoziter vasfıyla, çekincenin kabul edilmiş olduğuna karar vermiştir, *supra* dn.102. Belçika'nın kaydına *benzer biçimde*, Çekinceler Kılavuzu'nun 1.1.2 kuralına göre, "çekince", Sözleşme'deki tanımında yer alan "*hukuki etkisini... değiştirme*"den ayrı olarak, "*belli ve kesin yönlerden anlaşmanın tamamına dönük*" beyanları ("*across-the-board reservations*") da içerir. *Bize göre*, ayrı bir kategori olmaktan çok ilki, ikincisini de kapsar. Sonuncular hak. bkz. K. ZEMANEK, *New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations*, 4 MPUNYB 1, esp. pp.4-5 (2000).

<sup>105</sup> *supra* dn. 102.

<sup>106</sup> *ibid.*

"Cezayir... halefi olunan sınırların dokunulmazlığı ilkesine bağlı kalarak... Fas tarafından... konulan çekinceye itiraz eder..."<sup>107</sup>.

Bu sınırlı örneklerden de anlaşılacağı üzere, örneğin, *jus cogens* Sözleşme'de yer bulmakla, *jus cogens*'in Sözleşme'de düzenlenmesi ile hedeflenen çözüme ulaşılması olanak dışıdır. Sözleşme, uzun ve zahmetli bir hazırlık sürecinden (*travaux préparatoires*) geçtiği veya andlaşmalar hukukunda "örf ve adet hukuku" yanında (Başlangıç, fıkra 8) andlaşmaların kendisini düzenleyen "norm"ların getirilmesi (=kodifikasyon) ve bu yolla uluslararası hukukun ilerlemesi gibi (Başlangıç, fıkra 7) hedefleri ile birlikte düşünüldüğünde, yukarıda örneklenenler gibi Sözleşme ile irtibatlı fakat Sözleşme'nin doğrudan doğruya konusunu oluşturmayan nedenlerle, diplomasi ve uluslararası hukukun andlaşmalar hukuku dışındaki alanlarıyla ilişkilenmekte, üzerine tartışılabilir bir alan ortaya çıkmaktadır<sup>108</sup>. "Uluslararası hayat"ı normatif, yani olanı değiştirmek amacıyla düzenlemeyi, olması gerekeni kurallaştırmayı ve kurallaştırdığı anda olanı, olması gereken, yani norm üzerinden değerlendirmeyi ve yargılamayı hedefleyen Sözleşme, böyle bir anlayışta, onun parçasına dönüşür<sup>109</sup>. Kısaca ifade etmek gerekirse, geneli itibarıyla örf ve adet hukukunu içerdiğine inanılan<sup>110</sup> Sözleşme'nin müzakerecileri ve taraf devletler Söz-

---

<sup>107</sup> *supra* dn. 102.

<sup>108</sup> Sözleşme'nin hazırlık safhasını yakından bilen (Roberto) AGO, 1949 yılından 1969 yılına değin gelişmeleri değerlendirdikten sonra *eski ve yeni devletler* arasındaki görüş farklarının giderilebilmesine bağlar: Kazanan uluslararası toplum ve onun hukuk sistemidir, bkz. *id.*, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, 134 RdC 303, not. 311-330 (1971).

<sup>109</sup> Bkz. *e.g.* S.BASTID, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985, not. pp. 71-77.

<sup>110</sup> Doktrinde konu üzerinde neredeyse oybirliği bulunur, *supra* dn. 98. Uluslararası örf ve adet hukuku ve/veya hukukun genel ilkeleri konusunda Başlangıç'a bir açıklama eklenmesi konusundaki tartışmaları aktaran PAZARCI'ya göre, Başlangıç'taki "örf ve adet hukuku", "hukukun genel ilkeleri"ni de içerir, bkz. PAZARCI (2000), pp.15-16 ve karşı. *e.g.* NAHLIK, pp.27-28, 45, 52-53. PAZARCI, hukukun genel ilkelerini "kay-

leşme üzerinde anlaşmıştır; ancak, birbirleri arasındaki ilişkiler sadece Sözleşme'ye bağlı olmadığından anlaşmanın *normatif değeri*, yani *andlaşma ile kurallaştırılan* ortadan kalacak şekilde etkilenebilir. *Bize göre*, böyle bir anlayışta uluslararası andlaşmalarda çekincelere yüklenen işlevlerden en önemlisi, söz konusu etkiyi farklılaştırmak veya er-telemektir. *Kanaatimizce*, Sözleşme, söz konusu etkiyi engellemek amacıyla, Sözleşme'de yazan ama berisinde Sözleşme'ye öngelen, özellikle diplomatik, siyasal anlayış ve hukuk anlayışı bağlamında *jus cogens*'e benzeyen, Sözleşme'de açıkça ne olduğu yazmayan, kendisine ancak yorumla ulaşılabilen, uluslararası andlaşmalarda çekincelerin konulabilme şartlarını, ölçüte bağlama amacıyla<sup>111</sup> şöyle düzenlemiştir:

"*madde 19 - Bir devlet, bir uluslararası andlaşmaya imza, onay, kabul, teyit veya katılım anında çekince koyabilir, meğer ki:*

(a) *Çekince andlaşma ile yasaklanmış;*

---

naklar"dan biri olarak saydığından anılan görüşü ileri sürmüş olabilir; halbuki doktrindeki bir diğer görüş, Sözleşme'den bağımsız olarak hukukun genel ilkelerini örf ve adet hukuku içinde değerlendirir, bkz. *e.g.* örn. AKİPEK I, ss. 67-69. AKİPEK'e göre: "...*Müspet hukuk bakımından sadece iki kaynak olabilir: Örf ve adet hukuku kaideleri ve yazılı andlaşmalar... hukukun umumi prensiplerinde bu iki şekli kaynağın dışında müstakil bir üçüncü kaynak görmeye çalışmak, pozitivizm dışına çıkmak olur... 'Olması lazım gelen' kategorisinde bulunan bir kaide, kabullenme yolu ile 'olan hukuk' kaidesi haline geldiği an, 'olması lazım gelen' vasfını kaybeder*", bkz. *ibid.*, s.68. Dikkat ediniz: Sözleşme, uluslararası andlaşmaları konu edinmekle birlikte uluslararası örf ve adet hukukuna ve diğer şekli kaynaklara ilişkin kesin hüküm getirmemekle, UAD Statüsü'nün 38. maddesindeki şekli kaynakların içinde sayılanların neler olduğu veya aralarındaki hiyerarşiye ait sorunu dönüştürür. Ayrıca, örn., AKİPEK'in yukarıdaki alıntıda değindiği "*pozitivizm*", *kanaatimizce*, "hukuk dogmatigi" olarak anlaşılmalıdır; böyle ise UAD Statüsü'nün hukukun genel ilkelerini, Divan'ın başvuracağı "kaynak"lar arasında saydığı, yani "pozitif"lik vasfı görmezden gelinemez.

<sup>111</sup> Kodifiye olduğu kadar tabii, özel hukuka dönüşen uluslararası hukuk yönünden Anglo-Amerikan özel hukukundaki akıl yürütme ile karşılaştırma amacıyla bkz. Duncan KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV.L.REV. 1685, esp. 1713-1740 (1976).

(b) *Andlaşma, aralarında konmak istenen çekincenin olmadığı, sadece belirli çekincelerin konulabileceğini öngörmüş;*

(c) *(a) ve (b) fıkralarına girmeyen hallerde, çekince andlaşmanın konu ve gagesine aykırı olsun (incompatible with the object and purpose)"<sup>112</sup>.*

19. maddede öngörülen anlayış<sup>113</sup>, ilk iki seçenekte andlaşma metninin, hangi hallerde çekince konulacağını belirlediğine, üçüncü halde, *yani* diğer ikisine girmeyen hallerin de olabileceği (*örn. doktrinde sıkça vurgulanan, uluslararası andlaşmanın bu konuda herhangi bir hüküm içermemesi*) varsayımı altında, 2. maddeyi tamamlar biçimde çekincelerin devletler tarafından andlaşmalara hangi hallerde konulacağını düzenlemekte ve 2. maddede olduğu gibi "*form*"dan uzaklaşmaktadır<sup>114</sup>. Diğer bir anlatımla, Sözleşme, kendisi dışında veya Sözleşme'nin ilişkili olduğu diğer alanlarla birlikte anlaşılıp değerlendirilebilir, hüküm ve sonuç doğurabilir. Yazı söze bağlıdır, form deforme olana gönderme yapılarak okunur: Sözleşme böyle anlaşılırsa, Sözleşme'nin değişken ama ana göre belirli konu ve gagesi, Sözleşme metninin sabit ama belirsiz metnine, söz eki olan yazıya tercih edilir. Nitekim Sözleşme'nin genelinde, "*konu ve gaye*" (*object and purpose*) belirleyici

---

<sup>112</sup> Viyana Sözleşmesi, m.19; (*çeviri için*) karşı. GÜNDÜZ (2003), s.189.

<sup>113</sup> *Bize göre*, Sözleşme'nin bazı hükümleri arasında kabul edilen, varsayılan görüşler arasında birtakım farklar vardır. Örn., 2/1/d ve 19. maddelerde, bir devletin andlaşmayı devlet açısından hukuken bağlayıcı hale getiren işlemler (*imza, onay vb.*) ile 11. madde farklıdır. 11. maddede bir devletin herhangi bir andlaşmaya taraf olurken 2/1/d hükmünde sayılanlar yanında taraflarca kararlaştırılabilecek diğer yöntemlere de izin verilir, karşı. Çekinceler Raporu, pp. 39-40. 19 ila 23. maddeler arasındaki düzenlemenin örf ve adet hukuku sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışmalıdır, karşı. *e.g.* VILLIGER, pp. 73-75; Christian WALTER, **Article 19** in DÖRR/SCHMALENBACH, p. 285 ve karşı. B.B.JIA, *The Relations Between Treaties and Custom*, 9 CJIL 81 (2010).

<sup>114</sup> Philippe GAUTIER, **Article 2-Convention de 1969** dans CORTEN/KLEIN, p. 69; REUTER, §129, pp.78-79 ve karşı. WALTER, p. 245.

konumdadır<sup>115</sup>. *Bize göre*, bu durum, *özünde* Divan'ın Çekinceler Danışma Görüşü'ndeki akıl yürütmenin<sup>116</sup>, hatta hukuk dogmatikğine içkin anlayışın devamı olarak görülebilir. O halde, çekince koyanlar ve özellikle çekinceyi değerlendirme, çekince üzerine bir hüküm verme durumunda olanlar, *ad minimum* Viyana Sözleşmesi yönünden konu ve gaye unsuru gözetmek zorundadır<sup>117</sup>. Halbuki, Viyana Sözleşmesi'nin kabul edildiği dönemde, uluslararası örgütlenmenin ilerleyişi ve sistemik değerlerin önemsenmesi neticesi, bazı alanlarda, *konu ve gaye* ölçütleri, çekincelerin şartı olmadığı gibi ilgili andlaşmaya hiçbir çekince konulmamasına neden olur. Sözleşme henüz görüşülürken, (Wilfred) JENKS, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) uluslararası andlaşmaları bağlamında Viyana Konferansı'na hitaben konuşurken ILO yönünden *hukuki görüşü* özetler:

"...ILO uygulamasında, andlaşmanın konu ve gayesiyle uyuşmayan (incompatible) çekinceler kabul edilemez ve bu ilke istik-

<sup>115</sup> Bkz. e.g. I.BUFFARD, K.ZEMANEK, *The "Object and Purpose" of a Treaty: an Enigma?*, 3 ARIEL 311, 319-320, 342 (1998). Viyana Sözleşmesi mm. 18, 31/1, 33/4, 41/1/b/ii, 58/1/b/ii, *supra* dn. 88. Uluslararası Örgütler Sözleşmesi (*Başlangıç, fıkra 5; mm. 15/2, 17/2 ve 3, 18/3 ve 4, 19/3 ve 4, 27/5, 31/3, 32/3 ve 6, 33/5, 36/3, 37/2*) ve Halefiyet Sözleşmesi'nde (*mm. 18, 33/4, 41/1/b/ii, 58/1/b/ii*) de benzeri bir durum söz konusudur, bkz. *ibid.*; ayrıca bkz. Çekinceler Raporu, pp. 329-390.

<sup>116</sup> Çekinceler Danışma Görüşü, p. 24 ("*L'objet et le but de la Convention sur le génocide impliquent... l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats. L'exclusion complète de la Convention d'un ou plusieurs Etats, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base...*"). Çekinceler Danışma Görüşü'nde azınlık oyları da ikiye bölünmüştür. Hakim GUERRERO, MCNAIR, READ ve HSU MO, çoğunluk görüşüyle, 1948 Soykırım Sözleşmesi'ne (*infra* dn.176) çekince konulabileceğinin kabulü yönünden mutabıktır *yalnızca* çoğunluk görüşünden farklı olarak Sözleşme'ye katılımın artırılması değil, Sözleşme'nin bütünlüğünün korunmasını ve UAD'nin yeni hukuk yaratmasını reddederler, bkz. *ibid.* (GUERRERO, MCNAIR, READ, HSU MO *diss.*), p.46. ALVAREZ'e göre ise Sözleşme'ye çekince konulması imkansızdır, bkz. *ibid.* (ALVAREZ *diss.*), p.55.

<sup>117</sup> Çekincenin yasaklandığı veya çekinceye izin verildiği hallerde, andlaşmanın konu ve gayesi yine de bir ölçüt olarak belirleyici midir? Viyana Sözleşmesi'nin hazırlanışında önemli sorulardan biri budur.

*rarlı biçimde uygulanagelmıştır. (Sözleşme'nin 19. maddesindeki düzenlemeye dönüşen hükümleri kastederek) Çekincelerle ilgili prosedürel düzenlemeler... üçlü niteliği (tripartite character) nedeniyle Örgüt'e uygulanamaz. Geniş ölçekte değişen şartlarda belirli uluslararası çalışma anlaşmalarının uygulanması yönünden geniş esnekliğe ihtiyaç (great flexibility) vardır, fakat Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından makul ve gerekli görülen ve anlaşmalarda düzenlenen hükümler..., yetersizlikleri ortaya çıktığında (proved inadequate) olağan prosedürlere göre gözden geçirilebilir (revised). Başkaca bir metot, uluslararası çalışma kodunu, ortak standartların kodu olarak ortadan kaldırır"<sup>118</sup>.*

JENKS, anılan hususta, ilk bakışta haksız görünmez. Zira ILO'nun çalışma yapısı ve ILO bünyesinde kabul edilen uluslararası anlaşmalar, diğer uluslararası anlaşmalardan farklıdır. Diğer bir anlatımla, böyle bir anlayışta, ILO anlaşmaları, *müzakere* ve *hukuki etkisi itibariyle* diğer uluslararası anlaşmalardan farklı olduğu gibi *kendisine uygulanacak hukuk yönünden* de diğer uluslararası anlaşmalardan farklı olması gerekir<sup>119</sup>. Halbuki, örneğin, Çekinceler Raporu'nda yer alan fikre göre, son tahlilde, anılanlar birer uluslararası anlaşma ve hukuken devletler arasında bağlayıcı olduğu gibi anlaşmaların gözden geçirilmesi ile çekinceler arasında ilişki kurulması yersizdir; ILO'nun görüşü çekinceleri Sözleşme'dekinden farklı algılamaktadır<sup>120</sup>. JENKS tarafından ILO yönünden ve

---

<sup>118</sup> UN, **Conference on the Law of Treaties: First session (Vienna, 26 March-24 May 1968)**, UN Doc. A/CONF.39/11, p. 37.

<sup>119</sup> Müzakere sürecine ve anlaşmalarla ilgili başka bazı faaliyetlerine hükümet-dışı temsilcilerin katıldığı ILO bünyesinde kabul edilen ve yürürlükteki anlaşmalar için bkz. ILO, **Compilation of international labour Conventions and Recommendations**, Geneva, ILO, 2015, esp. pp. 1083-1087.

<sup>120</sup> Çekinceler Raporu, pp. 74-76.

Komisyon'un Raporu'nda ona karşıt olarak belirtilen hususlar, kendine-yeten-rejimler (*self-contained regimes*) ile genel uluslararası hukuk arasındaki ilişki yönünden de okunabilir. Özellikle insan hakları ile ilgili andlaşmalar yönünden söz konusu olan bu rejimler<sup>121</sup> (=uygulanacak hukuk-uygulayan yapı-denetim yolları), "hukuk sistemi" olarak, genel uluslararası hukukla, hangisinin kural-olağan ve istisna-olağanüstü görüleceğine, genel veya özel kuralın hangisi yönünden anlaşılacağına ilişkin karmaşık sorunlara yol açan bir ilişki içindedir. Kısaca, gerek ILO'nun gerekse ILC'nin pozisyonu hukuka uygundur ancak hukuka uygunluk yönünden kendisine dayanılan hukuk, (*genel-özel vb.*) pozisyona göre değişkenlik arz eder (*pasi agonia*). Böyle ise, konu ve gaye ne şekilde karşımıza çıkar? Viyana Sözleşmesi'ne konulan bir diğer çekinceye ve ona yapılan itiraza bakabiliriz.

Guatemala'nın Sözleşme'ye koyduğu ve sonradan geri aldığı çekinceye, geri almadan önce çok sayıda devlet (*Avusturya vd.*) itiraz eder. Örneğin, Finlandiya'nın itirazına göre Guatemala'nın Sözleşme'nin kimi hükümlerinin (*örn. uyumsuzlukların çözümü*) Anayasasına aykırılığı gereğiyle koyduğu çekinceler, Guatemala'nın:

"...Sözleşme'nin hangi hükümlerinden ayrıldığı... belirtmediği gibi... Sözleşme'nin konu ve gayesine bağlılığı yönünden ciddi kuşku yaratabilir ve... andlaşma hukukunun temelinin göz ardı edilmesine katkı sağlayabilir... Bununla birlikte bu itiraz Sözleşme'nin... (iki devlet) arasında yürürlüğü(üne)... engel olmaz"<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> B.SIMMA, *Self-contained regimes*, 16 NYIL 111, 135-136 (1985); B.SIMMA, D.PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe*, 17 EJIL 483, esp. pp. 502-529 (2006) ve karşı. UNGA, **Fragmentation of International Law**, UN Doc. A/CN.4/L.702, esp. pp. 3-7. Çekinceler hak. özel hüküm çöktür, bkz. *e.g. Standards on Reservations to Inter-American Multilateral Treaties in* KÜHNER (1986), S.249-251. İronik olan, andlaşmalardaki dağınık hükümlerin Çekinceler Kılavuzu ile derlenmesidir.

<sup>122</sup> *supra* dn. 102.

Keza Suriye'nin Sözleşme'ye katılırken, silahlı kuvvet kullanımının andlaşmalara etkisiyle ilgili çekincesine itiraz eden ABD'ye göre; ABD'nin niyeti akdi ilişkinin kurulmaması olmakla birlikte o an için resmi olarak itirazda bulunmaya gerek yoktur<sup>123</sup>.

## B. DOKTRİNER AÇIDAN ÇEKİNCE

§29.-Çekinceler yönünden doktrinde üzerine tartışılan hususlardan en dikkat çekicileri, (i) açıklayıcı beyanlar (*interpretative declarations*) ve (ii) insan haklarına ilişkin andlaşmalarda, özellikle çekince konulmasının yasaklandığı hallerde, devletlerin söz konusu andlaşmalara taraf olurken yayınladığı beyanlar; (iii) Sözleşme'deki "rejim"e tabi olmakla birlikte Sözleşme'ye veya Sözleşme'nin uygulanmasını işaret ettiği hukuka, kendisine çekince konulan andlaşmaya aykırılığına veya (iv) Sözleşme bağlamında veya dogmatik açıdan çekince olarak değerlendirilen, uluslararası yargı yolunun öngörüldüğü andlaşmaların uluslararası yargı yoluna yönelik hükümlerine konulan çekincelere ilişkindir<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> *supra* dn. 102. Kaydın ve kayda itiraz hak. genel değerlendirme için bkz. Charles de VISSCHER, *Une réserve de la République Arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités*, 8 RBDI 416 (1972). ABD, *Sözleşme'yi imzalamış ancak bugüne değin onaylamamıştır*, *supra* dn. 102.

<sup>124</sup> Konu hak. oldukça geniş bir literatür bulunmaktadır, *cf.* *supra* dn. 88, 98. Ayrıca bkz. (insan haklarıyla ilgili olarak) B.ARP, *Denunciation Followed by Re-Accession with Reservations to a Treaty*, 61 NILR 141 (2014); R.BARATTA, *Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded?*, 11 EJIL 413 (2000); E.A.BAYLIS, *General Comment 24*, BERKELEY J.INT'L L. 277 (1999); M.COCCIA, *Reservations to Multilateral Treaties*, 15 CAL.W. INT'L L.J. 1 (1985); R.J.COOK, *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 30 VA.J.INT'L L. 643 (1989-1990); LIJNZAAD, *esp.* pp.129-394; K.L.MCCALL-SMITH, *Severing Reservations*, 63 ICLQ 599 (2014);

Çoğu kere, anılan sorunlar birbirinden kolay ayrılamaz, iç içedir. Örneğin, insan haklarına ilişkin andlaşmalar (örn. *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*) çekinceyle ilgili açık hüküm içermekle birlikte devletlerin genellikle taraf olurken birtakım beyanlar ile andlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin kayıtlar getirmeye çalışmaktadır<sup>125</sup>.

Çekincelere ilişkin doktriner sorunun özü, *kanaatimizce*, LAUTERPACHT tarafından ortaya konulduğu gibidir: Her ne kadar bir devletin bir çok taraflı andlaşmaya (*belli koşullar altında*) çekince koyarak taraf olması yetkisi sorun doğurmazsa da (*bir önceki kayda dikkat ediniz*) kökü aynı olan sorun, böyle bir hakkın kullanımının diğer devletlerin

---

R.MOLONEY, *Incompatible Reservations to Human Rights Treaties*, 5 MELB.J.INT'L L. 155 (2004) ; W.A. SCHABAS, *Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 21 BROOK.J. INT'L L. 277 (1995-1996); *id.*, *Reservations to the Convention on the Rights of the Child*, 18 HRQ 472 (1996); *id.*, *Reservations*, 3 WM.&MARY J.WOMEN & L. 79 (1997); D.SHELTON, *State Practice on Reservations to Human Rights Treaties*, 1983 CAN.HUM.RTS.Y.B. 205 (1983); (*BMDHS yönünden*) T.L. MCDORMAN, *Reservations and the Law of the Sea Treaty*, 13 J.MAR.L. & COM. 481 (1981-1982); (*bölgesel örgütler yönünden*) S.S. AKERMARK, *Reservation Clauses in Treaties Concluded within the Council of Europe*, 48 ICLQ 479 (1999); H.J. BOURGUIGNON, *The Belilos Case*, 29 VA.J.INT'L L. 347 (1988-1989); R.KÜHNER, *Die "auslegende Erklärung" der Schweiz*, 43 ZaöRV 828 (1983); (*uluslararası yargı ile ilgili olarak*) H.LAUTERPACHT, *The British Reservations to the Optional Clause*, 29 ECONOMICA 137 (1930) ve J.CRAWFORD, *The Legal Effect of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the International Court*, 50 BYIL 63 (1980); P.-H. IMBERT, *La question des réserves*, 24 AFDI 29 (1978). Türkçe literatürde, bkz. e.g. A.ÇELİKEL, *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkında Sözleşme ve Türkiye'nin Koyduğu Çekinceler*, 10 MHMÖHB 59 (1990); M. Semih GEMALMAZ, *Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi*, 69 İÜHF 141 (2011).

<sup>125</sup> *Kanaatimizce* insan haklarının en zayıf noktasına işaret etmesi itibariyle bkz. SHELTON, pp. 206-208. Zira, *insan hakları* korunmak, yaşanmak amacıyla kendisini *bir yandan* devletlerin tanınmasına, uygulamasına ve "*saygı duymasına*" gereksinir, *öte yandan* devletler, "*sosyal düzen*"de insan haklarını tehdit veya ihlal ettiği gibi günümüzde giderek artan bir biçimde *insan hakları ihlallerine yol açan meselelerde işlevlerini devlet-dışı birimlere, diğer insanlara devretmektedir*, (*objektif hukuk ve subjektif hak yönünden*) karşı. öz. Bölüm I, §22. CARREAU, bireylerin çekincelerden etkilenebileceğini belirtirken, bu yönden haklıdır, CARREAU, Art.2.2.

rızasına bağlanması ile içinden çıkılması güç hale gelir<sup>126</sup>. Başka bir anlatımla, *andlaşmayı bağlayıcı kalan söz, çekinceler yönünden onu aynı zamanda koşula bağlar, sınırlandırır veya değiştirir*. Böyle ise, bir kere, sorunun bir yönü iki taraflı andlaşmalara çekince konulup konulamayacağına ilişkindir. Hakim görüşüne nazaran, anılan beyanlar çekince olarak değerlendirilemez; karşı tarafın kabul etmesi halinde bir andlaşma değişikliğinden veya yeni bir andlaşmadan bahsetmelidir<sup>127</sup>. Bir diğer sorun, çekincelerin, yukarıda farklı bağlamalarda yer verilen değerlendirmelerimizi tamamlayacak biçimde, *tek taraflı bir işlem olmakla birlikte* andlaşmanın tarafı olan diğer devletlerin vereceği yanıtı dayalı oluşuna ilişkindir<sup>128</sup>. Bu husus, çok taraflı andlaşmalarda, andlaşmaya taraf olan iki devletten birinin "çekince" adı altında bir beyanda bulunması, diğerinin bu beyanı "çekince" olarak nitelmemesi durumunda gerçek anlamda bir çekincenin olup olmayacağı yönünden sorun oluşturabilir; *diğer yandan* bu devletlerden biri andlaşmaya taraf olurken örneğin "bildiri"

<sup>126</sup> Hersch LAUTERPACHT, *Some Possible Solutions of the Problem of Reservations to Treaties*, 39 TGS 97, 99 (1953). Parantez içindeki ifadeler tarafımıza aittir.

<sup>127</sup> Çekinceler Raporu, pp. 99, 107-118; ayrıca *supra* dn. 98 (*Anılan eserlerin büyük bir bölümü bu hususta hemfikirdir*) ve karşı. BISHOP, pp.266-271. Sözleşme'nin 2/1/d hükmü, böyle bir olanağı dışlamamakla birlikte hakim görüşün yerinde olduğu görüşündeyiz. Sorun, diğer taraf böyle bir beyanı reddederse sonucun ne olacağıdır. Bu nedenle, örn. HENKIN'in ABD ve Kanada arasında, adıyla anılan nehrin kullanımını konu edinen bir andlaşmanın müzakeresinde Senato'nun şartlı yetki verişini, Anglo-Amerikan literatüre uygun biçimde, "Niagara çekincesi" olarak adlandırması isabetsizdir, karşı. HENKIN, pp. 1156-1157. ÖZMAN'a göre; iki taraflı andlaşmalara çekince konulması mümkündür, bununla birlikte bunun diğer tarafça "*kabülü zorunlu olduğundan*", diğer yandan da çekince "*bir bakıma andlaşmayı değiştir*"diğinden, "*tek zorluk... geçerli olabilmeleri için, muhakkak diğer... tarafın rızasına ihtiyaç gösterme*"sidir, bkz. ÖZMAN, ss. 57-58. Aşağıda yer vereceğimiz açıklamalarda "andlaşma" deyimini, aksi açıkça belirtilmedikçe veya bağlamından çıkarılmadıkça "çok taraflı andlaşma" olarak anlaşılmalıdır.

<sup>128</sup> Aşırı ucunda, bu son hususa dayalı anlayış rızaya dayanan, subjektif (*subjective*) olarak nitelenirse, konu ve gayeye uygunluk ölçütünü gai (*purposiveness*) olarak niteleyen görüş için bkz. KOH, pp. 73-76.

adı altında bir beyanda bulunup diğeri bu beyanı bir çekince olarak değerlendirebilir<sup>129</sup>. Özellikle kendisine çekince konulması yasaklanan andlaşmalar açısından, andlaşmanın bütünlüğünün ve mümkün olduğunca fazla sayıda devletin taraf olmasının sağlanması amaçları yönünden belirtilen durum, ilk amaç yönünden bir sorun oluşturabilecekken müzakere aşamasında söz konusu yöne ilişkin mutabakata varılmış ise (*görünürde?*) önemli bir sorun oluşturmaz<sup>130</sup>. Nitekim ILO'nun andlaşmalarına da çekince konabilmesi mümkün olmakla birlikte uygulamada bunun gerçekleşmesi güçtür<sup>131</sup>.

Bazı hallerde, bahsi geçen sorun, çekince koyan karşısında diğer taraf devletlerin herhangi bir itirazda bulunmaması neticesinde bir soruna dönüşmez. Örneğin, Kimyasal Silahlar Andlaşması'na göre, Andlaşma'nın hiçbir maddesine çekince konulamaz (*m.22*): Bununla birlikte, ABD, Senato'nun kaydı ile, Andlaşma'nın kimyasal silah üretim tesisle-

---

<sup>129</sup> BOWETT'a göre ilk örnekte gerçek anlamda bir çekinceden bahsedilemez, bkz. BOWETT, pp. 68-69.

<sup>130</sup> Aksi yönde bilinen en iyi örnek BMDHS'dir (mm. 309-310), metin için bkz. United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10.12.1982, 1833 UNTS 397, 519 (1994). Karadeniz'de Romanya ve Ukrayna arasındaki uyuşmazlığı inceleyen Divan, tarafların BMDHS'ye taraf olurken yaptığı ve BMDHS'nin deniz alanlarının sınırlandırılması ile ilgili hükümlerinin nasıl uygulanacağını konu edinen açıklamaların yorum yönünden dikkate alınmayacağını vurgular, bkz. *Délimitation maritime en Mer noire (Roumanie c. Ukraine)*, Arrêt, 2009 ICJ Rep. 61 ¶ 42 (Février 3). BMDHS'nin ilgili hükümleri üzerine bkz. Berat Lale AKKUTAY, *1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Çekinceler ve İhtiyari İstisnalar*, 31 MHMÖHB 1 (2011) (*Divan'ın bu Kararına yer verilmez*). Türkiye'nin taraf olmadığı BMDHS'ye katılımı; uluslararası toplumun çoğunluğu yönünden etkilemediği anlaşılmalı birlikte, 309-310. maddelerde getirilen çözüm, "paket anlaşma"ya (*package deal*), "consensus"a dayalıdır, bkz. DAMROSCH et al., pp. 150-151. Bununla birlikte, doktrinde BMDHS'nin getirdiği sistemin herkesi memnun ettiğini ifade etmek yanlış olur, (*öz. derin deniz yatağının işletilmesi ile ilgili hükümler ve ABD'nin, diğer bazı devletlerle birlikte tutumunun yerinde eleştirisi için*) bkz. B.S.CHIMNI, *Law of the Sea: Imperialism All the Way*, 17 ECON.POL.W. 407 (1982) ve karşı. P.ALLOTT, *Power Sharing in the Law of the Sea*, 77 AM.J. INT'L L. 1, esp. 9-27 (1983).

<sup>131</sup> *supra* dn. 118-120 ve eşlik ettiği metin.

rinin incelenmesine ilişkin çekince koymuş<sup>132</sup> ancak çekinceye bugüne değin itiraz eden devlet olmamıştır<sup>133</sup>.

Andlaşmalara taraf olunurken devlet ve örgütlerin farklı adlar altında beyanda bulunması şaşırtıcı bir durum değildir. Bununla birlikte, bunları bir diğerinden ayırmaya yarayan ölçütün ne olduğu konusunda, özellikle diğer taraf devletlerin konumu yönünden belirsizlik bulunmaktadır<sup>134</sup>. Örneğin, Kıta Sahanlığı Tahkimi'nde, Heyet; 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 12. maddesinde yer alan ve Sözleşme'nin 1.-3. maddeleri dışında çekince konulmasını yasaklayan kuralın, taraf veya ileride taraf olacak devletlere, Sözleşme'nin geriye kalan hükümlerine diledikleri çekinceyi koymasını engeller şekilde yorumlar, *yani* konulabilecek çekincelere akit tarafların önceden, peşinen ve hiçbir fark gözetmeden hukukiliğine onay verdiği görüşü kabul edilemez; *bununla birlikte* Heyet tarafından Fransa'nın bazı beyanları, Birleşik Krallık'ın görüşü dikkate alınarak yorum beyanı

<sup>132</sup> Ayrıntılı bilgi, Andlaşma ve kayıt metniyle ilgili olarak bkz. AKDOĞAN, s. 107. Andlaşma'nın uygulanması yönünden karşılaşılan sorunun; ABD yönünden, Andlaşma'nın konu ve gayesi ile, diğer bir anlamıyla "menfaatlerin uyumu" dikkate alınarak "çözüm"ü için bkz. W.DELLINGER, *Presidential Discretion to Delay Making Determinations Under the Chemical and Biological Weapons Control and Warfare Elimination Act of 1991*, 19 O.P.O.F.F. LEGAL COUNSEL 306, esp. 326 (1995). Diğer bir anlatımla, "uluslararası" olan sorun, "ulusal" sorunun bir parçasına dönüştürülür; sorunun "uluslararası" boyutunun, Andlaşma'nın konu ve gayesinin önündeki engel, uluslararası olmasını sağlayan "ulusal" bağlıdır.

<sup>133</sup> UNSG, **Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter XXVI.3**, <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXVI/XXVI-3.en.pdf>> [18.09.2017].

<sup>134</sup> Çekinceler Raporu, pp. 74-88. *Bildiriler; mutlaka çekince veya yorum beyanı niteliğinde olmak zorunda değildir; bazı beyanlar ve Çekinceler Kılavuzu'na göre (m.1/5) şarta bağlı yorum beyanlarının (m.1/4) böyle bir nitelik taşımadığı kabul edilir*, bkz. *ibid.*, pp. 89-107. Zira, Rapor'da yorum beyanları ikiye ayrılır: Şarta bağlı (*conditional*) olanlar ve olmayanlar. Şarta bağlı yorum beyanları, *maddi açıdan, yani tanımı itibariyle* "çekince" niteliği taşımakla, *yani bir çekincenin etkisini doğurmayı hedeflemekle* birlikte diğerleri yönünden böyle bir durum söz konusu değildir.

niteliğinde görülür<sup>135</sup>. Diğer bir deyişle, Heyet'e göre çekinceyi gerçek anlamda çekince yapan, bir tarafın koyduğu çekince kaydının diğer tarafların her birinin görüşüne bırakılmasıdır. *Bununla birlikte* Sözleşme'nin 20/1. maddesi, andlaşmanın çekinceye izin verdiği hallerde ayrıca taraf devletlerin rızasına gerek olmadığını düzenlemektedir<sup>136</sup>. Bazı hallerde, eğer andlaşma sınırlı sayıda devlet tarafından müzakere edilmiş ve konu ve gayesi gereği andlaşmanın tüm taraf devletler arasında tamamen uygulanması gerektiği anlaşılıyorsa tüm tarafların veya kendisine çekince konulan andlaşma bir uluslararası örgütün kurucu andlaşması ise o örgütün yetkili organının çekinceyi kabul etmesi gerekir (*Sözleşme, m. 20/2; 3*)<sup>137</sup>. Yukarıda, Finlandiya ve ABD açısından verilen örneklerde olduğu gibi; bir taraf diğerinin çekincesini kabul ederse andlaşma her ikisi bakımından yürürlüğe girdiğinde çekincelerle birlikte hukuki etki doğurur; bir taraf çekinceyi reddettiğinde bu, aksi açıkça belirtilmedikçe, andlaşmanın her ikisi bakımından yürürlüğe girişine engel olmaz (*Sözleşme, m. 20/4/1-3*)<sup>138</sup>. Dolayısıyla, ABD'nin itirazı, Sözleşme'nin her ikisi bakımından yürürlüğe girmemiş olması nedeniyle *kadıktır*.

---

<sup>135</sup> Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom, France), 18 RIAA 3 ¶ 30, 39, 43-44 (PCA 1977) (Kıta Sahaneliği Tahkimi). Karar'ın etraflı tahlili için bkz. IMBERT (1978), not. 57-58 (*Heyet'in, uluslararası yargının sınırlarına rağmen, çekinceleri olabildiğince anlamsızlaştırması (banalizer) yerinde bulunur*).

<sup>136</sup> Çekinceler Raporu, pp. 288-289 (*Uygulamada örneğinin bulunmadığı belirtiliyor*), karşı. *infra* dn. 139.

<sup>137</sup> *ibid.*, pp. 298-300; 300-309. Çekinceler Raporu'na göre, çekincelerin kabul edilebilirliği (*permissibility*) taraf devlet veya örgütler, uyuşmazlık çözüm organları (*ADR dahil*) ve andlaşma izleme mekanizmalarıdır, bkz. *ibid.*, pp. 391-403.

<sup>138</sup> *ibid.*, pp. 310, 326, 416, 419, 427-560. Sözleşme; kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren veya kendisi andlaşmaya taraf olana değin yanıt verilmeyen çekincelerin kabul edilmiş sayılacağı düzenler (*m.20/5*). Sorun; öz. insan hakları andlaşmaları yönünden, çekince bir tarafca reddedildiğinde çekinceyle ilgili hükmün, *Viyana Sözleşmesi'ne göre*, her iki taraf yönünden yürürlüğe girmeyiştir, yakın dönemde, "kuzey"deki devletlerin bir bölümü (*örn. Avusturya*) çekinceleri reddederken ilgili andlaşmanın bütünüyle yürürlükte

Andlaşmalar yönünden ana kural yazılı olmaları<sup>139</sup> ise (m.2/1/a), andlaşmayla ilgili birtakım bilgilendirme (*tebligat*) ve andlaşmanın, imza ve onay, katılma, halefiyet belgelerinin, bildirimlerinin ve taraflar ile ilgili işlemlerin, bu arada çekincelerin ve çekincelere verilen yanıtların çekince koyan tarafa bildirim gibi birtakım işlemlerin yerine getirilmesi gerekir. Bu ihtiyacı gidermek amacıyla andlaşmalarda depoziter olarak görevlendirilen devlet, devletler veya organın (öz. *BM Genel Sekreterliği*) kendisine bir andlaşmayla ilgili olarak yapılan çekince veya bildirimleri nasıl niteleyeceği Sözleşme'de düzenlenmemiştir<sup>140</sup>. Uygulamada, BM Genel Sekreterliği, depoziter olarak belirlendiği andlaşmalarda tarafların beyanı adlandırmasıyla kendini bağlı sayıp konuyla ilgili hukuki değerlendirmeyi taraflara bırakır<sup>141</sup>. Çekinceler Raporu'na göre, bir kaydın "*çekince veya yorum beyanı olarak nitelendirilmesi çekinceyi kaleme alan tarafından... istenen hukuki*

---

kalacağını öngörür, bkz. *supra* dn. 124; A.PELLET, D.MÜLLER, **Reservations to Treaties** ve B.SIMMA, G.L. HERNANDEZ, **Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Rights Treaty** in E.CANIZZARO (editor), **The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention**, Oxford, OUP, 2011, (*sirasıyla*) pp. 37-59; 60-85 ve karşı. Sienho YEE, *Review*, 11 CJIL 367 (2012).

<sup>139</sup> *Kanaatimizce* OPPENHEIM'in getirdiği yaklaşımın özüne ilişkin bu konunun kayda değer biçimde incelenmesi için bkz. KOSKENNIEMI (2005a), pp. 307-345 ve karşı. Jan KLABBERS, **the Concept of Treaty in International Law**, The Hague, Kluwer, 1996, esp. pp. 121-156.

<sup>140</sup> Viyana Sözleşmesi, mm. 76-80; Çekinceler Raporu, pp. 160-165. Öz. Genel Sekreterlik'in durumu ve BM bünyesinde iş ve işlevleri yönünden dönüşümü hak. bkz. B.E.URQUHART, **The evolution of the Secretary-General** in S.CHESTERMAN (editor), **Secretary or General?**, Cambridge, CUP, 2007, p.15 et seq. Çekinceler, bunlara itirazlar ve çekincelerin geri alınmasına ilişkin işlemlerin yazılı olması gerekir (Sözleşme, mm. 2/1/d; 23/1, 4). Avrupa Konseyi bağlamında ise, Konsey Genel Sekreteri'nin eline geçen beyanı *hukuken nitelemesini* zorunlu olduğu yönünde bkz. P.-H. IMBERT, *Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission*, 33 ICLQ 558, 578 (1984).

<sup>141</sup> Aksi Sekreterlik'in "*hukuk*"un yerine geçmesi olur, karşı. e.g. T.O.ELIAS, **The Modern Law of Treaties**, Leiden, Oceana, 1974, p. 213 ve Çekinceler Raporu, p. 164.

*etki*" dikkate alınarak yapılır<sup>142</sup>. Hukuki etki yönünden ölçüt "çekince"dir (*mm. 2/1/d, 19*). Çekinceler yönünden ana kural yazılı olmaları ise, çekinceyi "kaleme alan"lar kimler olabilir? Böyle bir sorunun yanıtını her devletin konuyla ilgili olarak veya andlaşmaya taraf olma amacıyla gerekli işlemleri yapmak amacıyla yetkilendirdiği organları, *diğer bir ifadeyle* devlet düzeni içinde beliren organlarıdır<sup>143</sup>.

**§30.-**Bütün bu anlatı içinden, en dikkat çekici olan sorunlar, insan hakları ile ilgili andlaşmalar yönünden karşımıza çıkar. İnsan hakları ile ilgili andlaşmalarda, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında doğan uyuşmazlıkları çözmek üzere görevli olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuya ilişkin önemli kararları bulunmaktadır<sup>144</sup>. Nitekim, örneğin Belilos Kararı'nda, Mahkeme, yorum beyanları<sup>145</sup> ile

---

<sup>142</sup> Çekinceler Raporu, pp. 74-84 ve karşı. UN HRC, **General Comment No. 24 (52) 1**, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11.11.1994, ¶ 3, 8, 10, 18. Her iki görüşten önce doktrinde de niyet (*intention*) önemsenir, karşı. D.M. MCRAE, *The Legal Effect of Interpretive Declarations*, 49 BYIL 155, esp. 172-173 (1978).

<sup>143</sup> Türk Hukukundaki uygulamanın, PAZARCI'nın incelediği şekliyle ama günümüze uyarlanarak geçerli olduğunu düşünüyoruz, buna göre onay esnasında andlaşmalara çekince koymak hukuken mümkünken, çekince konulacaksa bunun andlaşmanın müzakere veya imzası sırasında yapılmasında beis yoktur, bkz. PAZARCI I, ss. 173-175 ve karşı. ÖZMAN, ss. 50-54, öz. 52. Anayasamızın 90. maddesi ve 244 sayılı Kanun hükümleri de bunu doğrular. 2709 sayılı Anayasamızın güncel metni için bkz. <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>> [18.09.2017]; 244 sayılı, Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun metni için bkz. k.t. 31.05.1963; RG tarihi/sayısı: 11.06.1963/11425, 1173 sayılı değişiklikleri içeren metni içinse bkz. <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.244.pdf>> [18.09.2017].

<sup>144</sup> Mahkeme'nin yalnızca çekincelerle ilgili yönünü inceleyeceğimizden Mahkeme'nin kuruluşundan itibaren geçirdiği dönüşüm, görev ve yetkileri, Mahkeme'ye yöneltilen ve yöneltilebilecek eleştirileri yalnızca çekinceler bağlamında ele alacağız. Anılan hususlarda konumuzla ilgili bilgi için bkz. *supra* dn. 124.

<sup>145</sup> Yorum beyanı; "*nasıl kaleme alınmış veya adlandırılmış olursa olsun, bir devlet veya örgüt tarafından, bir andlaşmanın tümü veya belirli maddelerinin anlamının veya kapsamının belirlenmesi veya açıklanması*

çekinceler arasında ayrıma gider. Burada da esas olan; beyanı kaleme alanın niyeti, daha doğru bir ifadeyle "orijinal niyeti" (*original intention*) olduğundan bunun tespit edilmesi gerekir<sup>146</sup>. AİHM'ye göre, İsviçre'nin; adil yargılanma hakkı (*AİHS, m.6*) ile ilgili olarak getirdiği kayıt, şekli ve maddi açıdan çekince seviyesine çıktığı ve özellikle, *orijinal iradesi yönünden* çekince koymayı arzu ettiği halde "yorum beyanı"nda bulunmayı tercih ettiği anlaşıldığı için "çekince" olarak nitelendirilmesi gerekir<sup>147</sup>. Zira, AİHS'de korunan temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren böyle bir beyanın hukuki nitelemesinin yapılabilmesi için kendisinin onu ileri süren tarafından nasıl adlandırıldığına bakılmamalı ve *maddi açıdan* ne anlam ifade ettiği önemsenmelidir<sup>148</sup>. İsviçre'nin, AİHS'nin 6. maddesinin uygulama alanını hayli geniş bularak anılan beyana içkin orijinal iradesinin, bazı uyumsuzluk türlerini kategorik biçimde AİHS'nin uygulama alanından çıkarmayı hedeflediği anlaşıldığından İsviçre'nin beyanı, yorum değil çekince olarak nitelenmelidir: Böyle ise AİHS'nin 64. maddesinde öngörülen, çekince ile ilgili özel düzenleme doğrultusunda konulan kaydın çekince olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin araştırılmasına gereksinim bulunmaktadır. AİHS'nin 64. maddesi şöyledir:

*"1. Herhangi bir devlet, Sözleşme'yi imzalarken veya onay belgesini depozitere tevdi ederken Sözleşme'nin belirli herhangi bir maddesine, anılan madde ile o an için yürürlükte olan herhangi*

---

*amacına matuf tek taraflı bir beyan"*dır, bkz. Çekinceler Raporu, p. 62. Ayrıca bkz. Kıta Sahaneliği Tahkimi, ¶ 30.

<sup>146</sup> Belilos Kararı, ¶ 48 ("*...it is necessary to ascertain the original intention of those who drafted...*").

<sup>147</sup> *ibid.*, ¶ 40, 46-47.

<sup>148</sup> *ibid.*, ¶ 49.

*bir kanununun uyuşmaması dolayısıyla çekince koyabilir. Genel nitelikli çekincelere işbu maddeye uyarınca cevaz verilemez.*

*2.İşbu maddeye uygun olarak konan çekinceler ilgili olan kanuna ilişkin bir açıklama içermelidir"<sup>149</sup>.*

Temeltaş Kararı'ndaki ölçütler<sup>150</sup> doğrultusunda değerlendirildiğinde; söz konusu ölçütleri karşılamadığı neticesine vardığından, AİHM beyanın geçersiz (*invalid*) olduğuna karar verir ve beyanın geçersizliğinden bağımsız olarak İsviçre'nin AİHS ile bağlı olmaya devam ettiğini ekler<sup>151</sup>. Diğer bir anlatımla, hipersymbolizm değişmez; tartışılmayan yerine başka bir tartışılmayan konudur. Avrupa kamu düzeni kavramı üzerine inşa edilen kendine-yeten-rejim, çekincelerin uluslararası yargı tarafından incelenmesine olanak tanır<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Belilos Kararı, ¶ 39 (64. madde değişmemiş olduğundan Karar'daki haliyle çevirmeyi uygun bulduk).

<sup>150</sup> Temeltaş Kararı, ¶ 73; 74 et seq. (Ölçütler, 64. madde metninin tahlilinden çıkarılır). Bu Karar'da, tarihi itibarıyla AİHM'nin öncülü olan Komisyon, taraf devletin beyanının yine kendi niyeti (*intention*) ile belirlenerek denetleneceğini kabul eder, karşı. Temeltaş Kararı (B.J.KIERNAN, Ş.GÖZÜBÜYÜK *diss.*), ¶ 5, 6 ("To regard interpretative declarations as reservations would introduce uncertainty into Article 64.......(T)he use of interpretative declarations would appear, at least as far as the Convention is concerned, as a post-1950 development...").

<sup>151</sup> Belilos Kararı, ¶ 60. (Susan) MARKS'a göre, Mahkeme'nin böyle bir kararı verebilmiş olması birtakım faktörler yönünden incelenebilir, AİHS'nin "yaş"ı, çekincenin "izole" oluşu, "denetleyici organlar"ın rolü veya AİHS'nin "entegrasyon mekanizması" olarak görülüşü, Karar'ın verilmesinde rol oynamış olabilir, bkz. *id.*, *Reservations Unhinged*, 39 ICLQ 300 (1990).

<sup>152</sup> MARKS, p. 326 ve karşı. BOURGUIGNON, p. 386 ("...The Court's analysis of the Swiss reservation at issue... provides no support to those who take a traditional contract view of multilateral treaties, who look entirely to the unanimous consent of the member-States to determine the validity of a treaty or a reservation, and who focus primarily on the sovereignty of the signatories and the limited nature of the contractual agreements among sovereign States..."). Anılan yönden, söz konusu "rejim"i de "hegemonik" kılan, belirtilen düşünce yapısıdır, karşı. KOSKENNIEMI (2012), esp. pp. 313-324.

## C. ÇEKİNCELERE UYGULANAN REJİMLER

### 1. Doktrinin Dönüşümü: Viyana Sözleşmelerini Etkileyen Nedenler

§31.-Çekincelerin Viyana Sözleşmesi'nde düzenlenişi ve buradan kaynaklanan sorunların işaret ettiği en belirgin husus, *kanaatimizce*, 19. yüzyıldan başlayarak formdan, şekilden ve usulden esasa yönelimin çekincelerle ilgili söylemde belirginleşmesidir. Sorun, böyle anlaşılırsa, daha net bir biçime karşımıza çıkmaktadır: Ahlaken, etik veya sosyal açıdan kabul edilebilir, hatta zorunlu görünen hususlar hukuk-dışı, hukuk-olmayan veya hukuka aykırı olmakla birlikte hukuki veya hukuka uygun olan hususların bir bölümü ahlaken, etik veya sosyal açıdan kınanabilir veya dünya görüşümüze aykırı görünmektedir<sup>153</sup>. Normların standartlara, kuralların kriterlere vb. dönüştüğü böyle bir anlatıda, *kanaatimizce* sorunlar çözülmek yerine farklılaşarak tekrar edilmekte ve tekrarı farklılaşmaktadır. Hukuk-Yasak arasındaki ilişki veya söz konusu ilişkiyi örnekleyen Alman doktrininde görüldüğü üzere; özellikle form veya şeklin doktrinde kayboluşu, *bir yandan* uluslararası kanunkoyma-ile-birlikte genel uluslararası hukukun önemini yitirşi, esnek ilke ve standartlara yönelim ile kuralların ihlali ve yeni kural yaratılması arasında, hukukun birliği yönünde ileri sürülen görüşlerle birlikte düşünüldüğünde; eskiye göre daha mükemmel bir "hukuk sistemi"ni

---

<sup>153</sup> Karş. e.g. Martti KOSKENNIEMI, *The Lady Doth Protest Too Much': Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law*, 65 MOD.L.REV. 159 (2002) ve Ernst-Ulrich PETERSMANN, *The WTO Constitution and Human Rights*, 3 J.INT'L ECON.LAW 19 (2000).

önermekte, *yani* kamu hukukunun, uluslararası hukukun düzenleme alanı genişlemekte<sup>154</sup>, *öte yandan* önerilen hukuk sisteminin, örneğin insan hakları veya insani (*insancıl*) hukuk kurallarının içeriğinin akdileşmesi, özelleşmesi ve uluslararası yargının zamanla marjinalleşmesi gibi nedenlerle birleştiğinde düzenleme alanı genişleyen uluslararası hukuk özel, ekonomi üzerinden tarif edilen, akdi ilişkilere veya ahlaki ve sosyal ilişkilerin bir ürününe, felsefeden ve diğer alanlardan arınmış, teknik-bürokratik bir söyleme dönüşmektedir<sup>155</sup>. Çekincelerle ilgili hukuki rejimin dönüşümünün<sup>156</sup> bahsi geçen hususlar yönünden okunması da mümkündür. Bu bağlamda, aşağıda önce Divan'ın Çekinceler Danışma Görüşü'ne kadar çekincelere uygulanan hukuki rejimleri, ardından Danışma Görüşü ve Viyana Sözleşmeleri'ne büyük etkisi olduğuna inandığımız BM Genel Sekreterliği'nin çalışmalarını inceleyeceğiz. Böylece, doktrinde çekinceler yönünden karşılaşılan sorunların uluslararası örgütler ve genel uluslararası hukukla ilgisini de göstermeye çalışacağız.

---

<sup>154</sup> Bkz. *e.g.* Alain PELLET, **Notes sur la fragmentation du droit international dans** D.ALLAND et al. (editors), **Unité et diversité du droit international**, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 757, not. 780-784 veya J. d'ASPREMONT, **Formalism and Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment**, Oxford, OUP, 2011, esp. pp. 1-11.

<sup>155</sup> Bkz. *e.g.* M.KOSKENNIEMI, *Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power*, 1 HUMANITY 47 (2010) veya BERMAN (2006), esp. pp. 758-769.

<sup>156</sup> KENNEDY (1986-1987), esp. pp. 850-856 (*break/movement/repetition*). Bu bağlamda, örn. "1989" sonrasında "yeni" bir başlangıç için önerilen ve doktrinde, *inter alia* doktrinin kültürel sermayesini oluşturan en önemli etmen olan "dil" ve dilin simgelediği anlamlar bütününe dönüştürmeyi teklif etmesi ve "kesinti"yi simgelemesi itibarıyla doktrinin-kendisine karşı-görüş olarak kalan örnekler için bkz. Philip ALLOTT, **Eunomia: New Order for a New World**, Oxford, OUP, 1990, esp. pp. 3-52 ve Monique CHEMILLIER-GENDREAU, **Humanité et souverainetés: Essai sur la fonction du droit international**, Paris, La Découverte, 1995, not. pp. 15-55.

a. Geleneksel Sistem ve Diğer Sistemler

§32.-ILO Direktörlüğü tarafından Milletler Cemiyeti Konseyi'ne bağlı olarak çalışan "Uluslararası Hukukun Gelişerek Kodifikasyonu Uzmanlar Komitesi"nin marifetiyle Konsey'e sunulmak üzere hazırlandığı anlaşılan Memorandum'da, aşağıdaki ifadeler kullanılır:

"...Her halde çekincelerin kabul edilebilirliği, uluslararası hukukun genel ilkelerine göre, yüksek akit tarafların açık veya örtülü irade beyanının(in gerekliliğini) baştan farzetmektedir..."<sup>157</sup>.

ILO'nun andlaşmalarının çekincelere elverişli olmadığını gerekçelendirmek üzere yukarıda belirtilen husus, uluslararası andlaşmalarda çekincelerin *geleneksel açıdan nasıl* kavrandığını özetlemektedir. Nitekim, *kodifikasyon amacı taşıyan* çok taraflı uluslararası andlaşmaların görülmeye başladığı 19. yüzyılın ikinci çeyreğinden itibaren yerleşen ve böyle bir andlaşmaya çekince konulmak istendiğinde andlaşmada aksi öngörülmedikçe tarafların tamamının çekinceyi onaylaması gereken *geleneksel sistem*, yeni katılanlar dahil medeni uluslar ailesinin her bir üyesinin egemenliğine dayanır<sup>158</sup>. Buna göre, eğer çekinceye itiraz edebilecek durumda olan bir devlet böyle bir itirazda bulunursa *ya* çekince koyanın çekincesini geri alması gerekir, *ya da* çekince koyan devlet andlaşmaya taraf sayılmaz. Diğer bir anlatımla, çok taraflı bir andlaşmaya çekince konulmak istendiğinde *oybirliği* esastır; dolayısıyla, andlaşmaya taraf olarak katılabilecek *tüm* devletlerin çekince

---

<sup>157</sup> ILO, **Memorandum: Admissibility of Reservations to General Conventions**, 8 LNOJ 882, esp. 883 (1927) (*Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*).

<sup>158</sup> REDGWELL, pp.246-247; KOH, p.77 et seq. Örnekler için bkz. H.W. MALKIN, *Reservations to Multilateral Conventions*, 7 BYIL 141, 143-162 (1926). Sorun, yeniler self-determinasyonu önemserken eski-lerin egemenliği, farklı yol ve nedenlerle *dogma* olarak görmemelerinden doğuyor olabilir, karşı. Bölüm II, §19-23.

koymak isteyen devletin çekincesini kabul etmesi veya *çekince koymak isteyen* devletin çekincesini geri alması zorunludur. Bu dönemde, *ad minimum* Milletler Cemiyeti'nin 1920 yılında kuruluşundan önce geçerli olan anlayış, çok taraflı uluslararası andlaşmaları, akdi şekilde düşünmeye ve tarafların her birinin mutlak mutabakatına dayandırır; öyle ki çekince, genellikle *onay çekincesi* ve *tahkim (yargı yolu) çekincesi* olarak anlaşılır, bu son görüş 1960'lara değin devam edecektir. Çekincelerin konulmasıyla ilgili olarak diğer tarafların iradeleri dışında herhangi bir sınır yoktur, çekincelerin geçerliliği diğer tarafların rızasına bağlıdır<sup>159</sup>. Anılan sistemde, çekincelerin en belirgin şekilde gündeme geldiği örnek 1899 ve 1907 Lahey Konferansları'dır; kimilerine göre Konferanslar, dünya devletleri konfederasyonunun belirlediği anı simgeler (*örn. SCHÜCKING*), diğerlerine göre Konferanslar nezaket gösterisinden ileri gidememiştir (*örn. STOERK*). Çekinceler yönünden dikkat çekici olan, Milletler Cemiyeti Misak'ını da içeren Versay Barış Andlaşması'nın, Senato'nun koyduğu çekince nedeniyle ABD tarafından onaylanmayarak, ABD'nin Milletler Cemiyeti'ne üye olmamasıdır<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Andlaşmaların tanımı ve kanun-andlaşmalar ile diğerlerinin ayrımı hak. bkz. OPPENHEIM I (1905), §491, p. 517 et seq.; Konferansların ardından topluluk- ve özel-haklar (*Gemeinschafts-/Sonderrecht*) arasında ayrıma giderek çekincelerin yer aldığı andlaşmaları ikinci başlık altında inceleyen görüş için bkz. M. HUBER, **Gemeinschafts- u. Sonderrechte** ins O.GIERKE et al., **Festschrift für Otto Gierke**, Weimar, H.Böhlaus, 1911, S. 826ff. (*KÜHNER sayesinde bilğimiz olmuştur*), cf. KÜHNER (1986), S.9. Cemiyeti'n kurulduğu dönemde konuya, genel doktriner eğilimi yansıtır biçimde, sınırlı yer veren örnek için bkz. Karl STRUPP, **Grundzüge des Völkerrechts**, 2.Auflage, Bonn, L. Röhrscheid, 1922, S. 100ff., 102.

<sup>160</sup> Misak'ın 1/1. maddesi çekince konularak üye olunmasını açıkça engelliyordu. Bu konuda dikkat çekici bir değerlendirme için bkz. C.P. ANDERSON, *The Ratification of Treaties with Reservations*, 13 AM.J.INT'L L. 526 (1930) ("It would seem to follow from these considerations that although all of the parties except Germany would be concerned in reservations as to the Covenant, none of the Allied... Powers would be concerned purely as a question of law in reservations exempting the United States from adherence to any or all of the other provisions of the treaty"). Ayrıca bkz. KÜHNER (1986), S.57-61; MCNAIR, pp.162-163.

Büyük Savaş'ın ardından, *bir yandan* Savaş öncesi uluslararası hukukun Savaş sonrasında yenilenmesi ihtiyacı hissedilir, *öte yandan* Savaş sonrasındaki gereksinimlere Savaş öncesinin doktriner söylemi yeterli görünmez. Böyle bir *kesinti-hareket-tekrarda*, Milletler Cemiyeti'nin kurulmasını takiben çok taraflı uluslararası andlaşmaların metninde çekincelerle ilgili kural varsa buna göre hareket edilmesi gerektiği anlayışı ortaya çıkar<sup>161</sup>. Dolayısıyla, çekinceler yönünden diğer tarafların iradesi dışında ölçütün olmadığı, Milletler Cemiyeti öncesi döneme göre ufak ama sembolik açıdan önemli bir fark vardır. Andlaşmada öngörülmesi halinde çekinceye ayrıca onay verilmesi gerekmez: Onayın, andlaşma metninde çekincenin konacağı haller düzenlendi ise çekincenin konulmasından önce icazet olarak verildiği düşünülür. Bununla birlikte böyle bir icazetin verildiği haller ve verildiği zaman da izin verilen çekincelerin kapsamı hayli sınırlıdır<sup>162</sup>. Andlaşma metninde öngörülen sınıra veya taraflar arasındaki mutabakata uyulmadığında andlaşmaya taraf olmak olanak dışıdır. Arzu edilen, hiçbir çekince veya engel olmaksızın, mükemmel andlaşmalardır (*traités non-imparfaits!*)<sup>163</sup>. Konuyu incelemek üzere Uzmanlar Komitesi'nin oluşturduğu Alt-Komite, 1927'de hazırladığı Rapor'da *oybirliği* kuralını yineleyen müzakere edilip imzaya açıldığında özellikle müzakereye katılmayanlar bakımından, kendisine sıkça atıfta bulunulan görüşünü açıklar:

"...Bir andlaşma hükmüne yönelik olarak konulan herhangi bir çekincenin, *tıpkı (as) müzakere sırasında ileri sürülmüşçesine*,

---

<sup>161</sup> Karş. e.g. KOH, pp. 78-79 ve RUDA, pp. 112-115.

<sup>162</sup> RUDA, p. 114; M.OWEN, *Reservations to Multilateral Treaties*, 38 YALE L.J. 1086 (1928-1929).

<sup>163</sup> Hayli geniş literatür içinde bkz. e.g. E. v. WALDKIRCH, *Das Völkerrecht*, Basel, Helbing& Lichtenhahn, 1926, §5, S.36-42 (*Andlaşmalar devlet uygulamasının parçası olarak anlaşılır*) veya A. PODESTA COSTA, *Les réserves dans les traités internationaux*, 21 RDI 2 (1938) (*Çekinceler, genelde olumsuz karşılanır*).

*onun yönünden geçerli olabilmesi için... tüm akit taraflarca kabul edilmesi gerekir. Eğer edilmezse, çekince, kendisinin ilişik olduğu imza gibi (like) hükümsüz ve geçersiz olur..."<sup>164</sup>.*

Uluslararası andlaşmalar; egemenliğin doğrudan uzantısı veya panzehiri olarak diplomasinin, dış siyasetin devamı veya buna karşın, örneğin Alman çevresinde, self determinasyonun bir yansıması veya pasifistler yönünden kalıcı barışın sağlanmasının o an için yetersiz ama mükemmelleştirilmesi gereken bir aracı olarak görülür. UDAD'nin kurulduğu bu dönemde kodifikasyon giderek önem kazanır ancak doktrinde-şekli-kaynaklar buna uyumlu biçimde değişmez<sup>165</sup>. Savaş öncesindeki *oybirliği* kuralı Cemiyet'e aktarılır<sup>166</sup> ama Misak'ı en iyi ihtimalle herhangi bir andlaşmadan daha fazla kanun-andlaşma niteliğinde görmeyen, diğerlerinden insanlığın siyasal entegrasyonunu amaçladığından dolayı üstün tutan, Milletler Cemiyeti'ni benimseyen görüş<sup>167</sup>; 1920'li yılların ortalarından itibaren yaşanan uluslararası bunalım ve çalkantılara tepki verir<sup>168</sup>. Sayısı, şiddeti ve etkileri giderek artan uluslararası meselelerin çözümü için daha fazla hukuka, daha fazla örgütlenmeye ih-

---

<sup>164</sup> LEAGUE OF NATIONS, **Report of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law**, 8 LNOJ 880, 881 (1927) ve Belilos Kararı ile karş. *supra* dn. 152.

<sup>165</sup> SKOUTERIS, pp. 107-134 (*standardization-formalization-correctness as progress*). UDAD'nin kuruluşunu düzenleyen, Türkiye'nin taraf olduğu ve resmi adı ile "*Beynelmilel Daimi Adalet Divanı Nizamnamesi*"nin, kısaca "UDAD Statüsü"nin Misak'ın dışında ayrı bir Protokol ile kabul edilen metni için bkz. 2774 sayılı Kanun, k.t. 10.06.1935 ve "*Milletler Cemiyeti Misakının 14üncü maddesile istihdal edilen Beynelmilel Adalet Divanı Nizamnamesi*", RG tarihi/sayısı:19.06.1935/3032; ayrıca bkz. AKİPEK (1966), s. 808 ved.

<sup>166</sup> Georges T. ELES, **Le principe de l'unanimité**, Paris, Pédone, 1935, not. pp. 253-263.

<sup>167</sup> Karş. H.LAUTERPACHT, *The Covenant as the "Higher Law"*, 17 BYIL 54 (1936) ve H.KELSEN, **Legal Technique in International Law: A Textual Critique of the League Covenant**, Geneva, Geneva Research Centre, 1939, esp. p. 7 et seq.

<sup>168</sup> Örn., (Manley O.) HUDSON, 1931 yılında, uluslararası andlaşmaları derlediği esere "uluslararası yasama" adını verir, bkz. *id.*, **International Legislation, Vol. I**, Washington, Carnegie, 1931, pp. xiii-xiv.

tiyaç duyulur; örneğin, 1930 Konferansı'nın başarısızlığı karşısında reform projeleri önerilir<sup>169</sup>. 1929 yılında, UDAD Statüsü'nün değiştirilmesini içeren Protokol'e Küba'nın taraf olurken koyduğu çekince üzerine Genel Kurul:

"...Küba'nın onayının, Protokol'u onaylayan diğer devletler tarafından kabul edilebilir hissedilmeyen bir çekinceye bağlı kılındığını not eder,

Bir çekincenin yalnızca onay anında ve diğer imza devletlerin kabulü veya andlaşmanın metninde böyle bir çekinceye imkan verilmişse konulabileceğini düşünür..."<sup>170</sup>.

Bunlarla birlikte, anılan dönemde, uygulanan yegane sistemin *geleneksel sistem* olduğunu düşünmek yanlış olur. Pan-Amerikan Birliği (*Pan-American Union*) tarafından 1930'lu yılların başında konulan kurallara göre, (i) andlaşma çekince koymakızın onu onaylayanlar arasında, *olduğu gibi yürürlüğe girer*; (ii) andlaşmaya çekince koyan ve çekinceyi kabul edenler yönünden *çekincenin konulduğu haliyle yürürlüğe girer*; (iii) çekinceyi koyan devlet ile çekince kabul etmeyen devlet arasında andlaşma *yürürlüğe girmez*<sup>171</sup>. Dolayısıyla, böyle bir sistemde geleneksel sistem yinelenmektedir, şu farkla ki

---

<sup>169</sup> Henri A. ROLIN, *Quelques observations sur la Conférence de Codification*, 11 RDILC 581 (1930).

<sup>170</sup> LEAGUE OF NATIONS, **Progressive Codification of International Law**, 93 LNOJ SPEC. SUP. 126, esp. 137 (1931). Japon Heyeti'nin 1936 Montrö Boğazlar Sözleşmesi'ne, Milletler Cemiyeti'ne üye olmayışı nedeniyle koyduğu çekince ve kabulü için bkz. Seha L. MERAY, Osman OLCAY (çevirenler), **Montreux Boğazlar Konferansı**, Ankara, AÜSBF Yayınları No.390, 1976, ss.262-263.

<sup>171</sup> IMBERT (1973), pp.35-42; KOH, pp.80-82; KÜHNER (1986), S.61-63; REDGWELL, pp. 247-248, n.1; RUDA, pp. 115-133; Çekinceler Raporu, p. 347. Ayrıca bkz. AMERICAN INSTITUTE OF INT'L LAW, **Project No. 21: Treaties**, 20 AM.J.INT'L L. SPEC. SUP. 300, 348 (1926). 6 (altı) maddelik taslağın çekince tanımına göre; bir andlaşmanın madde metninde getirilmek istenen her türlü değişiklik (*amendment, modification or addition*) yeni bir icap (*proposal*) anlamına gelir; andlaşmayı onaylayan bir tarafın koyduğu çekince bağlayıcıdır yeter ki diğer akit tarafların tümü razı gelmiş olsun (*m.4*).

*çekincesi kabul edilmeyen devlet, yalnızca çekinceyi kabul etmeyen devlet yönünden akdi ilişkinin tarafı olmaz. Diğer bir anlatımla, geleneksel sistemde çekincesi bir devlet tarafından bile kabul edilmemiş olan devlet andlaşmanın tarafı olamazken Pan-Amerikan sisteminde akdi ilişki ikili ilişkilere bölünür, çekince taraflardan birinin kabulü ile bile, andlaşma kabul edenle çekince koyan arasında yürürlüğe girer. Dolayısıyla, Milletler Cemiyeti Sekreterliği depoziter olarak diğer taraflarca onaylanmamış çekinceleri kabul etmezken Pan-Amerikan Birliği herhangi bir diğer tarafın kabulünü yeterli sayar<sup>172</sup>. Böyle bir çözümü, geleneksel sistem karşısında değerli bularak uluslararası toplumun değişen gereklerine uygun görenler olduğu gibi anılan yorumun, devlet egemenliğini uluslararası toplumunkinden üstün tutması nedeniyle yersiz bulanlar da vardır<sup>173</sup>. *Kanaatimizce Pan-Amerikan Birliği sistemi ortaya çıktığı dönem itibariyle bir gelişme sayılabilirse de geleneksel sistemden esaslı bir fark göstermez; hatta, bu yönden fark getirdiği ana unsurun, yani kabul edenlerle çekincenin konulduğu şekliyle andlaşmanın geçerli olduğunun kabul edilmesinin çok taraflı andlaşmaların ikili ilişkilere indirgenmesi anlayışını kurumlaştırması itibariyle çok taraflı andlaşmalar yönünden olumludan çok olumsuz etkisi bulunur. Harvard Üniversitesi'nde gerçekleştirilen, gayri resmi kodifikasyon çalışmasında da, böyle bir durum göze çarpar: İki taraflı andlaşmalara da konulabileceği kabul edilen çekinceler; çekincenin ancak resmi bildirim ile ve imza, onay veya katılma anında yapılabileceği belirtilerek çekince ile andlaşmanın hükümlerinin, andlaşmaya taraf olabilecek diğer taraf veya taraflarla ilişkileri yönünden doğası gereği etkiler nitelikteki beyanlar**

---

<sup>172</sup> KOH, pp. 81-82; RUDA, pp. 120-121.

<sup>173</sup> İlki ve ikincisi için sırasıyla karşı. e.g. RUDA, p. 133 ve KOH, p. 84. TRIEPEL'in görüşünün, Pan-Amerikan sistemiyle bağdaşmasının güçlüğü dikkat çekicidir.

olarak nitelenmiş; geleneksel sistem *bir yandan* yinelenirken *diğer yandan* çekincelerin konulmasına ilişkin şekil ve usul şartları ayrıntıyla düzenlenmek yoluna gidilmiştir<sup>174</sup>.

b. *BM Genel Sekreterliği'nin, Divan'ın Danışma Görüşü ve Andlaşmaları Etkileyen Çalışmaları*

§33.-Çekinceler Danışma Görüşü; yukarıda farklı bağlamlarda değindiğimiz gibi, İkinci Dünya Savaşı öncesinde kabul edilen *geleneksel, oybirliği sisteminin* yetersiz bulunması, reddedilmesi ile yakından ilişkilidir. Bu bağlamda, savaş sırasında çeşitli projeler oluşturulur, bunların bir bölümü, doğrudan doğruya savaş bitimindeki yeni uluslararası örgütlenmeyi ele alır: Buna göre, *oybirliği* terk edilmeli, *oyçokluğu* kabul edilmelidir<sup>175</sup>.

Danışma Görüşü ile ilgili oldukça geniş bir literatür bulunmaktadır. Bizim buradaki amacımız, Danışma Görüşü'ne yol açan ve birbirine bağlı karmaşık birtakım

---

<sup>174</sup> *Draft Convention on Law of Treaties*, 29 AMJ.INT'L L. SUP. 1, 666-671, esp. 843-912 (1935) (mm.13-16). Harvard Kuralları'nın *oybirliği sistemi ile ilgili en yetkin otorite olduğu literatürün neredeyse tamamının kabul ettiği bir husustur*. Örn. (Oscar) SCHACHTER'e göre, Harvard Kuralları, uluslararası hukukta *oybirliği sisteminin göstergesidir*, bkz. *id.*, *The Development of International Law through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat*, 25 BYIL 91, 122 (1948) ve (*aynı yönde*) MCNAIR, p. 158.

<sup>175</sup> Cromwell A.RICHES, **Majority Rule in International Organization**, Baltimore, J.Hopkins, 1940, esp. pp. 291-306. *Oyçokluğunun da öz. BMDHS ile consensus'a dönüştüğüne dikkat ediniz, cf. supra* dn. 130. Uluslararası andlaşmaların hazırlanması veya uluslararası örgütlerin işleyişi yönünden geçerli olan bu durumun benzeri, "savaş"ın "silahlı çatışma"ya dönüşü veya "tarafsızlık"ın ortadan kayboluşu yönünden de söz konusudur, bkz. *e.g.* G.SCHWARZENBERGER, **International Law and Totalitarian Lawlessness**, London, J.Cape, 1943, esp. pp. 30-56. Dikkat çekici olan; *tabii ve realist argümanların*, kendisi eleştirilen ve reddedilenlere *benzer biçimde, geleneksel uluslararası hukukun yetersizliğine delil oluşturmasıdır*, karş. *e.g.* A.von FREYTAGH-LORINGHOVEN, *Realismus im Völkerrecht*, 2 ZAKDR 933, 936 (1935).

sorunları gösterebilmektir. Zira, Danışma Görüşü yönünden *sadece* Divan veya Genel Kurul'un, 6. Komite'nin faaliyetleri değil Sekreterlik'in çalışmaları da çifte anlamda belirleyici olur. Öyle ki *bir yandan* somut olarak Divan'dan görüş sorulmasına neden olan sorular Sekreterlik'in inisiyatifıyla ortaya çıkmıştır; *diğer yandan* Divan Görüşü'nde kendisine başvuru ve sonradan Viyana Sözleşmesi'nin 19 ve 20. maddesinde de yer bulan birtakım kavramlar, özellikle "konu ve gaye"yi (*object and purpose*) çağrıştıran terimler tercih edilmiştir (*örn. andlaşmanın esası, gerçek anlam*). Bununla birlikte Sekreterlik'in Soykırım Sözleşmesi'nin kabulünün ardından karşılaştığı sorunlar ve bu sorunların özellikle BM'deki temsilciler ve Sekreterlik tarafından ele alınış ve tartışılma biçimi bizim açımızdan daha önemlidir.

Danışma Görüşü'nün ortaya çıkışı BM bünyesinde insan haklarının korunması ve soykırımın yasaklanmasıyla ilgili çalışmalara dayanır: Dayanağı, somut olarak, BM Genel Kurulu'nun, 1948 Soykırım Sözleşmesi konusunda 16 Kasım 1950'de Divan'a yönelttiği sorular oluşturur<sup>176</sup>. Sözleşme çekincelere ilişkin herhangi bir hüküm içermediğinden; BM Genel Sekreterliği, Sözleşme'nin (*m.13*) yürürlüğe girdiği tarihin tespiti ve diğer devletlere göndereceği onay ve katılım belgeleri için Sözleşme'nin belli bir sayıyı öngörmesi (20)

---

<sup>176</sup> BM Genel Kurulu'nun Divan'a başvurusu ve Çekinceler Danışma Görüşü yönünden Soykırım Sözleşmesi ve andlaşmalar hukuku ilişkisi için bkz. *supra* dn. 98, 116, *infra* dn.195. Türkiye'nin 31.07.1950'de katıldığı "Soykırım Sözleşmesi" için bkz. "Milli, Irki, Dini Kütelleri Kısmen veya Tamamen İmha Suçunun 'Genocide' Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşme", Kanun no.: 5630, k.t. 23.03.1950, RG tarihi/sayısı: 29.03.1950/7469. Soykırım Sözleşmesi'nin orijinal metni için bkz. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Paris, 09.12.1948, 78 UNTS 278 (1951) ve UNGA, **Res. 260 (III)**, 09.12.1948, erişim için bkz. <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/260\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/260(III))> [18.09.2017]. Sözleşme'nin, depoziteri tarafından hazırlanan, taraflarını, ona ilişkin beyanlarını vb. bilgileri içeren güncel kaynak için bkz. UNSG, **Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter IV.1**, <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-1.en.pdf>> [18.09.2017].

nedeniyle çekince içerenlerin bu sayıya dahil edilip edilmeyeceği konusunda tereddüde düşer. Dikkat edilirse, Sekreterlik'in kararsızlığına yol açan; (i) andlaşmada çekinceyle ilgili kural olup olmaması arasında bir ayırım gözetmesine, *yani* geleneksel sistemdeki anlayışı sürdürmesine bağlı olduğu gibi (ii) soykırımın yasaklanmasına yönelik herhangi bir ahlaki, etik mülahazadan ziyade Sözleşme'de Sekreterlik'e getirilen usuli yükümlülüğün kendisi tarafından nasıl icra edileceğine, *yani* Sekreterlik'in karşı karşıya bulunduğu pratik sorunun çözümüne dayanır. *Bir yandan* Sekreterlik, BM öncesinde çekinceler yönünden kabul edilen *geleneksel sistemi*, kendisi devletlerin yerine geçip değiştiremeyeceğine göre, varsaymakta, *öte yandan* bahse konu sistemin Sözleşme'ye uygulanmasını uygun bulmamakta, uygun bulmamasının gerekçesini ise Sözleşme'de öngörülen usuli yükümlülük oluşturmaktadır<sup>177</sup>. Sekreterlik, Genel Kurul'a sunduğu Rapor'da şöyle yazar:

*"Her ne kadar, ilgili diğer hükümetlerin, onunla bağlı olmadan önce çekinceye rızasının (consent) aranması gerektiği genel geçer kabul görse de ne depoziterin gerekli rızayı alabilmek için izlemesi gereken usul (procedure), ne de bir devletin çekinceye itirazının hukuki etkisi konusunda bir oybirliği (unanimity) olmamıştır"*<sup>178</sup>.

Diğer bir ifadeyle, Sekreterlik, karşılaştığı *yeni* sorunla ilgili olarak başvurabileceği *eski* kural karşısında *hipersembolü* bulur<sup>179</sup>. SSCB ve komünist bloka dahil olan

---

<sup>177</sup> KÜHNER (1986), S. 66-70; RUDA, pp. 133-134. Konuyu "soykırım" yönünden ele alan söylemde, merkezi önem taşıyan, soykırımın Sözleşme'de kurallaştırılması; hazırlık görüşmeleri ve Çekinceler Danışma Görüşü'dür, bkz. e.g. P. GAETA, **The UN Genocide Convention: A Commentary**, Oxford, OUP, 2009, esp. pp. 433-434; W.A.SCHABAS, **Genocide in International Law**, Cambridge, CUP, 2000, esp. pp. 51-101.

<sup>178</sup> UNSG, **Report**, UN Doc. A/1732, ¶ 2, p. 2.

<sup>179</sup> Yukarıdaki ifade, Sekreterlik'in, Soykırım Sözleşmesi öncesinde çekincelerle ilgili bir sorunla karşılaşmadığı anlamına gelmez. Bunlar hak. bkz. SCHACHTER (1948), pp. 122-127.

diğer devletler Sözleşme'nin uluslararası yargı (m.9) ve yer bakımından kapsamını (*ratione loci*) (m.12) düzenleyen kurallarına, BM Genel Kurulu'nda imza atar (örn. Belarus) veya onaylarken (örn. Polonya) çekince koyar. Ortak gerekçeleri, (i) Divan'ın kuruluşundan beri kabul ettikleri gibi, uluslararası yargıya başvurulması için uyumsuzluğun taraflarından biri yerine taraflarının ortak iradesinin aranması<sup>180</sup> ve (ii) bazı yerlerde Sözleşme'nin uygulanmaması sonucunu doğurabilecek olan 12. maddenin muhtar-olmayan-ülkeler, yani vesayet altındaki ülkeler<sup>181</sup> (*non-self-governing territories*) açısından geçerli olmaması, anılan ülkelerde de Sözleşme'nin tamamen uygulanması gerektiğini içerir<sup>182</sup>. Anılan devletlerle aynı blokta, dünyada olmamakla birlikte bağımsızlığını 1946 yılında kazanan Filipinler de kamu görevlilerinin, devlet başkanının sorum-

---

<sup>180</sup> DDR I, S.176-179, 214-216, 232-235; TUNKIN, pp. 63-72; F.I.KOZHEVNIKOV, **International Treaties in ACADEMY OF SCIENCES OF THE USSR**, pp. 247-282. Sovyet doktrininde, 19. yüzyıl sonu Alman doktrinine benzer biçimde, uluslararası andlaşmalar merkezi bir konumdadır ve anılan yönden örf ve adet hukukunun merkezi olduğu "Batı" doktrinine (örn. OPPENHEIM, LAUTERPACHT) açık bir aykırılık bulunur. Ancak ayrılığı abartmamalıdır. Örn., *uluslararası örf ve adetin niteliği üzerine*, (G.I.) TUNKIN ve (A.) D'AMATO arasındaki tartışma için karşı. e.g. **Seminar on Custom in D'AMATO**, pp. 98-126. Bu son örnekten de anlaşılacağı üzere, *ortodoxia* ve *heterodoxia* yönünden ayırım, ait olunan çevreden ziyade tartışanlar arasında paylaşılan ortak görüşe (*omo-doxa*) dayanır, TUNKIN'le örn. FRIEDMANN arasında tartışmanın zemini yönünden fark olmazdı, karşı. e.g. KENNEDY (2000), esp. pp. 362-375; BERMAN (2006), esp. pp. 758-769. Halbuki, bazı yazarlarca, barış seven devletler arasında yeni bir dünya-hukuku (*a new world-law*) anılan farkların *maddi açıdan* ortadan kaldırılmasına yönelik olarak tasarlanmaktaydı, bkz. e.g. RÖLING, pp. 45-55, 68-99. Diğerleri yönündense insanlığın ortak hukuku, iyi ustalıkla (*good craftsmanship*) mümkün olabilirdi, bkz. W.JENKS, **Common Law of Mankind**, London, Stevens&Sons, 1958, esp. pp. 408 et seq.

<sup>181</sup> Kavram hak. etraflı bilgi için bkz. Serap AKİPEK, *Birleşmiş Milletler Örgütü Denetiminde Vesayet Altında Ülke Bulunmaması, Sömürgeciliğin de Sonu Anlamına mı Geliyor?*, 50 AÜHFD 1 (2001).

<sup>182</sup> *İmza sırasında* Belarus'un, Çekoslovakya'nın, Ukrayna'nın, SSCB'nin ve *katılma sırasında* Bulgaristan'ın, Polonya'nın, Romanya'nın çekinceleri için (*sırasıyla*) bkz. 78 UNTS 301, 303, 309, 310 ve 319, 321, 323 (1951). Anılan çekinceler, 1989 yılından sonra geri alınmıştır, *supra* dn. 176.

luluğuna (m.4), suçluların iadesine (m.7) ve soykırımla suçlananların yargılanmasına (mm.6, 9) ilişkin hükümlerine, özellikle Filipin hukukunu saklı tutarak onay sırasında çekince koyar<sup>183</sup>.

Sekreterlik'in 20.09.1950 tarihinde, elinde bulunan kayıtlara göre; Sözleşme'yi imzalayan 43 (kırk üç) (11'i (on bir) onaylamıştır) ve katılan 6 (altı) devlet<sup>184</sup> içinde Ekvador, Guatemala ve Birleşik Krallık anılan çekincelere farklı yanıtlar verir<sup>185</sup>. Örneğin,

*"Ekvador Hükümeti, çekinceler yönünden önceden (previously) oluşturulan pozisyona uygun olarak, (sic) bahse konu çekincelerin ileri sürülmesine itiraz etmez fakat içeriklerine katılmadığını (disagreement) ifade eder"<sup>186</sup>.*

Sekreterlik'in, Ekvador'un neyi kabul ettiği, neye itiraz ettiğinin anlaşılmadığını belirterek açıklama talep etmesi üzerine bu defa,

*"Ekvador Hükümeti, bahse konu çekincelere katılmaz ve dolayısıyla bunlar; işbu Sözleşme'nin metnini hiçbir değişiklik olmadan kabul eden Ekvador'a karşı uygulanamaz"<sup>187</sup>.*

Guatemala ise komünist blok devletlerinin koyduğu çekincelere katılmadığını (not in agreement) belirterek,

*"...buna bağlı olarak (consequently) bu hükümetin... (anılan çekincelere) onay belgesini tevdi esnasında atıfta bulunmamış olmasının, (anılan çekinceleri) kabul ettiği anlamına gelmemesi*

---

<sup>183</sup> 78 UNTS 314 (1951). Anılan çekinceler geri alınmamıştır, *supra* dn. 176.

<sup>184</sup> UNSG, Annex I, ¶ 2, p. 9, *supra* dn. 178.

<sup>185</sup> *ibid.*, ¶ 6-9, 10-13, 14-15, pp. 10-11.

<sup>186</sup> *ibid.*, ¶ 6, p. 10.

<sup>187</sup> *ibid.*, ¶ 7-8, p. 10.

(not be inferred) gerektiğini, (anılan çekincelerin) bu Cumhuriyetin Sözleşme'yi tamamen kabul etmesiyle (full acceptance) ilgisi olmadığını bildirir"<sup>188</sup>.

Sekreterlik, bu beyanın, Guatemala'nın söz konusu çekincelerden haberdar olup onlara itiraz ettiği anlamına gelip gelmediğini sorar; zira, kendisini Guatemala'ya aşağıdakileri hatırlatmayı görevi (*duty to advise*) hisseder:

"(Ç)ekincelere herhangi bir itiraz hukuken sonucu (consequence in law) olarak, onu (Sekreterlik kendini kastediyor)... (komünist blok devletlerinin) onay belgelerinin tevdiini kabul edemez hale getirir"<sup>189</sup>.

Guatemala cevaben, durumun Sözleşme'yi onayını etkilemediğini belirtir ancak,

"...Guatemala Hükümeti; imza veya onay esnasında konulan çekincelerin devletlerin egemenliğine ilişkin işlemler olduğunu ve diğer devletlerce tartışmaya, kabul veya redde açık olmadığını ekler. Çok taraflı sözleşmelerde (collective conventions) bir devletin koyduğu çekince sadece (kendisine çekince konulan) ilgili hükmün çekince koyan devlet ile diğer devletler arasında uygulanmasını etkiler"<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> UNSG, Annex I, ¶ 10, p. 10, *supra* dn. 178.

<sup>189</sup> *ibid.*, ¶ 11, p. 11.

<sup>190</sup> *ibid.*, ¶ 12, p. 11. Bize göre, Guatemala'nın görüşü, günümüze etkileri devam edecek biçimde öz. Milletler Cemiyeti ve öncesindeki dönemde egemenlik ile ilişkili olarak bir devletin sadece kendisinin kararlaştırabileceği konuları içeren "mahfuz alan" (*le domaine réservé*) kavramına ve uluslararası-iç hukuk ayrımına sembolik bir göndermedir. Kavram hak. öz. bkz. G.ARANGIO-RUIZ, *Le domaine réservé*, 225 RdC 29 (1990). Doktrinde, öz. *modernist* eğilim, mahfuz alanı mümkün olduğu kadar daraltmayı hatta ortadan kaldırmayı hedefler (örn. *KELSEN, SCHÜCKING, WEHBERG, LAUTERPACHT, FRIEDMANN*). Birleşik Krallık'ın biraz ileride ele alınacak itirazı anılan eğilimle uyumludur.

*Kanaatimizce* Türk Anayasa Mahkemesi, uluslararası anlaşmalarda çekinceleri, anlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanunların denetimi yönünden, denetlenemeyecek bir alan, an olarak kabul ederken sorunu

Birleşik Krallık'a göre ise söz konusu çekinceler, etkileri itibariyle, Sözleşme'nin BM Genel Kurulu'nda görüşüldüğü ve karara bağlandığı haliyle bağdaşmaz; Sözleşme'yi önemli yönlerden değiştirir (*to alter in important respects*): Dolayısıyla, anılan çekincelerle Sözleşme'nin onayı geçerli görülemez<sup>191</sup>. Genel Kurul'un hukuki işlerle ilgili komitesi olan 6. Komite'ye ayrı bir Memorandum sunan Uruguay'a göre ise (i) eğer bir devlet bir andlaşmaya çekince koyarak taraf olacaksa bunun şartı, andlaşmayı onaylayan devletlerin bunu uygun bulmasıdır ve (ii) Sekreterlik'in Pan-Amerikan sistemini tercih etmemiş olması hatalıdır<sup>192</sup>. Sekreterlik'e göre ise belirtilen şartlar içinde böyle bir sistem uygun düşmez, zira, Pan-Amerikan sistemi:

---

yineler, bkz. *e.g.* AYM Kararı, Esas:2011/47, Karar:2012/87, k.t. 31.05.2012, *id.*, Esas:2011/48, Karar:2012/88, k.t. 31.05.2012 (*aynı* RG tarih/sayısı:22.11. 2013/28829) ve *öncesinde id.*, Esas:1996/55, Karar:1997/33, k.t. 27.02.1997, RG tarihi/sayısı: 24.03.2001/24352 (İSEDAK Kararı) ve Belilos Kararı ile karşı. *supra* dn. 152. *Çekincelerle doğrudan ilgili olmamakla birlikte*; Türk Danıştay, 10. Daire'nin iptal kararını bozarken, öz. BM Güvenlik Konseyi'ne bağlı (*terör; 1267*) komitelerin aldığı tedbir kararlarının; BM Şartı'na uygunluğunun tartışmasız ve üyelerce uyulması mecburi (*BM Şartı, m.25*) olduğunu belirterek davalı idarenin temyizden vazgeçme talebini reddetmiş ve idarenin işleminin hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir, bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı, Esas:2006/2824, Karar:2007/115, k.t. 22.02.2007 [*kararın kopyası yazardadır*]. Danıştay'ın kararları, AİHM içtihadına benzer bir akıl yürütmeyi izler. AKKUTAY, UAD'nin; meseleyi hukukten incelemesi amacıyla *yorum yoluyla* BM Şartı veya *jus cogens*'i ölçüt olarak BM Güvenlik Konseyi'nin ilgili kararlarının denetimini önerir, bkz. Berat Lale AKKUTAY, *Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, 111 TBBD 412, 442-443 (2014). Tam da bu anda hiper-sembolizmin görünmeyen etkisiyle karşılaşırız: *Kanaatimizce*, kararlar ve eleştirisi eleştirilmek istendiğinde savunulması olanaksız olanı savunuyor durumuna düşülür.

<sup>191</sup> UNSG, Annex I, ¶ 14, p. 11, *supra* dn. 178. Birleşik Krallık'ın sunduğu Memorandum için bkz. UNSG, Annex II, pp. 11-16, *supra* dn. 178.

<sup>192</sup> UNGA, **Uruguay: Memorandum**, UN Doc. A/C.6/L.117. Pan-Amerikan sisteminde, aynı dönemde, sistemin özünü bozmamakla birlikte değişikliğe gidilmek üzere bulunduğu hak. bkz. C.G. FENWICK, *Reservations to Multilateral Treaties*, 45 AM.J.INT'L L. 145, 148 (1951).

"..(B)ölgesel bir örgüte ve belli bir coğrafi alanda yakın ilişki içinde bulunan devletler arasındaki mevcut ilişkilere gayet iyi uyar kabul edilebilir. Esas doğası, bir grup devlet içinde sadece akdi yükümlerin (merely contractual undertakings) değiş tokuşunu (exchange) kolaylaştırmak olan çok taraflı anlaşmaların akdedilmesine ideal olarak uyabilir. Böyle anlaşmalar, şeklen çok taraflı olmakla birlikte, işleyişte (in operation) sadece, ikili anlaşmaların bileşimidir (complex)..."<sup>193</sup>.

Halbuki, Sekreterlik'in önündeki sorun farklıdır, akdi anlaşmalardan farklı olarak,

"...Kanunkoyma amacı taşıyan anlaşmalarda, taraf olmayı isteyen... devletin, anlaşmanın en azından çekirdeğini (core) uygulama arzusunu duyduğu varsayılmalıdır..."<sup>194</sup>.

Andlaşmaya çekince konulmak istendiğinde, diğer taraflar, anlaşmanın çekirdeğini (core) dikkate almalıdır: Çekirdek, anlaşma için öyle kritiktir (crucial) ki kendisine çekince konulduğu zaman kaleme alınan metnin gerçek anlamını (real meaning) ortadan kaldırır; diğer bir anlatımla pratik açıdan hukuki ilişkilerin tek tipliğini koruyan oybirliği sistemi, bir devletin keyfiyete dayanması anlamına gelmez, kendisine itiraz edilebilecek çekince, anlaşmanın esasını (essence of the convention) öyle doğrudan zedelemelidir ki anılan amaçlar gölgelensin (impugn)<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> UNSG, Annex I, ¶ 31, 34, p. 6, *supra* dn. 178.

<sup>194</sup> *ibid.*, ¶ 34, p. 6.

<sup>195</sup> *ibid.* Andlaşma'nın "çekirdeği"nin (core) ileride "konu ve gaye"ye (object and purpose) dönüştüğüne dikkat ediniz. Sekreterlik'in nihai teklifi ve gerekçesi, anılan hususları yineler, bkz. *ibid.*, ¶ 46, 47. Oybirliğini öneren Sekreterlik'e göre: "Bir devlet, bir anlaşmayı inzalarken, onaylarken veya anlaşmaya katılırken, anlaşma yürürlüğe girmeden önce, ancak; yürürlük tarihinde değin onu onaylayan veya ona katılan tüm devletlerin ve yürürlük tarihinden sonra onu onaylamış veya ona katılmış... devletlerin tümünün rızası ile

Uruguay'ın ve Fransa, İran, Yunanistan, SSCB ve diğer devlet temsilcilerinin farklı önerileri ile 6. Komite'de yoğun müzakereler<sup>196</sup> sonucu kabul edilen çözüm, gerçek anlamda bir çözüm olmaktan uzaktır, sorun, farklılaşır ve ertelenir: Sosyalist devletler kabul edilsin edilmesin çekincenin geçerli olacağını savunurken Latin Amerika ülkeleri Pan-Amerikan sisteminde direnirler; bununla birlikte esas görüş ayrılığı çekincelerle ilgili sorunu hangi organın inceleyeceğine ilişkindir<sup>197</sup>. 6. Komite'deki görüşmeler esnasında Sekreterlik, Sözleşme'nin onayına ilişkin 20 (yirmi) devletin belgesini sunması üzerine, Sözleşme'nin 13. maddesine uygun olmakla birlikte hukuki etkilerini bilmeksizin "zabıtname"yi (*procès-verbal*) hazırlayıp bildirir<sup>198</sup>. Hemen hemen aynı günlerde, Sekreterlik'in daha önce yönelttiği soruyu ikiye ayıran, 6. Komite'nin taslağı, Genel Kurul'da kabul edilir<sup>199</sup>: Genel Kurul, UAD'den ve ILC'den ayrı ayrı sorulara yanıt vermesini talep eder.

ILC'ye göre<sup>200</sup>; (i) BM organları, uzmanlık kuruluşları ve devletler çok taraflı anlaşmaları hazırlarken, anlaşma metnine çekincelerin konulup konulmayacağı ve hu-

---

*çekince koyabilir*", bkz. *ibid.*, ¶ 46. Sekreterlik'in, *oybirliği sistemini* nasıl kaleme aldığına dikkat ediniz ve karşı. *supra* dn. 116 ve eşlik ettiği metin.

<sup>196</sup> RUDA, p. 137.

<sup>197</sup> *ibid.*, p. 138 (*Örn. Birleşik Krallık ve Fransa UAD'yi, ABD ILC'yi tercih eder*). Varsayıma dayalı olmakla birlikte, sadece, benimsenmesi mümkün olmayan Sovyetik anlayışta çekincelerin zaman yönünden belirsizliği ile karşılaşılmaz; çekince, diğer tüm sistemlerde, ileri sürüldüğü an onun akıbeti belirsizdir.

<sup>198</sup> UNSG, **Procès-verbal Establishing the Deposit of Twenty Instruments of Ratification or Accession**, 78 UNTS 312 (1951), *supra* dn. 176.

<sup>199</sup> UNGA, **Reservations to multilateral conventions**, GA Res. 478 (V), 16.10.1950. Karar'ın alınması esnasındaki tartışmalar hak. bkz. UNREP, Vol. V (1945-1954), **Art.96**, ¶ 124-129, pp. 67-69.

<sup>200</sup> UN ILC, **Reservations to multilateral conventions: Report**, UN. Doc. A/1858 (Brierly Raporu), pp. 125-131, esp. 130-131. Komisyon'a yöneltilen sorular, o dönem için hali hazırda süregiden anlaşmalar hukuku çalışmalarıyla eş zamanlı olarak yürütülmüş; çekinceler henüz Divan'da görüşüldüğünden geçici rapor hazır-

kuki sonuçlarıyla ilgili hüküm koymaya gayret etmelidir; (ii) aksine kararlaştırılmadıkça, çok taraflı bir andlaşmanın depoziteri (ii.a) kendisine çekince beyanı tevdi edildiği zaman onu zaman geçirmeden diğer taraf veya taraf olmaya ehil devletlere iletmelidir; (ii.b) bir çekinceyi itiraz etmeye yetkili bir devlete iletirken *aynı anda*, gereği halinde uzatılmak üzere çekinceye hangi sürede yanıt vermesinin uygun olduğunu bildirmeli<sup>201</sup>; (iii) bildirimlerine verilen tüm yanıtları andlaşmaya taraf veya taraf olmaya ehil diğer tüm taraflara bildirmelidir. (iv) Sadece imza ile yürürlüğe girecek bir andlaşmada, imzaya açık bir andlaşmaya imza atan tarafın çekince koyması halinde imza atmış veya imza süresi içinde imza koyacak olanların itirazlarını belirtmesi gerekir. (v) Eğer andlaşmanın yürürlüğe girişi için imza sonrası onay veya kabul gibi bir yöntem izlenecek ise (v.a) imza sırasında konan çekincenin onay veya kabul sırasında teyidi gerekir; (v.b) onay veya kabul sırasında çekince konması halinde çekince koyan taraf çekinceye itiraz edilmemesi halinde andlaşmaya taraf olabilir<sup>202</sup>. Dolayısıyla, çekincelerle ilgili sorunu gerek kodifikasyon gerekse uluslararası hukukun tedricen gelişimi yönünden incelemek durumunda olan *Komisyon*, kendisine Genel Kurul tarafından açıkça Sekreterlik'in başlattığı tartışmaları incelemesini talep etmesine rağmen konuyu özellikle imza ve yürürlüğe girme yönünden

---

lanmasıyla yetinilmiştir: Raportör, (James L.) BRIERLY'nin aşağıdaki sistemi, *oybirliği esasına* dayandırdığı görülmektedir, (*bilgi için*) bkz. RUDA, pp. 148-149.

<sup>201</sup> Öngörülen sürede yanıt verilmez veya itirazda bulunulmaksızın andlaşma imzalanır, onaylanır veya diğer bir biçimde kabul edilirse çekince kabul edilmiş sayılır, Brierly Raporu, ¶ 34/2, p. 130, *supra* dn. 200.

<sup>202</sup> *ibid.*, ¶ 34/5/b, p. 131. Ayrıca, andlaşma imzaya belli bir süre için açılmışsa kaydın konulmasının ardından andlaşma imzalanır, onaylanır veya diğer bir biçimde kabul edilirse veya sadece sözleşmeyi imzalayan bir devletin bir itirazı olursa çekince koyan devletin taraf olmasının önünde bir engel yoktur yeter ki itiraz eden devlet itiraz tarihinden itibaren 12 (on iki) ay içinde itiraz etmemiş olsun, bkz. *ibid.*

ele almış; Sekreterlik'te tartışılan konuyu, *oybirliği sisteminin değiştirilmiş bir şekline dönüştürmekle yetinmiştir*.

Divan'ın Çekinceler Danışma Görüşü'ne konu olan sorular<sup>203</sup>; yukarıda ele alındığı üzere Sekreterlik'in çekincelerle ilgili olarak başlattığı tartışmanın *doğrudan* sonucudur. Genel Kurul, Divan'dan 3 (üç) ana soruyu yanıtlamasını talep etmiştir: (i) Çekinceye taraflardan biri veya birkaçı itiraz edip diğerleri etmezse çekince koyan devlet andlaşmanın tarafı sayılabilir mi? (ii) Eğer sayılabilirse çekince koyan devlet ile (ii.a) itiraz eden ve (ii.b) kabul eden devlet arasında çekincenin etkisi nedir? (iii) İtirazın hukuki etkisi yönünden (iii.a) henüz andlaşmayı onaylamamış imzacı devletin itirazı ile (iii.b) imza veya katılmaya ehil fakat henüz bu işlemleri gerçekleştirmemiş bir devletin itirazının sonuçları nedir? Dikkat edilirse her üç sorudaki ihtimaller Ekvador, Guatemala ve Birleşik Krallık'ın Sekreterlik'e yaptığı bildirimler ile büyük ölçüde benzeşmektedir.

Divan'ın Çekinceler Danışma Görüşü ile ilgili, farklı yönlerden konuyu inceleyen, oldukça geniş bir literatür bulunmaktadır<sup>204</sup>. Dolayısıyla, Çekinceler Danışma Görüşü'nde, usuli ve inceleme sürecine katılanların görüşlerine değinmeksizin yukarıda yer verilen sorulara çoğunluk ve azınlık görüşlerinin verdiği yanıtları aşağıda kısaca karşılaştırmayı uygun buluyoruz. Böylece Soykırım Sözleşmesi'nde çekincelerle ilgili soruna karşı Sekreterlik tarafından başlatılan sürecin, bu süreçte ileri sürülen görüşlerin Viyana Sözleşmesi'nin ve Çekinceler Kılavuzu'nun daha yukarıda anılan ana kuralları ve

---

<sup>203</sup> *supra* dn. 199.

<sup>204</sup> *supra* dn. 98, 124, 166; öz. bkz. KOH, pp. 84-88; KÜHNER, S.70-83; REDGWELL, pp. 247-253. Danışma görüşü verme yetkisi BM Şartı'na (m.96) ve UAD Statüsü'ne (mm.65-68) dayanır. Danışma görüşünün yürütülmesi ile ilgili bazı kurallar Divan İçtüzüğü'nde (*Rules of Court, Art. 9/1; 26/1/b, h, i; 102-109*) yer alır, metinleri için bkz. <<http://www.icj-cij.org/en/rules>> [18.09.2017].

uygulama öncesinde hangi aşamadan geçtiğini ve neticelerini daha belirgin biçimde ortaya koyacağımıza inanıyoruz.

1.Çekinceye taraflardan biri veya birkaçı itiraz edip diğerleri etmezse çekince koyan devlet, *Divan'daki çoğunluğa göre*, ancak çekince Sözleşme'nin konu ve gayesine uygunsa andlaşmanın tarafı sayılabilir, uygun değilse Sözleşme'nin tarafı olamaz<sup>205</sup>. Divan'daki *azınlık görüşünün bir bölümü* yönündense çekince koyan taraf kesinlikle Sözleşme'ye taraf olamaz<sup>206</sup>. Divan'daki *diğer azınlık görüşü* de çekince koyan tarafın Sözleşme'ye taraf sayılamayacağını düşünmektedir<sup>207</sup>.

Divan'daki çoğunluğun, ilk sorunun yanıtına ulaşırken sorunun ortaya çıkış ve kendi inceleme sürecinde ileri sürülen görüşleri değerlendirışı ve vardığı sonuç dikkat çekicidir: Görüşmelerde *bir yandan* bazı devletler tarafından Sözleşme'nin mutlak bütünlüğünün, *diğer yandan* bazı devletlerce de esnek bir uygulamanın tercih edildiği belirtildikten sonra ilk sorunun, soyut niteliği (*abstract character*) göz önünde bulundurularak mutlak bir yanıtı olmadığı belirtilmiş ve her bir somut olayda özel şartlara (*particular circumstances*) bağlı olarak çekincenin değerlendirilmesinin ve muhtemel itirazın etkilerinin değişeceği kabul edilerek sorunun yanıtı, aslında, hem Görüş'ün başında hem de üçüncü sorudan sonra verilmiştir. Zira Sözleşme'nin "konu ve gayesi" (*l'objet et le but*) ile ilgili görüş, görüşün verilmesinden daha önce verilmiştir: Divan'a göre, Sözleşme'nin konu ve gayesi gerek çekince konmasını gerekse onlara itiraz serbestisini (*liberté*)

---

<sup>205</sup> Çekinceler Danışma Görüşü, p. 29.

<sup>206</sup> *ibid.* (GUERRERO, MCNAIR, READ, HSU MO *diss.*), p. 48, *supra* dn. 116.

<sup>207</sup> *ibid.* (ALVAREZ *diss.*), p. 55, *supra* dn. 116.

sınırlandırır; ölçüt, uygunluktur (*compatibilité*)<sup>208</sup>. Divan'a göre, mümkün olan en fazla sayıda devletin katılımının engellenmesi, Sözleşme'nin ahlaki ve insani ilkelere dayalı temelinden doğan otoritenin (*l'autorité des principes de morale et d'humanité*) sarsılması anlamına gelir<sup>209</sup>. *Azınlık görüşü* yönündense, çoğunluk, olan hukuku uygulamayıp hukuk yaratma yoluna giderek Sözleşme'nin bütünlüğünü bozmaktadır<sup>210</sup>.

2.Divan'daki *çoğunluk görüşü*, çekince koyan devletin çekincesinin Sözleşme'nin konu ve gayesine aykırı olduğu kanaatine varan itirazcı devletin çekince koyanı Sözleşme'ye taraf saymama hakkı bulunduğunu ve kabul eden devlet yönünden Sözleşme'nin çekince ile birlikte yürürlüğe gireceğini kabul eder<sup>211</sup>. Divan'daki *azınlık görüşü* bu hususta birleşir, ilk soruya olumsuz yanıt verildiğinden ikinci soru yanıtlanmaz.

3.Divan'daki *çoğunluğa göre* imzacı devletlerin çekinceye itirazı konu ve gaye kıstası ile ilgili olarak ilk sorudaki yanıtı göre belirlenir ancak her halde imzacı devlet Sözleşme'ye taraf olmalıdır<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> Çekinceler Danışma Görüşü, p. 13. Divan'ın akıl yürütme ve görüşün kaleme alınış tarzı, öz.UDAD'nin danışma görüşlerindeki göre, *metnin kurgusu benzeşmekle birlikte Divan'daki görüşün yapısı* farklıdır, karşı. e.g. La Ville Libre de Danzig et l'OIT, Avis consultatif, 1930 PCIJ (ser. B) No.18, 9 et seq. (Août 26) (UDAD, sadece kendisine yöneltilen sorunun doğrudan yanıtını değil, sorunun yanıtının sonuçlarını da değerlendirir).

<sup>209</sup> Çekinceler Danışma Görüşü, p. 24.

<sup>210</sup> *supra* dn. 206. ALVAREZ'e göre, böyle bir çekinceye izin verilebilecekse bile bunun, çekince koyanın mümkün olan en az şekilde yararlanacağı biçimde olması gerekir, *supra* dn. 207. Dönem literatüründeki görüşlerin hemen tamamının özeti ve Divan kararının eleştirisi için bkz. FITZMAURICE, esp. pp. 2-13; 22-26.

<sup>211</sup> Çekinceler Danışma Görüşü, pp. 29-30. Divan'a göre, farklı görüşlerin ortaya çıkması ihtimali ortadadır; bununla birlikte akit taraflar verecekleri hükümde konu ve gaye ölçütünü kılavuz kabul etmelidir, bkz. *ibid.*, pp. 26-27. Divan, burada tarafların Sözleşme'ye taraf olma "irade"si (*volonté*) önemser, bkz. *ibid.*, p. 27.

<sup>212</sup> *ibid.*, p. 48.

*Azınlık görüşünün bir bölümü soruyu olumsuz yanıtlar<sup>213</sup>; diğerine göre ise her iki itiraza birden hukuki etki tanınmalı, itiraz hukuken yapılmış sayılmalıdır<sup>214</sup>.*

Divan'daki çoğunluğa göre Sözleşme'ye taraf olmaya ehil devletler konusunda bir belirsizlik vardır; keza, imzacı olmakla bir devlet andlaşmaya taraf olma konusunda önemli bir adım atsa bile imzanın ardından Sözleşme'nin onayı beklenmektedir; dolayısıyla Sözleşme'yi imzalayan ama henüz onaylamamış bir devletin durumu ne imzalamış ne de onaylamış devletinkinden daha dezavantajlı olmamalıdır<sup>215</sup>.

Özetle, Divan'daki çoğunluk görüşü, literatürde uygunluk testi (*compatibility test*) olarak adlandırılan ve çekincenin andlaşmanın konu ve gayesine uygunluğu görüşünü benimseyerek *geleneksel sistemden ayrılmıştır*. Azınlık görüşünün bir bölümü, özellikle bu hususa itiraz ederek *geleneksel sistemden ayrılmayı gerektirecek, çekincelere ilişkin bir hukuk kuralı bulunmadığını*; diğer azınlık görüşü ise her iki yaklaşımın dışına çıkarak *insani nitelikli veya uluslararası örgütlerin kuruluşunu düzenleyen veya belirli devletlerin ülkesini belirleyen veya uluslararası hukukta yeni ve önemli kurallar koymanın amaçlandığı andlaşmalara çekince konulamayacağını* benimsemiş görünmektedir<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> Çekinceler Danışma Görüşü (GUERRERO, MCNAIR, READ, HSU MO *diss.*), p. 48.

<sup>214</sup> *ibid.* (ALVAREZ *diss.*), p. 55.

<sup>215</sup> RUDA, pp. 27-29.

<sup>216</sup> Karş. *e.g. ibid.*, pp. 145-147 ve KÜHNER, S. 76f. KOH'a göre, Divan'ın Danışma Görüşü'nde çözüme başarısız olduğu 3 (üç) husus bulunur: Konu ve gayenin varlığının kanıtlanamaması; konu ve gayeyi belirleyenle bundan yararlanacak olanın ayniyeti ve uygunluk testi, bkz. KOH, p. 85.

Görüldüğü üzere, Divan'ın Danışma Görüşü, büyük ölçüde Sözleşme'nin hazırlık safhası ve özellikle Sözleşme'nin Genel Kurul'da kabulünü takiben Sekreterlik'in faaliyetleri çerçevesinde oluşan görüşlerden etkilenmiştir. Bununla birlikte Divan'ın kabul ettiği sistemin Sekreterlik'in Genel Kurul'a sunduğu rapor veya 6. Komite'de tartışılanların ötesine geçmesi, Divan'ın Soykırım Sözleşmesi'ne verdiği muhtemel önem, Danışma Görüşü'nün çoğunluk oyuyla kabul edilmiş olması vb. nedenler ne olursa olsun, Divan'ın karşılaştığı sorunların Sekreterlik'in, 6. Komite'nin karşılaştığı sorunlarla özdeş olduğuna ve önceki kesimlerde değindiğimiz hususların farklılaşmakla birlikte tekrarı olduğuna inanıyoruz<sup>217</sup>. Diğer bir anlatımla, Çekinceler Danışma Görüşü karşısında doktrin, söylemi içinde *kesinti-hareket-tekrarın* kendisini yineleyerek, *bir yandan* yeni bir düzen içinde (*insan hakları/Soykırım Sözleşmesi, BM, UAD*) yeni sorunlarla karşılaşmakta *öte yandan* geçmişten devraldığı kültürel sermayeyi terk etmek istememektedir. İkinci Dünya Savaşı'nın getirdiği yıkım ve ardından uluslararası örgütlenme, insan haklarına ilişkin "temel belge"lerin ortaya çıkışı karşısında, 19. yüzyıl sonundakinin veya iki savaş arası dönemdekinin aksine, hukukun yerine hukuk-dışıni gözetten bir anlayış gerekmede (*örn. ideal Genel Sekreter*), buna karşın söz konusu anlayışı oluşturacak, nesnel bir söylem bulunamamakta, nesnellğine inanılan doktrin yönünden mevcut durum doktriner söylemle

---

<sup>217</sup> Karş. e.g. Olivier de FROUVILLE, **Commentaire (I) dans SFDI, Actualités des réserves aux traités**, Paris, Pédone, 2014, p. 40 ("*...le droit international général 'objectif', aujourd'hui est délibéré et élaboré par écrit... C'est parce que la question des réserves touchait à ce point absolument fondamental pour l'avenir du droit international que la question, en apparence très technique et anodine, a pu susciter et continue à susciter autant de passions et de débats - A vrai dire, tant la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'Avis sur les réserves à la Convention sur le génocide que la CDI, en rédigeant le projet d'articles qui préfigura la Convention de 1969, avaient bien vu ce point...*").

açıklanamamaktadır. Bu bağlamda Danışma Görüşü veya onun eleştirisi, devrimci nitelikte olmadığı gibi tutucu da değildir. SCHWARZENBERGER'e göre:

*"...Bu görüş, ciddi teorik ve pratik itirazlara açıktır.. (Görüş) andlaşmalar hukukunun temel bir yönündeki belirliliği tehlikeye atmaktadır: Tarafların kimliği. Bu değişimin pratik uygunsuzluğu pek az telaffuz edilir. Hukukun böyle okunması her bir akit devlete kendisi için bir insani andlaşmaya çekince koyan devletin durumu hakkında karar alma izni vermektedir.."*<sup>218</sup>.

Zira, SCHWARZENBERGER'e göre, BM Genel Kurulu'nun BM organlarına ve devletlere Divan'ın Görüşü'nü uygulamalarını önermesiyle "kafa karışıklığı" artmıştır<sup>219</sup>. Böylece, hukuki olup olmadığı konusunda şüpheli, hatta olmadığı yönünde daha fazla görüşün olduğu bir konuda, yaşayan "hukuk"la doktrinin "hukuki" gördüğü arasında fark ortaya çıkar. Başka bir anlatımla, Divan'a hukuki görünen ile doktrin açısından hukuki olan, çekinceler yönünden farklılaşır. Çekinceler Danışma Görüşü, doktrinle örtüşmezken doktrin de uygulamayı değiştiremez. Divan'ın hukuk "yaratması" konusunda hiçbir sakınca görmeyen, aksine bunu olumlu karşılayan LAUTERPACHT'a göre:

*"...Çekinceler sorununun çözümü; geçmişte kendisi referans alınarak konuya yaklaşılacak aşırı uçlardan, yani tek bir akit tarafta... çekince koyan bir tarafın andlaşmada yer almasını engel-*

---

<sup>218</sup> *id.*, **A Manual of International Law, Vol.I**, Fourth edition, London, NY, Stevens&Sons, F.A.Praeger, 1960, p. 146.

<sup>219</sup> Karar için bkz. UNGA, **Reservations to multilateral conventions**, GA Res. 598 (V), 12.01.1952. Halbuki ILC, aynı dönemde, Çekinceler Danışma Görüşü'nde kabul edilen uygunluk "kriteri"nin genel olarak çok taraflı uluslararası andlaşmalar için uygun olmadığı yönünde görüş bildirmiştir, bkz. UN ILC, **Report**, UN. Doc. A/1858, ¶ 24, p. 128 ("The Commission believes that the criterion of the compatibility of a reservation with the object and purpose of a multilateral convention, applied by the International Court of Justice to the Convention on Genocide, is not suitable for application to multilateral conventions in general...").

*leme hakkı veren 'oybirliği görüşü' ve çekince koyan her bir devlete diğer akit tarafların itirazına bağlı olmaksızın... taraf olma hakkı veren 'egemenlik görüşü' herhangi birini izleyemez...<sup>220</sup>.*

Sonuç; o an, Divan'daki çözümün, "görünürde teknik oluşuna rağmen andlaşmalar hukukunun etkinlik ve otoritesinin sağlanması için" varsayıma dayalı bazı önerilere dönüşümüdür: Böylece *hipersembol tamamlanır*. Seçenekler arasında "en uygun" olanı yoktur, her birinin kusurunu göstermek mümkündür. En iyi çözüm, mevcut çözümdür. Mevcut olan, fiili duruma, fiili durum, Divan'ın Çekinceler Danışma Görüşü'nde Soykırım Sözleşmesi'nin ortaya çıkışını, onu diğer andlaşmalardan ayıran niteliği, ona taraf olan devletlerin sayısının önemini, onun evrenselliğini simgeler.

## **2. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Çekinceler Kılavuzu**

**§33bis.**-Günümüz uluslararası hukuku, Çekinceler Danışma Görüşü'nü verdiği dönemin Uluslararası Adalet Divanı'dır. Kendisi ile ilgilenen herkes onu, bir yönüyle eleştirir ve hatalı bulur, bununla birlikte onun kimliği böyledir (*Hegelyen an*). Öyle ki kimseyi tatmin etmesi mümkün değildir. Nitekim ÖZMAN'a göre:

*"Bütün bu tenkidler göz önüne alınırsa Milletlerarası Adalet Divanı'nun, milletlerarası çok taraflı andlaşmalara... ileri sürülen*

---

<sup>220</sup> LAUTERPACHT (1953), p. 118 ve karşı OPPENHEIM/L. I (1962), §517a, 914-916; Bölüm II, dn. 29 ve eşlik ettiği metin (*JELLINEK'in olgulara atfettiği normatif değer*).

*çekincelerin kabulü konusunda ortaya atılmış olduğu sistemin gerek teori, gerek uygulama yönünden tatmin edici olmaktan uzak olduğunu söylemek yanlış olmaz sanırız..."<sup>221</sup>.*

Çekinceler Danışma Görüşü'nün ertesinde verilen tepkinin, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin hazırlık sürecine<sup>222</sup> ne ölçüde yansıdığını bilemeyiz. Bununla birlikte, BRIERLY, LAUTERPACHT ve FITZMAURICE tarafından hazırlanan Raporların *geleneksel sisteme* yakınlığı, tesadüfi değildir. Halbuki (Humphrey) WALDOCK'un 1961 yılında Raportör atanmasıyla birlikte hazırlanan andlaşma taslaklarına içkin anlayışın değiştiği görülmektedir<sup>223</sup>. WALDOCK, açıkça iki taraflı andlaşmalar için de çekincelerin mümkün olduğunu önerdiği gibi kendinden önce *geleneksel sistem* akılda tutularak kaleme alınmış olan taslakları önemli ölçüde değiştirmiş ve Viyana Sözleşmesi'nin bugünkü haline gelmesinde önemli rol oynamıştır<sup>224</sup>. WALDOCK'un pratik yönteminin, Viyana Sözleşmesi yönünden en önemli getirisi, gerek ILC'de gerekse 6. Komite'de, örneğin çekincelere ilişkin farklı anlayışları bir araya getiren bir taslak meydana getirmiş olmasında

---

<sup>221</sup> ÖZMAN, s. 82.

<sup>222</sup> Viyana Sözleşmesi'nin hazırlık süreci hak. öz. bkz. Alain PELLET, **Article 19** dans CORTEN/KLEIN, pp. 641-788; WALTER, pp. 247-252; VILLIGER, pp. 25-36; *supra* dn. 98, 108.

<sup>223</sup> KOH, pp. 88-95; KÜHNER, S. 91-102; PELLET (2000), pp. 663-668; RUDA, pp. 161-167; WALTER, pp. 248-251.

<sup>224</sup> Konumuzla ilgisi itibarıyla bkz. UN ILC, **First Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock**, UN Doc. A/CN.4/144 (Waldock Raporu), ¶ 1-7 (*Rapor'un geçmişi*); 13 (*Taslak maddeler*). Örn. WALDOCK'a göre, andlaşmalar üçe ayrılır: İki taraflı, sınırlı sayıda taraflı, çok taraflı (*ibid.*, m.1/d). Sınırlı sayıda taraflı andlaşma (*plurilateral treaty*), bugün Viyana Sözleşmesi'nin 20/2 hükmünde düzenlenmektedir, *cf. supra* dn. 137 ve eşlik ettiği metin.

görülebilir<sup>225</sup>: "Esnek" sistem (*flexible system*), bütünüyle kabul görmemiş olsa da Viyana Sözleşmesi'nde öngörülen sürekli değişen (*kaleidoscopic*) yapının kilit taşı sayılabilir<sup>226</sup>. Esnek sistemin Viyana Sözleşmesi'ne etkisi, şimdiye değin çekincelerle ilgili olarak gözden geçirdiğimiz *geleneksel, oybirliği/oyçokluğu, Pan-Amerikan ve Divan'ın Danışma Görüşü* sistem ve yaklaşımları içinden *bir yandan* bir andlaşmanın konu ve gayesiyle çelişen çekincenin iyiniyet ilkesine aykırı görülmesine *diğer yandan* anılan ölçütün uluslararası andlaşmalara katılımı azaltmayacak biçimde anlaşılmasına yarayacak olan öğeleri birleştirmeye elverişli olmasıdır<sup>227</sup>. Böylece Viyana Konferansı'nda, katılımcıların hazırlanan taslak üzerinde arzu edilen değişikliği, ilgili diğer yerlerde gerekli görülen değişiklikler yapılarak kaleme almaları sağlanabilmiştir<sup>228</sup>. JELLINEK'in yüzyıl kadar önce yokluğunu ifade ettiği, uluslararası andlaşmaların hukuki değerini belirlemeye matuf "norm"ların konulabilmesi, yukarıdaki kayıtlarla ve anlayışla, "norm"ların görelilik olarak konulmasıyla, "görelilik normatifik" ile mümkün olur.

Belirtilen esnek, eklettik, pragmatik yaklaşım, *kanaatimizce*, Viyana Sözleşmesi'nden yaklaşık yarım yüzyıl sonra Çekinceler Raporu'nun hazırlanışındaki anlayışa uymaktadır. Nitekim PELLET, 2013 yılında kabul edilen Çekinceler Kılavuzu ve Raporu'nun belirleyici özelliklerini şöyle ifade eder: *Bir yandan* hacmi itibariyle ILC'nin önceki raporlarından farklıdır; daha uzundur ve Kılavuz'la Rapor'un iç içe geçmesi, birbirini ta-

---

<sup>225</sup> WALDOCK'un Pan-Amerikan sistemi ile Divan'ın getirdiği sistemi telif ettiği yönünde bkz. WALTER, p. 249.

<sup>226</sup> KOH, pp. 88-89.

<sup>227</sup> PELLET (2000), pp. 668-669.

<sup>228</sup> NAHLIK, pp. 25-26; RUDA, pp. 171-175.

mamlaması kabul edilmiştir; *öte yandan* başından itibaren bağlayıcı olmayan bir metin hazırladığı bilinerek kaleme alınmıştır<sup>229</sup>. Başka bir ifadeyle, WALDOCK'un izlediği strateji, bu defa Çekinceler Raporu ve Kılavuzu ile PELLET yönünden farklılaşarak karşımıza çıkar. PELLET'ye göre, Çekinceler Kılavuzu ve Raporu,

"...'(H)ukuk mutfağından tarifler' veya zaman sıkıntısı yaşayan hukuk danışmanlarının kullanımı için 'çağrılmaya hazır' birlikteliği değildir... Bu aynı zamanda kötü hafızalı öğrencilerin popüler (başvuru) kitabı da değildir. Bu, içinden, uygulayıcıların - diplomatların, hakimlerin veya avukatların veya hatta parlamenterlerin... çekincelerin... yorum beyanlarının veya birine veya diğerine verilen yanıtların yazımının doğurduğu problemlerini çözmek için işine yarayanı alabileceği (piocher) bir alet kutusudur"<sup>230</sup>.

İroniyle karışık biçimde yapılan bu yorum, yüzyıl öncesinde toplanan Lahey Konferansları'ndan günümüze uluslararası yasamanın durumunu özetlediği gibi bilinçli veya bilinçsiz biçimde Batı uygarlığının üstüne inşa edildiği sembollere gönderme yapmaktadır. PELLET, Kılavuz ve Rapor'un sadece onunla aynı dili konuşanlara hitap ettiğini söyler ve yazarken *aynı anda* hukukun diliyle söyleyip yazar; böyle ise hukuk için hukuk, hukuka hitap eden hukuk sadece hukuku konu edinen, hukuk doktrinini muhatap alan hukukun hiçbir şey için hukuk olduğunu unutmuş gözükür. Ancak PELLET bir yönüyle haksız sayılmaz. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun en ciddi ve emek isteyen çalışmalarından bir tanesi olan Çekinceler Kılavuzu ve Raporu, uluslararası hukukun, doktrinde az veya çok, kabul gören şekli kaynaklardan hiçbirine dahil sayılamaz. Literatürde, aksi yönde

---

<sup>229</sup> Alain PELLET, *The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties*, 24 EJIL 1061, 1062 (2013).

<sup>230</sup> *id.*, **Rapport général dans SFDI**, p. 21.

kanaat uyandırmaya neden olan hususlar karşımıza çıkmakla birlikte<sup>231</sup> ILC'nin, Kılavuz ve Raporu, çekinceler konusunu ele alması nedeniyle herhangi bir hukuki bağlayıcılığı olmayan standart veya şerh şeklinde yayınladığına inanıyoruz. Bununla bağlantılı biçimde Çekinceler Raporu'nun alet çantasına benzetilmesi, doktrine hakim olan pragmatizmin kaybolmadığını göstermesi yönünden dikkat çekici olmakla birlikte hukuki olanın uygulanması, uygulananın hukukiliği ile ilgili, çalışmamızda da değnmeye çalıştığımız sorunların süregeldiğine işaret etmektedir. Örneğin, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi; AB çevresinde ortaya çıkan borç krizi karşısında Birlik'in ortak para fonu ve fonun yönetim sistemine ilişkin birtakım yenilikler öngören ve başta Yunanistan olmak üzere, genelde Birlik'in *güneyinde* yer alan bazı üye devletlere belirli hibe, yardım ve kredi kullanmalarını ve ekonomik istikrar için bir mekanizma kurulmasını hedefleyen uluslararası anlaşmanın<sup>232</sup>, Almanya tarafından onaylanmasının ancak birtakım şartların yerine getirilmesiyle mümkün olabileceğini belirterek kendisine yapılan anayasaya aykırılık itirazını reddettiğinde<sup>233</sup> sadece Almanya'yı değil, Anlaşma'ya taraf olan diğer devletleri, Alman-

---

<sup>231</sup> Cf. Sarah CASSELLA, *Le Guide de la Pratique sur les réserves aux traités: Une nouvelle codification?*, 50 AFDI 29 (2012).

<sup>232</sup> "Avrupa İstikrar Mekanizması Kurucu Anlaşması" (Treaty Establishing the European Stability Mechanism, Brussels, 02.02.2012) resmi adını taşıyan Anlaşma'nın İngilizce güncel metni için bkz. <<http://www.esm.europa.eu/pdf/ESM%20Treaty%20consolidated%2013-03-2014.pdf>> [01.11.2014]. Anlaşma, kendisini tamamlayan, biri AB kurucu anlaşmasında değişiklik getiren bir Anlaşma, diğeri ise Avrupa İstikrar Mekanizması'nın kurucu devletlerinin irade uyuşmasını belgeleyen bir Nihai Senet olmak üzere iki uluslararası anlaşma ile birlikte ortaya çıkmıştır. Orijinal 17 (*on yedi*) taraf devlete (*Almanya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Hollanda, İrlanda, İspanya, Lüksemburg, Malta, Portekiz, Slovakya, Slovenya, Yunanistan*) Birlik'e ve ortak para birimine katılmasının ardından *Letonya* da dahil olmuştur.

<sup>233</sup> Söz konusu Karar'ın resmi İngilizce çeviri metni için bkz. BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 12.9.2012, Absatz-Nr. (1 - 319), <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912\\_2bvr139012en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012en.html)> [18.09.2017]. Borç

ya'nın (*Alman Anayasa Mahkemesi'nin*) koyduğu şartları tanıyan ve kabul eden bir Muhtıra<sup>234</sup> imzalayıp onaylamak ve Avrupa İstikrar Mekanizması'nın (*European Stability Mechanism*) ortaya çıkmasını öngören Andlaşma'yı Muhtıra ile kabul etmek durumunda bıraktı<sup>235</sup>. Zira, Andlaşma, "*sınırlı sayıda devlet arasında*" meydana getirildiğinden ve Andlaşma'nın konu ve gayesinden, Andlaşma'nın taraf devletler arasında bir bütün halinde uygulanmasının, tarafların her birinin Andlaşma ile bağlı olma iradesini etkileyen bir esaslı şart olduğu anlaşıldığından diğer devletlerin Almanya'nın, daha doğru bir ifadeyle Alman Anayasa Mahkemesi'nin ileri sürdüğü şartlara<sup>236</sup> rıza (*consent*) göstermesi gerekiyordu.

---

krizi ve Karar üzerine hukuki yorum ve değerlendirmeler için bkz. *Special Section: The ESM Before the Court*, 14 GERMAN L.J. 1-189 (2013) ve *Panel: Seamlessness or Segmentation? International Economic Governance and European Sovereign Debt*, 105 ASIL PROC. 139 (2011).

<sup>234</sup> Muhtıra (Joint Declaration) metni Alman Anayasa Mahkemesi'nce sonradan verilen bir başka Karar metni içinde (*paras. 28, 29*) yer almaktadır. Bu Karar; Muhtıra'nın kabulünü takiben Almanya'nın, 27.09.2012 tarihinde bir deklarasyon ile, Muhtıra hükümlerini kabul ettiğini beyanı ve aynı dönemde, Avrupa Merkez Bankası'nın krizi aşmak amacıyla uyguladığı program ile ilgili olarak kendisine iletilen şikayeti, bekletici sorun yaparak AB Adalet Divanı'na ileten Alman Anayasa Mahkemesi'nin, Divan tarafından olumsuz yanıt verilmesi üzerine Alman Anayasa Mahkemesi'ne yeniden yapılan anayasaya aykırılık itirazını değerlendirmesiyle ilgilidir. Mahkeme, önceki Kararında belirtilen hususlara uyulduğunu belirterek son başvuruyu reddeder. Söz konusu sürecin ayrıntılarının da yer aldığı son Karar'ın resmi İngilizce çeviri metni için bkz. BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 18.3.2014, Absatz-Nr. (1 - 245), <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140318\\_2bvr139012en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140318_2bvr139012en.html)> [18.09.2017].

<sup>235</sup> Eleştirisi için bkz. C.JOERGES, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, 15 GERMAN L.J. 985 (2014).

<sup>236</sup> Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararı; Almanya'nın bahse konu Andlaşma'yı onayını, esas itibariyle, Alman Parlamentosu'nun (*Bundestag-Bundesrat*) her halde bilgilendirilmesi kaydıyla, Almanya tarafından verilecek fonun belli bir üst sınırının ve fonun yönetimindeki Alman üye veya üyelerin söz konusu payın idaresi ile ilgili belirleyici oyunun bulunması gibi şartlara bağlı tutulması gereğine dayanıyordu, *supra* dn. 233.

Yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere, *bir yandan* hukuk-un-doktrininin erişemeyeceği, sorgulayamayacağı veya tartışamayacağı alan dönüştürülmekte, *öte yandan* söz konusu alan dönüştürüldüğü için ortadan kaldırılmamakta, Hukuk-Yasak görünüm değiştirmekle beraber süregelmektedir. Böyle anlaşılırsa, yakın dönem diğer örneklerle birlikte değerlendirildiğinde, *formel, resmi ve görünürde eleştirilebilir olanın deforme, gayrı-resmi ve görünmeyen, görünmediği için eleştirilemeyenle yer değiştirmesinin engellenmesi mümkün görünmemektedir*. Çekincelerin varlığı ve hukuki sonuçlarına ilişkin olarak (örn. *Belilos Kararı'ndan mülhem*) "kuzey" yaklaşımı ile çekincelerin anlaşma ile bağlı olma iradesine etkisi olmayacağı düşünülmekte, *öte yandan* böyle bir yaklaşımla engellenmek istenen dönüşerek farklı şekillerde varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

§34.-Bugün, *bir yandan* bundan yaklaşık yüzyıl önce ileri sürülen görüşleri tekrar etme, tekrar yaşama olanağı yoktur; *diğer yandan* neredeyse her gün, geçmişi hatırlatacak olay ve durumlarla karşılaşırız. Bize göre, *ikincilerin sayısı birincilerden fazladır*. Örneğin, aşağıdaki düşünceleri bugün de paylaşan çoktur:

"...Biz bir uluslararası hukuka sahip miyiz? Hayır. Bir uluslararası hukuka sahip olacak mıyız? Bizler, bugün yaşayan nesil için kesinlikle hayır. Peki ya ileriki nesiller? Olmasını umarız... Nedeni açıktır: Biz bir uluslararası hukuka sahip değiliz, zira kaynağına ilişkin tabii koşullar yoktur"<sup>1</sup>.

Nitekim günümüz doktrininde, özellikle ülkemizdeki genel eğilim *kanaatimizce*, sürekli bir biçimde "*kaynağına ilişkin tabii koşullar*"ı aramaya, bulamadığı her noktada yabancı, özellikle Anglo-Amerikan literatüre dönmeye devam etmektedir. Böyle anlaşılırsa, *bize göre* sorun, dönüşün kendisinin doğruluğu veya yanlışlığından ziyade dönüş

---

<sup>1</sup> E. Immanuel BEKKER, *Haben wir ein Völkerrecht?*, 17 DJZ 17 (1912).

şekli ve dönüşle burada, ülkemizde ve içinde olunan, doktrinde gerçekleştirilenle ilgilidir, HİRŞ'in durumu gibi. BEKKER'in ait olduğu hukuk çevresinin geçirdiği dönüşüm, bize, başka alanlarda olduğu gibi günümüzde yaşanan sorunların ne kadar karmaşık olduğunu görmemizde yardımcı olabilir. Böyle görülürse, uluslararası hukukun ayırdedici niteliklerinden biri, "*kaynağına ilişkin tabii koşullar*"ın olmayışıdır; zira, BEKKER'in, açıkça yer vermemekle birlikte "*tabii koşullar*" için ölçüt aldığı, devlet hukukudur. *Kanaatimizce* anılan sorunlar karşısında, belirsizliğin hissedildiği anlarda, sorunu veya karşıda olanı görmezden gelmek daha büyük sorunlara yol açar. Zira, *her söylemin, özellikle uluslararası hukuk söyleminin kendine özgü, onu diğerlerinden ayıran bir kanunu vardır; ancak, bu, söylem-dışındakinin anlamsız olduğunu göstermez.* Böyle anlaşılırsa, *uluslararası hukuku tarif eden, ne olduğundan ziyade ne olmadığıdır.* HEGEL'in ve Alman idealistlerinin okuduğu şekliyle KANT'a göre, uluslararası hukuk, devlet-hukuku-ve-kozmopolit-hukuk-olmayandır. Doktrinin-kendisi tarafından dışlanan ve kapsananın; *kısaltmalar yadsınmakla birlikte* TWAIL, NAIL veya feminist yaklaşımlarda görüldüğü gibi tartışılabilir veya tartışılmaya değer bulunması, belirtilen yönüyle, *uluslararası hukukun kimliği* ile ilgili bir sorundur. Nitekim, ülkemizde uluslararası hukuku "cehenneme" gönderenlerle "cehennemi" sahiplenenler arasında, bakış açısı, aksiyomlar, düşünce tarzı ve tartışılmayanlar, tartışmayı belirleyen ama onun tamamlayıcısı veya yedeği olanlar, göz ardı edilenler itibariyle esaslı bir fark yoktur. Sorun, daha ziyade, uluslararası hukuku böyle bir zeminde tartışmanın getirisinin ne olacağı ise tartışmanın kazananı tartışmacıların kendisidir. *Bize göre,* hukuki veya onun alt-alanı olan uluslararası hukuk söyleminin kanunu, uluslararası anlaşmalarda çekinceler örneği üzerinden ele aldığımız gibi, kendine çizdiği ve kendisine çizilen çerçeve ve çerçevenin hissedildiği anlarla ilgilidir ve anılan boşluk,

üzerine tartışılabilecek olan, pek çok yönden tartışılmaz, genelgeçer, objektif, reel görülene nazaran daha değerlidir, eleştiriye ve yeniden okunmaya açıktır. Zira çerçevenin kendisi, hiçbir zaman karşımıza çıkmaz, her zaman temsilcileriyle karşılaşırız. Böyle okunursa, çalışmamız boyu getirmeyi amaçladığımız eleştirinin daha anlaşılır olacağını düşünüyoruz. Zira, bahsettiğimiz hususlar, metafizik veya hukuk-dışı görülenlerle değil, doğrudan doğruya uluslararası hukukun, doktrinin kendisine, düşünme tarzına ilişkindir. Örneğin, platonik söylemde, ideal kanunlar yazılıdır ama konuşmalıdır, *sembolik açıdan* koruyucularına ihtiyaç duyar. Böyle görülürse, çekince, semboldür. Simgelenen, bu satırların yazıldığı dahil, her an karşımıza çıkar; kendisi üzerine düşünölmeye başlandığı anda ise öncesindeki manzara değişir. Çekinceler Danışma Görüşü'nün ortaya çıkış sürecinde ele aldığımız Sekreter, böyle anlaşılırsa, *bakış açımıza göre değişebilmekle birlikte* platonik söylemdeki koruyucu, hakim, hatip veya şüpheli olabilir<sup>2</sup>.

İlgili bahiste değindiğimiz üzere, OPPENHEIM, uzun 19. yüzyılın sonunda, Alman doktrinindeki bağlamı evrenselleştirerek, hukuku, muhatabı ve yaratıcısı olan toplum, o toplumda insan davranışlarına uygulanacak kurallar bütünü ve o toplumun, bu kuralların dışsal şiddetle zorla icrası üzerine ortak rızasından oluştuğunu belirtir. *Kanaatimizce* OPPENHEIM tarafından yazılamayan şudur: *Doktrin dahil her toplumda, bazıları tarafından ihlal edileceği bilinerek konulan yasaklar kadar kullanılmamak üzere verilen haklar vardır.* Diğer bir deyişle, kuralların dışsal şiddetle zorla icrası kadar topluma içkin, sembolik şiddetle iknaya dayanana da vardır. OPPENHEIM'ın anlatısını doktriner

---

<sup>2</sup> Karş. e.g. SCHACHTER (1962), pp. 2-8. SCHACHTER'in HAMMARSKJOLD'ü, dördünden herhangi birine uyarlanabilir.

kılan, OPPENHEIM'ın ikna edici yönü, *bize göre*, ikincisini, Alman doktrinini takiben doktriner söylemin kendisi haline getirmesidir. Platonik yönden, OPPENHEIM'ın anlatısında, uluslararası hukukun gerçekliği, hakikatin-kopyasının-kopyasının-kopyası oluşudur. Nitekim, çalışmamızın konusu itibariyle, örneğin uluslararası andlaşmalarda çekincelere ve soykırımı ilişkin diskur yönünden merkezi önemde bulunan Çekinceler Danışma Görüşü'nün ortaya çıkışı, söz konusu hipersymbolizmin başka bir görünümde belirmesi olarak da anlaşılabilir. Sorun, nihai biçimde çözülememekle birlikte ertelenmekte, ertelenirken sorunun diğer boyutları belirlemektedir. *Bir yandan*, Divan, elde görüş vermesine imkan tanıyan, olan hukuku bilmekte, *öte yandan* olan hukukun Soykırım Sözleşmesi'ne olan haliyle uygulanmasını, OPPENHEIM'ın deyimiyile, tatmin edici bulmamaktadır. Böyle ise, tatminin önündeki engelin gerçekliği, engel olarak, engelin, engel olduğu şeyin belirleyici şartı oluşudur. Zira, esasa ilişkin sorun sonuca bağlanır veya ertelenirken, hukuki yön, örneğin çekinceler sonuca bağlanmak veya çözülmek yerine belli bir usul içinde tartışma veya söylem dışına aktarılır. Tartışmanın özü, maddi yönü ertelendiğinden, dışlandığından, hukuk-dışı, de-forme olduğundan, Hukuka uygunluk, usule uygunluğa dönüşür: Çekince tartışılmaz ama çekinceleri ortaya çıkaran düşünce yapısı dönüştürülür.

Örneğin, çalışmamızda değindiklerimizi akılda tutarak uluslararası yargı ile ilgili dikkat çekici bir örneğe dönelim. Belilos Kararı'nı doktrinin neredeyse oybirliği halinde olumlu karşıladığı görülmektedir. Gerçekten de Karar'ın, bir devletin özellikle (*şaşırtıcı biçimde Rusya veya Türkiye değil, bu defa*) İsviçre'nin çekincesini geçersiz kılarak AİHS hükümlerini uygulamasına olanak tanınması ve bir devletin keyfiyetiyle insan haklarına ilişkin bir andlaşmayı ortadan kaldırmasını engellemesi yönünden olumlu olduğunu, hatta geçtiğimiz yüzyılda 1969 Viyana Sözleşmesi ortaya çıkana değin ileri sürüldüğü gibi,

diğer devletlerin bile tartışmadığını tartışarak hakkında hüküm verdiğini düşünüyoruz. Ancak Karar'ın, *genel uluslararası hukuk yönünden bakıldığında* bir yenilik, demokrasi zaferi, devrim veya egemenlik fikrinin çöküşü olduğu görüşünün, görünürde olana, belki de bilinçli bir biçimde başka bazı temel sorunlara değinmemek pahasına (*Avrupa'da hızla yükselen etnosentrizm ve kamu hukukuna etkileri vs.*) fazlaca değer verdiğine inanıyoruz. *Kanaatimizce* Belilos Karar'ının getirdiği yenilik bu yönüyle yenilik değildir, zira Karar'daki akıl yürütme tarzı hipersembolü yineler, tekrarı farklılaştırırken farklılığı tekrar eder: Avrupa kamu düzeni, bir düzen olmakla kendi düzenini ihlal edenlerin, ancak ihlal edebileceği o düzene ait olmakla ihlale ehil olduğu bir düzendir; örneğin düzene dahil bir andlaşmaya çekince konulabilir ama düzenin kendisine, düzene, doktrine, söyleme, topluma çekince konulamaz. Diğer bir anlatımla, Avrupa kamu düzeni, uluslararası hukuk doktrinine benzer biçimde *ihlali üzerinden* tarif edilir; düzeni ihlal edenin ihlalini "ihlal" olarak değerlendirebilmek için ihlal ettiği düzenin içinde olması gerekir.

Hemen yukarıda, uluslararası yargı yönünden ele alınana benzer bir durumun, başka bir bağlamda doktrin yönünden de geçerli olduğuna inanıyoruz. Örneğin, uluslararası, dış, global hukuk ve ulusal, iç, yerel hukuk ayrımı yönünden de böyle bir durum vardır. Anılanları ayırıp birinin diğerine üstün olduğunu ileri sürerken söylemde anılanları ayrı ayrı adlandırmanın onların arasındaki ayrımı simgelediğini, meşru kıldığını; uluslararası, dış, global hukukun kendisine içkin anlayış ve dogmatığı, ayrımın kendisini göz ardı etmenin, uluslararası hukuku normatif yönü eksik, zayıf ahlak kuralları bütününe benzeterek "*kaynağına ilişkin tabii koşulların yokluğu*" ile yermenin farkı olmadığını düşünüyoruz. Zira, değişim veya farklılaşmanın kendisinin zaman içinde farklı koşulların bileşimi ile dönüştüğüne, tekrar ettiğine inanıyoruz. Diğer bir anlatımla, hakim-doğru veya

azınlık-yanlış görüş bir diğerinden farklılaşırken *aynı anda* kendisinin varlığını sağlayan, bir diğerinden, "öteki"den de farklılaşmaktadır. Alman doktrininin bu yönden çarpıcı bir örnek oluşturduğunu düşünüyoruz.

Zira, kanunkoyan-uygulayan-yargılayan, *yani* yasama-yürütme-yargı ile, toplum ve otorite ile, kültürel sermayeleri, bu sermayenin yeniden üretim şekillerinin çeşitliliği ve çifte anlamda hiyerarşik yönüyle, *yani* içinde olduğu ve dışında kaldıkları ile geliştirdiği ilişkilerin, doktriner görüşler kadar doktrini doktrin haline getiren unsurlarla birlikte anlaşıldığında, Alman çevresinin, uluslararası andlaşmalarda çekinceler gibi doktrine-ek bir sorun yönünden dahi aydınlatıcı olduğuna inanıyoruz. *Kanaatimizce* bahse konu çevre içinde; yüzyıl içinde dönüşmekle birlikte 19. yüzyıl sonu (*fin-de-siècle*) ile hemen yukarıda belirtilen tasarımın sarsıldığı, Birinci Dünya Savaşı ile sarsıntının arttığı, 1920'lerin sonundan baş ayarak İkinci Dünya Savaşı ile yıkıldığı ve felsefe, sosyal bilimler, özellikle edebiyat, sosyoloji ve hukuk arasında zaten gerçekleşmesi sosyal-kültürel-tarihsel açıdan nazik koşulların varlığına bağlı olan ilişkinin ortadan kalkmasının Hukuk-Yasak'ın sembolik olarak modern-uluslararası-hukuk yönünden belirleyici olduğunu düşünüyoruz. Örneğin, Alman doktrininde, pasifistlerin kendilerini içinde bulduğu çelişik durum bugün pek çok farklı alanda, sadece uluslararası hukuk doktrini yönünden değil genel olarak hukuk doktrini yönünden de karşımıza çıkmaktadır (*Sokratik an*). *Bir açıdan* içinde bulunan toplumda mevcut düzen, özellikle, ötekiye, evrene, kimliği dışındakine ve uluslararası hukuka çifte anlamda ilgisizlik nedeniyle rahatsızlık yaratmakta ve içeride dışarının temsilcisi olarak görünümekte ama *diğer bir açıdan* dışarıyla irtibat kurduğu anlarda ülkesi dışında ülkesinin bir temsilcisi olduğu, özellikle uluslararası alanda görüşlerinin nesnellüğünden şüphe edilmektedir. Benzeri bir durumun özellikle diplomaside çekinceler

yönünden de karşımıza çıktığını düşünüyoruz. Özellikle Çekinceler Danışma Görüşü'ne veya 1969 Viyana Sözleşmesi'ne yol açan gelişmelerde yukarıdakine benzer sorunların yaşanılacağına görüyoruz.

Diğer bir yönden, kendisini kavramaya çalıştığımız, *bugün bilinçli veya bilinçsiz biçimde yinelenen ve belli bir felsefi, sosyal, kültürel geleneğin ürünü olan*, içinde ne kadar EFLATUN varsa o derecede KANT, HEGEL ve diğerlerini barındıran çerçevenin, "modern doktrin" in en belirleyici yönünün "modern"liği olduğunu düşünüyoruz. Alman doktrinini örneği ve onu günümüzden uzaklaştıran nitelikleri göz önünde tutulursa devlet ve uluslararası hukuk arasındaki benzetmenin analitik biçimde tasarlanışının, analizin kültürel-sosyal-ekonomik-tarihi vb. alanlarda ve anlarda bazı kavram, olay ve olgulara uygulanamaması, *diğer bir deyişle*, büyük ölçüde bilinçsiz, rutin biçimde doktrinin, doktrin olmayana bağlanması neticesi, analitik yöntemle hedeflenen sentezin engellendiğine inanıyoruz<sup>3</sup>. *Kanaatimizce* çelişik biçimde, böyle bir çelişkinin ortaya çıkışı sadece doktrinin eseri olamaz, çelişkinin kökeni özellikle hayatımızın hemen her yanında ve anında, farkında bile olmadan kendimizi içinde bulduğumuz sosyal düzende, onu ortadan kaldırmamak kaydıyla, aranabilir. Zira buraya kadar belirtilenler, göz ardı edilerek veya

---

<sup>3</sup> Böyle bir engelin varlığına işaret etmek; engeli ortadan kaldırmak yerine erteleyerek sorunu çözmeden çözüldüğünü belirtmek, *diğer bir anlatımla* uluslararası hukuku ulusal hukukun bir parçası olarak tasarlayarak birinciyi ikinciye katıp *aynı anda* birinciyi ikinciye tabi kılmak anlamına gelmemelidir, *çok sayıda örnek arasında* bkz. Jordan J. PAUST, **International Law as Law of the United States**, Durham, Carolina Academic Press, 2003, esp. pp. vii-x, 6 et seq. Uluslararası hukuk, bir devletin hukukunun parçası olarak anlam ifade etmek durumunda ise, bu, *bize göre*, uluslararası hukukun reddidir. Hatırlanacağı üzere, uluslararası hukuku uluslararası yargının kararları üzerinden açıklamayı hedefleyen SCHWARZENBERGER'in stratejisinde karşılaşılan sorun, PAUST'un ve diğerlerinin görüşünde daha da belirgin biçimde karşımıza çıkar.

rutin bir biçimde, çoğu zaman bizim dışımızda alınan kararların yerine getirilmesi şeklinde değil kazanımlarının değeri anlaşılabilir korunabilir. Çekince bu açıdan da semboldür.

Çekincelerin, günümüze değin uygulanış biçimiyle özellikle modern uluslararası insan hakları andlaşmalarına verdiği zarar ortadadır<sup>4</sup> ve hukuki bir sorun olarak, diğerleri hemen her zaman yeniden inceleme ve değerlendirmeye muhtaç olduğu gibi çekinceleri de yeniden ele almak, ele alınmayan yanlarını değerlendirmek, eleştirmek gerekir. Fakat eşyanın düzenini eleştirmek bir şey, eşyanın düzenini tümünden ortadan kaldırma adına eleştirilemeyen, kesin, genelgeçer, görünemeyeni vb. dikte etmek başka bir şeydir. İnsan haklarına engel olduğunu ileri sürerek çekincelerin değiştirilmesi yönünden çare aramak ile çekincelerin tümünden ortadan kaldırılmasını ileri sürmek birbirinden farklıdır. Çekincelerin uluslararası andlaşmalardan tamamen çıkarıldığını, uluslararası andlaşmalarda tamamen

---

<sup>4</sup> Türkiye'nin "İkiz Sözleşmeler" olarak anılan medeni, siyasi haklara ve ekonomik, sosyal, kültürel haklara ilişkin andlaşmalara (1966) taraf olurken açıkladığı ortak beyanlardan (2000) biri, andlaşmaları yalnızca diplomatik ilişki kurulan devletlere yönelik olarak uygulayacağına ilişkindir, bkz. UNSG, **Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter IV.4**, <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-4.en.pdf>> [18.09.2017] ve *id.*, **Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter IV.3**, <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-3.en.pdf>> [18.09.2017]. *Kanaatimizce* böyle bir beyan, HRC'nin 24 sayılı Yorumu'nda belirtildiği üzere, andlaşmaların uygulanmasını Türkiye yönünden açıkça sınırlandırmakla "çekince" niteliği taşır, karşı *supra* Bölüm III, dn. 142 ve eşlik ettiği metin. Zira, yorum beyanı sayılabilmesi için her bir andlaşmanın uygulanması bakımından tarafların bir diğeriyle "diplomatik ilişki" kurduğuna bakılması gerekir ki böyle bir durum andlaşmalar hukuku (*örn. ahde vefa ilkesi*) ile bağdaşmaz. Yaklaşık yüz yıl önce KAUFMANN'ın görüşüne veya çekince ve yorum beyanı arasındaki ayrıma değinmeden konunun Kıbrıs sorunu ile bağlantısına değinerek anılan beyanı bir "yorum beyanı" olarak nitelendiren görüş için bkz. M.DALAR, *BM'nin İnsan Haklarıyla İlgili İkiz Sözleşmelerine Türkiye'nin Beyan ve Çekinceleri*, 15 AİBÜSBED 207, 213, 215-216, 229-320 (2015). Sorunun; böyle bir görüşü ileri sürmekle, Türkiye'nin beyanını çekince olarak nitelendirerek itiraz eden devletlerin (*örn. Yunanistan*) örn. "Kıbrıs sorunu"nda, siyasal bağlamdaki görüşünü benimser sayılmamıza dönüşebileceğine dikkat ediniz.

yasak olduğunu varsayalım. Böyle bir varsayımda, bir andlaşmanın müzakeresinde, yani diplomatik yollarla diğerlerini ikna edemeyenler andlaşmaya taraf olmak veya andlaşmanın dışında kalmak ile kısıtlanmış, *öte yandan* andlaşmanın müzakeresi sırasında etkin bir biçimde andlaşmanın nasıl ortaya çıkacağını belirleme yeteneğine sahip, diğerlerini ikna edenler yönünden de andlaşmanın ortaya çıkışının, hakkında andlaşma olmayan meselede, mevcut durumun değiştirilmesi olanaksız hale getirilmiş olur. Dolayısıyla, çekincelerle ilgili sorun, böyle bir varsayım altında sadece görünüm değiştirir: Çekincelerin ortadan kaldırılmasına dayanak olarak ileri sürülen gerekçeler varlığını başka şekillerde sürdürür. Sorun, böyle anlaşılırsa, *kanaatimizce* çok taraflı andlaşmaların ne şekilde düzenlendiği veya hukuk düzeninde hangi form ile yer aldığından ziyade, andlaşma ile kabul edilen "norm"ların ne derece normatif niteliğe sahip olduğuyla ilgili olduğu kadar herhangi bir uluslararası andlaşma ile düzenlenen herhangi bir alanın hukuki etkisi sınırlı ama fiilen normatif görülen ölçütler, standartlar ile düzenlenmesidir. Unutmamalıyız ki çekincelere itiraz, hatta en uç noktada çekincelerin yargı kararıyla iptali (*örn. Belilos Kararı*) mümkündür ancak ISO'nun herhangi bir standardına çekince koymak dahi düşünülemez. İnsan hakları yönünden içeriğinin özel hukuka dönüştürülmesi, akdileşmesi en az çekinceler kadar tehlikeli bir durumdur<sup>5</sup>. Söz konusu olan, en uç örneğinde tabii hukuk

---

<sup>5</sup> Formu açık veya örtülü olarak ortadan kaldıran deformatizasyonun aksine, formalizasyon ile deformatizasyonun örneklerinden biri *jus cogens* ise bir diğeri normun normatif değerini etkiler derecede, 'kural'ın 'ölçüt'e dayanıdır. Örn. Hindistan ve Pakistan'ın sivil hava taşımacılığıyla ilgili, tarafı olduğu ikili ve çok taraflı andlaşmaların farklı hükümlerinde yer alan, anlaşmazlık (*disagreement*), adaletsizlik (*injustice*), zorluk (*hardship*), esas (*substance*) veya usul (*procedure*) kavramlarının yorumunun devletler, uluslararası örgütler, Divan'ın yetkisi ve uygulanacak hukuk açısından yarattığı hukuki sorunlar için bkz. Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment, 1972 ICJ Rep. 46 ¶¶ 12, 17-19, 26, 27, 33, 43 (August 18).

söylemi içinde ileri sürülen sosyal sözleşmeye benzetilirse, sosyal sözleşme kavramına yöneltilecek eleştiriler yukarıda eleştirilen anlayış yönünden de geçerlidir. Örneğin, belli bir topluma, toplumun devleti ve hukukuna dönük bakış açısı, uluslararası topluma aktarılmak istendiğinde ilk sorun "aktarım"ın (*alloiosis*) kendisidir.

Literatürde, yukarıdaki görüşlerimizin aksi yönde pek çok örneğe rastlamak mümkündür. Nitekim, doktrinadaki yerleşik kalıpları tekrarlayan, çalışmamız boyu anılanların kendisiyle pek çok konuda mutabık kalacağına inandığımız MORGENTHAU'ya göre:

*"...Değişime olan... karşılık en fazla uluslararası hukuk tarihindedir. Büyük insanlık-müdafilerinin (humanitarian) ve kurnaz siyasetçilerin, kendileri aracılığıyla devletler arası ilişkileri hukuk temelinde yeniden organize ettiği şema ve araçlar (schemes and devices) tarihin yargısına (trial of history) karşı duramamıştır. Araçların, çözmesi gereken sorunlara yeter (adequate) olup olmadığını sormak yerine, uluslararası-cıların (internationalists) genel tutumu araçların uygunluğunu var saymak ve olanı (facts) başarısızlıktan dolayı suçlamaktır. Tahmin ettiğimizden farklı gerçekleştiklerinde, onlar, ne yazık olana (facts), der görünür. İlkel çağların cadularından farksız olarak, sihirli formülün karşı konulamaz tekrarıyla sosyal şeytanları kovmaya çalışırlar"<sup>6</sup>.*

*Kanaatimizce* MORGENTHAU, İkinci Dünya Savaşı şartları içinde, kendisinden çeyrek yüzyıl önce BEKKER'in söylediğini başka tarzla yineler. Ancak yukarıdaki anlatısı içinde MORGENTHAU'nun hedefledikleri arasında BEKKER; BEKKER'in "tabii koşullar"ın olmadığını belirtirken kastettiği MORGENTHAU'nun anlatısına yol açan düşünce

---

<sup>6</sup> H. J. MORGENTHAU, *Positivism, Functionalism, and International Law*, 34 AM.J.INT'L L. 260 (1940).

yapısı olabilir. Zira, *platonik söylemde veya din sosyolojisinde olduğu gibi her anlatıda cadılar, din adamları, bilgeler ve muhataplar vardır*<sup>7</sup>. Böyle ise, MORGENTHAU için cadılar uluslararası-cılar, din adamları insanlık-müdafileri veya siyasetçiler, bilgeler ise belki kendisini de dahil ettiği, hukuka olguyu söyleyenler; muhatapları ise Anglo-Amerikan akademisidir. MORGENTHAU'nun "cadılar"ı yönünden, Aydınlanma'nın ürünü olan modern-uluslararası-hukuk için, filozofun çizdiği sınırın felsefe tarafında kalanın tam karşıtı olan bir durum söz konusudur; hukuk da felsefenin sınırlarını belirler ve belirleyici diskurun ana gayesi, yer, zaman ve kişiden bağımsız olmaktır. Nitekim, hukuk doktrini, düzenin kendisinin temsilcisi olarak da anlaşılabilir. Hukuk-Yasak'ın özü yönünden yazının söze, niyetin eyleme, olanın olması gerekene, kitabın derse vb. bağlanması bu bağlamda da anlaşılabilir. *Kanaatimizce*, çevre felaketleri veya nükleer savaş tehdidi gibi günümüzün çözüm bekleyen acil sorunları karşısında felsefe kadar hukukun da sorumluluğu büyüktür ancak bu sorumluluk öncelikle ve özellikle, felsefe ve hukukun dışında örneğin nükleer tehdit yönünden, savunma sanayinin veya nükleer fiziğin yükünden eksiltmez<sup>8</sup>. Bu

---

<sup>7</sup> Bu hususta öz. bkz. BOURDIEU (1966), pp. 886-896 ve karşı. Pierre BOURDIEU, *Une interprétation de la théorie de la religion selon Max Weber*, 12 AES 3 (1971). *Bizim anlatımız yönünden de böyledir.*

<sup>8</sup> UAD'nin danışma görüşü yönünden bu durum çok açıktır, bkz. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 ICJ Rep. 226 ¶ 92-103 (July 8). Divan'a yöneltilen eleştiri, nükleer silahların belli meşru müdafaa hallerinde kullanımına izin vermesine yöneliktir. Bununla birlikte, en azından 3 (üç) asırlık silahsızlanma sorununun bu en önemli boyutunun Lahey'de çözümünü beklemek de haksızlık olur. Görüşün "danışma" niteliğinden kaynaklanan hukuki sonuçları bir yana, örn. Divan "danışma" görüşünde tüm nükleer silahları yasaklasaydı, nükleer savunma sanayinin tamamı hukuka aykırı hale gelecekti. Böyle büyük bir sorumluluğun ve karmaşık bir meselenin üstesinden gelinmesi Divan'la birlikte, başka birtakım şartların da radikal biçimde değişimini, *bize göre*, zorunlu kılıyor. Örn. "N i k a r a g u a K a r a r ı"nda, Divan'ın neticede haksız bulduğu ABD'nin Nikaragua'nın aşırı silahlandığı iddiasını değerlendiren Divan; *aksine andlaşma veya*

sorumluluğun nüvesinin, içinde bulunulan, ait hissedilen toplumda, o toplumu oluşturanlar yönünden bilinmeyen bilinenlerin bilinen bilinenlere dönüştürülmesinde, buna yönelik çaba ve araştırma içinde olunması gerektiğinde olduğuna inanıyoruz<sup>9</sup>. Diğer bir anlatımla, hukuku "tabii hukuk" olarak kavrayanların veya hukukuku "sosyal gerçekliğin yansıması" şeklinde açıklayanların aksine, tabii ve sosyal görünenin eleştirisinde, onun hakkında bir hükümde tabii ve sosyal yönden bir sorumluluğumuz olduğunu düşünüyoruz. Anılan nedenle, tartışmanın, tartışamamanın yerine hakim-doğru ve azınlık-yanlış görüşün kendisinin araştırılmasının böyle bir sorumluluğun parçası olduğuna inanıyoruz. Zira, doktriner veya "doktrin-dışı" sorunların çözümünde; işi gereği, çoğu zaman bilinçsiz, farkettiği anlarda ise aldırmadan, örneğin maddi kaynağını araştırırken hukuki verilerden seçtiklerini, yine hukukun varlığını teyit için gösteren, yani sadece aktarımla, taklitle onu öğreten, görünürde araştıran, araştırır görünen, hakim-doğru ve azınlık-yanlış görüşün varlığı yer ve zamana özgü görünmemektedir. Benzerliğin kilit taşı, hukukun bilimselliği, yargı ve bürokrasinin tarafsızlığı tartışılmadan varsayılırken, doktrinin kurumsallaşması, evrenselleşmesi, nesneleşmesidir. *Kanaatimizce* bugün, özellikle uluslararası hukuk yönünden, bilinçli veya bilinçsiz bir biçimde, hukuku Hukuk yapan nitelikler değiştirilmemekle birlikte bir alandan diğerine taşınmakta, aktarılmaktadır (*örn. PELLET'nin yazdıklarını hatırlayınız*). Böyle anlaşılırsa, *ya* kimsenin sorumlu olmadığı, *ya da* sorumluluğun görün-

---

*herhangi bir kural (otherwise) yoksa istisnasız her devletin silahlanabileceğini kabul eder, bkz. Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. United States of America), Judgment, 1986 ICJ Rep. 14 ¶ 269 (June 27).*

<sup>9</sup> Slavoj ZIZEK, *Philosophy, the "unknown knowns", and the public use of reason*, 25 TOPOI 137 (2006).

meyen, kavranamayan yönere itilmeye çalışıldığı daha rahat görülebilir<sup>10</sup>. Diğer bir ifadeyle, yeni, güncel, çağdaş olanın yanlışlığı gösterilmeye çalışıldığında kendisinin savunulması mümkün gözükmeyen eski, modası geçmiş veya geçmişte olanı savunur konumuna düşmenin önüne geçmek olanak dışı gözükmektedir. Yukarıda değinilen sorumluluk, bu olanak dışılığın kendisini araştırmayı değerli kılıyor. Zira, böyle bir araştırma, doktrinde alışlageldiği üzere, özellikle tarih, felsefe, sosyoloji, antropoloji ve sosyal bilimlerin diğer alanları dışlanarak veya anılanlar hukukla karıştırılarak yapılamaz; sorunların giriftliği gibi ve onlarla aynı ölçüde, çok yönlü araştırmalara ihtiyaç bulunmaktadır. Çelişik biçimde böyle bir araştırmanın önündeki en büyük engel, onu olanaksız kılan; tarih, felsefe, sosyoloji ve sosyal bilimlerdeki diğer alanların ayrımı, ayrışık durumudur. Ancak örneğin, uluslararası hukuka siyaset yönünden yaklaşarak böyle bir araştırma gerçekleştirilemez. Uluslararası hukukun kendisi, uluslararası ilişkilerin eleştirisi ve hakkında verilen hükme dayanır. Sorunu bir örnekle belirginleştirebileceğimize inanıyoruz. Şöyle ki:

1690'lı yıllarda (Gottfried Wilhelm) LEIBNIZ, Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nun Fransa Krallığı karşısındaki durumunu güçlendirmek amacıyla İmparator'un, Papa'nın, tabii hukukun ve Hristiyan geleneğinin üzerinde durarak siyasal gerçeklik ile

---

<sup>10</sup> Tipik örneği; Çekinceler Danışma Görüşü ve ardından yerleşen uygulama sonrasında ortaya çıkan Viyana Sözleşmesi'nin aksine, 1970'lerde BM Genel Kurulu kararlarıyla beliren ve doktrinde rutin biçimde "ekonomik self-determinasyon" başlığında incelenen "Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen" in (*New International Economic Order*) BMDHS'deki akıbetidir. Örn. BMDHS'de kurulan "hukuki düzen", düzenin (*halen*) dışında olan ABD tarafından sembolik açıdan kurulduğu ve şekillendirildiği gibi düzenin içindekiler yönünden onun nasıl tecrübe edildiği düşünülecek olursa, uluslararası andlaşmalarda çekinceler konusunda Viyana Sözleşmesi ve öz. insan hakları veya Avrupa Konseyi "rejim"lerindeki "norm"ların ortaya çıkışı yönünden yaşananlar, "Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen" in neden "normatif" hale gelemediği yönünde soruları haklı kılar.

ideal olan arasındaki uçurumu hissettiğinde uluslararası meselelerde daimi savaş olduğuna yönelik bir yorum yapar; ona göre bu yorum herhangi birinin düşüneceği gibi saçma değildir, eğer yazara gösterme fırsatı tanınırsa erdem; her bir ulusun diğerini yok etme hakkına sahip olduğunu göstermez, her birini diğerine karşı her zaman savunmaya hazır olmaya zorlar, zira çoğu prens sarayında kart oynar, devlet işlerinde andlaşma akdeder<sup>11</sup>. *Kanaatimizce* eğer düşünüp araştırılmaya değer bir şey var ise bu, başta LEIBNIZ'inki olmak üzere yukarıda özetlenen anlatının hangi bağlamda tekrar edegeldiğidir.



---

<sup>11</sup> P. RILEY (editor), **Gottfried Wilhelm Leibniz: Political Writings**, Second edition, Reprint, Cambridge University Press, 2001, p. 32.

## KAYNAKÇA

### I. BAŞVURU KAYNAKLARI

AST, Friedrich, **Lexicon Platonicum, Vol. I-II**, 2.Auflage, Berlin, H.Barsdorf, 1908.

AÜ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ, **Tez Yazım Yönergesi**, erişim için bkz.

<<http://sosbilens.ankara.edu.tr/files/2013/02/tezyazim.pdf>> [18.09.2017]

BENZ, Wolfgang, GRAML, Hermann (Hrsg.), **Biographisches Lexikon zur Weimarer Republik**, München, C.H.Beck, 1988 (BLzWMR)

BODERSEN, Rai, ZIMMERMANN, Bernhard (Hrsg.), **Metzler Lexikon Antike**, Stuttgart u. Weimar, J.B. Metzler, 2000 (BODERSEN/ZIMMERMANN)

CARREAU, Dominique, **Traité international dans RdiD** (2012)

ÇELGİN, Güler, **Eski Yunanca-Türkçe Sözlük**, İstanbul, Kabalcı, 2011

**Der Kleine Brockhaus, Band II**, E.Brockhaus, Wiesbaden, 1952

des PLACES, Edouard, **Lexique de la langue philosophique et religieuse de Platon**, Paris, Les Belles Lettres, 1964

FRIEDRICH, Manfred, **Laband, Paul** *ins* NDB, Band 13, S. 362 (1982)

GAFFIOT, Félix, **Dictionnaire illustré Latin Français**, Paris, Hachette, 1934

GIEGERICH, Thomas, **Reservations to Multilateral Treaties** *in* MPEPIL (2010)

HANÇERLİOĞLU, Orhan, **Felsefe Sözlüğü**, Ondördüncü Basım, İstanbul, Remzi, 2004

HOLLERBACH, Alexander, **Jellinek, Georg** *ins* NDB, Band 10, S. 391 (1974)

İPLİKÇİOĞLU, Bülent, **Eski Batı Tarihi I: Giriş, Kaynaklar, Bibliyografya**, Ankara, TTK, 1997.

**İslam Ansiklopedisi, C.26**, Ankara, TDV, 2002

LIERMANN, Hans, **KAUFMANN, Erich** *ins* NDB, Band 11, S. 349 (1977).

MISCHLER, Ernst, ULBRICH, Josef, **Österreichisches Staatswörterbuch, Band IV**, 2.Auflage, A.Hölder, 1909 (MISCHLER/ULBRICH IV)

NÖRR, Dieter, **Savigny, Carl Friedrich** *ins* NDB, Band 22, S. 470 (2005)

OLECHOWSKI, Th., **Brassloff, Stephan** *ins* ÖBL Online-Edition, Lfg. 1 (2011)

OLECHOWSKI, Th., **Kelsen, Hans** *ins* ÖBL Online-Edition, Lfg. 1 (2014)

**Real-Encyclopädie oder Conversations-Lexicon, Band X**, Fünfte Original-Auflage, Leipzig, F.A.Brockhaus, 1829

SCHAFFRODT, P., HÜFNER, J., **Juden an der Universität Heidelberg**, Heidelberg, RKU Bibliothek, 2012

SİNANOĞLU, Suat, **Kelimelerin Etymonu Esas Tutularak Tertiplenen Yunanca-Türkçe Sözlük**, Ankara, AÜDTCF Yayınları No.78, Klasik Filoloji No.5, 1953

STEINLE, Stephanie, **Schwarzenberger, Georg** *ins* NDB, Band 24, S. 16 (2010)

**The Bluebook: a Uniform System of Citations**, Twentieth Edition, Cambridge, The Harvard Law Review Association, 2015

VARDAR, Berke, **Açıklamalı Dilbilim Terimleri Sözlüğü**, İstanbul, Multilingual, 2002

von MOHL, Robert, **Encyklopädie der Staatswissenschaften**, Tübingen, H. Laupp, 1859

von STENGEL, Karl F., **Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrecht, Band III**, Hrsg. Max FLEISCHMANN, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1914  
(STENGEL/FLEISCHMANN III)

WALTER, R., **Kelsen, Hans** *ins* NDB, Band 11, S. 479 (1977)

ZIELER, G., SCHEFFER, T., **Das akademische Deutschland, Band II**, Leipzig, Th. Scheffer, 1905

ZIMMERMANN, Andreas, **Oppenheim, Lassa Francis Lawrence** *ins* NDB, Band 19, S. 566 (1999)

## II. GENEL ESERLER

ADORNO, Theodor W., HORKHEIMER, Max, **Dialectic of Enlightenment**, translated by E. JEPHCOTT, Stanford, SUP, 2002

BALAZS, Etienne, **La bureaucratie céleste**, Paris, Gallimard, 1968

BARTHES, Roland, **Mythologies**, Paris, Seuil, 1970 (1957)

- BATU, H., BACQUE-GRAMMONT, J.-L., **L'Empire Ottoman, la République de Turquie et la France**, İstanbul, Isis, 1986
- BAUMAN, Zygmunt, **Modernity and Ambivalence**, Cambridge, Polity, 1998
- BERKES, Niyazi, **Türk Düşününde Batı Sorunu**, 2.baskı, İstanbul, YKY, 2016 (1975)
- BOURDIEU, Pierre, ACCARDO, A., BALASZ, G., BEAUD, S., BONVIN, F., BOURDIEU, E., BOURGOIS, P., BROCCOLICHI, S., CHAMPAGNE, P., CHRISTIN, R., FAGUER, J.-P., GARCIA, S., LENOIR, R., MATONTI, F., MUEL-DREYFUS, F., OEUVRAND, F., PIALOUX, M., PINTO, L., SAYAD, A., SOULIE, C., URLACHER, B., WACQUANT, L., WASER, A.-M., **La misère du monde**, Paris, Seuil, 1993
- BOURDIEU, Pierre, **Esquisse d'une théorie de la pratique**, Paris, Seuil, 2000 (1972)
- BOURDIEU, Pierre, **Homo academicus**, Paris, Minuit, 1984
- BOURDIEU, Pierre, **La domination masculine**, édition augmentée, Paris, Seuil, 2014 (1998)
- BOURDIEU, Pierre, **La noblesse d'état**, Paris, Minuit, 1989
- BOURDIEU, Pierre, **Le sociologue et l'historien**, édité par Roger CHARTIER, Paris, Agone, 2010 (1988)
- BOURDIEU, Pierre, PASSERON, Jean-Claude, **La reproduction**, Paris, Minuit, 1970
- BOURDIEU, Pierre, PASSERON, Jean-Claude, **Les héritiers**, Paris, Minuit, 1964
- COHEN, Gary B., **Education and Middle-Class Society in Imperial Austria**, West Lafayette, Purdue University Press, 1996

- DASCAL, Marcelo (editor), **The Practice of Reason**, Amsterdam, Philadelphia, J.Benjamin, 2010
- DELEUZE, Gilles, **Différence et répétition**, 7<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 1993 (1968)
- DERRIDA, Jacques, **De la grammatologie**, Paris, Minuit, 1967
- DERRIDA, Jacques, **Du droit à la philosophie**, Paris, Galilée, 1990
- DERRIDA, Jacques, **La dissémination**, Paris, Minuit, 1972
- DERRIDA, Jacques, **La vérité en peinture**, Paris, Flammarion, 1978
- DERRIDA, Jacques, **L'écriture et la différence**, Paris, Seuil, 1967
- DICKEY, L., NISBET, H.B. (editors), **G.W.F. Hegel:Political Writings**, Cambridge, CUP, 1999
- DURKHEIM, Emile, **Education et sociologie**, édité par P. FAUCONNET, Paris, F. Alcan, 1922
- DURKHEIM, Emile, **Les formes élémentaires de la vie religieuse**, Paris, F.Alcan, 1912
- EBERHARD, Wolfram, **Çin Tarihi**, Üçüncü baskı, Ankara, TTK, 1995
- ECKERMANN, Johann P., **Gespräche mit Goethe, Theil II**, Leipzig, F.A. Brockhaus, 1836
- EDMONDS, J.M. (editor), **Lyra Graeca, Vol.I**, London, NY, W.Heinemann, G.P. Putnam's Sons, 1922
- ELIAS, Norbert, **The Civilizing Process, Vol. I**, translated by E. JEPHCOTT, Malden, Blackwell, 2000 (1939)

- ERKİN, Feridun C., **Dışışlerinde 34 Yıl, C.I**, Ankara, TTK, 1987
- FOUCAULT, Michel, **L'archéologie du savoir**, Paris, Gallimard, 1969
- FOUCAULT, Michel, **Le gouvernement de soi et des autres**, Paris, Gallimard, Seuil, 2008 (1982-1983)
- FOUCAULT, Michel, **Les mots et les choses**, Paris, Gallimard, 1966
- GİRĞİN, Kemal, **Hariciye Tarihimiz**, Ankara, TTK, 1992
- GORGİAS, **Encomium of Helen**, translated by D.M. MACDOWELL, Bristol, Bristol Classical Press, 1982
- GROTIUS, Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku**, çeviren S.L. MERAY, Ankara, AÜSBF Yayınları no. 222-204, 1967
- HANÇERLİOĞLU, Orhan, **Düşünce Tarihi**, İstanbul, Varlık, 1963
- HEGEL, G.W.Friedrich, **Grundlinien der Philosophie des Rechts**, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986 (1821)
- HEGEL, G.W.Friedrich, **Wissenschaft der Logik, Band I.2**, Nürnberg, J.L. Schrag, 1813
- HERF, Jeffrey, **Reactionary Modernism**, Reprint, Cambridge, CUP, 2003
- HOPKINS, Terence K., WALLERSTEIN, Immanuel (editors), **The Age of Transition**, London, New Jersey, Zed, 1996
- HUYSSSEN, Andreas, **After the Great Divide**, NY, London, Palgrave MacMillan, 1986
- IRIGARAY, Luce, **Ethique de la différence sexuelle**, Paris, Minuit, 1984
- JARAUSCH, Konrad H., **The Unfree Professions**, NY, Oxford, OUP, 1990

- KANT, Immanuel, **Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre**, Königsberg, F. Nicolovius, 1797
- KRANZ, W. (Hrsg.), **Die Fragmente der Vorsokratiker, Band I**, 9.Auflage, Berlin, Weidmann, 1960 (DIELS/KRANZ I)
- KRANZ, W. (Hrsg.), **Die Fragmente der Vorsokratiker, Band III**, 9.Auflage, Berlin, Weidmann, 1959 (DIELS/KRANZ III)
- LACOUÉ-LABARTHE, Philippe, NANCY, Jean-Luc, **L'absolu littéraire**, Paris, Seuil, 1978
- LEDFORD, Kenneth F., **From General Estate to Special Interest**, Cambridge, CUP, 1996
- LEDGER, Sally, MCCRACKEN, Scott (editors), **Cultural Politics at the Fin de siècle**, Cambridge, CUP, 1995
- LYOTARD, Jean-François et al, **La faculté de juger**, Paris, Minuit, 1985
- LYSIAS, **Discours, Tome II (XVI-XXXV et Fragments)**, texte établi et traduit par L.GERNET et M. BIZOS, Paris, Les Belles Lettres, 1926
- MEINECKE, Friedrich, **Weltbürgertum und Nationalstaat**, 6.Auflage, München u. Berlin, R. Oldenbourg, 1922 (1908)
- MERAY, Seha L., **Üniversite Sorunları**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003
- METALL, R. Alatar, **Hans Kelsen: Leben und Werk**, Wien, F. Deuticke, 1969
- NOACK, P., **Carl Schmitt: Eine Biographie**, Berlin, Frankfurt a.M., Propyläen, 1993
- ORTAYLI, İlber, **Avrupa ve Biz**, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2004

ORTAYLI, İlber, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, 6.Baskı, İstanbul, İletişim, 2000

ORTAYLI, İlber, **Osmanlı İmparatorluğu'nda Alman Nüfuzu**, 4. Baskı, İstanbul, İletişim, 2003

PLATO, **Laws, Vols. I-II**, edited by R.G. BURY, London, NY, W.Heinemann, G.P. Putnam's Sons, 1926

PLATON, **Cratyle**, texte établi et traduit par L.MERIDIER, Paris, Les Belles Lettres, 1931

PLATON, **Euthydème**, texte établi et traduit par L.MERIDIER, Paris, Les Belles Lettres, 1931

PLATON, **Gorgias-Menon**, texte établi et traduit par A.CROISET avec la collaboration de L.BODIN, Paris, Les Belles Lettres, 1965

PLATON, **Hippias mineur-Alcibiade-Apologie de Socrate-Euthyphron, Criton**, texte établi et traduit par M.CROISET, Paris, Les Belles Lettres, 1920

PLATON, **La république (Livres IV-VII)**, texte établit et traduit par E.CHAMBRY, Paris, Les Belles Lettres, (1933) (PLATON (1933b))

PLATON, **Le sophiste**, texte établit et traduit par A.DIES, Paris, Les Belles Lettres, 1925

PLATON, **Les lois (Livres I-VI)**, traduction nouvelle par E.CHAMBRY, Paris, Garnier, (1946) (PLATON (1946a))

PLATON, **Les lois (Livres VII-XII)**, traduction nouvelle par E.CHAMBRY, Paris, Garnier, (1946) (PLATON (1946b))

PLATON, **Parménide**, texte établi et traduit par A.DIES, Paris, Les Belles Lettres, 1923

PLATON, **Phédon**, texte établi et traduit par L.ROBIN, Paris, Les Belles Lettres, 1926

PLATON, **Phèdre**, texte établi et traduit par L.ROBIN, Paris, Les Belles Lettres, 1933

(PLATON (1933a))

PLATON, **Philèbe**, texte établi et traduit par A.DIES, Paris, Les Belles Lettres, 1993

PLATON, **Protagoras**, texte établi et traduit par A.CROISET, Paris, Les Belles Lettres,  
1955

PLATON, **Sophiste-Politique-Philèbe-Timée-Critias**, traduction nouvelle de E.  
CHAMBRY, Paris, Garnier, 1939

PLATON, **Théétète**, texte établi et traduit par A.DIES, Paris, Les Belles Lettres, 1924

RAWLS, John, **A Theory of Justice**, Revised edition, Cambridge, HUP, 1999

RAWLS, John, **The Law of Peoples**, Cambridge, HUP, 1999

REISS, H.S. (editor), **Kant: Political Writings**, Second edition, Cambridge, CUP, 1991

RILEY, P. (editor), **Gottfried Wilhelm Leibniz: Political Writings**, Second edition,  
Reprint, Cambridge University Press, 2001

RINGER, Fritz K., **Fields of Knowledge**, Cambridge, CUP, 1992

RINGER, Fritz K., **The Decline of the German Mandarins**, Cambridge, HUP, 1969

ROSENBERG, Hans, **Bureaucracy, Aristocracy, and Autocracy**, Second Printing,  
Cambridge, HUP, 1966

SIMMEL, Georg, **Das Problem der historischen Zeit**, Berlin, Reuter&Reichard, 1916

SIMMEL, Georg, **Soziologie**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1908

SIMMEL, Georg, **Über sociale Differenzierung**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1890

SLOTERDIJK, Peter, **Critique of Cynical Reason**, Fifth printing, translated by M.

ELDRED, Minneapolis, London, University of Minnesota Press, 2001

ŞİMŞİR, Bilal N., **Lozan Telgrafları, C.I**, Ankara, TTK, 1990

TÖNNIES, Ferdinand, **Gemeinschaft und Gesellschaft**, Leipzig, Fues, 1887

TSVETKOVA, Natalia, **Failure of American and Soviet Cultural Imperialism in German Universities, 1945-1960**, Leiden, Boston, Brill, 2013

WEBER, Marianne (Hrsg.), **Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922

WEBER, Max, **Politik als Beruf**, München u. Leipzig, Duncker&Humblot, 1919

WEBER, Max, **Wirtschaft und Gesellschaft**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922 (WEBER (1922a))

WOLFF, Kurt H. (Hrsg.), **Karl Mannheim: Wissenssoziologie**, Berlin u. Neuwied, H.Luchterhand, 1964

XENOPHON, **Helléniques-Apologie-Mémorables**, traduction nouvelle de P. CHAMBRY, Paris, Garnier, (1935)

ZIZEK, Slavoj, **For They Know Not What They Do**, 2nd edition, London, NY, Verso, 2008

ZIZEK, Slavoj, GABRIEL, Markus, **Mythology, Madness, and Laughter: Subjectivity in German Idealism**, London, Continuum, 2009

ZIZEK, Slavoj, **Organs without Bodies**, Routledge, NY, London, 2003

### III. SİSTEMATİK ESERLER, DERLEMELER, ARMAĞANLAR

ACADEMY OF SCIENCES OF THE USSR, **International Law**, translated by D.

OGDEN, Moscow, Foreign Languages Publishing House, (1959)

ACER, Yücel, KAYA, İbrahim, **Uluslararası Hukuk**, İstanbul, Legal, 2012

(ACER/KAYA)

AKADEMIE FÜR STAATS- UND RECHTSWISSENSCHAFT DER DDR,

**Völkerrecht, Teil I**, Berlin, Staatsverlag der DDR, 1973 (DDR I)

AKİPEK, Ö. İlhan, **Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler**

(**Devletler Hukuku Metinleri**), Ankara, AÜHF Yayınlarından: 213, 1966

AKİPEK, Ö. İlhan, **Devletler Hukuku, Birinci Kitap: Başlangıç**, İkinci Bası, Ankara,

Başnur, 1965 (AKİPEK I)

AKSAR, Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, C.I**, Ankara, Seçkin,

2013 (AKSAR I)

ANSCHÜTZ, Gerhard, THOMA, Richard (Hrsg.), **Handbuch des Deutschen**

**Staatsrechts, Band I**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930

BERMAN, Ayelet, DUQUET, Sanderijn, PAUWELYN, Joost, WESSEL, Ramses A.,

WOUTERS, Jan (editors), **Informal International Lawmaking**, The Hague,

TOAEP, 2012

BİLSEL, Cemil, **Devletler Hukuku, Birinci Kitap**, İstanbul, İÜ Yayınları No. 150, İÜHF

No.32, 1941 (BİLSEL I)

- BİLSEL, Cemil, **Devletler Hukuku, Giriş**, İkinci Bası, İstanbul, İÜ Yayınları No.137, İÜHF No.29, 1940 (BİLSEL GİRİŞ)
- BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, **Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt**, 2.Auflage, Nördlingen, C.H. Beck, 1872
- BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, **Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten**, 3. Auflage, Nördlingen, C.H.Beck, 1878
- BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, **Deutsche Staatslehre für Gebildete**, C.H. Beck, 1874
- BOYLE, Alan, CHINKIN, Christine, **The Making of International Law**, Oxford, OUP, 2007
- BOZKURT, Enver, KÜTÜKÇÜ, M. Akif, POYRAZ, Yasin, **Devletler Hukuku**, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Yetkin, 2010 (BOZKURT/KÜTÜKÇÜ/POYRAZ)
- CAN, Cahit, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, 3.baskı, Ankara, Siyasal, 2011
- CHAZEL, F., COMMAILLE, J., **Normes juridiques et régulation sociale**, Paris, LGDJ, 1991
- CORTEN, Olivier, KLEIN, Pierre, **Les Conventions de Vienne sur le droit des traités**, Bruxelles, Bruylant, 2000 (CORTEN/KLEIN)
- ÇAKMAK, Cenap, **Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama-Bir Ulus-lararası İlişkiler Yaklaşımı**, Bursa, Ekin, 2014
- ÇELİK, Edip, **Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap**, İkinci Baskı, İstanbul, Filiz, 1987 (ÇELİK I)

- DAMROSCH, Lori F., HENKIN, Louis, MURPHY, Sean D., SMIT, Hans, **International Law**, Fifth edition, St.Paul, West, 2009
- de VATTEL, [Emer], **Le droit des gens, Tôme I-II**, La Haye, B.Gibert, 1758
- DÖRR, O., SCHMALENBACH, K., **Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary**, Heidelberg, Springer, 2012 (DÖRR/SCHMALENBACH)
- ERİM, Nihat, **Amme Hukuku Dersleri, C. I**, Ankara, 1942
- FASSBENDER, Bardo, PETERS, Anne (editors), **The Oxford Handbook of the History of International Law**, Oxford, OUP, 2012
- FRANK, Hans et al., **Das Judentum in der Rechtswissenschaft, Band I:Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist**, Berlin, Deutscher Rechts, 1936
- GAREIS, Karl, **Institutionen des Völkerrechts**, Giessen, Emil Roth, 1888
- GERBER, C.F., **Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts**, Leipzig, B.Tauschnitz, 1865
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. baskı, Ankara, İmge, 2003
- HÄENEL, Albert, **Deutsches Staatsrecht**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1892
- HALL, R.B., BIERSTEKER, T. J. (editors), **The Emergence of Private Authority in Global Governance**, Cambridge, NY, CUP, 2002
- HARTMANN, Adolph, **Institutionen des praktischen Völkerrechts in Friedenszeiten**, Hannover, C.Meyer, 1874
- HEILBORN, Paul, **Das System des Völkerrechts**, Berlin, Julius Springer, 1896

JELLINEK, Georg, **Allgemeine Staatslehre**, 2. Auflage, Berlin, O.Haring, 1905  
(JELLINEK I (1905))

JELLINEK, Georg, **Allgemeine Staatslehre**, Berlin, O.Haring, 1900 (JELLINEK I  
(1900))

JENNINGS, R.Y., WATTS, A.W. (editors), **Oppenheim's International Law, Vol.I Part  
1, Parts 2-4**, Ninth edition, Essex, Longman, 1992 (OPPENHEIM/J.W. I-1;  
OPPENHEIM/J.W. I-2-4)

KAUFMANN, Felix, **Logik und Rechtswissenschaft**, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1922

KELSEN, Hans, **Allgemeine Staatslehre**, Berlin, Julius Springer, 1925, §32, S. 229ff.

KELSEN, Hans, **Reine Rechtslehre**, Leipzig u. Wien, F.Deuticke, 1934

KELSEN, Hans, **Saf Hukuk Kurami**, çeviren Ertuğrul UZUN, İstanbul, Nora, 2016

KOSKENNIEMI, Martti (editor) **International Law**, NY, NY University Press, 1992

KOSKENNIEMI, Martti (editor), **Sources of International Law**, Gateshead, Ashgate,  
Dartmouth, 2000

LABAND, Paul, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band I**, 3.Auflage, Freiburg u.  
Leipzig, J.C.B. Mohr, 1895 (LABAND I (1895))

LÜTEM, İlhan, **Devletler Hukuku Dersleri, Birinci Kitap**, Gözden geçirilmiş ilaveli  
ikinci baskı, Ankara, Balkanoğlu, 1959 (LÜTEM I)

MERAY, Seha L. et al. **Devletler Hukuku Öğretimi Symposiumu**, AÜSBF Yayınları  
No. 101-83, Ankara, Ajans, 1959

MERAY, Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş, C. I**, Yeniden gözden geçirilmiş üçüncü bası, Ankara, AÜSBF Yayınları: 237, 1968 (MERAY I)

MERAY, Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş, C. II**, Yeniden gözden geçirilmiş dördüncü bası, Ankara, AÜSBF Yayınları: 206, 1975 (MERAY II)

OKANDAN, Recai G., **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul, İÜ Yayınları No:1173, İÜHF No:250, 1966

OPPENHEIM, Lassa, **International Law, Vol. I**, London, Longmans, Green, 1905 (OPPENHEIM I (1905))

OPPENHEIM, Lassa, **International Law:A Treatise, Vol.I**, Eighth edition, edited by H. LAUTERPACHT, Sixth Impression, London, Longmans, 1962 (1955) (OPPENHEIM/L. I (1962))

ÖKTEM, Niyazi, **Fenomenoloji ve Hukuk**, Ankara, Yetkin, 2012

ÖZBİLGİN, Tarkan, **Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, C.I**, İstanbul, İÜ Yayınları No.1655, İÜHF Yayınları No.357, 1971

PAUST, Jordan J., **International Law as Law of the United States**, Durham, Carolina Academic Press, 2003

PAUWELYN, Joost, WESSEL, Ramses A., WOUTERS, Jan, (editors), **Informal International Lawmaking**, Oxford, OUP, 2012

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap**, 10. Bası, Ankara, Turhan, 2004 (PAZARCI I)

- PRADIER-FODERE, Paul, **Traité de droit international public, Tôme I**, Paris, A.Durand et Pédone-Lauriel, 1885
- SCHWARZENBERGER, Georg, **A Manual of International Law, Vol.I**, Fourth edition, London, NY, Stevens&Sons, F.A.Praeger, 1960
- SCHWARZENBERGER, Georg, **International Law, Vol. I**, London, Stevens&Sons, 1945
- STAMMLER, Rudolf et al., **Systematische Rechtswissenschaft**, Berlin, Leipzig, B.G. Teubner, 1906 (STAMMLER (1906))
- STOLLEIS, Michael, **A History of Public Law in Germany: 1914-1945**, Reprint, translated by T. DUNLAP, Oxford, NY, OUP, 2008
- STOLLEIS, Michael, **Public Law in Germany : 1800-1914**, translated by P. BIEL, NY, Oxford, Berghahn Books, 2001
- STRUPP, Karl, **Grundzüge des Völkerrechts**, 2.Auflage, Bonn, L. Röhrscheid, 1922
- SUR, Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, İstanbul, Beta, 2013
- TOPÇUOĞLU, Hamide, **Hukuk Sosyolojisi, C.I**, Ankara, AÜHF Yayınları No.147, 1960
- ULLMANN, Ernst, **Völkerrecht**, 2.Auflage, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1908
- ÜNAL, Şeref, **Uluslararası Hukuk**, Ankara, Yetkin, 2005
- ÜYE, Saim et al., **Adnan Güriz'e Armağan**, Ankara, AÜHF Yayınları No: 497, 2016
- von LISZT, Franz, **Völkerrecht**, Berlin, O.Häring, 1898
- von PUFENDORF, Samuel, **Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri II**, Editio Novissima & Emendatissima, Cantabrigiae, J.Hayes, 1672

von SAVIGNY, Friedrich Carl, **System des heutigen Römischen Rechts, Bände I, II**,  
Berlin, Veit, 1840 (SAVIGNY I, II)

von WALDKIRCH, Eduard Otto, **Das Völkerrecht**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1926

WOLFF, Christian, **Institutiones Juris Naturae et Gentium**, Magdeburgicae, Officina  
Rengeriana, 1750

ZABUNOĞLU, Yahya, **Kamu Hukukuna Giriş**, Ankara, AÜHF Yayınları No.328, 1973

ZORN, Philipp, BERGER, Herbert v. (Hrsg.), **Deutschland unter Kaiser Wilhelm II**,  
Berlin, R.Hobbing, 1914

ZORN, Philipp, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band I**, Berlin u. Leipzig, I.  
Guttentag, 1880 (ZORN I)

ZORN, Philipp, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band II**, Berlin u. Leipzig, I.  
Guttentag, 1883 (ZORN II)

#### IV. MONOGRAFİLER, NOTLAR

ADICKES, Franz, **Zur Lehre von Rechtsquellen**, Cassel&Göttingen, G.H.Wigand, 1872

AFFOLTER, A., **Naturgesetze und Rechtsgesetze**, München, J. Schweitzer, 1904

AGO, Roberto, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, 134 RdC 303  
(1971).

AKGÜN, Seçil K., ULUĞTEKİN, M., **Hilal-i Ahmer'den Kızılay'a, C. I**, Ankara, Türk  
Kızılayı, 2000

- AKKAYA KİA, Rukiye, **Bir Ders Konusu Olarak "Devlet" ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri**, İstanbul, Beta, 2013
- ALLAND, Denis, CHETAIL, Vincent, de FROUVILLE, Olivier, VINUALES, Jorge E. (editors), **Unité et diversité du droit international**, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014
- ALLOTT, Philip, **Eunomia: New Order for a New World**, Oxford, OUP, 1990
- ALPKAYA, Gökçen, **Olduğın Yerde Kal Uluslararası Hukuk Cehennem Biziz**, Ankara, AÜSBF Tartışma Metinleri Serisi No. 78, 2004
- ALVAREZ, Jose E., **International Organizations as Lawmakers**, Oxford, OUP, 2005
- ANAND, R.P., **New States and International Law**, Second edition, Delhi, Hope India, 2008 (1970)
- ANGHIE, Anthony, **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**, Cambridge, NY, CUP, 2004
- ARANGIO-RUIZ, G., *Le domaine réservé*, 225 RdC 29 (1990)
- ARNDT, A., **Verfassung des Deutschen Reiches**, Berlin, I.Guttentag, 1913
- AUST, Anthony, **Modern Treaty Law and Practice**, Cambridge, CUP, 2000
- BARTELSON, Jens, **A Genealogy of Sovereignty**, Cambridge, CUP, 1995
- BASTID, Suzanne, **Les traités dans la vie internationale**, Paris, Economica, 1985
- BAŞEREN, Sertaç Hami, **Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları**, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2003

- BEATSON, J., ZIMMERMANN, R. (editors), **Jurists Uprooted: German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth Century Britain**, Oxford, NY, OUP, 2004  
(BEATSON/ZIMMERMANN)
- BEDJAOUI, M., **Towards a new international economic order**, Paris, UNESCO, 1979
- BERGBOHM, Carl, **Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts**, Dorpat, C. Mattiesen, 1876
- BERMAN, Harold J., **Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition, Vol.I**, Cambridge, HUP, 1983
- BEROLZHEIMER, Fritz (Hrsg.), **Rechtswissenschaftliche Beiträge**, Stuttgart, F.Enke, 1909
- BEROLZHEIMER, Fritz, **Die Kulturstufen der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie**, München, C.H. Beck, 1905
- BESELER, Georg, **Volksrecht und Juristenrecht**, Leipzig, Weidmann, 1843, S. 91ff.
- BIERLING, Ernst Rudolph, **Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Theil I**, Gotha, F.A.Perthes, 1877
- BINDER, Guyora, WEISBERG, Robert, **Literary Criticisms of Law**, Princeton, New Jersey, PUP, 2000
- BINDING, Karl, **Die Normen und ihre Übertretung, Band I**, Leipzig, W.Engelmann, 1872
- BISHOP, Jr., W.W., *Reservations to Treaties*, 103 RdC 245 (1961)

- BOWRING, Bill, **The Degradation of the International Legal Order**, NY, Routledge, 2008
- CALDWELL, Peter, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law**, Durham, London, DUP, 1997
- CANIZZARO, E. (editor), **The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention**, Oxford, OUP, 2011
- CARTY, Anthony, **Philosophy of International Law**, Edinburgh, EUPress, 2007
- CARTY, Anthony, **The Decay of International Law?**, Glasgow, Manchester University Press, 1986
- CHAUMONT, Charles, *Cours général de droit international public*, 129 RdC 339 (1970)
- CHEMILLIER-GENDREAU, Monique, **Humanité et souverainetés: Essai sur la fonction du droit international**, Paris, La Découverte, 1995
- CHESTERMAN, S. (editor), **Secretary or General?**, Cambridge, CUP, 2007
- D'AMATO, Anthony, **International Law**, Second edition, NY, Transnational Publishers, 1995
- DANIELSEN, Dan, ENGLE, Karen (editors), **After Identity**, NY, Routledge, 1995
- d'ASPREMONT, J., **Formalism and Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment**, Oxford, OUP, 2011
- de [von] SUTTNER, Berthe [Bertha], **Souvenir de Guerre**, Paris, V.Girard&E.Brière, 1904

- de VISSCHER, Charles, **Théories et réalités en droit international public**, 3<sup>e</sup> édition,  
Paris, A.Pédone, 1960
- DENFELD, Claudia, **Hans Wehberg (1885-1962): Die Organisation der Staaten-  
gemeinschaft**, Baden-Baden, Nomos, 2008
- DENK, Erdem, **Güle güle uluslararası hukuk, cehennem kadar yolun var**, Ankara,  
AÜSBF Tartışma Metinleri Serisi No. 74, 2004
- EHRlich, Eugen, **Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft**, Leipzig,  
C.L.Hirschfeld, 1903
- ELES, Georges T., **Le principe de l'unanimité**, Paris, Pédone, 1935
- ELIAS, T.O., **The International Court of Justice and some contemporary problems**,  
The Hague, Martinus-Nijhoff, 1983
- ELIAS, T.O., **The Modern Law of Treaties**, Leiden, Oceana, 1974
- ERIM, Nihat, **Le positivisme juridique et le droit international**, Paris, Sirey, 1939
- EYSINGA, W.J.M. et al., **Symbolae Verzijl**, Leiden, Martinus Nijhoff, 1958
- FALK, Richard A., **Legal Order in a Violent World**, Princeton, PUP, 1968
- FALK, Richard A., MENDLOVITZ, Saul H. (editors), **International Law**, Second  
printing, NY, World Law Fund, 1966
- FALK, Richard A., **The Status of Law in International Society**, Princeton, PUP, 1970
- FRANCK, Thomas M., *Fairness in the International Legal and Institutional System*, 240  
RdC 9 (1993)

- FRANCK, Thomas M., **The Power of Legitimacy Among Nations**, Oxford, NY, OUP, 1990
- FRANKENBERG, Günther, **Political Technology and the Erosion of the Rule of Law**, translated with H.BAUER, Northampton, E. Elgar, 2014
- FRIED, Albert H., **Die Grundlagen des revolutionären Pacifismus**, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1908
- FRIED, Albert H., **Handbuch der Friedensbewegung**, Wien u. Leipzig, Westermann&Staeglich, 1905
- FRIED, Alfred H., **Die moderne Friedensbewegung**, Leipzig, B.G. Teubner, 1907
- FRIEDMANN, Wolfgang, *General Course in Public International Law*, 127 RdC 47 (1969)
- FRIEDMANN, Wolfgang, **The Changing Structure of International Law**, London, Stevens&Sons, 1964
- GAETA, Paolo, **The UN Genocide Convention: A Commentary**, Oxford, OUP, 2009
- GARCIA-SALMONES ROVIRA, Monica, **The Project of Positivism in International Law**, Oxford, OUP, 2013
- GERBER, C.F., **Ueber öffentliche Rechte**, Tübingen, H.Laupp, 1852
- GIERKE, Otto et al., **Festschrift für Otto Gierke**, Weimar, H.Böhlaus, 1911
- HALPERIN, Jean-Louis, **Five Legal Revolutions since the 17th Century**, Heidelberg, Springer, 2014

- HÄNEL, Albert, **Die vertragsmässigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung**,  
Leipzig, H. Haessel, 1873
- HENKIN, Louis, **How Nations Behave: Law and Foreign Policy**, Second edition, NY,  
Columbia University Press, 1979
- HENKIN, Louis, *International law and the behaviour of nations*, 114 RdC 171 (1965)
- HIGGINS, Rosalyn, **Problems & Process: International Law and How We Use It**,  
Oxford, OUP, 1994
- HOCHSTATTER, T.J., **Natural Law Theories in the Early Enlightenment**, Cambridge,  
CUP, 2004
- HOLLOWAY, K., **Les réserves dans les traités internationaux**, Paris, R.Pichon&R.  
Durand-Auzias, 1958
- HORN, F., **Reservations and Interpretive Declarations**, Amsterdam, Elsevier, 1988
- HUDSON, Manley O., **International Legislation, Vol. I**, Washington, Carnegie, 1931
- JANIS, M.W., **The American Tradition of International Law**, Oxford, Clarendon, 2004
- JELLINEK, Georg, **Der Kampf des alten mit dem neuen Recht**, Heidelberg, C.Winter,  
1907
- JELLINEK, Georg, **Die Lehre von den Staatenverbindungen**, Wien, A.Hölder, 1882
- JELLINEK, Georg, **Die rechtliche Natur der Staatenverträge**, Wien, A.Hölder, 1880
- JELLINEK, Georg, **Gesetz und Verordnung**, Freiburg, J.C.B. Mohr, 1887
- JELLINEK, Georg, **La déclaration des droits de l'homme et du citoyen**, traduit par  
G.FARDIS, Paris, Thorin, 1902

JELLINEK, Georg, **System der subjektiven öffentlichen Rechte**, Freiburg, J.C.B. Mohr, 1892

JELLINEK, Georg, **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung**, Berlin, O.Häring, 1906

JELLINEK, Walther (Hrsg.), **Ausgewählte Schriften und Reden, Band II**, Berlin, O.Häring, 1911 (JELLINEK II)

JENKS, W., **Common Law of Mankind**, London, Stevens&Sons, 1958

JOUANNET, E., **The Liberal-Welfarist Law of Nations**, translated by C.SUTCLIFFE, Cambridge, CUP, 2012

KAPPELER, D., **Les réserves dans les traités internationaux**, Bâle, Recht u. Gesellschaft, 1958

KAUFMANN, Erich, **Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911

KAUFMANN, Erich, **Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1921

KELSEN, Hans, **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1920

KELSEN, Hans, **Der soziologische und juristische Staatsbegriff**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922

KELSEN, Hans, **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911

- KELSEN, Hans, **Legal Technique in International Law: A Textual Critique of the League Covenant**, Geneva, Geneva Research Centre, 1939
- KENNEDY, David, **A World of Struggle**, Princeton, PUP, 2016
- KENNEDY, David, **Dark Sides of Virtue**, Princeton, PUP, 2004
- KENNEDY, David, **International Legal Structures**, Baden-Baden, Nomos, 1987
- KENNEDY, David, **Of War and Law**, Princeton, PUP, 2006
- KENNEDY, Duncan, **A Critique of Adjudication (fin de siècle)**, Cambridge, London, HUP, 1998
- KHADJENOURI, M., **Réserves dans les traités internationaux**, Genève, A.-Annemasse, 1953
- KLABBERS, Jan, **the Concept of Treaty in International Law**, The Hague, Kluwer, 1996
- KOHLER, Josef, **Not kennt kein Gebot**, Berlin u. Leipzig, W. Rothschild, 1915
- KOLB, Robert, **Théorie du droit international**, 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2013
- KOSKENNIEMI, Martti, **From Apology to Utopia**, Reissue, Cambridge, CUP, 2005  
(KOSKENNIEMI (2005a))
- KOSKENNIEMI, Martti, **The Gentle Civilizer of Nations**, Fourth printing, Cambridge, CUP, 2007
- KUNTZE, Emil et al., **Festgabe der Leipziger Juristen-fakultät**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1888

- KÜHNER, Rolf, **Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen**, Berlin, Springer, 1986
- LABAND, Paul, **Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes**, Berlin, I.Guttentag, 1871
- LABAND, Paul, **Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für die deutsche Staatsrecht**, Strassburg, J.H.E.Heitz, 1880
- LAGHMANI, Slim, **Histoire du droit des gens du jus gentium impérial au jus publicum europaeum**, Paris, Pédone, 2003
- LAMMASCH, Heinrich, **Die Fortbildung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit**, Stuttgart, W. Kolhammer, 1914
- LAUTERPACHT, Elihu, **The Life of Hersch Lauterpacht**, Cambridge, New York, 2010, CUP
- LAUTERPACHT, Hersch, *Règles générales du droit de la paix*, 62 RdC 99 (1937)
- LAUTERPACHT, Hersch, **The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice**, London, Longmans, Green, 1934
- LAUTERPACHT, Hersch, **The Function of Law in the International Community**, Oxford, Clarendon, 1933
- LIJNZAAD, Liesbeth, **Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?**, Leiden, Martinus Nijhoff, 1995

- MAYER, Otto, **Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht**,  
Tübingen, J.C.B.Mohr, 1908
- MCDOUGAL, M.S., REISMAN, W. Michael, **International Law in Contemporary  
Perspective: The Public Order of the World Community**, NY, The Foundation  
Press, 1981
- MCDOUGAL, Myres S., *International Law, Power, and Policy: A Contemporary  
Conception*, 82 RdC 137 (1953)
- MCNAIR, Arnold, **The Law of Treaties**, Oxford, OUP, 1961
- MEIER, Ernst, **Über den Abschluss von Staatsverträgen**, Leipzig, Duncker& Humblot,  
1874
- MERKL, Adolf, **Die Lehre von der Rechtskraft**, Leipzig u. Wien, F.Deuticke, 1923
- MEURER, Christian, **Die Haager Friedenskonferenz, Band II**, München, J.Schweitzer,  
1907
- MEYER, Georg, **Das Studium des öffentlichen Rechtes und der Staatswissenschaften  
in Deutschland**, Jena, H.Dufft, 1875
- MIEVILLE, China, **Between Equal Rights**, Leiden, Boston, Brill, 2005
- MOHLER, Armin, **Die Konservative Revolution in Deutschland**, 5. Auflage, Graz,  
Stuttgart, L.Stocker, 1999 (1950)
- MORGAN, Ed, **The Aesthetics of International Law**, Toronto, Buffalo, London,  
University of Toronto Press, 2007
- MOYNIER, Gustave, **La Croix-Rouge**, Paris, Sandoz&Thuillier, 1882

- NELSON, Leonhard, **Die Rechtswissenschaft ohne Recht**, Leipzig, Veit, 1917
- NIPPOLD, Otfried, **Der völkerrechtliche Vertrag**, Bern, K.J. Wyss, 1894
- NIPPOLD, Otfried, **Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1907
- OPPENHEIM, Lassa, **The Future of International Law**, translated by J.P.BATE, Oxford, Clarendon, 1921 (1911)
- ÖZMAN, Aydoğan, **Milletlerarası Anlaşmalarda Çekinceler (İhtirazi Kayıtlar)**, Ankara, AÜHF Yayınları No. 259, 1970
- PAZ, Reut Yael, **A Gateway Between a Distant God and a Cruel World: The Contribution of 20<sup>th</sup> Century Jewish German Speaking Scholars to International Law**, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013
- POHL, Heinrich, **Aus Völkerrecht und Politik**, Berlin, Frensdorf, 1913
- PUCHTA, G.F., **Kritik von Georg Beseler's Volksrecht und Juristenrecht**, Berlin, W.Besser, 1844
- REUTER, Paul, **Introduction to the Law of Treaties**, translated by J.MICO, P. HAGGENMACHER, London, NY, Kegan Paul, 1995
- RICHES, Cromwell A., **Majority Rule in International Organization**, Baltimore, J.Hopkins, 1940
- ROSENNE, Shabtai, **Developments in the Law of Treaties**, Cambridge, CUP, 1989
- RÖLING, B.V.A., **International Law in an Expanded World**, Amsterdam, Djambatan, 1960

RUDA, J.M., *Reservations to Treaties*, 146 RdC 95 (1975)

SCHABAS, William A., **Genocide in International Law**, Cambridge, CUP, 2000

SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law*, 178 RdC 21 (1982)

SCHMITT, Carl, **Dictatorship**, translated by M. HOELZL, G. WARD, Cambridge, Polity, 2013

SCHÜCKING, Walther, **Das Werk vom Haag, Band I**, München u. Leipzig, Duncker&Humblot, 1912

SCHÜCKING, Walther, **Die deutschen Professoren und der Weltkrieg**, Berlin, Neues Vaterland, 1915

SCHÜCKING, Walther, **Die Organisation der Welt**, Leipzig, A.Kröner, 1909

SCHÜCKING, Walther, **Die völkerrechtliche Lehre des Weltkrieges**, Leipzig, Veit, 1918

SCHWARZENBERGER, Georg, **International Law and Totalitarian Lawlessness**, London, J.Cape, 1943

SCHWARZENBERGER, Georg, *The Fundamental Principles of International Law*, 78 RdC 195 (1955)

SCOTT, J.B. (editor), **The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907, Vol.II: Documents**, Baltimore, J.Hopkins, 1909

SELIGMANN, Ernst, **Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge**, Freiburg, J.C.B.Mohr, 1890

- SEYDEL, Max, **Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich**,  
Würzburg, A.Stubel, 1873
- SFDI, **Actualités des réserves aux traités**, Paris, Pédone, 2014
- SLAUGHTER, Anne-Marie, **A New World Order**, Princeton, PUP, 2004
- SLAUGHTER, Anne-Marie, *International law and international relations*, 285 RdC 9  
(2000)
- STAHL, Friedrich J., **Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes**, Leipzig,  
O.Braudstetter, 1906
- STAHL, Friedrich Julius, **Die Philosophie des Rechts, Band II.2**, 2. Auflage, Heidelberg,  
J.C.B. Mohr, 1846
- STAHL, Friedrich Julius, **Die Staatslehre und die Principen des Staatsrechts**,  
3.Auflage, Heidelberg, J.C.B. Mohr, 1856
- THON, August, **Rechtsnorm und subjectives Recht**, Weimar, H.Böhlau, 1878
- TIEFENBRUN, Susan, **Decoding International Law: Semiotics and the Humanities**,  
Oxford, OUP, 2010
- TOLUNER, Sevim (Sevin), **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**,  
İstanbul, İÜ Yayınları No:1882, İÜHF Yayınları No:418, 1973
- TRIEPEL, Heinrich, **Die Reichsaufsicht**, Berlin u. Heidelberg, J.Springer, 1917
- TRIEPEL, Heinrich, **Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche**, Tübingen,  
J.C.B.Mohr, 1907
- TRIEPEL, Heinrich, **Völkerrecht und Landesrecht**, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1899

TUNKIN, G.I., *Co-existence and International Law*, 95 RdC 5 (1958)

TUNKIN, G.I., **Droit international public**, traduit par M. VIRALLY, Paris, A.Pédone,  
1965

van SCHERPENBERG, A.H., PARTSCH, K.J. (Hrsg.), **Erich Kaufmann: Gesammelte  
Schriften, Band III**, Göttingen, O. Schwartz, 1960 (KAUFMANN III)

VILLIGER, Mark E., *The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After*,  
344 RdC 23 (2011)

von JHERING, Rudolf, **Der Kampf um's Recht**, Wien, 1872

von STENGEL, Karl, **Weltstaat und Friedensproblem**, Berlin, Reichl, 1909

WANG, Dong, **China's Unequal Treaties**, Plymouth, Lexington, 2008

WEGMANN, Friedrich, **Die Ratifikation von Staatsverträgen**, Berlin,  
Siemenroth&Worms, 1892

WEHBERG, Hans, **Die internationale Beschränkung der Rüstungen**, Stuttgart u.  
Berlin, Deutsche Verlags-Anstalt, 1919

WEHBERG, Hans, **Kommentar zu dem Haager "Abkommen betreffend die  
friedliche erledigung internationaler streitigkeiten" vom 18. Oktober 1907**,  
Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911

WEIL, Bruno, **Die Mitwirkung der Volksvertretung bei Staatsverträgen**, Strassburg, J.  
Singer, 1906

YOUNG, Margaret A. (editor), **Regime Interaction in International Law**, Cambridge,  
NY, CUP, 2012

ZORN, Phillip, **Reich und Reichsverfassung**, Berlin, K.Heymann, 1895

## V. MAKALELER

ABADAN, Yavuz, *Tarihçi Mekteb ve Devlet Nazariyesi*, 6 AÜSBFD 160 (1951)

AKERMARK, S.S., *Reservation Clauses in Treaties Concluded within the Council of Europe*, 48 ICLQ 479 (1999)

AKİPEK, Serap, *Birleşmiş Milletler Örgütü Denetiminde Vesayet Altında Ülke Bulunmaması, Sömürgeciliğin de Sonu Anlamına mı Geliyor?*, 50 AÜHFD 1 (2001)

AKKUTAY, Berat Lale, *1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Çekinceler ve İhtiyari İstisnalar*, 31 MHMÖHB 1 (2011)

AKKUTAY, Berat Lale, *Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, 111 TBBD 412 (2014)

ALBISETTI, James C., *Portia ante Portas*, 33 J.SOC.HIST. 825 (2000)

ALLOTT, P., *Power Sharing in the Law of the Sea*, 77 AM.J. INT'L L. 1 (1983).

ALVAREZ, Jose E., *Contemporary International Law*, 24 AM.U.INT'L L.REV. 811 (2008-2009)

ALVAREZ, Jose E., *The New Treaty Makers*, 25 B.C. INT'L COMPL. REV. 213 (2002)

ANAND, R.P., *Rôle of the "New" Asian-African Countries in the Present International Legal Order*, 56 AM. J. INT'L L. 383 (1962)

- ANDERSON, C.P., *The Ratification of Treaties with Reservations*, 13 AM.J.INT'L L. 526 (1919)
- ANDERSON, D.R., *Reservations to Multilateral Conventions*, 13 ICLQ 450 (1964)
- ARP, B., *Denunciation Followed by Re-Accession with Reservations to a Treaty*, 61 NILR 141 (2014)
- AYMAN GÜLER, Birgül, *Nesnesini Arayan Disiplin*, 27 AMME İDARESİ 3 (1994)
- BÄR, Ludwig von, *Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts*, 6 ARW 145 (1912-1913)
- BARATTA, R., *Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded?*, 11 EJIL 413 (2000)
- BARTHELEMY, Joseph, *La responsabilité des Professeurs allemands de droit public*, 45 BULLETIN 116 (1916)
- BAŞLAR, Kemal, *Kırkıncı Yılında Dünya Mirası Sözleşmesi (1972-2012)*, 7 UHP 25 (2011)
- BAYLIS, E.A., *General Comment 24*, BERKELEY J.INT'L L. 277 (1999)
- BECKER LORCA, Arnulf, *Sovereignty beyond the West: The End of Classical International Law*, 13 JHIL 7 (2011)
- BEDERMAN, David J., *The 1871 London Declaration, Rebus Sic Stantibus and a Primitivist View of the Law of Nations*, 82 AM.J.INT'L L. 1 (1988)
- BEKKER, E. Immanuel, *Haben wir ein Völkerrecht?*, 17 DJZ 17 (1912)

- BERMAN, Nathaniel, *"But the Alternative is Despair"*, 106 HARV.L.REV. 1792 (1992-1993)
- BERMAN, Nathaniel, *Intervention in a 'Divided World':Axes of Legitimacy*, 17 EJIL 743 (2006)
- BERMAN, Nathaniel, *Legitimacy Through Defiance*, 23 WIS.INT'L L.J. 93 (2005)
- BERMAN, Nathaniel, *Modernism, Nationalism and the Rhetoric of Reconstruction*, 4 YALE J.L. & HUMAN. 351 (1992) (BERMAN (1992a))
- BERMAN, Nathaniel, *Privileging Combat?*, 43 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 1 (2004-2005)
- BERMAN, Nathaniel, *War, Trade, and the Construction of the International*, 31 BROOK.J. INT'L L. 685 (2005-2006)
- BERNATZIK, Edmund, *Kritische Studien über den Begriff der juristische Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, 5 AÖR 169 (1890)
- BEROLZHEIMER, Fritz, *Hegel und Kant in der modernen Rechtsphilosophie*, 18 DJZ 1005 (1907)
- BEROLZHEIMER, Fritz, *Zum Methodenstreit in der Rechtsphilosophie der Gegenwart*, 3 ARW 522 (1909-1910)
- BILLETER, J.F., *Contribution à une sociologie historique du mandarinat*, 15 ARSS 3 (1977)
- BLUNTSCHLI, J. C., *Droit de la guerre et coutume de guerre*, 8 RDILC 663 (1876)

- BLUNTSCHLI, J.K., *Dr. Georg Jellinek, die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 22 KRITISCHE VIERTELJAHRESSCHRIFT 579 (1880).
- BLUNTSCHLI, Johann Kaspar, *Dr. Bluntschli's Address*, 5 ADVOCATE OF PEACE 23 (1874)
- BOURDIEU, Pierre, *Champ du pouvoir, champ intellectuel et habitus de classe*, 1971 SCOLIES 7
- BOURDIEU, Pierre, *Habitus, code et codification*, 64 ARSS 40, 41 (1986) (BOURDIEU (1986a))
- BOURDIEU, Pierre, *La force du droit*, 64 ARSS 3 (1986) (BOURDIEU (1986b))
- BOURDIEU, Pierre, *Le champ intellectuel et projet créateur*, 22 LES TEMPS MODERNES 865 (1966)
- BOURDIEU, Pierre, *Le champ scientifique*, 2 ARSS 88 (1976)
- BOURDIEU, Pierre, *Les sciences sociales et la philosophie*, 47-48 ARSS 45 (1983)
- BOURDIEU, Pierre, *Les trois état du capital culturel*, 30 ARSS 3 (1970)
- BOURDIEU, Pierre, PASSERON, Jean-Claude, *L'examen d'une illusion*, 9 RFS 227 (1968)
- BOURDIEU, Pierre, *Seminaires sur le concept de champ, 1972-1975*, 200 ARSS 4 (2013).
- BOURDIEU, Pierre, *Systèmes d'enseignement et systèmes de pensée*, 19 RISS 353 (1967)
- BOURDIEU, Pierre, *Une interprétation de la théorie de la religion selon Max Weber*, 12 AES 3 (1971)

- BOURGUIGNON, H.J., *The Belilos Case*, 29 VA.J.INT'L L. 347 (1988-1989)
- BOWETT, D.W., *Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties*, 48 BYIL 67 (1977)
- BOYLE, James, *Ideals and Things*, 26 HARV. J. INT'L L. 327 (1985)
- BRASSLOFF, Stephan, *Buchbesprechung*, 67 JURISTISCHE BLÄTTER 85 (1938)
- BUFFARD, I., ZEMANEK, K., *The "Object and Purpose" of a Treaty: an Enigma?*, 3 ARIEL 311, 319-320, 342 (1998)
- CAHEN, Richard M., *Pazifismus und Sexualität*, 19 DIE FRIEDENS-WARTE 240 (1917)
- CARTY, Anthony, *Alfred Verdross and Othmar Spann*, 6 EJIL 1 (1995)
- CARTY, Anthony, *Critical International Law*, 2 EJIL 66 (1991)
- CASSELLA, Sarah, *Le Guide de la Pratique sur les réserves aux traités: Une nouvelle codification?*, 50 AFDI 29 (2012)
- CHIMNI, B.S., *Asian Civilizations and International Law*, 1 AS. J. INT'L L. 39 (2011)
- CHIMNI, B.S., *Law of the Sea: Imperialism All the Way*, 17 ECON.POL.W. 407 (1982)
- CHIMNI, B.S., *Third World Approaches to International Law*, 8 INT'L COMM.L.REV. 3 (2006)
- COCCIA, M., *Reservations to Multilateral Treaties*, 15 CAL.W. INT'L L.J. 1 (1985)
- COOK, R.J., *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 30 VA.J.INT'L L. 643 (1989-1990)

CRAWFORD, J., *The Legal Effect of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the International Court*, 50 BYIL 63 (1980)

ÇELİKEL, Aysel, *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkında Sözleşme ve Türkiye'nin Koyduğu Çekinceler*, 10 MHMÖHB 59 (1990)

DALAR, Mehmet, *BM'nin İnsan Haklarıyla İlgili İkiz Sözleşmelerine Türkiye'nin Beyan ve Çekinceleri*, 15 AİÜSBED 207 (2015)

de VISSCHER, Charles, *Une réserve de la République Arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités*, 8 RBDI 416 (1972)

DELEUZE, Gilles, *Renverser le platonisme (le simulacre)*, 71 REVUE DE LA METAPHYSIQUE ET DE MORALE 426 (1971)

DELLINGER, W., *Presidential Discretion to Delay Making Determinations Under the Chemical and Biological Weapons Control and Warfare Elimination Act of 1991*, 19 OP.OFF. LEGAL COUNSEL 306 (1995)

DURKHEIM, Emile, MAUSS, Marcel, *De quelque formes primitives de classification: Contribution à l'étude des représentations collectives*, 6 L'ANNEE SOCIOLOGIQUE 1 (1901-1902)

EDWARDS, Jr., R.W., *Reservations to Treaties*, 10 MICH.J.INT'L L. 362 (1989)

ERGUN, Turgay, *Postmodernizm ve Kamu Yönetimi*, 30 AMME İDARESİ 3 (1997)

ESQUIROL, Jorge, *The Failed Law of Latin America*, 56 AM.J. COMPL. 75 (2008)

ESQUIROL, Jorge, *Where is Latin America Headed?*, 26 BEYOND LAW 115 (2003)

FENWICK, C.G., *Reservations to Multilateral Treaties*, 45 AM.J.INT'L L. 145 (1951)

- FISCH, Jörg, *Power or Weakness?*, 6 JHIL 21 (2004)
- FITZMAURICE, G.G., *Reservations to Multilateral Conventions*, 2 ICLQ 1 (1953)
- FOUCAULT, Michel, *L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale*, 5 DEVIANCE ET SOCIETE 403 (1981)
- FRANCK, Thomas, *Community Based on Autonomy*, 36 COLUM.J. TRANSNAT'L L. 41 (1998)
- FRANCK, Thomas, HAWKINS, Steven W., *Justice in the International System*, 10 MICH.J. INT'L L. 127 (1989)
- FRANCK, Thomas, *Soviet Initiatives: U.S. Responses*, 83 AM. J. INT'L L. 531 (1989)
- FRICKER, (Karl Victor), *Das Problem des Völkerrechts*, 28 ZgStW 90 (1872)
- FRICKER, (Karl Victor), *Nocheinmal das Problem des Völkerrechts*, 34 ZgStW 368 (1878)
- FRIEDMANN, Wolfgang, *Commentary on "United States Intervention: Doctrine and Practice"*, 3 STAN.J. INT'L STUD. 107 (1968)
- FRIEDMANN, Wolfgang, *Textbook Myth on International Law*, 4 MOD.L.REV. 299 (1941)
- FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Dimensions of International Law*, 62 COLUM. L. REV. 1147 (1962)
- FRIEDMANN, Wolfgang, *The Disintegration of European Civilisation and the Future of International Law*, 2 MOD. L.REV. 194 (1938)

- FROWEIN, Jochen A., *The United Nations and the Non-Member States*, 25 INT'L J. 333 (1969-1970)
- GAMBLE, Jr., J.K., *Reservations to Multilateral Treaties*, 74 AM.J. INT'L L. 372 (1980)
- GARCIA-SALMONES, Monica, *Walther Schücking and the Pacifist Traditions of International Law*, 22 EJIL 755 (2011)
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi*, 69 İÜHFİM 141 (2011)
- GIERKE, Otto, *Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, 30 ZgStW 153 (1874)
- GOUDY, H., *Introduction*, 1 TGS 11 (1916)
- GÖNLÜBOL, Mehmet, *Kronik*, 12 AÜSBFD 147 (1957)
- GÜLENER, Seda, TÜRKMENOĞLU KÖSE, Dilşad, *Avukatların Adalet Hizmetlerinde Etkinlik ve Verimliliğe İlişkin Görüşleri*, 48 AMME İDARESİ 111 (2015)
- GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Andlaşmalara Çekince (İhtirazi Kayıt) Koyma ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Konvansiyonu*, 2 İÜSBFD 103 (1993)
- GÜNEYSU, Gökhan, *Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku*, 6 İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ 287 (2015)
- HABERMAS, Jürgen, *The Intellectual and Social Background of the German University Crisis*, 9 MINERVA 422 (1971)
- HENKIN, Louis, *The Treaty Makers and the Law Makers*, 56 COLUM.L.REV. 1151 (1956)

HERGET, James E., *Unearthing the Origins of a Radical Idea*, 39 AM.J. LEGAL HIST.  
59 (1995)

HILPOLD, P., *Das Vorbehaltsregime der Wiener Vertragskonvention*, 31 AV 376 (1996)

HİRŞ (HIRSCH), E., *Pratik Hukukta İlmi İspat ve Tefsir*, 1 AÜHFD 192 (1943)

IMBERT, P.-H., *La question des réserves*, 24 AFDI 29 (1978).

IMBERT, P.-H., *Reservations to the European Convention on Human Rights before the  
Strasbourg Commission*, 33 ICLQ 558, 578 (1984)

İNALCIK, Halil, *Atatürk ve Türkiye'nin Modernleşmesi*, 27 BELLETEN 625 (1968)

JARAUSCH, Konrad H., *The Crisis of German Professions*, 20 J.CONT. HIST. 379  
(1985)

JARAUSCH, Konrad H., *The Social Transformation of the University: The Case of  
Prussia 1865-1914*, 12 J.SOC.HIST. 609 (1979)

JELLINEK, Georg, *China und das Völkerrecht*, 5 DJZ 401 (1900)

JIA, B.B., *The Relations Between Treaties and Custom*, 9 CJIL 81 (2010)

JOERGES, C., *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New  
Constitutional Constellation*, 15 GERMAN L.J. 985 (2014)

KAECKENBEECK, Georges, *Divergences Between British and Other Views on  
International Law*, 4 TGS 87 (1918)

KELSEN, Hans, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*, 40  
SCHMOLLERS JAHRBUCH 1181 (1916)

KELSEN, Hans, *Was ist juristischer Positivismus?*, 20 JZ 465 (1965)

- KENNEDY, David, *Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship*, 21 NEW ENG.L.REV. 209 (1985-1986)
- KENNEDY, David, *International Law and the Nineteenth Century*, 65 NORDIC J.INT'L L. 385 (1996)
- KENNEDY, David, *Putting the Politics Back in International Politics*, 9 FYIL 17 (1998)
- KENNEDY, David, *The Move to Institutions*, 8 CARDOZO L.REV. 841 (1986-1987)
- KENNEDY, David, *The Mystery of Global Governance*, 34 OHIO N.U.L.REV. 827 (2008)
- KENNEDY, David, *When Renewal Repeats*, 32 N.Y.U.J.INT'L L.&POL. 335 (2000)
- KENNEDY, Duncan, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV.L.REV. 1685 (1976)
- KETTLER, David, MEJA, Volker, STEHR, Nico, David, *Rationalizing the Irrational*, 95 AM. J. SOCIOL. 1441 (1990)
- KIRGIN TOPRAK, Duygu, ŞAHİN, Bayram, *ISO 9000 Kalite Yönetim Sistemlerinin Kamu Hastanelerinin Performansı Üzerine Etkisi*, 46 AMME İDARESİ 113 (2013)
- KLABBERS, J, *Accepting the Unacceptable?*, 69 NORDIC J. INT'L. L. 179 (2000)
- KOH, J.K., *Reservations to Multilateral Treaties*, 23 HARV. J. INT'L L. 71 (1982-1983)
- KOHLER, Josef, *Das neue Völkerrecht*, 9 ZV 5 (1916)
- KOHLER, Josef, *Die "Deutschland" und ihre Feinde*, 21 DJZ 745 (1916)
- KOHLER, Josef, *Die Friedensbewegung und das Völkerrecht*, 4 ZV 129 (1910)

- KOHLER, Josef, *Neue völkerrechtliche Fragen*, 20 DJZ 32 (1914)
- KOHONA, P.T.B., *Reservations*, 33 GA.J. INT'L L. 415 (2005)
- KOSKENNIEMI, Martti, *Gustave Rolin-Jacquemyns and the Establishment of the Institut de Droit International*, 37 RBDI 5 (2004)
- KOSKENNIEMI, Martti, *Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power*, 1 HUMANITY 47 (2010)
- KOSKENNIEMI, Martti, *International Legislation Today*, 23 WIS. INT'L L.J. 61 (2005)
- KOSKENNIEMI, Martti, *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*, 2 EJIL 215 (1997)
- KOSKENNIEMI, Martti, *'The Lady Doth Protest Too Much': Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law*, 65 MOD.L.REV. 159 (2002)
- KOSKENNIEMI, Martti, *The Place of Law in Collective Security*, 17 MICH.J. INT'L L. 455 (1996)
- KOSKENNIEMI, Martti, *The Police in the Temple*, 6 EJIL 325 (1995)
- KÜHNER, R., *Die "auslegende Erklärung" der Schweiz*, 43 ZaöRV 828 (1983)
- LABAND, Paul, *Die völkerrechtliche Verhältnis Deutschlands zu England nach dem Kriege*, 21 DJZ 833 (1916)
- LANG, M., *Klepsydra*, 28 ATHENIAN AGORA 77 (1995)
- LAUTERPACHT, H., *The British Reservations to the Optional Clause*, 29 ECONOMICA 137 (1930)

- LAUTERPACHT, Hersch, *La théorie des différends non justiciable en droit international*, 34 RdC 497 (1930)
- LAUTERPACHT, Hersch, *Some Possible Solutions of the Problem of Reservations to Treaties*, 39 TGS 97 (1953)
- LAUTERPACHT, Hersch, *The Covenant as the "Higher Law"*, 17 BYIL 54 (1936)
- LAUTERPACHT, Hersch, *The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law*, 24 ECONOMICA 277 (1928)
- LAWRENCE, T.J., *The Effect of the War on International Law*, 2 TGS 105 (1917)
- LINDERFALK, Ulf, *Normative Conflict and the Fuzziness of the International ius cogens Regime*, 69 ZaöRV 961 (2009)
- MAHIOU, A., *La coopération Sud-Sud*, 24 TIERS-MONDE 757 (1983)
- MALKIN, H.W., *Reservations to Multilateral Conventions*, 7 BYIL 141 (1926)
- MÄLKSOO, Lauri, *The Science of International Law and the Concept of Politics*, 76 BYIL 383 (2005).
- MANNHEIM, Karl, *Die Strukturanalyse der Erkenntnistheorie*, 57 KANT-STUDIEN (Ergänzungshefte) 1 (1922)
- MANNHEIM, Karl, *Historismus*, 52 ASS 1 (1924)
- MARKS, S., *Reservations Unhinged*, 39 ICLQ 300 (1990)
- MARX, Karl, *Zur Kritik der Hegel'schen Rechts-Philosophie*, 1 DEUTSCH-FRANZÖSISCHE JAHRBÜCHER 71 (1844)
- MCCALL-SMITH, K.L., *Severing Reservations*, 63 ICLQ 599 (2014)

- MCDORMAN, T.L., *Reservations and the Law of the Sea Treaty*, 13 J.MAR.L. & COM. 481 (1981-1982)
- MCRAE, D.M., *The Legal Effect of Interpretive Declarations*, 49 BYIL 155 (1978)
- MENDELSON, M.H., *Reservations to the Constitutions of International Organizations*, 45 BYIL 137 (1971)
- MERAY, Seha L., *Kronik*, 19 AÜSBFD 199 (1964)
- MERAY, Seha L., *Türkiye'de Özellikle Son Yirmi Yılın Devletler Hukuku Yayınlarına Toplu Bir Bakış*, 20 AÜSBFD 55 (1965)
- MERKL, Adolf, *Die monarchistische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, 16 SJZ 378 (1919/1920)
- MEYER, Georg, *Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats*, 6 GRÜNHUTS ZEITSCHRIFT 2 (1881)
- MICKELSON, Karin, *Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse*, 16 WIS.INT'L L.J. 353 (1997-1998)
- MILANOVIC, M., SICILIANOS, L.A., *Reservations to Treaties*, 24 EJIL 1055 (2014)
- MOLONEY, R., *Incompatible Reservations to Human Rights Treaties*, 5 MELB.J.INT'L L. 155 (2004)
- MORGENTHAU, Hans Jürgen, *Positivism, Functionalism, and International Law*, 34 AM.J.INT'L L. 260 (1940)
- MOSLER, Hermann, *Begriff und Gegenstand des Europarechts*, 28 ZaöRV 481 (1968)

- NAHLIK, Stanislaw E., *La Conférence de Vienne sur le droit des traités. Une vue d'ensemble*, 15 AFDI 24 (1969)
- NANCY, Jean-Luc, *Lapsius iudicii*, 26 COMMUNICATIONS 82 (1977)
- OBREGON, Liliana, *Between Civilisation and Barbarism*, 27 TWQ 815 (2006)
- OBREGON, Liliana, *The Colluding Worlds of the Lawyer, the Scholar and the Policymaker: a View of International Law from Latin America*, 23 WIS. INT'L L.J. (2005)
- ONUMA, Yasuaki, *When was the Law of International Society Born?*, 2 JHIL 1 (2000)
- OWEN, M., *Reservations to Multilateral Treaties*, 38 YALE L.J. 1086 (1928-1929)
- ÖSTERDAHL, Inger, *The Exception as the Rule*, 10 J. CONF. & SEC.L. 1 (2005)
- Panel: Seamlessness or Segmentation? International Economic Governance and European Sovereign Debt*, 105 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 139 (2011)
- PAULSON, Stanley L., *Some Issues in the Exchange between Kelsen and Kaufmann*, 48 SCANDINAVIAN STUDIES IN LAW 269 (2005)
- PAULSON, Stanley L., *The Theory of Public Law in Germany 1914–1945*, 25 OJLS 525 (2005)
- PAULSON, Stanley, *How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law*, 21 REVUS 29 (2013)
- PAULUS, Andreas L., *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, 74 NORDIC J. INT'L L. 297 (2005)

- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *The WTO Constitution and Human Rights*, 3 J.INTL ECON.LAW 19 (2000)
- PODESTA COSTA, A., *Les réserves dans les traités internationaux*, 21 RDI 2 (1938)
- POLLOCK, F., *Cosmopolitan Custom and International Law*, 29 HARV.L.REV. 565 (1916)
- PREUSS, Hugo, *Die Persönlichkeit des Staates*, 4 AöR 64 (1889)
- PREUSS, Hugo, *Über Organpersonlichkeit*, 26 SCHMOLLERS JAHRBUCH 557 (1902)
- RAWLS, John, *The Law of Peoples*, 20 CRIT. INQ. 36 (1993)
- REDGWELL, C., *Universality or Integrality?*, 64 BYIL 245 (1993)
- REIMANN, Mathias, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 B.C.L.REV. 837 (1989-1990)
- REUTER, Paul, *La Conception du Pouvoir Politique dans le Plan Schuman*, 1 RFSP 256 (1951)
- REYHAN, Cenk, *Türkiye'de Modernleşmenin Kökenleri*, 31 AMME İDARESİ 3 (1998)
- ROLIN, Henri A., *Quelques observations sur la Conférence de Codification*, 11 RDILC 581 (1930)
- ROSS, Alf, *Law and the Growth of International Society*, 1956 U.ILL.L.F. 262 (1956)
- SCHABAS, W.A., *Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 21 BROOK.J. INT'L L. 277 (1995-1996)
- SCHABAS, W.A., *Reservations to the Convention on the Rights of the Child*, 18 HRQ 472 (1996)

- SCHABAS, W.A., *Reservations*, 3 WM.&MARY J.WOMEN & L. 79 (1997)
- SCHACHTER, Oscar, *Dag Hammarskjold and the Relation of Law to Politics*, 56 AM. J. INT'L L. 1 (1962)
- SCHACHTER, Oscar, *The Development of International Law through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat*, 25 BYIL 91 (1948)
- SCHMOECKEL, Mathias, *The Internationalist as a Scientist and Herald: Lassa Oppenheim*, 11 EJIL 699 (2000)
- SCHOEN, Paul, *Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts*, 8 ARW 287 (1915)
- SCHÜCKING, Walther, *L'organisation internationale*, traduit par G. MOUILLET, 15 RGDIP 5 (1908)
- SCHWARZENBERGER, Georg, *The Rule of Law and the Disintegration of the International Society*, 33 AM.J. INT'L L. 56 (1939)
- SCHWARZENBERGER, Georg, *Three Types of Law*, 53 ETHICS 89 (1943)
- SCHWARZENBERGER, Georg, *Völkerrecht und Weltorganisation im Atomzeitalter*, 1 AV 26 (1948)
- SCOTT, J.B. et al., *America and the Future Society of Nations*, 11 ASIL PROC. 107 (1917)
- SCOTT, J.B., *The Execution of Captain Fryatt*, 10 AM. J. INT'L L. 865 (1916)
- SHELTON, D., *State Practice on Reservations to Human Rights Treaties*, 1983 CAN.HUM.RTS.Y.B. 205 (1983)
- SIMMA, Bruno, PULKOWSKI, Dirk, *Of Planets and the Universe*, 17 EJIL 483 (2006)

- SIMMA, Bruno, *Self-contained regimes*, 16 NYIL 111 (1985)
- SIMMEL, Georg, *Fragmentcharakter des Lebens*, 6 LOGOS 29 (1916-1917)
- Special Issue: Situating Thirld World Approaches to International Law (TWAIL)*, 10 INT'L  
COMM. L.REV. 351 (2008)
- Special Section: The ESM Before the Court*, 14 GERMAN L.J. 1 (2013)
- STAMPE, Ernst, *Gesetz und Richtermacht*, 10 DJZ 1017 (1905)
- STOERK, Felix, *La Conférence de La Haye et ses résultats*, 13 RGDIP 846 (1906)
- STRUPP, Karl, *Eine Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*, 22 DJZ 492 (1917)
- STRUPP, Karl, *Lebendes und totes Völkerrecht*, 26 ZiR 479 (1916)
- TOMUSCHAT, C., *Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral  
Treaties*, 27 ZaöRV 463 (1967)
- TRIEPEL, Heinrich, *Ferdinand von Martitz: Ein Bild seines Lebens und seines Wirkens*,  
30 ZiR 162 (1922)
- ÜSTÜNER, Yılmaz, *Kamu Yönetimi Kuramı ve İşletmeciliği Okulu*, 33 AMME İDARESİ  
15 (2000)
- VERDROSS, Alfred, *Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts*, 29 ZiR 65 (1921)
- VIRALLY, Michel, *A propos de l'affaire de Cuba*, 8 AFDI 457 (1962)
- von FREYTAGH-LORINGHOVEN, A., *Realismus im Völkerrecht*, 2 ZAKDR 933 (1935)
- von RANKE, L., *Politische Gespräch*, 2 HISTORISCH-POLITISCHE ZEITSCHRIFT  
775 (1833-1836)

- von STENGEL, Karl, *Die Haager Friedenskonferenz und das Völkerrecht*, 15 AöR 139  
(1900)
- von STENGEL, Karl, *Die völkerrechtlichen Ergebnisse der Haager Friedenskonferenz*, 6  
DJZ 337 (1901)
- von SUTTNER, B., *Randglossen*, 14 DIE FRIEDENS-WARTE 339 (1912)
- von VERDROSS, Alfred, *Forbidden Treaties in International Law*, 31 AM.J. INT'L L.  
571 (1937)
- WEHBERG, Hans, *Restrictive Clauses in International Arbitration Treaties*, 7 AM. J.  
INT'L L. 301 (1913)
- WEIL, Prosper, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 AM.J.INT'L L.  
413 (1983)
- YEE, Sienho, *Review*, 11 CJIL 367 (2012)
- ZEMANEK, Karl, *New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations*, 4  
MPUNYB 1 (2000)
- ZIZEK, Slavoj, *Brünnhilde's Act*, 23 OPERA Q. 199 (2007)
- ZIZEK, Slavoj, *Philosophy, the "unknown knowns", and the public use of reason*, 25  
TOPOI 137 (2006)
- ZORN, P., *Die deutschen Staatsverträge*, 36 ZgStW 1 (1880)
- ZORN, P., *Die Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866*, 1 JöR 47 (1907)

## VI. TEZLER

AKDOĞAN, Erkan, **21. Yüzyılda Yeni Silah Teknolojileri, Silahların Kontrolu ve Uluslararası Hukuk**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2010

IMBERT, Pierre-Henri, **Réserves aux traités multilateraux, Tôme I-II**, Paris, Paris II, (1973)

LAUTERPACHT, Hersch, **Private Law Analogies in International Law**, London, LSE, 1926

SKOUTERIS, Thomas, **The Notion of Progress in International Law Discourse**, Leiden, Universiteit Leiden, 2008

ULUSAL, Şemsettin, **İslam Hukukunda Uluslararası Andlaşmalar**, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam Hukuku Anabilim Dalı, 2006

## VII. YARGI KARARLARI

### 1. ULUSLARARASI

Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment, 1972 ICJ Rep. 46 (August 18)

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), 1970 ICJ Rep. 3 (Février 5) (Barcelona Traction)

*Belilos v. Switzerland*, App. No. 10328/83, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57434>> [18.09.2017]

Délimitation maritime en Mer noire (Roumanie c. Ukraine), Arrêt, 2009 ICJ Rep. 61 (Février 3)

Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom, France), 18 RIAA 3 (PCA 1977)

La Ville Libre de Danzig et l'OIT, Avis consultatif, 1930 PCIJ (ser. B) No.18 (Août 26)

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 ICJ Rep. 226 (July 8)

Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. United States of America), Judgment, 1986 ICJ Rep. 14 (June 27)

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, 1969 ICJ Rep. 3 (February 20)

Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom), 23 RIAA 59 (PCA 2003)

Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide, Avis consultatif, 1951 ICJ Rep. 15 (Mai 28)

Rights of Nationals of the United States of America (France v. United States of America), Judgment, 1952 ICJ Rep. 176 (August 27)

*Temeltasch v. Switzerland*, App. No. 9116/80, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74031>> [18.09.2017]

## 2. ULUSAL

AYM Kararı, Esas:1996/55, Karar:1997/33, k.t. 27.02.1997, RG tarihi/sayısı: 24.03.2001/24352

AYM Kararı, Esas:2011/47, Karar:2012/87, k.t. 31.05.2012, RG tarih/sayısı:22.11.2013/28829

AYM Kararı, Esas:2011/48, Karar:2012/88, k.t. 31.05.2012, RG tarih/sayısı:22.11.2013/28829

BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 12.9.2012, Absatz-Nr. (1 - 319), <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912\\_2bvr139012en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012en.html)> [18.09.2017]

BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 18.3.2014, Absatz-Nr. (1 - 245), <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140318\\_2bvr139012en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140318_2bvr139012en.html)> [18.09.2017]

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı, Esas:2006/2824, Karar:2007/115, k.t. 22.02.2007

## VIII. BELGELER/RAPORLAR

[*Harvard*], *Draft Convention on Law of Treaties*, 29 AM.J.INT'L L. SUP. 1 (1935)

[*Yazarı belirsiz*], **Erklärung der Hochschullehrer des Deutschen Reiches**, Berlin, 23.

Oktober 1914

AMERICAN INSTITUTE OF INT'L LAW, **Project No. 21: Treaties**, 20 AM.J.INT'L

L. SPEC. SUP. 300 (1926)

HET KONINKRIJK DER NEDERLANDEN, **Overheidsinformatie: Convention**

**relative to the establishment of an International Prize Court**, erişim için bkz.

<<https://verdra.genbank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/003327>> [18.09.2017]

ILO, **Compilation of international labour Conventions and Recommendations**,

Geneva, ILO, 2015

ILO, **Memorandum: Admissibility of Reservations to General Conventions**, 8 LNOJ

882 (1927)

LEAGUE OF NATIONS, **Progressive Codification of International Law**, 93 LNOJ

SPEC. SUP. 126 (1931)

LEAGUE OF NATIONS, **Report of the Committee of Experts for the Progressive**

**Codification of International Law**, 8 LNOJ 880 (1927)

MERAY, Seha L., OLCAY, Osman (çevirenler), **Montreux Boğazlar Konferansı**,

Ankara, AÜSBF Yayınları No.390, 1976

UN HRC, **General Comment No. 24 (52) 1**, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6

UN ILC, **Report of the International Law Commission: Sixty-third session (26 April-**

**3 June and 4 July-12 August 2011)**, UN Doc. A/66/10/Add.1

UN ILC, **First Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock**, UN Doc. A/CN.4/144 (Waldock Raporu)

UN ILC, **Report**, UN. Doc. A/1858

UN ILC, **Reservations to multilateral conventions: Report**, UN. Doc. A/1858 (Brierly Raporu)

UN, **Conference on the Law of Treaties: First session (Vienna, 26 March-24 May 1968)**, UN Doc. A/CONF.39/11

UNGA, **Fragmentation of International Law**, UN Doc. A/CN.4/L.702

UNGA, **Res. 260 (III)**, 09.12.1948, erişim için bkz. <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/260\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/260(III))> [18.09.2017]

UNGA, **Reservations to multilateral conventions**, GA Res. 478 (V), 16.10.1950

UNGA, **Reservations to multilateral conventions**, GA Res. 598 (V), 12.01.1952

UNGA, **Sixth Committee: Summary record of the 20th meeting**, UN Doc. A/C.6/68/SR.20, 30.10.2013

UNGA, **Sixth Committee: Summary record of the 22nd meeting**, UN Doc. A/C.6/68/SR.22, 01.11.2013

UNGA, **Uruguay: Memorandum**, UN Doc. A/C.6/L.117

UNSG, **Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter IV.1**, erişim için bkz. <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSDG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-1.en.pdf>> [18.09.2017]

UNSG, **Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter IV.3**, erişim için bkz. <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-3.en.pdf>> [18.09.2017]

UNSG, **Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter IV.4**, erişim için bkz. <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-4.en.pdf>> [18.09.2017]

UNSG, **Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter XXIII.1**, <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf>> [18.09.2017]

UNSG, **Multilateral Treaties deposited with Secretary General, Chapter XXVI.3**, <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXVI/XXVI-3.en.pdf>> [18.09.2017]

UNSG, **Procès-verbal Establishing the Deposit of Twenty Instruments of Ratification or Accession**, 78 UNTS 312 (1951)

UNSG, **Report**, UN Doc. A/1732

Akdoğan, Erkan, Belirsizlik Kuramı Yönünden Uluslararası Andlaşmalarda Çekinceler, Doktora Tezi, Danışman: Doç. Dr. Cavid Abdullahzade, 273 s.

*ÖZET: Uluslararası andlaşmalarda çekincelerle ilgili söylemde Soğuk Savaş'ın sona erişini takiben en az 4 (dört) dikkat çekici gelişme yaşanmaktadır. Öncelikle, kendisine çekince konulabilecek uluslararası andlaşmaların sayısı azalmaktadır. İkinci olarak, çekincelere yol açan düşünce yapısı ve hukuki akıl yürütme varlığını sürdürmektedir. Üçüncü olarak, hukuk doktrini çekinceleri düzenleme yoluna gitmekle birlikte düzenlemenin kendisi hukukten bağılayıcı olmayan bir biçimde gerçekleştirilmektedir. Dördüncü olarak, sayıca sınırlı olmakla birlikte farklı hukuk rejimlerinde çekincelere uygulanabilir hukuk farklılık göstermektedir. Bahse konu gelişmeler birlikte değerlendirildiğinde; hukuk doktrini, dogmatik ve ilişkili olmakla birlikte onların dışında kalan alanların doktrin ve dogmatik ile birlikte, gerçek anlamının ortaya çıkarılması amacıyla eleştirisine ihtiyaç duyulduğuna işaret etmektedir. Anılan nedenlerle, bu tezde, örnek olarak 19. yüzyıl Alman doktrini ve sonrası üzerinden yukarıda anılan eleştiri gerçekleştirilmek istenmektedir.*

*Anahtar kelimeler : Hukukun genel teorisi, hukuk doktrini, kamu hukuku, uluslararası andlaşmalar, çekinceler*

*ABSTRACT: Since the end of Cold War, at least 4 (four) notable currents have occurred regarding the discourse on reservations to international treaties. First, the number of treaties suitable for reservations has decreased. Second, the structure of thought and legal reasoning that allowed reservations have persisted. Third, though the legal doctrine opted for regulating the reservations, the regulation itself has been made in a legally non-binding way. Fourth, although limited in number, law applicable to reservations vary as per different legal regimes. Taken together, these currents signal a need for a critique aimed at attaining the true meaning of legal doctrine and dogmatics, and fields related thereto. Therefore, in this thesis, it is purported to perform such critique via the example of 19th century German scholarship and so on.*

*Keywords : General theory of law, legal doctrine, public law, international treaties, reservations*